

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Corte D'Appello di Ancona  
PRIMA SEZIONE CIVILE  
R.G. xxxx/2015**

La Corte di Appello di Ancona –I sezione civile - composta dai seguenti magistrati:  
Dr. ANNALISA GIANFELICE Presidente rel.  
Dr. PAOLA DE NISCO Consigliere  
Dr. VITO SAVINO Consigliere  
Ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile in secondo grado, iscritta a ruolo al n. xxxx/2015 e promossa

**DA**

**BANCA** (già **BANCA INCORPORANTE** già **BANCA INCORPORATA**) rappresentata e difesa dall' Avv. **OMISSIS** del foro di **OMISSIS**, ed elettivamente domiciliata presso lo studio de predetto difensore in **OMISSIS**;

**- APPELLANTE-**

**CONTRO**

**FIDEIUSSORE 1 CF OMISSIS, FIDEIUSSORE 2 CF T OMISSIS e FIDEIUSSORE 3 CF OMISSIS** in proprio e quali eredi di **DE CUIUS**, tutti rappresentati e difesi dall'avv. **OMISSIS** e dall'avv. **OMISSIS** del Foro di **OMISSIS** ed elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultima in **OMISSIS**

**-APPELLATI-**

con l'intervento di **SOCIETA' INTERVENUTA**, società con socio unico, con sede legale in **OMISSIS**, Codice Fiscale e di Partita Iva **OMISSIS**, e per essa **MANDATARIA** con sede in **OMISSIS**, Codice Fiscale, Partita Iva **OMISSIS**, qui rappresentata da **RAPPRESENTANTE**, sede legale in **OMISSIS**, numero di iscrizione presso il Registro delle Imprese di Milano Monza Brianza Lodi, C.F. e P.IVA **OMISSIS**, rappresentata e difesa dall'avv. **OMISSIS** con studio in **OMISSIS**

**INTERVENUTA**

**OGGETTO:** appello avverso sentenza n.xxx/15 emessa dal Tribunale di Ancona in data 27.04.15, in materia di opposizione a decreto ingiuntivo/contratti bancari

**Conclusioni:** come da note telematiche depositate per l'udienza del 17.01.2023

**RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE**

Con distinti atti di citazione **DE CUIUS, FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2e FIDEIUSSORE 3** hanno proposto opposizione, di fronte al Tribunale di Ancona, al decreto ingiuntivo emesso su istanza di **BANCA INCORPORATA**, oggi incorporata in **BANCA INCORPORANTE**, con il quale veniva loro ingiunto, in qualità di fideiussori della **DE CUIUS s.r.l.**, il pagamento della somma di €. 765.650,18. A fondamento dell'opposizione eccepivano in particolare di non aver sottoscritto alcuna fideiussione né altri documenti prodotti dalla Banca opposta; contestavano inoltre la competenza territoriale del giudice adito, e nel merito contestavano l'entità della pretesa monitoria, deducendo l'illegittimità degli addebiti a titolo di interessi ultra legali, anatocistici, usurari e per commissioni di massimo scoperto non dovute, la nullità dei finanziamenti erogati in data 03.01.2007 per €. 200.000 ed in data 03/01/2010 per euro 250.000.

Si costituiva in giudizio l'istituto di credito convenuto argomentando l'infondatezza delle opposizioni e chiedendone il rigetto.

Riunite le cause, ad esito del giudizio veniva emessa la sentenza gravata con la quale il Tribunale di Ancona accoglieva le opposizioni e revocava il decreto ingiuntivo opposto, sul rilievo dell'esito negativo del giudizio di verifica dell'autenticità delle sottoscrizioni dei contratti di fideiussione, atteso il mancato deposito degli originali dei contratti da parte della Banca opposta e il fallito reperimento di tale documentazione da parte del CTU, all'uopo autorizzato, presso la Cancelleria fallimentare del Tribunale di Nola, ove a detta della banca tali documenti erano custoditi.

Avverso la sentenza ha proposto appello **BANCA INCORPORANTE** a cui è succeduta **BANCA**; si sono costituiti **DE CUIUS**, **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3** contestando il gravame; la causa è stata interrotta per il decesso di **DE CUIUS**; il giudizio è stato ritualmente riassunto nei confronti di **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3**, che si sono costituiti nel giudizio riassunto; sono state disposte integrazioni istruttorie ed in particolare perizia calligrafica e perizia contabile; è intervenuta **SOCIETA' INTERVENUTA** quale cessionaria del credito di cui alla res litigiosa; all'udienza del 17.01.2023, raccolte le precisazioni delle conclusioni mediante il deposito telematico di note scritte, la causa veniva trattenuta a sentenza. Va innanzitutto esaminata l'eccezione di estinzione del giudizio di appello sollevata dagli appellati, i quali hanno dedotto la tardività della riassunzione, effettuato con ricorso depositato il 26 febbraio 2020 da **UNIONE BANCHE**, rispetto all'evento interruttivo costituito dal deposito telematico effettuato in data 22 novembre 2019 dalla difesa degli appellati, del certificato di morte della parte **DE CUIUS**. Ritiene la Corte che la riassunzione sia tempestiva, decorrendo il termine dalla dichiarazione di interruzione del giudizio effettuata all'udienza del 26 novembre 2019.

E' vero che nell'ipotesi di morte o di perdita della capacità della parte costituita, la dichiarazione dell'evento interruttivo può essere validamente effettuata dal difensore della parte colpita da esso al difensore della controparte, ai sensi del combinato disposto degli artt. 170 e 300 c.p.c. anche attraverso deposito telematico; tuttavia diverso problema è se tale deposito, non avvenuto nell'ambito dello svolgimento di udienza mediante trattazione scritta, sia idoneo ai fini della conoscenza legale dell'evento interruttivo in capo alla parte non colpita da esso: sul punto ritiene questo Collegio che il deposito telematico del certificato di morte non ha come effetto la legale conoscenza dell'evento interruttivo nei confronti della parte non colpita dall'evento interruttivo, ove la dichiarazione non sia ritualmente ad essa notificata. Il dies a quo, da cui far decorrere il termine per la riassunzione, deve essere sempre individuato con riguardo alla effettiva conoscenza legale dell'evento interruttivo: nel caso di specie, va individuato con riguardo alla dichiarazione giudiziale dell'interruzione del processo, che costituisce, in virtù dell'art. 176 c.p.c., strumento legale di formazione della conoscenza dell'evento interruttivo in modo certo.

Infatti, ai sensi dell'art. 300 c.p.c., l'evento interruttivo va dichiarato dal procuratore della parte in udienza o, in alternativa, va notificato; sicchè la nota depositata in data 22 novembre 2019 nel fascicolo telematico in vista dell'udienza del 26 novembre 2019 non può ritenersi equipollente né alla notifica, né alla dichiarazione in udienza, atteso che Ai fini dell'interruzione del processo, il verificarsi di uno degli eventi previsti dall'art. 300 c.p.c. produce effetto solo se il procuratore della parte, cui si riferisce l'evento interruttivo, lo dichiara in udienza o lo notifica alle altre parti, senza che assuma rilievo la circostanza che l'evento interruttivo risulti dalla documentazione agli atti del processo" ( Cass. Civ. Sez. II Sent., 24.4.2018, n. 10048).

Quanto all'ulteriore profilo di contestazione della legittimazione attiva, si osservi quanto segue. Gli appellati illustrano che il giudizio è stato riassunto da **BANCA INCORPORANTE** la quale si affermava incorporante la **BANCA INCORPORATA** con atto di fusione per Notaio **OMISSIS** del 02.02.2017 Rep. xxxx - Racc. xxxx, ma che al momento della riassunzione e fino alla riserva in decisione del 26 maggio 2020, **BANCA INCORPORANTE** non depositava il detto atto di fusione; aggiungono che nella propria comparsa di costituzione depositata il 25 maggio 2020, essi appellati espressamente contestavano l'atto di riassunzione di **BANCA INCORPORANTE**, eccependo l'inammissibilità della riassunzione; deducono quindi che in presenza della espressa contestazione da parte degli appellanti dell'atto di riassunzione e della legittimazione e/o titolarità di **BANCA INCORPORANTE** a proporre le pretese in esso trasfuse e della carenza di prova della stessa, non è stato tempestivamente depositato alcun documento che asseverasse la asserita qualità di **BANCA INCORPORANTE** di incorporante la **BANCA INCORPORATA**, sicchè il processo deve essere dichiarato estinto.

Ricordato che il soggetto che non è stato parte del giudizio di merito deve allegare la propria "legitimatío ad causam", e fornire la dimostrazione di essere subentrato nella medesima posizione del proprio dante causa, e che ove l'appellante sia una società che assuma di derivare, per fusione o trasformazione, da altra società che aveva partecipato al giudizio, questa deve fornire la dimostrazione della sua derivazione dalla società preesistente, osserva la Corte che l'atto notarile di fusione è stato allegato mediante l'indicazione degli estremi del numero di repertorio nell'atto di riassunzione, e che con la comparsa post-riassunzione datata 25.5.2020 gli appellati non hanno aggredito l'atto pubblico di fusione per incorporazione richiamato ma si sono limitati a contestare le pretese avversarie "anche sotto il profilo della legittimazione e/o titolarità a proporle per inidoneità e/o carenza di prova della relativa documentazione che viene contestata anche sotto tale profilo", con ciò formulando una contestazione generica. Si ricordi infatti che La società che intraprenda un giudizio d'appello avverso la sentenza di primo grado emessa nei confronti di un'altra società, della quale affermi di essere successore a titolo universale o particolare, è tenuta a dimostrare la propria legittimazione, sempre che uno degli appellati costituiti l'abbia contestata, giacché la non contestazione postula che la circostanza sia apprezzata come incontestata anche nei riguardi degli altri appellati rimasti contumaci. (Cassazione civile sez. I, 19/05/2020, n.9137).

A seguito della specificazione della contestazione del difetto di legittimazione in capo ad **BANCA INCORPORANTE** nella comparsa conclusionale depositata dagli appellati in data 31.7.2020, la Banca appellante, con la successiva memoria di replica, ha provveduto al deposito dell'atto di fusione per incorporazione.

Con i primi due motivi di gravame la Banca appellante contesta la sentenza di prime cure nel punto in cui sostiene che, non essendosi "l'Istituto di credito opposto curato di depositare, di esibire ovvero di reperire gli originali.....Peraltro alcuna formale istanza di accesso presso la cancelleria fallimentare del Tribunale di Nola è stata documentata da **BANCA INCORPORATA**, che si è resa inadempiente rispetto al proprio onere probatorio", giungeva alla conclusione per cui il procedimento di verificaione avrebbe dovuto "ritenersi non esperibile". Aggiunge la Banca che l'esito negativo dell'incarico conferito dal giudice di prime cure al CTU di "tentare di reperire tali documenti presso il Tribunale di Nola", dimostra l'esistenza di cause in grado di impedire l'ingresso nel processo delle fideiussioni, cause non attribuibili a colpa o negligenza della Banca appellante, in quanto il consulente aveva riferito che "i faldoni contenenti gli atti del fallimento della ditta Tortora erano ammucchiati in modo disordinato ed uno era in visione dal Presidente del Tribunale, per cui non è stato possibile esaminarlo" (pagina 1 dell'elaborato peritale d'ufficio in atti); ricorda che il successivo esperimento della consulenza grafologica sulle copie prodotte aveva permesso di accertare la piena attribuitività delle firme apposte dagli appellati sulla documentazione contrattuale dagli stessi disconosciuta; che il CTU aveva infatti chiarito che le caratteristiche emerse nella fase istruttoria del procedimento "permettono di asserire che (le firme) sono state vergate da un'unica mano", e concluso che "le firme apposte ai contratti disconosciuti e alle fideiussioni sono riferibili alla mano degli opponenti Tortora" (cfr. pagg. 41- 45 e 49- 55 relazione peritale a firma Dott.ssa Anna Maria Puglielli in atti).

Il motivo è fondato.

Per consolidata giurisprudenza di legittimità in caso di disconoscimento dell'autenticità della sottoscrizione di scrittura privata prodotta in copia fotostatica, la parte che l'abbia esibita in giudizio e intenda avvalersi della prova documentale rappresentata dall'anzidetta scrittura deve produrre l'originale al fine di ottenerne la verificaione; altrimenti, del contenuto del documento potrà fornire la prova con i mezzi ordinari, nei limiti della loro ammissibilità (cfr. Cass. civ. n. 7267/2014). In mancanza della produzione del contratto originale la stessa non potrà avvalersi del documento in questione, che risulta pertanto inutilizzabile nel giudizio monitorio e nel conseguente giudizio di opposizione.

Né diversa conclusione può essere formulata in considerazione dell'esito della perizia calligrafica svolto sulle copie fotostatiche dei contratti di fideiussione disconosciuti, atteso che secondo la giurisprudenza della Cassazione (v. Cass.18.02.2000 n. 1831), l'esame peritale condotto su copie fotografiche del documento o dei documenti assunti a comparazione è inattendibile, in quanto soltanto nel documento originale possono individuarsi quegli elementi la cui peculiarità o addirittura singolarità consente di risalire con elevato grado di probabilità al reale autore della sottoscrizione in relazione alla conosciuta specificità del profilo calligrafico, degli strumenti di scrittura abitualmente usati, delle stesse

caratteristiche psicofisiche del soggetto rappresentati dalla firma; non può invece che risultare inattendibile un esame grafico condotto su di una copia fotostatica, essendo questa inidonea rendere percepibili segni grafici personalizzati ed oggettivi.

Le conseguenze della mancata produzione degli originali delle fideiussioni avrebbero dovuto ricadere sulla Banca appellante anche in considerazione della distribuzione dell'onere probatorio: va infatti ricordato che in applicazione dell'art. 2697 c.c. laddove sia la banca ad agire per il pagamento, spetta alla parte attrice dare prova dell'esistenza e della validità della fonte negoziale posta a fondamento delle proprie ragioni.

Tuttavia nelle more del giudizio la Banca ha rinvenuto gli originali delle fideiussioni producendoli in appello, sicchè questa Corte territoriale, considerato che in tema di appello non costituisce nuova produzione ai sensi dell'articolo 345 comma tre CPC il deposito in originale di un documento la cui copia è stata prodotta nel giudizio di primo grado trattandosi della regolarizzazione formale del precedente deposito tempestivamente avvenuto (Cass n. 1366/2016), ha disposto la rinnovazione perizia calligrafica per procedere alla verifica delle sottoscrizioni.

Ad esito della perizia calligrafica, non adeguatamente contestata dagli oppositori odierni appellati, è stato accertato che le sottoscrizioni in verifica a nome di **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2, DE CUIUS e FIDEIUSSORE 3** sono autografe ed appartengono alla mano degli stessi.

Vanno quindi esaminate le domande di merito poste al giudice di primo grado, alla luce delle contestazioni, delle eccezioni e richieste proposte negli atti di opposizione e reiterate, ex art. 346 cp.c., nella comparsa di costituzione in appello, rimaste assorbite dal dictum del Tribunale.

Nel caso di specie, gli oppositori risultano garanti della **DE CUIUS srl** in virtù di fideiussioni omnibus sottoscritte in data 23.07.2001 per l'importo di lire 520.000.000, in data 27.04.2001 per l'importo di lire 900.000.000, in data 3.1.2007 per l'importo di €. 891.631,00.

Le fideiussioni del 27.04.2001 dell'importo di €. 900.000.000 a firma di **FIDEIUSSORE 1, DE CUIUS, FIDEIUSSORE 3 e FIDEIUSSORE 2** sono fideiussioni omnibus nelle quali all'art. G) è previsto che il garante è tenuto "a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quando dovute (...).

Tale negozio non integra un contratto autonomo di garanzia.

Infatti, il contratto autonomo di garanzia si distingue dalla fideiussione ordinaria per l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione del garante dalla facoltà di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c.c. (Cass. Civ. 31 luglio 2015 n. 16213). Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità l'uso di espressioni quali 'a prima richiesta', 'a semplice richiesta' e consimili non è decisivo ai fini della qualificazione della garanzia in termini di contratto autonomo di garanzia, potendo tali espressioni significare che le parti hanno inteso corredare la fideiussione della clausola solve et repete (Cass. 28 febbraio 2007 n. 4661), ritenuta non incompatibile con la struttura di tale contratto tipico (Cass. Civ. SS.UU. 18 febbraio 2010 n. 3947). Per qualificare un rapporto in termini di contratto autonomo di garanzia non è sufficiente la previsione di una clausola di pagamento a prima richiesta, occorrendo altri indici che attestino la volontà delle parti di rendere l'obbligazione di garanzia autonoma rispetto all'obbligazione garantita ed insensibile alle vicende di questa.

Nel caso di specie, militano a favore della qualificazione del contratto azionato in termini di fideiussione, piuttosto che di contratto autonomo di garanzia, i seguenti indici:

- la circostanza che il contratto in atti non prevede in alcuna parte la rinuncia alla facoltà di proporre eccezioni o l'esclusione di tale facoltà in capo ai garanti: detta rinuncia non può ritenersi implicitamente contenuta nella previsione dell'obbligo di pagamento 'a semplice richiesta ... anche in caso di opposizione del debitore...' (art. G richiamato), trattandosi di espressione volta semplicemente a stabilire che il pagamento del fideiussore debba avvenire a prima richiesta, non occorrendo il consenso del debitore principale al quale deve ritenersi preclusa la possibilità di opporsi efficacemente all'adempimento.

- la previsione dell'art. G comma 3 sulla propagazione della decadenza del beneficio del termine al fideiussore ('L'eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine si intenderà automaticamente

estesa al fideiussore'), segno della mancanza di autonomia e separatezza tra obbligazione principale e obbligazione del garante;

- l'identità dell'obbligazione gravante sul garante rispetto a quella gravante sul garantito, emergente dalla previsione dell'art. G ('Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitali, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio'), ove le obbligazioni assunte dal garante vengono, per l'appunto, modellate su quella della debitrice principale, con rinvio direttamente a quanto dovuto da quest'ultima 'per capitali, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio';  
- da ultimo, il nomen iuris attribuito all'atto negoziale in questione, circostanza questa che, pur non essendo di per sé decisiva (dovendosi prendere in considerazione soprattutto il contenuto del contratto che, per quanto appena esposto, depona nel senso dell'assenza di autonomia), costituisce pur sempre un elemento di interpretazione, peraltro favorevole al garante ai sensi dell'art. 1370 c.c., trattandosi di garanzia prestata su moduli predisposti dalla Banca.

Identiche considerazioni possono essere spese con riguardo alle fideiussioni a firma **FIDEIUSSORE 1, DE CUIUS, FIDEIUSSORE 2, FIDEIUSSORE 3**, datate 23.07.2001 dell'importo di £. 520.000.000, per la quale è stato utilizzato il medesimo modulo predisposto dalla Banca, e per le fideiussioni prestate con contratto del 3.1.2007, dal contenuto identico atteso che l'unica differenza è costituita dall'elencazione delle clausole contrattuali mediante numerazione progressiva

Nel corso del giudizio di primo grado gli odierni appellati hanno eccepito l'incompetenza per territorio del giudice adito, la nullità delle fideiussioni omnibus per indeterminatezza dell'oggetto derivante dalla omessa indicazione della linea di credito e del rapporto garantito, l'illegittima sommatoria degli importi delle diverse fideiussioni sino alla somma di €. 1.625.000,00, la carenza di prova del credito con riguardo al contratto di conto corrente n. 400, l'illegittimo addebito di poste indebite per interessi ultralegali, anatocistici, usurari, e commissioni di massimo scoperto non dovute, carenza di prova del credito di cui al conto corrente anticipi fatture n. 399 e al conto corrente export n. 120, nullità dei finanziamenti di €. 200.000,00 del 3.1.2007 e di €. 250.000,00 del 31.3.2010 per essere stati utilizzati allo scopo di ripianare esposizioni debitorie nei confronti della Banca, carenza di prova del credito di €. 192.620,52 per il saldo debitore del portafoglio commerciale insoluto portato da 56 riba rimaste impagate.

Va innanzitutto dichiarata la validità delle fideiussioni omnibus prestate, non viziate dalla eccezione di indeterminatezza oggetto ex artt. 1346 e 1418 co. 2 c.c.; va infatti ricordato che la giurisprudenza ha confermato la validità di tale schema contrattuale, precisando che l'oggetto del contratto, sia pur non determinato, sarebbe determinabile per relationem sulla base di operazioni il cui compimento è sottratto al mero arbitrio della banca, in quanto questa è soggetta alle specifiche disposizioni, anche pubblicistiche, che regolamentano l'attività creditizia, nonché ai doveri di correttezza e buona fede ai quali deve attenersi il comportamento delle parti nell'esecuzione di ogni contratto.; la previsione contrattuale è inoltre conforme all'art. 10 della Legge 154 del 1992, che, intervenendo sulle disposizioni codicistiche, ha previsto la fissazione di un tetto massimo all'importo garantito e la liberazione del fideiussore qualora il creditore abbia fatto credito al terzo, senza la preventiva autorizzazione del garante e nella piena consapevolezza del notevole aggravio della posizione debitoria.

Va poi dichiarata la validità della clausola di pagamento a semplice richiesta scritta, qualificata dagli oppositori come clausola vessatoria che non risulta essere stata specificatamente approvata per iscritto. Va innanzitutto rilevato che l'eccezione risulta smentita dalle relative schede contrattuali, che recano l'elencazione delle clausole c.d. vessatorie e la specifica approvazione delle stesse con apposita sottoscrizione da parte dei garanti, con l'inclusione della clausola relativa al pagamento a semplice richiesta: si veda ad es.

(...**OMISSIS IMMAGINI**).

La giurisprudenza della Suprema Corte del resto afferma che la cosiddetta clausola "a prima richiesta", pur inserita nel contratto di fideiussione tipico, costituisce valida espressione di autonomia negoziale, e non snatura il contratto tipico, salvo la prova - da fornirsi in relazione alla disamina della relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia - della manifestazione di una diversa volontà in ordine al contenuto specifico del contratto. Essa, pertanto, non costituisce una clausola vessatoria assoggettata alla disciplina giuridica prevista dall'art. 1341 c.c. (Cassazione civile sez. III, 06/10/2005, n.19484).

Potrebbe, invero, rilevarsi la vessatorietà siccome configurata, non ai sensi dell'art. 1341 c.c., quanto nella formulazione prevista dall'art. 33 della d.l. 205/2006. La disciplina di cui all'art. 1341 c.c., infatti, si differenzia da quella contenuta nel c.d. Codice del consumo, D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, poiché, sul piano oggettivo, essa si applica nell'ambito della contrattazione di massa e dei contratti conclusi con moduli o formulari (1342 c.c.) e, sul piano soggettivo, essa prescinde dalle qualità (di consumatore e professionista) delle parti.

Come afferma, infatti, anche qui la giurisprudenza in tema di fideiussione, la clausola secondo cui le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire "a prima richiesta" va valutata come vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t) del d.lgs. n. 206 del 2005 in quanto stabilisce una limitazione alla facoltà di proporre l'eccezione di estinzione del vincolo obbligatorio sulla base dell'ordinaria disciplina codicistica. In ogni caso, simili clausole sembrano censurabili anche sulla base della previsione generale dell'art. 33, comma 1, del Codice del Consumo, posto che è difficilmente contestabile che le stesse determinano un significativo squilibrio degli obblighi derivanti dal contratto; (Tribunale Padova sez. II, 03/10/2019)

Ritornando però al caso che qui ne occupa, si deve necessariamente rilevare come difetti il requisito soggettivo di consumatore in capo ai fideiussori, atteso che dalle visure camerali in atti emerge che gli stessi svolgono attività imprenditoriale e sono soci della società garantita.

Pertanto l'eccezione deve considerarsi infondata. Nelle more del gravame gli appellati hanno sollevato eccezione di nullità delle fideiussioni dedotte in giudizio per violazione della legge 287/1990 e dei principi affermati dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 29810/17, in quanto i moduli da essi sottoscritti contengono le clausole previste nell'accordo Abi che la Suprema Corte ha ritenuto nullo per violazione della normativa antitrust; argomentano che nel caso di violazione della normativa antitrust deve essere applicata la sanzione della nullità totale del negozio fideiussorio concluso.

L'eccezione di nullità non risulta supportata da idoneo corredo documentale, non avendo gli oppositori, odierni appellati, prodotto tempestivamente, nel rispetto delle preclusioni processuali, lo schema ABI, né allegato l'appartenenza della Banca opposta alle intese vietate così come l'uniformità e la non occasionalità delle condizioni contrattuali applicate.

Ritiene infatti il Collegio che la rilevabilità d'ufficio della nullità debba comunque presupporre la tempestiva allegazione degli elementi di fatto da cui la nullità deriverebbe, dovendo la pronuncia di nullità basarsi sul medesimo quadro di riferimento concretamente delineato dalle allegazioni delle parti, e non su fatti nuovi, implicanti un diverso tema di indagine e di decisione; tale allegazione deve altresì essere tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo in relazione al quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il thema decidendum e deve essere corredata dalla specifica deduzione del fatto, che è riservata alla parte, non potendo il Giudice procedere autonomamente alla ricerca, tanto più in difetto di idonea produzione documentale, delle ragioni che potrebbero fondare la domanda o l'eccezione, pur rilevabile d'ufficio.

Va comunque osservato quanto segue.

La delibera n. 55 del 2005 Banca d'Italia – Legge 287 del 1990 ha ravvisato una intesa lesiva della disciplina della concorrenza nell'adozione uniforme da parte degli istituti bancari, sul modello predisposto dall'ABI contenente le tre clausole di reviviscenza, sopravvivenza e rinuncia ai termini, ed ha riguardato le condizioni generali della fideiussione c.d. omnibus, ossia di quella particolare garanzia personale di natura obbligatoria, in uso nei rapporti bancari, che per effetto della c.d. clausola estensiva impone al fideiussore il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il debitore principale ha assunto entro un limite massimo predeterminato ex art. 1938 c.c..

Orbene, nel caso di specie con riguardo alle fideiussioni stipulate nel 2007 gli appellati avrebbero dovuto allegare e provare il perdurare della intesa anticoncorrenziale; solo per le fideiussioni che si iscrivono nel periodo temporale oggetto dell'indagine svolta da Banca d'Italia si verifica una presunzione di utilizzo uniforme dell'applicazione dello schema ABI, mentre per le fideiussioni stipulate in epoca successiva chi eccepisce la nullità deve allegare e fornire la prova della persistenza della intesa anticoncorrenziale al momento della concessione della garanzia, producendo ad esempio gli schemi contrattuali adottati da altri istituti di credito in epoca coeva o almeno prossima, sollecitando il confronto delle relative pattuizioni. (cfr: Corte di Appello, Ancona, Sez. I, 28.03.2023, n. 547; Corte di Appello, Ancona, Sez. I, 21.03.2023, n. 499).

Le pronunce sul tema di questa Corte si pongono fra l'altro in linea con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito "La mancata dimostrazione di un'intesa, anteriore o coeva alla stipulazione della garanzia qui considerata, avente come oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale degli impieghi bancari attraverso la fissazione di specifiche condizioni contrattuali in materia di garanzie fideiussorie non può allora che condurre al rigetto della domanda di nullità formulata in questa sede" (fra le tante: Tribunale di Milano, sez. imp., 08/11/2021, n. 9050).

Sotto questo profilo la fideiussione prestata nel 2007 va pertanto considerata immune dalla dedotta nullità.

Se poi si volesse ritenere, con riguardo alle fideiussioni oggetto del giudizio stipulate nel 2001, la violazione della normativa antitrust, superando il difetto probatorio, va ricordato che la Suprema Corte a Sezioni unite del 30/12/2021, n. 41994, ha stabilito che "i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'autorità garante, in relazione alle condizioni contrastanti con gli art. 2, comma 2, lett. a) l. n. 287/1990 e 101 tuf, sono parzialmente nulli, ai sensi degli art. 2, comma 3, l. n. 287/1990 e 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti."

Dunque, la nullità delle clausole riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate può condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in mancanza di allegazione e prova che quell'accordo, per l'assenza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso. Va infatti ricordato che l'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole ai sensi dell'art. 1419 c.c ha carattere eccezionale, perché deroga al principio generale della conservazione del contratto, che detta estensione può essere dichiarata dal giudice solo se risulti che il negozio non sarebbe stato concluso senza quella parte del suo contenuto colpita dalla nullità, e cioè solo se il contenuto dispositivo del negozio, privo della parte nulla, risulti inidoneo a realizzare le finalità cui la sua conclusione era preordinata.

A prescindere dalle concrete asserzioni degli appellanti osserva la Corte che tale prova non emerge.

Gli appellati, che ne erano onerati, non hanno infatti provato la sussistenza di specifiche circostanze di fatto dalle quali desumere che le fideiussioni in esame non sarebbero state concluse in assenza delle clausole dichiarate nulle. Tali circostanze non appaiono desumibili neanche dagli atti. Al contrario, quanto agli appellati, la circostanza che gli stessi fossero anche amministratori della società debitrice principale oltre che soci rende del tutto evidente la non incidenza di detta invalidità sulla struttura e sulla causa della garanzia nonché sul permanere dell'interesse alla stipulazione della stessa. Quanto alla Banca appellante questa Corte ritiene che le clausole in questione non incidano sulla funzione economico-giuridica che le fideiussioni erano chiamate ad assolvere, incidendo solo marginalmente sulla funzione prevalente di garantire le numerose linee di credito concesse alla società debitrice principale.

Alla luce dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite, la nullità dei contratti di fideiussione stipulati nel 2001 dedotte in giudizio sarebbe semmai parziale, in quanto limitata alle clausole in quanto conformi a quelle dello schema ABI dichiarate nulle perché in violazione della normativa antitrust. Si apre quindi il risolutivo rilievo del fatto che gli odierni appellati non hanno tempestivamente sollevato, con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, l'eccezione di decadenza della banca dal diritto di pretendere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione principale per mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale nel termine semestrale previsto dall'art. 1957, primo comma, c.c., limitandosi ad affermare la nullità integrale delle garanzie prestate. La disamina delle schede contrattuali consente di ritenere l'infondatezza della eccepita carenza di forma scritta dei tassi di interesse convenzionali.

L'eccezione di nullità del prestito e del mutuo per sviamento dalla causa, in quanto stipulati per ripianare pregressi debiti e scoperti di conto, è infondata.

E' infatti irrilevante che la messa a disposizione dei fondi abbia eliso lo scoperto di conto, atteso che il cosiddetto "mutuo solutorio", stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante, non è nullo in quanto non è contrario né alla legge, né all'ordine pubblico, specie se si considera che l'accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente ad integrare la "datio rei" giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa; va richiamata in tal senso Cass. 23149/22: Il cosiddetto "mutuo

solutorio", stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante, non è nullo - in quanto non contrario né alla legge, né all'ordine pubblico - e non può essere qualificato come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure quale "pactum de non petendo" in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l'accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente ad integrare la "datio rei" giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa.

Nella citata pronuncia si specifica che :

-) il mutuo solutorio non è nullo, perché "il ripianamento della passività costituisce in definitiva una possibile modalità di impiego dell'importo mutuato" (Sez. 3 - , Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021, Rv. 663324 - 01);

-) deve ritenersi "superato il precedente indirizzo" secondo cui il mutuo solutorio è un contratto simulato oppure illecito; "il ricorso al credito come mezzo di ristrutturazione del debito è previsto dalla stessa normativa vigente, che a mezzo degli artt. 182-bis e 182-quater della legge fall." (Sez. 1 - , Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01);

-) la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto (Sez. 1 - , Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01);

-) il perfezionamento del contratto di mutuo, con la consequenziale nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo, non rilevando, a detto fine, che il contratto abbia le caratteristiche del mutuo cd. di scopo, nel quale sia previsto l'obbligo di utilizzare quella somma ad estinzione di altra posizione debitoria verso il mutuante. (Sez. 1, Sentenza n. 1945 del 08/03/1999, Rv. 523924 - 01).

L'arresto giurisprudenziale risulta inoltre confermato da Cassazione civile sez. III, 11/10/2022, n.29644 in tema di mutuo fondiario.

Vanno poi affrontate le eccezioni di nullità degli interessi pattuiti in misura ultralegale, di nullità della commissione di massimo scoperto, della indebita applicazione della capitalizzazione degli interessi.

In primo luogo, la Corte territoriale rileva l'infondatezza della eccezione di illegittimità dell'anatocismo trimestrale applicato nei contratti di conto corrente, atteso che nel caso di specie trattasi di contratti trattandosi di contratti successivi alla delibera C.I.C.R. del 9.2.2000, pertanto contenenti la specifica previsione di identica capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi; in particolare, il contratto del conto corrente ordinario n. 400 del 12.04.2001 prevede all'art. 7 comma 3, la regolazione dei rapporti di dare ed avere con identica periodicità.

In secondo luogo, va rilevata anche l'infondatezza della dedotta apparenza della condizione di identica periodicità, per essere il tasso creditore irrisorio.

A riguardo soccorre Cassazione ordinanza n. 4321 del 10/2/2022, ove si afferma che "la previsione di un tasso di interesse effettivo corrispondente a quello nominale equivale alla mancata indicazione del tasso annuo calcolato per effetto della capitalizzazione: anche ad ammettere che le parti abbiano realmente voluto quest'ultima (in una qualche misura numericamente apprezzabile), il contratto di conto corrente mancante della detta indicazione non soddisferebbe una delle condizioni cui è subordinata, secondo quanto si è detto, la pattuizione dell'anatocismo". Quello che rileva in altre parole al fine di escludere la validità della clausola in questione non è l'eventuale ridotta misura degli interessi creditorî (ritenuta dalla Corte non concludente), bensì la coincidenza dei due tassi. E ciò perché "o la capitalizzazione è solo figurativa, nel senso che la misura oltremodo esigua del tasso di interesse creditore non genera, di fatto, alcun effetto anatocistico: e allora la mancata indicazione dell'incremento del tasso discende dal fatto che, in concreto, gli interessi creditorî non si capitalizzano affatto e, a fortiori, non si capitalizzano con la medesima periodicità degli interessi passivi, secondo quanto invece esige l'art. 3 della delibera; oppure la contabilizzazione degli interessi sugli interessi genera un qualche reale incremento: e in questo caso occorre indicare il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione, giusta l'art. 6 della delibera stessa".

Premesso che le circostanze de quibus sono immediatamente desumibili dalla documentazione tempestivamente acquisita in giudizio, nel caso di specie il contratto di conto corrente ordinario non

prevede la coincidenza del TAN e del TAE, fissandoli nella misura dello 0,250%, e dello 0,2502%, per la cui non sussiste la dedotta inosservanza degli art. 2 e 6 della delibera CICR 9 febbraio 2000.

Irrilevante poi l'eventuale erroneità del TAE indicato in contratto, atteso che la compiuta esposizione delle condizioni economiche nel contratto consente alla correntista il calcolo corretto dell'indicatore.

La Corte, sui rilievi degli odierni appellati, ha disposto consulenza tecnica formulando all'ausiliario nominato dott. Frascarelli i seguenti quesiti.

"In relazione ai rapporti oggetto di causa (conto corrente ordinario n. 400, conto anticipi 399, conto export 120, mutuo 1.04.2010 e prestito 18.01.2007, portafoglio commerciale) esaminati gli atti, proceda il CTU al ricalcolo delle competenze e del saldo finale corretto secondo i seguenti criteri, da applicarsi nei limiti delle allegazioni delle parti

effettui il CTU per il conto corrente ed i conti appoggiati il conteggio per i diversi periodi coperti da una serie integrale di estratti conto; il periodo del computo inizia dal primo saldo utile leggibile negli estratti conto prodotti (ovvero dalla prima operazione compresa nell'estratto conto più remoto); la data finale dei conteggi è quella della chiusura dei rapporti

Qualora il primo saldo utile leggibile non coincida con l'apertura del contratto di conto corrente, o qualora nel periodo in esame si dovesse rilevare una interruzione negli estratti conto prodotti il CTU dovrà a) considerare i periodi antecedente e successivo all'interruzione, come completamente separati e a se stanti, sommando quindi alla fine le differenze rilevate;

L'indagine andrà effettuata sia considerando i saldi iniziali di ogni periodo al saldo esposto, sia azzerando i detti saldi.

#### INTERESSI

Ridetermini il CTU il saldo del conto corrente e dei conti ad esso appoggiati applicando i tassi convenzionali solo in caso di intervenuta espressa previsione contrattuale; in caso contrario gli interessi attivi e passivi da applicare vanno calcolati al tasso sostitutivo ex art.117 TUB

#### COMMISSIONE MASSIMO SCOPERTO, COMMISSIONE GESTIONE FIDI, SPESE e GIORNI VALUTA

proceda il CTU alla sottrazione dal saldo passivo delle somme addebitate a titolo di Commissione di massimo scoperto, di commissione gestione fidi, di spese e di giorni valuta ove applicati (le valute delle operazioni vanno cioè computate dalla data di registrazione in conto) per tutta la durata dei rapporti, in assenza di valida pattuizione scritta;

#### USURA

Accerti il CTU, secondo i D.M. via via intervenuti, se i tassi di interesse pattuiti al momento della stipulazione dei contratti oggetto di causa o al momento dell'esercizio dello ius variandi da parte della banca erano inferiori al tasso soglia o abbiano superato il tasso soglia, e ciò sia al momento della pattuizione che nel corso del rapporto a seguito delle variazioni di quest'ultimo accettate tacitamente dal correntista, seguendo le modalità indicate in Cassazione civile, sez. un., 20/06/2018, n. 16303 e sentenza n. 19597/2020, utilizzando il metodo elaborato da Banca d'Italia; qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale pattuito o successivamente modificato ai sensi dell'art. 118 TUB risulti superiore al tasso soglia rilevato con riferimento al trimestre interessato dalla pattuizione, ricalcoli il CTU l'esatto ammontare del rapporto dare/avere senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato, fino a successiva valida pattuizione; Determini infine il CTU il saldo ex art. 1853 c.c. fra tutti i rapporti interscambiati fra la società correntista e la Banca ed oggetto del presente giudizio.

La formulazione dei quesiti è stata orientata dai seguenti orientamenti giurisprudenziali

Onere probatorio nel caso di azione di condanna promossa dalla Banca: nei rapporti bancari in conto corrente l'entità dei crediti e dei debiti da essi derivanti va dimostrata mediante la produzione di documentazione idonea a consentire l'integrale e certa ricostruzione del dare e dell'avere: la Corte di Cassazione ha sottolineato come tale integrale ricostruzione debba essere condotta sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni registrate sul conto corrente nel corso del suo svolgimento, non

potendo essere validamente surrogata da criteri presuntivi o approssimativi e non potendo attribuirsi alla parte convenuta l'onere di proporre "una qualche alternativa" al fine di pervenire all'accertamento di un suo debito che la controparte soltanto ha l'onere di provare nei suoi esatti termini (così Cass. 20.9.2013, n. 21597, ma v. anche Cass. 19.9.2013, n. 21466; Cass. 25.11.2010, n. 23974 e Cass. 10.5.2007, n. 10692).

Condizioni economiche (interessi capitalizzazione commissione massimo scoperto): i rapporti bancari inerenti i conti correnti risultano stipulati in epoca posteriore alla delibera CICR 2000; parimenti il mutuo ed il prestito sono stati stipulati in epoca successiva alla entrata in vigore della delibera CICR; va quindi verificata la corretta pattuizione in forma scritta delle condizioni economiche applicate, ai sensi dell'art. 117 TUB.

La nullità della clausola relativa agli interessi in difetto di convenzione scritta deriva inoltre dall'art. 1284, c. 3, cc.; la nullità non può essere sanata dalla comunicazione del concreto tasso applicato in quanto detta comunicazione non rende certo il criterio della loro determinazione, poiché non richiama criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, obiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse;

l'approvazione degli estratti conto non implica l'insussistenza di addebiti illegittimi da parte della banca. Com'è noto, infatti, l'approvazione tacita dell'estratto di conto corrente non si estende alla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti, ma ha la funzione di certificare la verità storica dei dati riportati nel conto (Cass. 3574/11); la mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate riguardano, dunque, solo gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale (Cass. 25 maggio 2017, n. 13258; Cass. 26 maggio 2011, n. 11626).

Commissione di massimo scoperto: dette commissioni costituiscono la remunerazione dell'istituto di credito per il costo sostenuto per la "messa a disposizione di una certa somma in favore del correntista a prescindere dalla concreta utilizzazione (con conseguente indisponibilità per la banca della somma concessa). La Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006 ha dato una corretta definizione della commissione di massimo scoperto, definendola come la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma. La relativa previsione negoziale è tuttavia valida ex artt. 1346 e 1418 c.c. solo ove sia determinato l'ammontare di quanto dovuto per il relativo servizio mediante l'indicazione del valore percentuale e la previsione del criterio di calcolo, rendendo cioè determinabile il concreto criterio di computo della commissione e lo specifico impatto sui saldi di chiusura periodica del conto corrente bancario.

Principio del c.d. saldo zero: si richiamano da ultimo Cass. 29 ottobre 2020, n. 23852 secondo cui "Nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa. Ne deriva che, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo nel periodo non documentato, ed in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza, in quell'arco di tempo, di un credito o di un debito di un certo importo, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, documentato dagli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di essi"; Cass. 2 maggio 2019, n. 11543, secondo cui, "nei rapporti bancari di conto corrente, esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e riscontrata la mancanza di una parte degli estratti conto, riportando il primo dei disponibili un saldo iniziale a debito del cliente, occorre distinguere il caso in cui il correntista sia convenuto da quello in cui sia attore in giudizio. Nella prima ipotesi l'accertamento del dare e avere può attuarsi con l'impiego di ulteriori mezzi di prova idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; possono inoltre valorizzarsi quegli elementi, quali ad esempio le ammissioni del correntista stesso, idonei quantomeno ad escludere che, con riferimento al periodo non documentato da estratti conto, questi abbia maturato un credito di imprecisato ammontare

(tale da rendere impossibile la ricostruzione del rapporto di dare e avere tra le parti per il periodo successivo), così che i conteggi vengano rielaborati considerando pari a zero il saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti; in mancanza di tali dati la domanda deve essere respinta.”

Esito della CTU: l'indagine peritale effettuata ha permesso di accertare quanto segue.

Nel caso di specie il rapporto principale è costituito dal conto corrente ordinario n.400, con riguardo al quale sono presenti agli atti la scheda contrattuale datata 12/04/2001 riportante le seguenti condizioni economiche: tasso creditore pari allo 0,25%; tasso debitore entro fido pari al 13,50%; maggiorazione oltre fido pari a 5 punti percentuali; commissione massimo scoperto pari al 0,6125% indicata come mera aliquota percentuale; non sono indicate le valute e le spese.

Relativamente all'andamento del rapporto sono stati depositati gli estratti conto contenenti i movimenti per i seguenti periodi:

dal 31/05/01 (con saldo 19.776.753 lire a favore del correntista) al 30/09/09 (con saldo 45.698.62 a debito del correntista);

dal 31/12/09 (con saldo 49.141,04 a debito del correntista) al 28/02/11 (con saldo 52.616,06 a debito del correntista).

Il CTU ha riferito che il primo estratto conto del rapporto, risalente al giugno 2001, è corredato da un estratto conto scalare del trimestre di riferimento, in cui si individua un saldo pari a zero alla data valuta del 02/05/2001.

Detto conto corrente presentava, alla data 31.3.2011, un saldo banca debitore di €. 57.433,51.

Altro rapporto è costituito dal conto anticipi n.399, in relazione al quale sono stati depositati la scheda contrattuale del 12/04/2001, riportante le seguenti condizioni economiche: tasso creditore pari allo 0,25%; tasso debitore entro fido pari al 13,750%; maggiorazione oltre fido pari a 5 punti percentuali; commissione massimo scoperto pari al 0,6125% indicata come mera aliquota percentuale; non sono indicate le valute e le spese.

Relativamente all'andamento del rapporto sono stati depositati gli estratti conto contenenti i movimenti per i seguenti periodi:

dal 03/05/01 (con saldo zero) al 31/03/08 (con saldo 142.413,61 a debito del correntista);

dal 31/12/09 (con saldo 71.439,54 a debito del correntista) al 26/02/10 (con saldo 128.961,08 a debito del correntista);

dal 31/03/10 (con saldo 181.612,73 a debito del correntista) al 28/02/11 (con saldo 7.200,00 a debito del correntista).

Relativamente al conto anticipi n.120 sono presenti agli atti gli estratti conto contenenti i movimenti per i periodi dal 24/06/08 (con saldo zero) al 31/12/10 (con saldo 175.800,00 a debito del correntista).

Relativamente al portafoglio commerciale è stato prodotto il solo saldaconto ex art.50 TUB con gli insoluti per un totale di euro 192.620,52.

Risultano inoltre agli atti: contratto datato 05/01/2005 relativo alla concessione di un anticipo export di 70.000 euro sul conto corrente n.400 senza alcuna indicazione delle relative condizioni economiche; richiesta di anticipazione all'esportazione, datata 02/11/2010, da utilizzare sull'apertura di credito concessa sul conto anticipi n.399 senza alcuna indicazione delle condizioni economiche relative; contratto di apertura di credito relativo a diverse linee di credito (50.000 euro) per apertura di credito in conto corrente relativo al conto n.400, euro 250.000 quale linea continuativa per finanziamenti in divisa ed euro 500.000 quale linea promiscua per anticipi fatture sbf. Tale contratto indica la Commissione messa a disposizione fondi pari allo 0,1231% degli affidamenti concessi e che è indicato essere addebitata sul conto corrente n.400, nonché il recupero spese per affidamenti pari a 20 euro trimestrale. Il medesimo contratto riporta i tassi di interesse debitori per la sola linea di apertura di credito in conto corrente sul conto n.400, pari al 5,979% entro fido e al 7,626% oltre fido, indicizzati all'euribor 1 mese 365.

In relazione ai due finanziamenti (mutuo del 1/4/2010 e prestito del 18/1/2007) si sono rilevati agli atti i contratti di apertura ed i saldaconti ex. Art.50 TUB.

Alla luce del corredo probatorio e delle allegazioni delle parti, il CTU ha proceduto alla verifica del superamento del tasso soglia nei contratti datati 2/04/2001 e nel contratto datato 21/01/2010, dato che negli altri contratti non sono esplicitate le condizioni economiche.

Ai fini di calcolo del TEG è stata utilizzata la formula definita nelle istruzioni della banca d'Italia pro tempore vigente.

Il contratto datato 12/04/2001 relativo al conto n.400 riporta le seguenti condizioni rilevanti ai fini del calcolo del TEG:

tasso debitore entro fido pari al 13,50%

commissione massimo scoperto pari al 0,6125%.

Nel contratto non è indicato l'importo dell'affidamento concesso. La CMS indicata nel contratto non supera la CMS soglia di periodo che risulta essere pari al 0,735% ( $0,49 * 1,5$ ). Di conseguenza il TEG del contratto in esame è pari al tasso debitore qualunque sia l'importo dell'affidamento concesso. Il tasso soglia per le aperture di credito in conto corrente fino a 5.164,57 euro è pari al 19,14% ( $12,76 * 1,5$ ) mentre il tasso soglia per le aperture di credito in conto corrente maggiori di 5.167,57 euro è pari al 15,57% ( $10,38 * 1,5$ ). Il TEG pertanto, qualunque sia il fido concesso, non è maggiore del tasso soglia per la categoria di operazione.

Il contratto datato 12/04/2001 relativo al conto n.399 riporta le seguenti condizioni rilevanti ai fini del calcolo del TEG: tasso debitore entro fido pari al 13,750% commissione massimo scoperto pari al 0,6125%. Nel contratto non è indicato l'importo dell'affidamento concesso.

La CMS indicata nel contratto non supera la CMS soglia di periodo che risulta essere pari al 0,735% ( $0,49 * 1,5$ ). Di conseguenza il TEG del contratto in esame è pari al tasso debitore qualunque sia l'importo dell'affidamento concesso.

Il tasso soglia per gli anticipi e sconti commerciali fino a 5.164,57 euro è pari al 13,035% ( $8,69 * 1,5$ ) mentre il tasso soglia per gli anticipi e sconti commerciali maggiori di 5.164,57 euro è pari al 11,355% ( $7,57 * 1,5$ ). Il TEG pertanto, qualunque sia il fido concesso è maggiore del tasso soglia per la categoria di operazione, e ciò anche considerando la compensazione con il margine fra CMS pattizia e CMS soglia. Pertanto nel caso di specie il contratto risulta essere in usura pattizia.

Il contratto datato 21/01/2010 ha rideterminato i tassi di interesse per il conto n.400 e riporta le seguenti condizioni rilevanti ai fini del calcolo del TEG: tasso debitore entro fido pari al 5,979% commissione disponibilità immediata fondi pari al 0,1231% trimestrale importo del fido pari a 50.000 euro recupero spese per affidamenti 20 euro trimestrali.

Poiché il tasso soglia per le aperture di credito in conto corrente maggiori di 5.000 euro è pari al 14,385% ( $9,59 * 1,5$ ), il TEG non è maggiore del tasso soglia per la categoria di operazione, anche considerando la commissione disponibilità immediata fondi.

In conclusione, solo con riguardo al conto corrente n.399 è emerso il superamento del tasso soglia con riguardo alle pattuizioni degli interessi debitori e pertanto, in conformità alle indicazioni del quesito, il CTU ha provveduto ad azzerare gli interessi relativi al rapporto stesso.

Quanto alla prova dei saldi dei conti correnti, va rilevato quanto segue.

Relativamente al conto export n.120 vi è una serie continuativa di movimenti senza alcuna interruzione ed agli atti è presente il primo movimento di apertura del rapporto. Tale conto non produce interessi e competenze pertanto non saranno effettuati ricalcoli del saldo finale del rapporto.

Relativamente al portafoglio commerciale è stato prodotto il solo salda conto ex art 50 del TUB contenente gli insoluti SBF senza addebito di interessi e competenze per un totale di euro 192.620,52; il salda conto espone in definitiva gli importi anticipati tornati insoluti.

Sul punto ritiene il Collegio che ai fini della prova dei crediti derivanti da rapporti di anticipazione bancaria è sufficiente depositare il salda conto certificato ex articolo 50 TUB, atteso che l'importo anticipato è dimostrato dalla annotazione sul conto corrente ordinario, mentre il saldo passivo del conto tecnico dimostra che il conto non si è autoliquidato per mancato pagamento della fattura sulla base della quale la banca ha concesso l'anticipazione. Deve infatti considerarsi il particolare meccanismo operativo del conto anticipi, quale conto tecnico: il cliente esibisce alla banca una fattura o una qualunque altra carta commerciale comprovando un credito a suo favore per ottenere un'anticipazione di liquidità, la banca acquisisce il documento contabile comprovante il credito senza che si verifichi tecnicamente una cessione di credito, in quanto titolare del credito che discende dalla carta commerciale è sempre il cliente; la banca anticipa al correntista parte della somma risultante dal documento commerciale accreditandola sul conto ordinario, ed annota sul conto anticipi l'importo passivo della somma così erogata; una volta intervenuto il pagamento del terzo debitore, che l'istituto di credito identifica sulla

base del numero della fattura o della cambiale, l'istituto di credito trattiene per se il pagamento per poi autoliquidare il conto anticipi fino a quel momento in passivo, riportandolo a saldo zero; in caso contrario, scaduto il debito senza che sia intervenuto il pagamento, la banca addebita la somma rimasta insoluta dal conto tecnico al conto ordinario con gli interessi maturati.

Relativamente al conto n.399 è presente agli atti il primo movimento di apertura del rapporto, ma sono state rilevate delle interruzioni nei movimenti, come indicato in precedenza; tuttavia le competenze di tale rapporto sono state completamente addebitate sul conto n.400, sicchè detti estratti conto mancanti non influiscono sul saldo del conto corrente stesso; sono tuttavia stati stornati gli addebiti a titolo di interessi, ai sensi dell'art. 1815 c.c., nonché le spese in quanto non pattuiti in forma scritta, sono stati inoltre stornati gli addebiti relativi alla CMS, atteso che la scheda contrattuale conteneva l'indicazione della sola aliquota percentuale, non essendo stati indicati né base di calcolo né periodicità; con riguardo invece alla commissione messa a disposizione fondi (percentuale spettante all'istituto bancario commisurata all'ammontare della somma accordata come fido,) sono stati stornati i relativi addebiti effettuati sino al 21/01/2010, atteso che solo con il contratto datato 21.01.2010 la banca e la società correntista hanno concordato la detta condizione economica.

Relativamente al conto n.400, il calcolo è stato effettuato a data contabile, atteso che non risultano pattuiti i c.d. giorni valuta, sono stati stornati gli addebiti a titolo di CMS in quando non validamente pattuita (la pattuizione non indica base di calcolo e periodicità), sono stati stornati gli addebiti a titolo di spese ad eccezione del recupero spese per affidamenti in quanto condizione economica pattuita con il contratto del 21/01/2010; gli addebiti a titolo di commissione di messa a disposizione fondi sono stati stornati fino al 21/01/2010, in quanto tale pattuizione risulta stipulata solo in tale data; sono stati applicati gli interessi al tasso convenzionale.

Va osservato che il primo estratto conto del rapporto n.400 non espone un saldo zero, atteso che il conto risulta essere aperto stato nell'aprile del 2001, ma il primo estratto conto prodotto risale al giugno del 2001; agli atti è presente lo scalare del secondo trimestre del 2001, il quale espone a data valuta un saldo iniziale pari a zero a maggio del 2001: stante l'omessa pattuizione in forma scritta dei c.d. giorni valuta, è opportuno effettuare il calcolo del rapporto a data contabile. Pertanto il saldo iniziale del conto, alla data del 31/05/2001, è stato riportato a zero.

Quindi con riguardo al conto principale n. 400 ed al conto anticipi n. 399 sono stati stornati gli addebiti a titolo di CMS in quando non validamente pattuita; non può infatti ritenersi che l'indicazione della locuzione "assoluta" accanto al valore numerico dell'aliquota individui univocamente il picco massimo di utilizzo nel corso del trimestre, potendo anche riferirsi, ad esempio, all'importo del fido accordato, a prescindere della effettiva utilizzazione, non essendo inoltre stabilito se il picco massimo dello scoperto vada individuato per valuta o per data contabile.

Il Ctu ha poi provveduto a verificare il superamento del tasso soglia con riguardo al prestito del 18/1/2007 ed al contratto di mutuo del 1/4/2010.

Secondo la scheda contrattuale il prestito del 18/01/2007 dell'importo di 200.000,00 Euro è rimborsabile al TAN iniziale del 5,174% (variabile: Euribor 3m360+1,5p.ti) in 59 rate mensili (oltre alla prima di preammortamento); spese istruttoria 120 euro una tantum; spese incasso 1,5 euro mensile; tasso di mora (con clausola di salvaguardia) pari a 7,174 %

Il Ctu ha quindi accertato un TEG del 5,35%, inferiore al tasso soglia di periodo, pari al 9,51%, ed un tasso di mora pari al 7,147% inferiore al tasso di mora soglia di periodo, pari al 12,66%.

Con riguardo al contratto di mutuo del 1/04/2010, dell'Importo di 250.000,00 Euro rimborsabile al TAN iniziale del 4,050% (variabile: Euribor 6m360+3p.ti) in 60 rate mensili, spese istruttoria 500 euro una tantum, spese incasso 2,00 euro mensile, il CTU ha accertato il TEG pari 4,22% ed il tasso mora pari al 6,050% (con clausola di salvaguardia); entrambe le condizioni economiche sono inferiori ai rispettivi tassi soglia di periodo, con riguardo al TEG del 8,145% e con riguardo al tasso di mora del 11,295%.

Pertanto gli importi azionati dalla banca per questi contratti risultano immuni dalla dedotta censura di nullità e vanno integralmente riconosciuti.

In definitiva, il saldo del conto corrente n. 400 risulta pari ad €. 92.147,48 a credito della società correntista, il saldo del conto anticipi n. 399 risulta pari ad €. 245.852,27 a credito della società correntista, il saldo del conto anticipi n. 120 risulta pari a -175.800,00 a debito della società correntista, il saldo del portafoglio commerciale risulta pari a -€. 192.620,52 a debito della società correntista, il

saldo del finanziamento 18/1/2007 è pari a -€ 239.072,74 a debito della società correntista, il saldo del mutuo del 1/04/2010 è pari a - €95.432,98 a debito della società correntista.

Pertanto il credito vantato dalla banca nei confronti della Nicola Tortora srl e garantito dagli odierni appellati è pari a totali € 364.926,49.

In conclusione l'appello va parzialmente accolto e per l'effetto gli appellati vanno condannati al pagamento, in favore della cessionaria, della somma di € 364.926,49 su cui vanno riconosciuti gli interessi legali dalla notifica del decreto ingiuntivo al saldo.

La condanna alle spese di lite del doppio grado segue la soccombenza in considerazione dell'esito finale della lite. Le spese di consulenza sostenute in entrambi i gradi di giudizio vanno poste a carico di entrambe le parti in solido, in ragione degli esiti delle stesse.

#### P.Q.M.

La Corte di Appello Ancona definitivamente pronunciando sull'appello proposto da **BANCA** (già **BANCA INCORPORANTE** già **BANCA INCORPORATA**) nei confronti di **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3** in proprio e quali eredi di **DE CUIUS**, e con l'intervento di **SOCIETA' INTERVENUTA**, avverso la sentenza in epigrafe così provvede:

- accoglie parzialmente l'appello e per l'effetto in riforma della sentenza gravata

Condanna **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3** in qualità di fideiussori della **DE CUIUS s.r.l.**, al pagamento della somma di € 364.926,49 oltre interessi legali dalla notifica del decreto ingiuntivo al saldo;

-condanna **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3** al pagamento delle spese di lite del primo grado nei confronti di **BANCA** che si liquidano in € 3.375,00 + 2.227,00 + 9.915,00 + 5870,00 rispettivamente per le fasi di studio, introduttiva, istruttoria e di decisione, oltre esborsi documentati, spese generali al 15%, IVA e CAP come per legge.

- condanna **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3** al pagamento delle spese di lite del secondo grado nei confronti di **BANCA** e di **SOCIETA' INTERVENUTA**, che per ciascuna si liquidano in € 4.389,00 + 2.552,00 + 5.880,00 + 7298,00 rispettivamente per le fasi di studio, introduttiva, istruttoria e di decisione, oltre esborsi documentati, spese generali al 15%, IVA e CAP come per legge.

- pone le spese delle consulenze tecniche, come liquidate con separati decreti, in solido su entrambe le parti.

Ancona, 6.06.2023

Il Presidente est.  
(Dott.ssa Annalisa Gianfelice)