7142.18

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

C.I.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Dott.ssa Maria Cristina Giancola	Presidente
Dott.ssa Maria Acierno	Consigliere
Dott.ssa Laura Tricomi	Consigliere
Dott.ssa Giulia Iofrida	Consigliere
Dott. Eduardo Campese	Consigliere - Rel.

Oggetto

OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO FIDEJUSSIONE

Ud. 04/12/2017 CC
Cron. 7142
R.G.N. 12369/2014

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso n.r.g. 12369/2014 proposto da:

(omissis) (cod. fisc. (omissis)), rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta a margine del ricorso, dall'Avvocato (omissis) (omissis), con il quale elettivamente domicilia in (omissis) (omissis), presso lo studio dell'Avv. (omissis) .

- ricorrente -

contro

(omissis) s.p.a., con sede in (omissis) , cod. fisc. (omissis) , in persona del procuratore speciale dott. (omissis) (omissis) , quale mandataria, della (omissis) s.r.l., con sede in (omissis) , cod. fisc. (omissis) , rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta in calce al controricorso, dall'Avvocato (omissis) , con il quale elettivamente domicilia in

GRD 1392/2017

(omissis) , presso lo studio dell'Avvocato (omissis) .

- controricorrente -

nonchè

(omissis) (cod. fisc. (omissis)), (omissis) (cod. fisc. (omissis)), (omissis) (cod. fisc. (omissis)).

- intimati -

avverso la sentenza della CORTE DI APPELLO DI ROMA, depositata il 22/11/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 04/12/2017 dal Consigliere dott. Eduardo Campese;
lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale, dott. Lucio Capasso, che ha chiesto rigettarsi il ricorso;

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Con sentenza del 6 febbraio - 20 marzo 2006, il Tribunale di Latina, in parziale accoglimento dell'opposizione proposta da (omissis) , (omissis) (omissis) e (omissis) , nonché, con separato atto, da (omissis) , revocò il decreto ingiuntivo emesso (anche) nei loro confronti, quali fideiussori della Cooperativa (omissis) a r.l., correntista presso la ricorrente in monitorio (omissis) s.p.a., e condannò gli opponenti al pagamento, in favore di quest'ultima, della somma di € 124.364,35, oltre interessi, costituente il saldo passivo a debito della menzionata Cooperativa accertato sul suo conto corrente n. (omissis) . Quel giudice, pur dando atto che un altro conto corrente intrattenuto dalla debitrice principale presso lo stesso istituto di credito riportava, dopo i conteggi eseguiti dal consulente tecnico di ufficio, un saldo

attivo, ritenne di non accogliere l'istanza di compensazione *ex* art. 1853 cod. civ. del (omissis) perché tardivamente formulata.

2. La decisione fu impugnata dalla (omissis) s.r.l., procuratrice di (omissis) s.r.l., a sua volta acquirente, tra l'altro, dei crediti in discussione, e, in via incidentale, dal (omissis). La prima lamentò il mancato riconoscimento del credito derivante dal conto corrente n. (omissis) e degli interessi convenzionali applicati con riferimento al conto corrente n. (omissis) , e contestò la statuizione circa la capitalizzazione degli interessi; il secondo sostenne che erroneamente il tribunale aveva negato la compensazione da lui invocata, operante, invece, automaticamente e senza necessità di specifica eccezione.

2.1. La Corte di appello di Roma, con sentenza dell'8 - 22 novembre 2013, accolse parzialmente l'impugnazione principale e condannò (omissis), (omissis) , (omissis) e (omissis) al pagamento della maggior somma di € 140.077,86, oltre interessi legali dall'1 luglio 1996. Respinse, invece, il gravame incidentale di quest'ultimo, così motivando: «...Va detto, in proposito, che il conto n. (omissis) è risultato positivo solo perché si è azzerato all'1.1.1993 il saldo negativo non avendo la Banca prodotto gli estratti conto precedenti. Poiché, in mancanza degli estratti conto, non era possibile individuare la parte di credito relativo agli interessi ed alla non dovuta capitalizzazione e quella relativa alla sorte, non era possibile determinare il credito della Banca, e, gravando sulla stessa l'onere della prova, la domanda è stata giustamente rigettata per la parte del rapporto non pienamente documentato. Ma se, in relazione alla richiesta di condanna della Cooperativa e dei suoi fideiussori, l'onere della prova è della Banca, in relazione alla richiesta di condanna dell'Istituto di credito l'onere della prova grava sul (omissis). Il conteggio operato dal c.t.u., infatti, non è giunto alla conclusione che nel rapporto emergeva un saldo a favore degli ingiunti una volta depurati i conteggi da accessori non dovuti e capitalizzazione trimestrale, ma è giunta alle conclusioni del saldo attivo del conto sulla base del mancato assolvimento da parte del creditore ingiungente dell'onere della prova. Ciò determina il rigetto della domanda, ma non anche l'accoglimento

della domanda riconvenzionale che, implicitamente, è stata proposta con la richiesta di compensazione atteso che la premessa di questa è l'accertamento di un credito relativo allo specifico conto, richiesta, tra l'altro, non contenuta nell'atto di opposizione (che si limita a contestare l'entità dei crediti azionati, per cui è corretta la dichiarazione di inammissibilità come domanda nuova fatta dal primo giudice) e, comunque, non provata per le ragioni dette...».

3. Il (omissis) propone ricorso per cassazione avverso la riportata sentenza, non notificata, formulando due motivi, conclusi da quesiti di diritto (da ritenersi ultronei dopo l'avvenuta abrogazione dell'art. 366-*bis* cod. proc. civ. a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009).

4. Resiste, con controricorso, la (omissis) s.p.a., dichiaratasi mandataria della (omissis) s.r.l., mentre (omissis), (omissis) ed (omissis) non hanno spiegato difese.

5. Rileva pregiudizialmente il Collegio che deve essere dichiarato il difetto di legittimazione processuale, in questa sede, della (omissis) s.p.a nella indicata qualità.

5.1. Quest'ultima, invero, non risulta aver partecipato al precedente grado di appello (in cui, come mandataria della (omissis) s.r.l., era costituita la (omissis) s.r.l.. *Cfr.* intestazione della sentenza impugnata), né ha oggi minimamente indicato (*cfr.* intestazione del controricorso e procura speciale, apposta in calce ad esso, rilasciata in favore dell'Avv. (omissis)), ancor prima che documentato, come sarebbe stato suo preciso onere (*arg.* da Cass. nn. 15414 del 2017, 23880 del 2016, 15136 del 2014), la fonte del proprio dichiarato potere di agire nella suddetta qualità.

6. Il primo motivo, rubricato «Violazione degli artt. 1853, 1941 e 2697 cod. civ., in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3», denuncia che erroneamente il tribunale ha ritenuto tardivamente proposta l'eccezione di compensazione *ex* art. 1853 cod. civ. e che, altrettanto erroneamente, il giudice dell'appello ha ravvisato nella richiesta di applicazione della compensazione avanzata un'implicita domanda riconvenzionale, bollandola

come tardiva e non provata. L'errore del giudice del merito si è concretizzato nella mancata considerazione che la compensazione, che notoriamente opera *ope exceptionis*, può avvenire, quale compensazione legale, sulla base della semplice compresenza di poste attive e passive in relazione al medesimo titolo. Nel caso di specie, le somme sono confluite nel medesimo decreto ingiuntivo, emesso in forza di una pluralità di contratti di conto corrente intercorsi tra la Banca e la debitrice principale Cooperativa (omissis) s.r.l. Il tribunale e la corte territoriale hanno anche violato l'art. 1941 cod. civ., atteso che il fideiussore è tenuto a garantire soltanto quanto effettivamente sia dovuto dal debitore e che spetta al creditore fornirne la relativa prova, qui, invece, mancata perchè le risultanze della consulenza tecnica, per effetto della compensazione legale *ex* art. 1853 cod. civ., sicuramente applicabile, avevano escluso la sussistenza di un credito della Banca nei confronti della Cooperativa predetta. Il giudice del merito, quindi, rilevata l'insussistenza di un diritto di credito della Banca opposta nei confronti del debitore principale, avrebbe dovuto, in applicazione degli artt. 1853, 1936, 1941 e 2697 cod. civ., escludere qualsiasi obbligo di pagamento a carico del (fidejussore) (omissis), indipendentemente dalle eccezioni da lui proposte, tenendosi, peraltro, conto che questi, già nelle conclusioni dell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo proposto in primo grado, aveva sollecitato l'accertamento dell'eventuale credito della Banca non come domanda riconvenzionale ma come pura eccezione, dovendo porsi la sussistenza del credito verso il debitore principale quale presupposto dell'obbligo di pagamento del fidejussore.

5.1. Il secondo motivo, rubricato «Violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3, ed insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo della controversia in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., n. 5», ribadisce che l'onere della prova della sussistenza del credito compete al solo preteso creditore ingiungente e non anche al fidejussore, costituendo, invero, il presupposto dell'obbligo di pagamento di quest'ultimo, ed assume

che, in presenza di una pluralità di rapporti di conto corrente, l'eventuale credito della Banca nei confronti del debitore principale è determinato con l'applicazione, *ope legis*, della compensazione di cui all'art. 1853 cod. civ.. Si afferma, inoltre, che altro errore del giudice *a quo* è l'individuazione di una domanda riconvenzionale di condanna nei confronti della Banca da parte del (omissis), non emergendo la formulazione, implicita o esplicita, di una siffatta domanda dagli atti di causa: l'odierno ricorrente, infatti, aveva esclusivamente chiesto di giovarsi della compensazione legale inerente i rapporti tra la Banca ed il debitore principale, essendo questa determinata dalla sola compresenza di poste attive e passive in relazione al medesimo titolo. La decisione impugnata, quindi, avvalendosi della espletata consulenza tecnica di ufficio certificativa del difetto di credito della Banca nei confronti del debitore principale, avrebbe dovuto ritenere non provato e, comunque, inesistente il credito della Banca non solo nei confronti del debitore principale ma anche, e per conseguenza, nei confronti dei fidejussori.

6. I prospettati motivi, esaminabili congiuntamente perché strettamente connessi, vanno respinti.

6.1. Entrambi, invero, presuppongono l'accettazione dell'assunto secondo cui la compensazione prevista dall'art. 1853 cod. civ. sia rilevabile di ufficio, prescindendo, così, da qualsivoglia eccezione della parte: affermazione, questa, che il Collegio non ritiene di poter avallare.

6.2. La menzionata disposizione - a tenore della quale se tra la banca ed il correntista esistono più rapporti o più conti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente salvo patto contrario - è dettata allo di scopo di garantire la banca contro ogni scoperto non specificamente pattuito che risulti a debito del cliente quale effetto di un qualsiasi rapporto o conto corrente fra le due parti, e prevede che la compensazione tra saldi attivi e passivi, anche a favore del correntista, sia attuata mediante annotazioni in conto: in particolare (alla luce del principio dell'unità dei conti), attraverso l'immissione del saldo di un conto, come posta passiva, in un altro conto ancora aperto (con le modalità proprie di tale tipo di operazione), salva

manifestazione di volontà di segno contrario da parte del cliente (*cfr.* Cass. nn. 12953/2016, 6943/2004, 4735/98).

6.2.1. Trattasi, peraltro, da un lato, di un'ipotesi di compensazione cd. propria, riguardante, cioè, crediti e debiti originati da rapporti distinti (ciascun rapporto di conto corrente), così differenziandosi da quella cd. atecnica, in cui gli stessi derivano da un unico rapporto e dove la valutazione delle reciproche pretese comporta l'accertamento del dare e avere senza necessità di apposita domanda riconvenzionale od eccezione di compensazione, che postulano, invece, l'autonomia dei rapporti ai quali i crediti si riferiscono (*cfr.* Cass. n. 16800/2015); dall'altro, di compensazione cd. legale, che, come tale, estingue *ope legis* i debiti contrapposti in virtù del solo fatto oggettivo della loro contemporanea sussistenza, sicché la pronuncia del giudice si risolve in un accertamento dell'avvenuta estinzione dei reciproci crediti e debiti delle parti dal momento in cui sono venuti a coesistenza (*cfr.* Cass. nn. 10335/2014, 22324/2014, 11146/2003).

6.2.2. Tuttavia, la compensazione mai può essere rilevata d'ufficio (*cfr.* art. 1242, comma 1, cod. civ.), soggiacendo il suo effetto estintivo ad uno specifico onere di dichiarazione di colui che voglia giovarsene. Invero, ai fini del perfezionamento della fattispecie estintiva, è necessario che la compensazione sia eccepita dalla parte che intende avvalersene, non occorrendo, peraltro, giusta il consolidato orientamento di questa Corte, che la relativa manifestazione di volontà sia espressa mediante l'uso di formule sacramentali, essendo sufficiente che dal comportamento della parte risulti univocamente la volontà di ottenere la dichiarazione dell'estinzione del credito. Ciò, in quanto l'eccezione di compensazione costituisce l'esercizio di un diritto potestativo e postula che la parte, valutando il suo interesse all'adempimento, decida se esercitare, o meno, il potere di determinare l'estinzione dei debiti contrapposti dal giorno della loro coesistenza (*cfr.* Cass. nn. 10335 del 2014. In senso sostanzialmente analogo, si veda anche Cass. n. 22324/2014, secondo cui la compensazione legale, a differenza di quella giudiziale, opera di diritto per effetto della sola coesistenza dei debiti, sicché la sentenza che la accerti è meramente dichiarativa di un effetto

estintivo già verificatosi e questo automatismo non resta escluso dal fatto che la compensazione non possa essere rilevata di ufficio, ma debba essere eccepita dalla parte, poiché tale disciplina comporta unicamente che il suddetto effetto sia nella disponibilità del debitore che se ne avvale, senza che sia richiesta una autorizzazione alla compensazione dalla controparte).

6.3. I principi fin qui ricordati giustificano la mancata applicazione del disposto dell'art. 1853 cod. civ. alla fattispecie in esame.

6.3.1. E', infatti, incontroverso (oltre che chiaramente evincibile dalla esposizione in fatto dell'odierno ricorso) che il (omissis), nell'opporsi al decreto ingiuntivo notificatogli, ad istanza della (omissis) s.p.a., quale fideiussore (insieme ad altri) della (omissis) s.r.l. soc. coop. a r.l., per somme conseguenti a scoperti di conto corrente dalla stessa intrattenuti presso il citato istituto di credito, eccepì la decadenza dalla garanzia fideiussoria *ex* art. 1957 cod. civ. ed il difetto di buona fede e correttezza della Banca verso i fideiussori per violazione dell'art. 1956 cod. civ., e chiese l'accertamento, a mezzo di consulenza tecnica estesa a tutti i rapporti intercorsi tra la debitrice principale e la Banca opposta, dell'eventuale credito di quest'ultima. La compensazione *ex* art. 1853 cod. civ., invece, fu da lui invocata solo dopo aver conosciuto gli esiti della consulenza tecnica di ufficio disposta in primo grado dal tribunale, quando, cioè, erano già ampiamente maturate le preclusioni sancite, rispettivamente, dall'art. 180, comma 2, cod. proc. civ., nel testo - applicabile *ratione temporis*, vertendosi in controversia da considerarsi pendente, *ex* art. 643, ultimo comma, cod. proc. civ., dal 1996 - risultante dal d.l. n. 432 del 1995, convertito dalla l. n. 534 del 1995, per la formulazione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio, e dagli artt. 183 e 184 cod. proc. civ., come novellati dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, e qui applicabili alla stregua di quanto si è appena detto circa l'inizio della pendenza della lite, per la proposizione di domande nuove: preclusioni, peraltro, sottratte alla disponibilità delle parti e ricondotte esclusivamente al rilievo d'ufficio del giudice, in virtù del principio secondo cui il *thema decidendum* non è più modificabile dopo la chiusura

della prima udienza di trattazione o dopo la scadenza del termine concesso dal giudice ai sensi dell'art. 183, comma 5, cit. (*cfr.* Cass. nn. 13769/2017, 15791/2013, 25598/2011, 947/2012, 26691/2006).

6.3.2. Tanto induce a ritenere corretta la decisione impugnata nella parte in cui ha respinto il gravame incidentale del (omissis) considerando inammissibile (come già avvenuto in primo grado), perchè tardivamente formulata, la sua richiesta di applicazione del meccanismo di compensazione di cui al citato art. 1853 cod. civ., ed assolutamente irrilevante, in questa sede, proprio alla stregua del regime delle preclusioni appena descritto, la questione se ciò si era tradotto nella formulazione di un'eccezione nuova (come ritenuto dal Tribunale di Latina) o di una domanda nuova (come, asserito dalla Corte di appello di Roma).

6.4. Trattandosi di autonoma *ratio decidendi* da sola idonea a sorreggere l'avvenuto rigetto dell'appello incidentale del (omissis), diviene affatto superfluo diffondersi ulteriormente sull'altra ragione, contestata dai motivi di ricorso e riguardante l'inadempimento dell'onere probatorio ascritto all'odierno ricorrente dalla corte romana, pure utilizzata, al predetto fine, da quest'ultima.

7. Il ricorso va quindi respinto, senza necessità di pronuncia sulle spese atteso il riscontrato difetto di legittimazione processuale di (omissis) s.p.a., nella indicata qualità, e l'assenza di difese degli altri intimati.

8. Infine, si deve dare atto, - mancando ogni discrezionalità al riguardo (*cfr.*, tra le prime: Cass. 14/03/2014, n. 5955; tra molte altre: Cass., Sez., U. 27/11/2015, n. 24245; Cass., Sez., U. 20/06/2017, n. 15279) - della sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (applicabile *ratione temporis*, essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunziando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità

dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione proposta, a norma del comma 1-*bis* del detto art. 13.

P. Q. M.

rigetta il ricorso.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, giusta il comma 1-*bis* dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 4 dicembre 2017.

Il Presidente

Dott.ssa Maria Cristina Giancola

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

IL 22 MAR 2018

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Andrea BIANCHI

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO COPIE UNIFICATO

Copia ad uso studio che si rilascia a richiesta di **IL SOLE 24 ORE.**

Roma, 22 marzo 2018

La presente copia si compone di 10 pagine.
Diritti pagati in marche da bollo € 1.92