

Civile Ord. Sez. 3 Num. 7891 Anno 2024
Presidente: SCARANO LUIGI ALESSANDRO
Relatore: GORGONI MARILENA
Data pubblicazione: 22/03/2024



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 12030/2021 R.G. proposto da:
IAQUINTA SALVATORE e IAQUINTA MARIA TERESA, elettivamente
domiciliati in ROMA, VIA MERULANA N. 141, presso lo studio
dell'avvocato PAOLO GRASSI (GRSPLA51M03C351M) che li
rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANTONFRANCESCO
VENTURINI (VNTNNF61P11H501L);

-ricorrenti-

contro

BANCA NAZIONALE DEL LAVORO SPA, in persona del Direttore
Crediti speciali, DANIEL MAURICE HENRI ASTRAUD, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA IPPOLITO NIEVO, 62, presso lo studio
dell'avvocato CLAUDIA CANEVARI (CNVCLD69P70H501O),
rappresentata e difesa dall'avvocato EMILIA FRANCESCA ARTURI
(RTRMFR60E59F416B);

-controricorrente-

avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO di CATANZARO n. 269/2021 depositata il 02/03/2021, notificata in data 3 marzo 2021.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 06/02/2024 dal Consigliere MARILENA GORGONI.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza n. 1869/2017 il Tribunale di Cosenza rigettava l'opposizione di Salvatore e Maria Teresa Iaquina al decreto n. 1183/2011 con cui era stato loro ingiunto il pagamento di euro 150.000,00 a favore della Banca Nazionale del lavoro, in forza della fideiussione dagli stessi rilasciata, in data 27 giugno 2005, a garanzia del debito di Ernesto Iaquina, loro congiunto.

Gli opposenti avevano chiesto l'accertamento della invalidità della fideiussione, perché essa era stata convenuta a voce per un importo diverso – in particolare avevano sostenuto che sarebbe stato loro prospettato un aumento fino a euro 30.000,00 dell'importo garantito con una fideiussione precedente risalente al marzo 2003 – e che il modulo prestampato loro sottoposto per la firma dalla Banca non conteneva l'indicazione dell'importo garantito, in quanto era stato loro fatto intendere che per prassi l'Ufficio Segreteria della Banca avrebbe provveduto successivamente a completare l'atto, inserendovi il limite dell'importo garantito ed a inviarlo ai garanti; solo in seguito, cinque anni dopo, avrebbero appreso che detto modulo era stato riempito *contra pacta* per un ammontare differente e maggiore rispetto a quello che reputavano di aver assunto con il modulo sottoscritto cinque anni prima; in subordine, allegavano che le mancanze da parte di BNL (relative all'omessa conferma della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

fideiussione, all'omessa comunicazione della linea di credito concessa Ernesto a Iaquinta e l'omessa informazione circa l'andamento insoddisfacente del conto) costituivano un grave inadempimento contrattuale per violazione dei principi di correttezza e buona fede e comportavano la liberazione dal vincolo fideiussorio ai sensi degli artt. 1955 e 1956 cod. civ.; proponevano, inoltre, domanda riconvenzionale per il risarcimento del danno non patrimoniale, stante l'illecita condotta della banca, avente rilevanza anche penale (art. 486 cod. pen.), oltre che del danno ex art. 96 cod. proc. civ.

Escussi i testi Mirella De Franco (direttore della filiale della BNL all'epoca dei fatti) e Mario Ierardi (collega di lavoro di Salvatore Iaquinta), il Tribunale di Cosenza, tenuto conto della genericità delle dichiarazioni del teste Ierardi e considerato che, in base alle dichiarazioni della teste De Franco, doveva negarsi che la fideiussione fosse stata riempita *contra pacta*, rigettava l'opposizione e anche la domanda riconvenzionale formulata dagli opposenti.

Salvatore e Maria Teresa Iaquinta proponevano appello dinanzi alla Corte d'Appello di Catanzaro, la quale, con la sentenza n. 269/2021 depositata il 02/03/2021, notificata in data 3 marzo 2021, ha rigettato entrambi i motivi di impugnazione ed ha confermato la impugnata sentenza.

Il primo motivo, con cui era stata dedotta la violazione dell'art. 117 TUB e dell'art. 1938 cod.civ., è stato rigettato ritenendo che l'art. 117 TUB non è destinato a regolare i contratti di fideiussione e perché "non essendo in discussione la circostanza che tra le parti fosse stato espressamente pattuito anche il tetto massimo garantito", la questione non era quella della violazione dell'art. 1938 cod.civ., ma solo quella della prova della quantificazione dell'importo garantito. La Corte d'appello ha precisato che la fideiussione è un contratto unilaterale a forma libera che può

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

essere concluso anche verbalmente, la cui validità non è quindi condizionata dal requisito della forma scritta (Cass. 13539/2014), neppure quando la garanzia sia stata resa in favore di una banca, posto che tale contratto esula dall'ambito di operatività delle previsioni di cui all'art. 117 TUB; ha ritenuto non prospettati motivi di impugnazione specifici in merito all'accertamento condotto dal primo giudice che l'aveva portato a ritenere, in base alle dichiarazioni dei testi escussi, che l'accordo orale intervenuto tra la banca e i fideiussori prima della sottoscrizione del modulo in contestazione si fosse perfezionato sull'importo di euro 150.000,00; dal rigetto del primo motivo di appello, è conseguito altresì il rigetto del secondo, non avendo la Corte d'appello ravvisato profili di illiceità nella condotta della banca che aveva chiesto ed ottenuto l'emissione del decreto ingiuntivo opposto in base ad un titolo negoziale valido ed efficace, né profili di temerarietà della lite nelle iniziative legali intraprese dall'istituto di credito per ottenere il soddisfacimento delle sue ragioni.

Salvatore e Maria Torsa Iaquina ricorrono per cassazione di detta sentenza, formulano un solo articolato motivo.

Resiste con controricorso la Banca Nazionale del Lavoro.

La trattazione del ricorso è stata fissata ai sensi dell'art. 380-bis 1 cod.proc.civ.

I ricorrenti hanno depositato memoria illustrativa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Con l'unico motivo i ricorrenti lamentano la violazione o falsa applicazione dell'art. 1938 cod.civ., con riferimento all'art. 360, 1° comma, n. 3, cod.proc.civ.

Insistono sul fatto che quella stipulata fosse una fideiussione per obbligazioni future, alla quale applicare quindi l'art 1938 cod.civ. che richiede la precisazione dell'importo massimo garantito, a prescindere da qualsiasi presunto accordo orale, antecedente o successivo alla firma del testo scritto della fideiussione predisposto

dalla banca, sull'ammontare dell'importo da garantire, e che, essendo pacifico che, al momento della firma del modulo, l'importo garantito non era stato inserito nel testo, la banca aveva violato l'art. 1938 cod.civ..

Il fatto che le parti avessero optato per la conclusione per iscritto del contratto, che pure avrebbe potuto essere stipulato verbalmente, come osservato dalla Corte territoriale, imponeva – dicono i ricorrenti – l'integrale rispetto delle disposizioni di legge e in particolare dell'art. 1938 cod.civ. sin dal momento della assunzione dell'obbligazione di garanzia, quindi, sin dal momento della sottoscrizione del modulo; detto obbligo discendeva, secondo i ricorrenti, anche dal rispetto degli obblighi di buona fede, in base alle disposizioni dell'art. 1938 cod.civ., perché la Banca non potrebbe validamente sottoporre alla firma del cliente un modulo prestampato che costituisce pur sempre un contratto scritto di fideiussione per obbligazioni future, privo del requisito essenziale dell'indicazione del tetto massimo garantito, conferendole "il potere di fissare successivamente alla conclusione della fideiussione l'entità massima dell'obbligazione di garanzia"; ove, come nel caso in specie, l'obbligazione fideiussoria per obbligazioni future venga comunque stipulata per iscritto, l'art. 1938 cod.civ. impone che "la previsione ... dell'importo massimo garantito" sussista nel testo scritto proposto dalla banca, sia nel momento iniziale dell'operazione e cioè nel momento della sottoposizione del testo per la firma dei futuri garanti; tale carenza determinerebbe, secondo i ricorrenti, infatti, una nullità insanabile della garanzia, che, appunto, non può essere sanata solamente attraverso una successiva autonoma apposizione del limite garantito da parte della Banca, ancorché a ciò autorizzata, attraverso un presunto *pactum ad scribendum*, peraltro anch'esso meramente orale e fatto valere in giudizio con prova testimoniale in ordine all'esistenza e al contenuto di tale patto.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

A supporto della tesi prospettata, i ricorrenti evocano la giurisprudenza riguardante il periodo transitorio, successivo alla novella dell'art.1938 cod.civ., circa le modalità di corretto inserimento di tale limite massimo nella garanzia fideiussoria che tale limite non prevedeva e specificamente riferiscono di Cass. 20/01/2017, n. 1580, la quale ha affermato che per l'efficacia della originaria fideiussione a garanzia dei debiti futuri dell'obbligato principale, sorti successivamente alla novella, occorre che "le parti fissino l'importo massimo garantito con la rinnovazione della convenzione di garanzia", essendo inefficace a tal fine una mera comunicazione unilaterale della banca al fideiussore, ancorché per iscritto con la quale veniva indicato il limite dell'importo garantito; tale principio giurisprudenziale dovrebbe operare anche nel caso concreto, nel senso opposto a quanto affermato nella decisione della Corte d'appello di Catanzaro, quanto alla possibilità di integrazione del contratto fideiussorio invalido al momento della sottoscrizione per assenza dell'indicazione, in quel momento, del limite massimo per obbligazioni future, attraverso un patto orale di successivo riempimento del testo sottoscritto; infatti, se la fideiussione sottoscritta è necessariamente invalida per violazione dell'art. 1938 c.c., per inesistenza in quel momento del limite massimo della fideiussione per obbligazioni future, la sanatoria di tale invalidità potrebbe avvenire solamente con la rinnovazione della convenzione di garanzia e cioè con un nuovo atto bilaterale sottoscritto da entrambe le parti.

Il ricorso merita accoglimento per quanto di ragione.

Ad avviso del Collegio, il comportamento della Banca è da considerare contrario a buona fede e ciò quand'anche si ritenga che:

- in tema di fideiussione personale, volontariamente rilasciata da un terzo all'istituto di credito a garanzia di crediti che traggono origine da un rapporto bancario o finanziario, la validità e la sorte

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

della garanzia personale dipendano dal rapporto principale cui si ricollega, stante il carattere accessorio della fideiussione, e pertanto la norma che riguarda la forma dei contratti appartenenti alle due diverse specie (contratto bancario o finanziario) non si estenda direttamente e automaticamente alla garanzia unilaterale e personale rilasciata dal terzo al debitore principale della banca o dell'intermediario finanziario, proprio perché in tal caso non si tratta di instaurare con quest'ultimo un rapporto o una relazione che necessita di un'ulteriore forma di protezione o di garanzia per chi la sottoscrive, essendo sufficiente la protezione accordata dalla normativa speciale al contratto stipulato tra la banca o l'intermediario e il debitore principale, cui la garanzia necessariamente si ricollega; più precisamente, le disposizioni del d.lgs. n. 3857/1993 riguardano i contratti o negozi bancari, tra cui possono includersi le fideiussioni rilasciate personalmente dalle banche a garanzia di obbligazioni altrui (la convenzione fideiussoria bancaria offerta al committente di un appalto pubblico) e dunque tutti i negozi relativi ad operazioni e servizi stipulati tra la banca (imprenditore fornitore di servizi) e il cliente (fruitore del relativo servizio), sicché le norme di validità o di trasparenza negoziale previste dalla normativa primaria o secondaria di settore vanno intese non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità di protezione dell'investitore o cliente della banca assunta dalla norma, e non sono indirizzate a regolare propriamente il negozio unilaterale stipulato dal fideiussore del debitore principale della banca, il quale non può essere considerato, per osmosi, alla stregua di un cliente della banca, proprio per il carattere accessorio di tale obbligazione rispetto a quella del debitore garantito, ex art. 1936 c.c.; né appare sussistere un ragionevole dubbio, per ingiustificata disparità di trattamento tra la posizione del debitore principale e quella del fideiussore, in merito alla legittimità costituzionale della normativa così interpretata, ex art. 3 Cost., e

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ciò in ragione della diversità di situazione in cui tali soggetti si trovano a negoziare, e soprattutto del carattere accessorio dell'obbligazione assunta dal fideiussore (Cass. n. 11979/2013), sin dalla sua genesi collegata a quella del debitore principale che, sul piano funzionale, risulta sensibile alle vicende del rapporto principale, ed è pertanto già sufficientemente protetta dalle disposizioni relative ai requisiti di validità previsti dalle norme speciali che riguardano i contratti bancari o finanziari;

- la polizza non sia invalida per violazione dell'art. 1938 cod.civ. nel testo ora vigente solo per la sussistenza di un accordo orale di futuro riempimento del testo scritto firmato dai garanti quanto alla indicazione del limite massimo garantito, essenziale ai sensi dell'art. 1938 cod.civ., oggetto di accordo verbale tra le parti (Cass. 28/02/2019, n.5833);

-correttamente il giudice *a quo* abbia osservato che il fulcro della questione non riguardava l'*an* – cioè la pattuizione *inter-partes* di un tetto massimo – ma il *quomodo* – cioè la determinazione di detto tetto massimo, ravvisandosi una divergenza tra l'indicazione del tetto da parte dei ricorrenti (euro 30.000,00) e quella proveniente dalla banca garantita;

- in presenza della sottoscrizione di un documento parzialmente in bianco, chi contesti il riempimento della scrittura in modo difforme da quanto pattuito, ha l'onere provare la eccezione di abusivo riempimento *contra pacta* e, quindi, di inadempimento del mandato *ad scribendum* in ragione della non corrispondenza tra il dichiarato e ciò che si intendeva dichiarare, giacché attraverso il patto di riempimento il sottoscrittore medesimo fa preventivamente proprio il risultato espressivo prodotto dalla formula che sarà adottata dal riempitore, lamentando quella che questa Corte ha definito una mera disfunzione interna del procedimento di formazione della dichiarazione medesima, in relazione allo strumento adottato (mandato *ad scribendum*), la quale implica solo la non

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

corrispondenza tra ciò che risulta dichiarato e ciò che si intendeva dichiarare (Cass., Sez. Un., 13/10/1980, n. 5459);

- il patto di riempimento non avrebbe dovuto essere stipulato per iscritto né per legge, ai sensi dell'art. 117 TUB, né per contratto, ex art. 1352 cod.civ. (Cass. 17/03/2023, n. 7804).

La formalistica corrispondenza al diritto del *pactum ad scribendum*, nei termini illustrati, non impedisce di valutare il comportamento della banca sulla scorta del parametro della buona fede oggettiva quale "criterio volto a contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto sul piano della conciliazione di interessi confliggenti secondo una misura insuscettibile di determinazione aprioristica, ma destinata a precisarsi, di volta in volta, secondo le caratteristiche particolari di ogni singola vicenda nel quadro complessivo delle circostanze anche sopravvenute del caso concreto. Si profila, così, l'esistenza di un criterio tipicamente bilaterale e qualitativo: perché implicante un giudizio di relazione, dove ciò che è destinato a prevalere non è, sempre e comunque, l'interesse astrattamente privilegiato da una norma, ed attento, altresì, alla qualità degli interessi coinvolti".

Va osservato che:

- l'accordo *ad scribendum* soddisfaceva, come è emerso dai fatti di causa, un'esigenza unilaterale della banca;

- la banca non ha provveduto, ricevuto il mandato *ad scribendum*, a trasmettere ai garanti il modulo completo, cioè riempito secondo gli accordi assunti verbalmente;

- tale comportamento, valutato *a posteriori* e tenuto conto degli interessi delle parti in conflitto, è da ritenere contrario a buona fede; la prestazione della banca, da intendersi come attività posta in essere per adempiere l'obbligo, risulta scorretta, tale da permettere di qualificare il suo comportamento in termini di inesatto adempimento se si guarda al programma negoziale in una prospettiva che tenda a spingere il comportamento delle parti verso

esiti di collaborazione che sono impliciti nell'accordo assunto; non può costituire esatto adempimento l'esecuzione di una prestazione che prescindendo dalla considerazione dell'interesse dei garanti, privati della possibilità di verifica del puntuale adempimento dell'obbligo assunto; ciò a maggior ragione in considerazione del rilievo attribuito dall'art. 1938 cod.civ. alla fissazione del tetto massimo garantito e del consistente divario esistente tra la professionalità dei fideiussori e quella della banca.

Nella giurisprudenza di questa Corte si è affermato un crescente impiego della clausola generale della buona fede, tanto in chiave integrativa del regolamento contrattuale quanto in chiave valutativa del comportamento delle parti; nella consapevolezza crescente che il presupposto di operatività della buona fede *in executivis* non sia affatto l'esistenza di una lacuna, ma l'insorgenza di una disputa circa l'applicazione puntuale di una regola di esecuzione che trova risposta nella pretesa, in chiave di valutazione comparativa degli interessi contrapposti, di comportamenti, positivi o negativi, diversi in relazione alla specificità del caso concreto e non determinabili a priori, idonei a preservare gli interessi dell'altra parte; comportamenti che devono avere una duplice connotazione: essere idonei a preservare gli interessi di una delle parti, non comportare per la parte da cui il comportamento è preteso un sacrificio apprezzabile.

2) Il ricorso va accolto nei termini indicati, l'impugnata sentenza va conseguentemente cassata in relazione, con rinvio alla Corte d'Appello di Catanzaro, che in diversa composizione procederà a nuovo esame e provvederà anche a liquidare le spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione nei termini di cui in motivazione. Cassa in relazione la sentenza impugnata, e rinvia,

anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'Appello di Catanzaro, in diversa composizione.

Così deciso nella Camera di consiglio dalla Terza sezione civile del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale