



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI ANCONA, prima sezione civile,
composta dai seguenti Magistrati:

Dott.ssa Annalisa Gianfelice - Presidente
Dott.ssa Paola De Nisco - Consigliere
Dott.ssa Paola Damiani - Giudice Ausiliario rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento civile in grado di appello iscritto al n. [redacted] R.G.A.C., posto in decisione con ordinanza del 5.03.2024 e riservato a sentenza con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c., a seguito di deposito telematico di note scritte dei procuratori delle parti contenenti le sole istanze e conclusioni, in esecuzione del provvedimento Presidenziale emesso ex art. 127 ter c.p.c., nella formulazione introdotta dall'art. 35 d.lgs. n. 149/2022, tra

[redacted] S.R.L. (c.f. [redacted]), in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in [redacted] alla Via [redacted] n. 20, [redacted] E F.LLI S.N.C. (c.f. [redacted]), in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in [redacted] (MC) alla Via [redacted] n. 4, [redacted] S.R.L. (c.f. [redacted]), in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in [redacted] (MC) alla Via [redacted] n. 21, [redacted] & C. S.N.C. (c.f. [redacted]), in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in [redacted] (MC) alla Via [redacted] 18, [redacted] (c.f. [redacted]), nato il [redacted] a [redacted] (MC) e residente in [redacted] alla Via [redacted] n. 21, [redacted] (c.f. [redacted]), nato il 29.06.1962 a Recanati (MC) e residente in Corridonia (MC) alla Via [redacted], [redacted] (c.f. [redacted]), nato il [redacted] a [redacted] (MC) ed ivi residente alla Via [redacted] n. 11, [redacted] S.R.L. IN LIQUIDAZIONE (c.f. [redacted]), in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*,

con sede in [redacted] (MC) alla Via [redacted] n. 10, tutti elettivamente domiciliati in [redacted] (AN) alla Via [redacted], presso lo studio dell'Avv. [redacted], rappresentati e difesi dagli Avv.ti [redacted]

[redacted], giusta procura in calce all'atto di appello

appellanti

e

[redacted] SPV S.R.L. (c.f. [redacted]), in persona del suo legale rappresentante *pro-tempore*, con sede in [redacted] alla Via [redacted] e per essa, quale mandataria, [redacted] S.P.A. (c.f. [redacted]), elettivamente domiciliata in Macerata alla Via G. Carducci n. 63, presso lo studio degli Avv.ti Renato Perticarari e Andrea Perticarari, che la rappresentano e difendono, giusta procura in calce alla comparsa di costituzione e risposta in appello

appellata

Oggetto: rapporti bancari in c/c, tassi usurari e c.m.s. non dovute, mutuo ipotecario, garanzie fideiussorie, nozione di "consumatore", nullità schema ABI, violazione degli artt. 1956 e 1957 c.c., opposizione a decreto ingiuntivo, appello avverso la sentenza n. [redacted] emessa in data 20.03.2021 dal Tribunale di Macerata

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso riportandosi ai rispettivi scritti difensivi, chiedendo l'accoglimento delle conclusioni ivi rassegnate e reiterate nelle note telematiche per la trattazione scritta

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. [redacted] emessa in data 20.03.2021 il Tribunale di Macerata, definitivamente pronunciando, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, sulla domanda di [redacted] S.r.l. e di tutti i suoi fideiussori [redacted] i, [redacted] l., [redacted] e [redacted], proposta nei confronti di [redacted]. con azioni separate e poi riunite nel corso del giudizio, al fine di sentir revocare il d.i. dell'importo di €.933.617,29 oltre interessi, derivante dal saldo passivo di due conti correnti rispettivamente accesi in data 29.12.2006 (conto n. 13399) e in data 10.10.2007 (conto n. 13659) presso [redacted] [redacted] S.p.a., cessionaria di [redacted], lamentando l'illegittima applicazione di interessi ultralegali, anatocismo, commissione di massimo scoperto non pattuita e interessi usurari, nonché l'usura pattizia degli interessi applicati al mutuo fondiario stipulato in data 25.11.2009, con richiesta altresì dei fideiussori Testa

Giovanni e Immobiliare 2005 S.r.l. di essere liberati ex art. 1956 c.c. e di accertare la violazione dell'art. 1957 c.c., rilevata la tardività dell'eccezione di nullità relativa alla corrispondenza della fideiussione al modello ABI sanzionato dalla Banca d'Italia per violazione della normativa antitrust e ravvisata l'insussistenza di tutte le doglianze, ritenendo fondata solo quella riguardante le commissioni di massimo scoperto poiché non correttamente pattuite, ha revocato il decreto ingiuntivo opposto e, in parziale accoglimento delle opposizioni proposte, ha condannato tutti gli opposenti in solido fra loro a pagare alla [redacted] SPV S.r.l., quale cessionaria dell'originario credito di [redacted], le somme di €44.111,32 per il conto 13399 e di €840.383,05 per il conto 13659 oltre interessi moratori, ha ritenuto tutti i fideiussori obbligati in solido nei limiti dell'importo massimo da essi garantito di €1.300.000, ha rigettato tutte le altre domande e ha condannato tutti gli opposenti al pagamento delle spese di lite, ponendo le spese di CTU definitivamente a carico di tutte le parti in solido.

Avverso la citata sentenza hanno proposto appello [redacted], [redacted], chiedendone l'integrale riforma nella parte in cui il primo giudice, accedendo alle risultanze peritali, non ha considerato che per entrambi i contratti di c/c, in base ai conteggi eseguiti dal CTP per la formulazione del TEG al momento della stipula di ogni rapporto e sue relative modifiche, gli oneri previsti da contratto, c.m.s. e commissioni per liquidazione per interessi a debito, annualizzati, hanno determinato l'usurarietà del rapporto di conto corrente *ab origine*, con conseguente esclusione di tutti gli interessi e gli oneri addebitati fino alla sottoscrizione di una variazione contrattuale che riporta il rapporto entro i parametri definiti dalla L. n. 108/96, con un ammontare finale da rimborsare alla società correntista di €267.699,67 e, quanto all'analisi del contratto di mutuo, è emersa la sussistenza dell'usura sia alla stipula del tasso di mora, sia in caso di applicazione della penale di estinzione anticipata, con conseguente rimborso di interessi passivi pari ad €173.598,98 ex art. 1815, co. 2, c.c., tuttavia il primo giudice ha accolto solo le doglianze relative alle c.m.s. non correttamente pattuite per totali €49.123,22 ed ha completamente disatteso la restituzione della somma di €225.737,86 calcolata dal CTU in merito al disposto dell'art. 117 TUB; la sentenza è da ritenersi erronea anche per non aver rilevato i segnalati vizi di nullità delle fideiussioni generiche limitate, in termini di non operatività della responsabilità solidale, scadenza dell'obbligazione principale, liberazione ex artt. 1956 e 1957 c.c. e violazione della normativa antitrust poiché redatte su modulo uniforme ABI e, quanto ai soli fideiussori [redacted]

in liquidazione, per l'illegittima declaratoria di inammissibilità dell'eccezione di decadenza ex art. 1957 c.c.; il giudicante, infine, avrebbe dovuto compensare tra le parti le spese di lite, ai sensi dell'art. 92, co. 2, c.p.c.

Si è regolarmente costituita in giudizio [redacted] S.p.a.), quale mandataria di [redacted] SPV S.r.l., contestando in modo specifico l'avverso gravame avente ad oggetto la censura delle risultanze della CTU proposta mediante reiterazione delle medesime argomentazioni già contenute nella CTP, se si consideri che nella relazione integrativa del 16.07.2018 il CTU, a conferma di quanto affermato nel suo precedente elaborato, ha escluso qualsiasi ipotesi di usura originaria con conseguente utilizzo dei tassi applicati dalla banca ritenendoli legittimi per essere risultati sempre contenuti nei limiti dell'usura, in tal modo escludendosi la necessità di considerare il ricalcolo ex art. 117, co. 7, TUB; l'ulteriore motivo, avente ad oggetto i vizi relativi alle fideiussioni prestate, riguarda l'asserita violazione sia dell'art. 1956 c.c. che la sentenza ha correttamente escluso per aver reputato i fideiussori, tutti soci e membri del CdA della società garantita (in tal modo superandosi anche l'eccezione sollevata da [redacted] io, [redacted] e [redacted] in merito alla loro qualifica di "consumatori"), nella doverosa condizione di essere pienamente consapevoli della situazione finanziaria della società da essi amministrata, a prescindere dalle modalità di acquisizione dell'obbligazione mediante adesione a moduli prestampati in tema di informativa precontrattuale e dal comportamento della banca, sia dell'art. 1957 c.c., sollevata dai soli garanti Testa ed Immobiliare 2005 S.r.l., in quanto tardiva poiché non contenuta nelle difese successive all'atto di opposizione, oltre che infondata nel merito per essere subordinata l'estinzione della fideiussione all'estinzione del debito garantito, così come inammissibile è l'eccezione di nullità delle fideiussioni redatte secondo il modello ABI, sollevate con la comparsa conclusionale senza supporto documentale del modulo ABI e del provvedimento della Banca d'Italia e senza provare che le originarie fideiussioni, tutte successive al 2005, fossero conformi al suddetto modello sanzionato; corretta è l'applicazione in sentenza del principio di soccombenza in ordine alle spese di lite liquidate, poiché la decurtazione operata successivamente al ricalcolo del saldo incide per il solo 5,3% rispetto alla somma ingiunta. A seguito di ordinanza del 5.03.2024, precisate le conclusioni con note di trattazione scritta come in epigrafe, la Corte ha trattenuto la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello proposto è infondato e non merita accoglimento.

Va preliminarmente affrontata l'eccezione relativa al difetto di legittimazione attiva e titolarità del rapporto dedotto in giudizio in capo al creditore e neocostituita [] SPV S.r.l., che la difesa degli appellanti avrebbe sollevato in modo asseritamente inammissibile in sede di comparsa conclusionale in secondo grado, nell'assunto dell'omessa dimostrazione che il credito oggetto di cessione ex art. 58 TUB sia incluso nell'operazione di cartolarizzazione relativa all'avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale e depositato in giudizio, non potendo la mera comunicazione della cessione al ceduto ritenersi idonea a provare la titolarità, in via genetica, in capo alla cessionaria di quello specifico credito oggetto di cessione azionato in sede giudiziale, poiché a prescindere dagli adempimenti di cui all'art. 58 TUB aventi la limitata efficacia di pubblicità/notificazione della cessione al ceduto, in caso di contestazione, il suddetto credito deve essere comunque *ab initio* allegato e provato, sia con il deposito dello specifico contratto di cessione, sia con il deposito della ulteriore documentazione utile a tal fine.

La censura non coglie nel segno.

Premesso che la questione investe il merito della controversia e cioè la titolarità o meno del rapporto giuridico già relativo a [] S.p.a. in capo alla cessionaria appellata (cfr. Cass. sent. SU n. 2951 del 16.02.2016), deve innanzitutto essere rigettata l'eccezione di inammissibilità del rilievo della società appellata per essere stato svolto solamente in sede di comparsa conclusionale del 2.05.2024.

A riguardo questa Corte si limita a rilevare come costituisca principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello per cui *“Le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotte dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti”* (cfr. Cass. sent. SU n. 2951 del 16.02.2016; Cass. ord. n. 30545 del 20.12.2017; Cass. sent. n. 3765 del 12.02.2021).

Si osserva, inoltre, come nel corso del giudizio di primo grado gli odierni appellanti non abbiano né riconosciuto espressamente la titolarità in capo alla [] SPV, già costituita nel processo a mezzo di comparsa di intervento del 19.02.2018, dei rapporti giuridici per cui è causa, né svolto difese incompatibili con la negazione della detta titolarità (cfr. Cass. SU sent. 2951/2016 cit; ord. n. 22525 del 24.09.2018), essendosi limitate a contestare la pretesa

azionata nei loro confronti in via monitoria riferendosi alle pretese della banca cedente, parte originaria del rapporto.

Acclarata l'ammissibilità della suddetta eccezione per la sua rilevabilità d'ufficio, anche per involgere questioni attinenti a profili di nullità dei rapporti di c/c da cui hanno origine i crediti ingiunti, va osservato come nell'ipotesi di un'operazione di cessione dei crediti in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 d.lgs. n. 385/1993, colui che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito in detta operazione mediante prova documentale della propria legittimazione sostanziale (cfr., da ult., Cass. civ. sez. I, 22.02.2022, n. 5857) e, sebbene per la cessione del credito non sia prevista una disciplina specifica quanto alle eccezioni opponibili dal debitore ceduto al cessionario, si ritiene che per effetto di tale vicenda, cui il debitore ceduto resta comunque estraneo, non possa in alcun modo determinarsi una modifica peggiorativa della sua posizione originaria, essendo per lui indifferente la persona del creditore, dal momento che deve ugualmente pagare ad uno dei due soggetti.

D'altra parte, per evitare che tale vicenda possa essergli di pregiudizio, il debitore ceduto può *"opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente, sia quelle attinenti alla validità del titolo costitutivo del credito, sia quelle relative ai fatti modificativi ed estintivi del rapporto anteriori alla cessione od anche posteriori al trasferimento, ma anteriori all'accettazione della cessione o alla sua notifica o alla sua conoscenza di fatto"* (cfr. Cass., Sez. 5, Ord. 20 aprile 2018, n. 9842; Cass., Sez. 3, sent. 17 gennaio 2001, n. 575).

Ciò posto, occorre a questo punto prendere atto che l'art. 4 della L. n. 130/1999, il quale richiama a sua volta i commi secondo, terzo e quarto dell'art. 58 TUB, prevede che l'iscrizione nel registro delle imprese e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'estratto della cessione valgano come notifica al debitore ceduto ex art. 1264, co. 2, c.c., pertanto il meccanismo pubblicitario determina in capo al debitore e ai terzi una conoscenza legale della cessione.

Muovendo dal presupposto che gli estratti di cessione pubblicati in Gazzetta Ufficiale, nella quasi totalità dei casi riportano solo criteri generali con cui identificare i singoli crediti ceduti in blocco, sovente di difficile lettura e comprensione, ampia parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, ha più volte ritenuto che l'estratto pubblicato in Gazzetta Ufficiale non possa da solo essere sufficiente ad integrare la prova richiesta in capo alla cessionaria del credito, la quale per dimostrare di essere titolare del rapporto dovrebbe onerarsi di produrre in giudizio anche il contratto di cessione da cui si possa ricavare che lo

specifico credito per il quale essa agisce sia stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato, salvo a ritenere il raggiungimento della prova mediante dimostrazione che il singolo credito rientri in tutti i criteri indicati nell'estratto di cessione, pubblicato appunto in Gazzetta Ufficiale.

Fondamentale sul punto la pronuncia della Cassazione Civile, Sez. I, sent. n. 4453/2018, che estende i principi delle Sezioni Unite del 2016 alle opposizioni allo stato passivo ex art. 98 L.F., promosse dalle società veicolo di cartolarizzazione: si tratta di un orientamento nell'ambito del quale si colloca anche Cass. civ., Sez. II, sent. n. 9768/2016, in materia di cessione di credito in generale, che già aveva affermato che *“il cessionario che agisca per ottenere l'adempimento del debitore è tenuto a dare la prova del negozio di cessione, quale atto produttivo di effetti traslativi”* seppur non *“anche a dimostrare la causa della cessione o il corrispettivo per essa pattuito”*. In materia di cessioni di credito in blocco, rilevanti sono anche le pronunce della Suprema Corte (cfr. sent. n. 4116/2016 e sent. n. 10518/2016), secondo le quali la società cessionaria che intenda costituirsi in giudizio in corso, anche di legittimità, *“di fronte alla contestazione della controparte, ha l'onere di produrre, anche successivamente al deposito del ricorso stesso, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., i documenti idonei a dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco D.Lgs. n. 385 del 1993, ex art. 58 dovendo fornire la prova documentale della propria legittimazione, a meno che la controparte non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta”*.

In senso analogo si pone Cass. civ., Sez. 3, sent. n. 22268/2018, a tenore della quale *“non può non rilevarsi che il giudice d'appello ha affermato che la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale esonera sì la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma che se non individua il contenuto del contratto di cessione non prova l'esistenza di quest'ultima. Tale rilievo è condivisibile, giacché una cosa è l'avviso della cessione – necessario ai fini della efficacia della cessione – un'altra la prova della esistenza di un contratto di cessione e del suo specifico contenuto. La questione si sposta allora, in ultima analisi, sulla valutazione probatoria, valutazione che è riservata al giudice di merito”*: pronuncia che riprende un orientamento della Corte di Cassazione, che ha recentemente avuto modo di affermare: *“In tema di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole*

categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione” (cfr. Cass. civ., Sez. III, sent. n. 15884/2019 e n. 17110/2019, che richiamano a loro volta Cass. civ., Sez. V, sent. n. 31118/2017).

Reputa questa Corte territoriale come la predetta pubblicazione sia in effetti inidonea ad assolvere alla funzione pubblicitaria di cui sopra, limitandosi l'avviso *de quo* ad elencare non gli specifici crediti oggetto di cessione, ma le singole categorie dei crediti ceduti, inoltre l'elencazione è generica in quanto richiama delle macrocategorie di crediti in alcun modo circoscritte: pertanto, in mancanza di produzione in giudizio dello specifico contratto di cessione che contempra il credito in controversia, un valido criterio alternativo alla prova documentale della propria legittimazione è costituito dal comportamento concludente della società cessionaria ad indicare che la cessione sia valida ed efficace, particolarmente rafforzato dalla circostanza che la controparte debitrice *“l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta”* (cfr. anche la recente e già citata Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2022, n. 5857), come nel caso in esame in cui parte appellante/debitore ceduto ha eccepito la validità delle condizioni -sotto il profilo della nullità degli interessi usurari e della illegittima applicazione delle c.m.s.- applicate ai rapporti bancari da cui ha origine il credito inizialmente fatto valere dalla banca prima della cessione e successivamente dalla società cessionaria odierna parte appellata, a cui ha indirizzato le contestazioni già eccepite nei confronti della banca cedente, reiterandone il contenuto, in tal modo riconoscendo *ab implicito* l'esistenza del rapporto contestato e la validità della cessione *medio tempore* intervenuta nei confronti della società odierna appellata, che in tale giudizio esercita legittimamente i relativi diritti sostanziali e processuali del credito di cui è divenuta titolare con l'atto di cessione.

Passando allo scrutinio dei motivi di gravame nel merito, con il primo di essi gli appellanti criticano la sentenza di primo grado nella parte in cui ha aderito alle risultanze della CTU che, senza recepire le argomentazioni contenute nella CTP versata in atti, ha provveduto al ricalcolo generale del saldo espungendo le sole somme illegittimamente addebitate dalla banca, in quanto non pattuite, a titolo di commissioni sull'accordato riferite al periodo dal 30.09.2009 al 21.10.2011, quindi anteriormente alla stipula dei contratti di apertura di credito.

La difesa degli appellanti, in particolare, non muove una critica specifica alla sentenza impugnata, ma si limita a ribadire la correttezza delle risultanze del perito di parte in tema di calcoli del TEG ai fini della verifica del rispetto del tasso soglia, così come già prospettato nell'atto di opposizione e in sede di svolgimento delle operazioni peritali, pertanto il motivo

di gravame risulta essere la mera riformulazione delle medesime questioni tecniche già sottoposte all'attenzione del CTU in sede di osservazioni e poi vagliate dal giudice di prime cure, consistenti nella richiesta di rimborso della somma di €.70.160,09 quanto al c/c n. 13399, di €.197.539,58 quanto al c/c n. 13659 e di €.173.598,98 quanto al mutuo ipotecario di €.4.550.000 del 25.11.2009.

Il motivo è infondato.

Reputa la Corte di poter condividere, in quanto motivate e convincenti, le argomentazioni addotte dal giudice di primo grado sul conforto delle risultanze cui è pervenuto il CTU, nel convincimento che la mancanza in atti dei contratti di apertura di credito prima della data della loro stipula, per entrambi avvenuta il 21.10.2011, costituisca il presupposto necessario per il calcolo dell'usura utilizzando le condizioni pattuite nei due conti ordinari, rispettivamente il n. 13399 del 29.12.2006 e il n. 13659 del 10.10.2007 e, quale metodologia di calcolo del TEG applicato in sede di pattuizione e successiva verifica del superamento del tasso soglia mediante applicazione della formula della Banca d'Italia, ha ritenuto la correttezza del criterio alternativo proposto dal CTU per ovviare alla carenza del valore del fido (quale dato presente al denominatore della formula della Banca d'Italia) che *“rende dunque “matematicamente” non calcolabile il valore percentuale del tasso praticato ... potendosi considerare a tal fine unicamente le condizioni stabilite in sede di stipula del contratto e non quelle eventualmente desunte nel prosieguo del rapporto contrattuale”* (cfr. pag. 9 CTU integrativa), prendendo quindi in considerazione l'ipotesi residuale di calcolo di TEG contrattuale congruente con il TAN in assenza di affidamento, determinato nel 12,5% per entrambi i contratti, essendo tale valore risultato inferiore al tasso soglia alle rispettive date di stipula dei due contratti e, pur sommando al suddetto TAN del 12,5% la c.m.s. applicabile “senza fido” determinata contrattualmente nell'1% trimestrale, eventualmente “annualizzata”, il tasso complessivo che ne è risultato, pari al 16,50%, è comunque per entrambi i rapporti contenuto entro il tasso soglia.

Ed inoltre, il giudicante ha altresì rilevato l'erroneità dei conteggi utilizzati dal CTP degli opposenti, anche per aver eseguito la verifica del superamento del tasso soglia dell'usura secondo criteri non omogenei nell'omessa considerazione che si tratti di rapporti anteriori al 2009, richiamando a conforto della decisione la pronuncia n. 16303/2018 delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha ribadito il principio dell'omogeneità del raffronto dei dati, già affermato dalla giurisprudenza di merito maggioritaria e dalle sezioni semplici della Suprema Corte (cfr. da ultimo nello stesso senso, in tema di usurarietà degli interessi moratori, Cass. S.U. n. 19597 del 18 settembre 2020) e con la quale è stata chiarita la

rilevanza da dare alla commissione di massimo scoperto agli effetti del superamento del tasso soglia dell'usura prima dell'entrata in vigore dell'art. 2 bis del decreto legge n. 185/2008 (che, *ratione temporis*, non riguarda i contratti controversi), risolvendo il contrasto interpretativo che si era sviluppato sull'argomento.

Le SS.UU. hanno, quindi, affermato l'autorevole principio che, con riferimento ai rapporti svoltisi prima dell'entrata in vigore della predetta disposizione, la verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta va eseguita comparando, separatamente, il tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto con il tasso soglia e la commissione di massimo scoperto eventualmente applicata con la c.m.s. soglia, da calcolare aumentando della metà la percentuale della c.m.s. media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, co. 1, L. n. 108/1996. Fatta questa operazione, per le Sezioni Unite va poi compensato l'importo della eventuale eccedenza della commissione di massimo scoperto in concreto praticata con quello della commissione di massimo scoperto rientrante nella soglia, con il margine degli interessi che sia eventualmente residuo e che è pari alla differenza tra l'importo rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi praticati concretamente, a tale precetto allineandosi la sentenza gravata: *“Orbene, siccome non è stato allegato un superamento della CMS pattuita con la CMS soglia e poiché la CMS nei due rapporti in esame incide dello 0,9%, non emerge né risulta allegato in maniera dettagliata alcun superamento della soglia che scalfisca le considerazioni dell'ausiliare”* (cfr. pag. 10).

Né il Collegio reputa rilevante il mancato utilizzo dei conteggi fatti eseguire dal CTU, ad integrazione, anche ai sensi dell'art. 117, co. 7, TUB e all'esito dei quali è stata determinata in €.225.737,86 l'ulteriore somma a credito della correntista, essendo comunque risultata l'applicazione da parte della banca di tassi inferiori a quelli pattuiti nel contratto iniziale ricomprendenti sia i tassi extra che intra fido, a conferma di quanto già verificato dallo stesso CTU nel proprio precedente elaborato: somma che, pertanto, correttamente non viene riconosciuta in favore della società correntista.

In merito al rapporto di mutuo fondiario, la difesa appellante si duole dell'usura alla stipula del tasso di mora e dell'usura alla stipula in caso di applicazione della penale di estinzione anticipata, avendola il CTP rilevata sommando in modo del tutto inammissibile il tasso degli interessi corrispettivi con quello degli interessi moratori, reputando che sia inapplicabile il criterio di valutazione della sommatoria delle due suddette tipologie di tassi ai fini della verifica del tasso usurario e che, di conseguenza, gli interessi moratori andassero parametrati alla soglia fissata dalla legge per gli interessi corrispettivi, così abbracciando la tesi a tenore

della quale anche il tasso di mora debba essere assoggettato alla normativa antiusura, in aderenza a quanto previsto dalla normativa primaria ex Lege n. 108/96 ed art. 644 c.c.

I rilievi non appaiono meritevoli di accoglimento.

Reputa questa Corte territoriale che la metodologia di calcolo del TEG indicata dalla formula della Banca d'Italia per la verifica dell'eventuale sfioramento della soglia di usura costituisca il criterio più omogeneo applicato dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità, in particolare dalle Sezioni Unite, contrariamente al metodo della formula di matematica finanziaria, del tutto disomogenea e solo inizialmente utilizzata per la verifica del rispetto della legge n. 108/96: ciò in quanto gli interessi moratori e corrispettivi, non condividendo la medesima natura e fondamento, devono essere mantenuti rigorosamente separati, non potendo in nessun modo cumularsi tra loro e dovendo, pertanto, procedersi al calcolo ed all'individuazione di un'autonoma soglia che andrà riferita ai soli interessi moratori.

Precisa, a tal proposito, la Suprema Corte che nel compiere tale operazione bisognerà comunque tenere in considerazione il principio di simmetria (argomentato in Sezioni Unite con la sentenza n. 16303/2018), per il quale la soglia presa come riferimento deve essere in qualche modo "simmetrica", cioè basarsi sull'elaborazione solida dei dati di base, rilevati sul mercato, che rappresenti il livello delle condizioni medie di mercato, considerato che tali due tipologie di interessi non sono tra loro cumulabili o equiparabili, poiché aventi funzioni e natura giuridica differenti, conseguendone che il tasso di mora concretamente applicato non possa essere confrontato con il tasso globale medio (TEGM), il quale non tiene conto degli interessi moratori applicati, evidenziandosi che il TEG rilevato sul singolo contratto in mora non può che essere superiore del TEGM anche in ragione della mancanza, nella rilevazione del TEGM, della componente mora.

Ne consegue che le censure degli appellanti non potranno trovare accoglimento per erronea metodologia di calcolo, stante l'impossibilità di considerare come un *unicum* gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori, ciascuno dei quali avrebbe dovuto essere separatamente confrontato con la soglia all'uopo prevista per la rispettiva tipologia di tasso. Sulla questione dell'inopportunità di sommare interessi corrispettivi ed interessi moratori in prospettiva del confronto con il tasso soglia antiusura, in linea con l'ormai pacifico e consolidato l'orientamento giurisprudenziale si vedano le recenti pronunce di Cass. civ., SS. UU., sent. n. 19597/2020 e Cass. civ., ord. n. 31615/2021.

Neppure possono condividersi le considerazioni concernenti i criteri di calcolo del TEG in caso di estinzione anticipata prevista dall'art. 9 del contratto di mutuo, rappresentando essa

un costo del credito che, già per la semplice pattuizione, dovrà essere computata al fine di verificare il superamento del tasso soglia, avendo il CTP ipotizzato a confutazione che, allo scadere della nona rata di preammortamento, la restituzione di tutto l'importo finanziato di €4.550.000 e della penale di estinzione anticipata dell'1%, determini un TEG del 4,9008% superiore al tasso soglia del 4,875%, sanzionabile con la nullità della clausola che la prevede, con i consequenziali effetti della gratuità del contratto.

L'assunto non è condivisibile.

A riguardo il Collegio si limita a rilevare come assorbenti rispetto alle doglianze appellanti siano i principi espressi sulla questione dalla Suprema Corte che, superando il contrasto creatosi nella giurisprudenza di merito sul punto, ha recentemente affermato che *“In tema di usura bancaria, ai fini del superamento del "tasso soglia" previsto dalla disciplina antiusura, non è possibile procedere alla sommatoria degli interessi moratori con la commissione di estinzione anticipata del finanziamento, non costituendo quest'ultima una remunerazione, a favore della banca, dipendente dalla durata dell'effettiva utilizzazione del denaro da parte del cliente, bensì un corrispettivo previsto per lo scioglimento anticipato degli impegni a quella connessi”* (cfr. Cass. civ. sez. 3, sentenza n. 7352 del 7.03.2022).

La Cassazione, infatti, dopo aver ribadito *“la rilevanza della differenziazione delle componenti del costo del credito ... ai fini della determinazione del tasso soglia”*, non essendo *“accomunabili, nella comparazione necessaria alla verifica delle soglie usuraie, voci del costo del credito corrispondenti a distinte funzioni”*, ha ritenuto di non poter sommare la commissione di estinzione anticipata agli interessi moratori, in quanto *“La prima costituisce infatti una clausola penale di recesso, che viene richiesta dal creditore e pattuita in contratto per consentire al mutuatario di liberarsi anticipatamente dagli impegni di durata, per i liberi motivi di ritenuta convenienza più diversi, e per compensare, viceversa, il venir meno dei vantaggi finanziari che il mutuante aveva previsto, accordando il prestito, di avere dal negozio; i secondi, come noto, costituiscono una clausola penale risarcitoria volta a compensare il ritardo nella restituzione del denaro, così da sostituire, incrementati, gli interessi corrispettivi; ma, a ben vedere, proprio la natura di penale per recesso, propria della commissione di estinzione anticipata, comporta che si tratta di voce non computabile ai fini della verifica di non usurarietà; la commissione in parola non è collegata se non indirettamente all'erogazione del credito, non rientrando tra i flussi di rimborso, maggiorato del correlativo corrispettivo o del costo di mora per il ritardo nella corresponsione di quello; non si è di fronte, cioè, a «una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente»* (arg.

ex art. 2-bis, d.l. n. 185 del 2008, quale convertito), posto che, al contrario, si tratta del corrispettivo previsto per sciogliere gli impegni connessi a quella”.

Tornando all'analisi del caso di specie, in cui non vi è stata peraltro alcuna estinzione anticipata del mutuo, in condivisione dei suesposti principi recepiti anche dal primo giudice (cfr. sent. pagg. 12-14), costituisce il criterio più idoneo al rispetto del principio di simmetria quello per il quale il tasso contrattuale degli interessi di mora debba compararsi autonomamente col tasso soglia maggiorato del 2,1%, da calcolarsi secondo la formula [TEGM + MORA MEDIA (2,1%)] x 1,50 che, nel caso in esame, si sviluppa come segue: [3,25 + 2,1] x 1,50 = 8,025, da raffrontare ad un tasso di mora del 6,817%, inferiore al tasso soglia, ottenuto dalla sommatoria del tasso corrispettivo con l'aggiunta dello spread del 2%.

Con il secondo motivo di gravame gli appellanti criticano la sentenza di primo grado nella parte in cui non ha accolto le richieste di dichiarazione di nullità delle fideiussioni sotto i plurimi profili della mancanza di un'adeguata informativa, di vizio del consenso ed errore sulla fideiussione, della non operatività della responsabilità solidale tra garanti, della scadenza dell'obbligazione principale, della liberazione dei fideiussori ex artt. 1956 e 1957 c.c. e di invalidità delle fideiussioni poiché redatte su modulo uniforme ABI, adducendo a sostegno l'erronea ricostruzione in fatto ed in diritto della vicenda controversa che, *in primis*, non ha tenuto in considerazione la qualifica di consumatore in capo alle persone fisiche , artigiani inesperti di finanza e di diritto bancario, che non sono mai stati adeguatamente informati.

La censura non merita accoglimento.

Reputa questa Corte territoriale di poter condividere l'attuale orientamento di legittimità che, avendo negli ultimi anni operato un deciso *revirement* rispetto all'orientamento precedentemente assunto ed ormai superato in base al quale, per determinare la qualità di consumatore, occorreva rapportarsi alla natura della obbligazione garantita, ritiene che la qualifica di consumatore di cui può beneficiare la persona fisica che si impegna a garantire l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale debba essere valutata indipendentemente dall'accessorietà tra i due contratti e focalizzarsi l'indagine sull'estraneità del fideiussore rispetto all'attività di impresa della società debitrice, considerando esclusivamente le sue condizioni personali, come l'attività professionale e il collegamento con quella svolta dalla società garantita, sia essa persona fisica o giuridica: principio ribadito dalla Corte di Cassazione, che ha valutato l'entità della partecipazione al capitale sociale e la qualità di amministratore della società garantita come fattori rilevanti, attribuendo al giudice la specifica competenza di determinare se la persona fisica che invoca

l'applicazione a sua tutela della disciplina consumeristica abbia “*agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata*” (cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 8 maggio 2020, n. 8662; in senso conforme, Cass. Civ., Sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 742).

La questione si pone nel solco di quanto deciso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con ordinanza emessa il 19 novembre 2015, nella causa C-74/15, con la quale il giudice sovranazionale ha fornito l'interpretazione (vincolante per gli organi giudicanti nazionali) degli artt. 1, par. 1, e 2, lett. b), della Direttiva 93/13, affermando che “*tale Direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società*”, con l'ulteriore precisazione che “*quanto alla questione se una persona fisica che si impegna a garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un istituto bancario in base a un contratto di credito possa essere considerata un «consumatore» ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della Direttiva 93/13, occorre rilevare che un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce, dal punto di vista delle parti contraenti ... si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito. A tale proposito è necessario ricordare che la nozione di «consumatore», ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della Direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo (v. sentenza Costea, 3 settembre 2015, C-110/14, punto 21). Essa deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione. Spetta al giudice nazionale, investito di una controversia relativa a un contratto idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale Direttiva, verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se il contraente in questione possa essere qualificato come «consumatore» ai sensi della suddetta direttiva (v., in tal senso, sentenza Costea, 3 settembre 2015, C-110/14, punti 22 e 23)”.*

La richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia, con interpretazione vincolante, ha inteso descrivere una tutela rafforzata al garante, soggetto che viene rappresentato in condizioni di fisiologica disparità di trattamento con l'istituto di credito, indicando chiaramente che ci si debba necessariamente riferire alle condizioni personali del garante -e non del garantito- per l'eventuale qualificazione della sua posizione in chiave consumeristica: nella stessa direzione, si vedano alcuni successivi pronunciamenti, nel puntualizzare che *“I requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo – alla stregua della giurisprudenza comunitaria – all’entità della partecipazione al capitale sociale nonché all’eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore”* (Cass. Civ., Sez. VI, 31 ottobre 2019, n. 28162; Cass. Civ., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25914; Cass. Civ., Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32225).

Ebbene, nel caso di specie è da escludere la qualifica consumeristica in capo ai suddetti fideiussori, in relazione alla loro assunzione della garanzia *de qua*, risultando dalla disamina della visura CCIAA come essi abbiano garantito l'adempimento delle obbligazioni per cui è causa agendo sulla base dei collegamenti funzionali che li legano alla società garantita, mediante la loro partecipazione alla sua amministrazione quali membri del C.d.A. e al suo capitale come soci, ponendosi pertanto al di fuori del perseguimento di scopi di natura privata che avrebbero imposto la loro tutela da parte del Codice del Consumatore proprio per essere al corrente in via diretta dell'andamento della società e della sua evoluzione economico-finanziaria.

L'accertamento *per tabulas* è, inoltre, d'ausilio allo scrutinio degli ulteriori profili di doglianza attinenti ai rapporti fideiussori ed in particolare il motivo avente ad oggetto l'asserita violazione dell'art. 1956 c.c. idonea a determinare la liberazione del fideiussione, la cui esclusione è certamente giustificata dall'effettiva e diretta conoscenza, da parte di ciascun fideiussore, della situazione economico-finanziaria della società garantita e delle attività sociali, per esserne al corrente in virtù della partecipazione in seno all'amministrazione della società, come affermato dalla pacifica giurisprudenza di legittimità sul tema, richiamata anche dal giudice di prima istanza, dovendosi in tale sede valorizzare il dato di fatto per il quale il socio ha il diritto di informarsi dell'attività sociale mediante l'ispezione dei libri sociali e l'esame dello stato patrimoniale, nonché mediante l'approvazione del bilancio in assemblea: *“tra i diritti del socio di una società di capitali vi è*

quello di informarsi dell'attività sociale, mediante l'ispezione dei libri sociali (art. 2422 c.c.) e l'esame dello stato patrimoniale (art. 2424 c.c.). Pertanto, nel caso in cui il fideiussore per obbligazione futura, che cumula la duplice qualità di socio e di garante della società debitrice principale, chiede di essere liberato dalle sue obbligazioni nei confronti del creditore, ai sensi dell'art. 1956 c.c., è legittima la presunzione operata dal giudice di merito che rigetti tale richiesta basando il proprio accertamento sulla presunzione che il fideiussore era al corrente della situazione economica della società ed avrebbe potuto intervenire per impedire eventi pregiudizievoli a sé ed alla società” (Cass. 3 agosto 1995, n. 8486).

Implicitamente prestata è, inoltre, da ritenersi l'autorizzazione di cui all'art 1956 c.c. quando il fideiussore sia anche amministratore, poiché la richiesta di finanziamento proveniente dal debitore è formulata dal legale rappresentante della società, che è al contempo fideiussore della stessa. Ai fini della non applicabilità al caso di specie della liberatoria prevista dal menzionato art. 1956 c.c., in ragione della particolare qualifica rivestita da tutti gli appellanti (soci ed amministratori della società correntista garantita), si veda anche la più recente giurisprudenza sul punto: *“Nella fideiussione per obbligazione futura, l'onere del creditore, previsto dall'art. 1956 c.c., di richiedere l'autorizzazione del fideiussore prima di far credito al terzo, le cui condizioni patrimoniali siano peggiorate dopo la stipulazione del contratto di garanzia, assolve alla finalità di consentire al fideiussore di sottrarsi, negando l'autorizzazione, all'adempimento di un'obbligazione divenuta, senza sua colpa, più gravosa; tale onere non sussiste allorché nella stessa persona coesistano le qualità di fideiussore e di legale rappresentante della società debitrice principale, giacché, in tale ipotesi, la richiesta di credito da parte della persona obbligatasi a garantirlo comporta di per sé la preventiva autorizzazione del fideiussore alla concessione del credito”* (cfr. Cass. ord. n. 7444 del 23.03.2017; Cass. sent. n. 31227 del 29.11.2019).

Quanto alla valutazione del comportamento della banca che si sarebbe rivelato non improntato ai principi di correttezza e buona fede a causa dell'asserita mancanza di informativa precontrattuale e contrattuale sulle reali consistenza e conseguenze delle fideiussioni così come prestate e modificate, determinando così un asserito vizio del consenso, per avere essa sottoposto all'attenzione dei garanti i moduli già prestampati contenenti la formula per rinunciare a ricevere l'informativa precontrattuale, occorre segnalare come tutti i fideiussori, a seguito della revoca della garanzia prestata dalla “Fondazione ”, hanno sottoscritto in data

2/30.10.2009 un impegno congiunto a confermare in solido tra loro le precedenti fideiussioni mediante moduli *ad hoc*, frutto di una negoziazione effettiva in cui ciascuna delle parti ha avuto il proprio ruolo incidente sui termini della trattativa.

Passando all'esame degli ulteriori motivi di gravame proposti in relazione all'accertata nullità delle fideiussioni rilasciate in favore della società correntista, viene censurata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto sussistente la parziale nullità della fideiussione per cui è causa in relazione alle pronunce di legittimità che hanno sancito la nullità delle clausole contenute nelle fideiussioni rilasciate in attuazione di intesa anticoncorrenziale in violazione dell'art. 33 L. 10.10.1990 n. 287, nonché per la loro conformità allo schema contrattuale ABI e, in quanto tali, oggetto di sanzione dalla Banca d'Italia essendo in contrasto con l'art. 2 della legge n. 287/1990, nell'assunto che non sia stata data prova dell'utilizzo, da parte dell'azienda di credito, di formule ritenute lesive della concorrenza. Aggiungono gli appellanti che lo scrutinio sulla conformità della garanzia prestata allo schema predisposto necessiti della prova dell'esistenza di un illecito concorrenziale, che lo schema contrattuale cui ha acceduto il garante corrisponda a quello derivante dall'illecito lamentato e che la libertà di scelta del fideiussore sia stata effettivamente lesa, non potendosi presumere, in tema di accertamento di condotte anticoncorrenziali, la qualificazione *tout-court* delle Norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione quali intese illecite, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative e la nullità del contratto di fideiussione a valle, né l'automatico accertamento della nullità della fideiussione ritenuta (a torto) contratto a valle dell'intesa, in quanto l'invalidità di un contratto può propagarsi ad un altro solo se tra i due vi sia un vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile, non risultando provata nel caso in esame la sussistenza di alcun collegamento tra lo schema di fideiussione ABI e il contratto di fideiussione stipulato tra le parti.

La censura non coglie nel segno.

Va *in primis* rilevata l'ammissibilità dell'eccezione, pur se sollevata dopo la scadenza dei termini previsti per le preclusioni istruttorie, in quanto rilevabile anche d'ufficio dal giudice, in ogni stato e grado del processo: nel caso in esame, inoltre, risulta assicurato il rispetto del contraddittorio poiché parte appellante, considerata anche la natura documentale dell'eccezione *de qua*, ha avuto occasione di difendersi adeguatamente con gli scritti conclusivi ex art. 190 c.p.c. in primo grado.

In sede di esame dell'eccezione nel merito, nella premessa che con il richiamato provvedimento n. 55/2005 la Banca d'Italia aveva accertato che “*gli articoli 2, 6 e 8 dello*

schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90", occorre in particolare evidenziare come le verifiche compiute dalla BIT nel corso dell'istruttoria abbiano "mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI" discendendo tale uniformità "da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo".

A tale proposito, la Corte di Cassazione, dapprima con la citata ordinanza n. 28910/2017 e successivamente con sentenza n. 21878 del 15.06.2019, ha espresso l'autorevole principio secondo cui "il mero dato della coincidenza oggettiva delle condizioni contrattuali pattuite con quelle di cui agli articoli 2), 6) ed 8) del Modulo ABI è condizione necessaria e sufficiente per ritenere che l'invalidità dell'intesa "a monte" tra Istituti di credito, volta a restringere la concorrenza, si estenda in via derivata al contratto di garanzia "a valle", stipulato tra la singola Banca ed il singolo garante, poiché appare evidente che l'intesa "a monte" ... ha quale finalità unica ed esclusiva, quella di imporre in modo generale ed uniforme a tutti i contraenti le pattuizioni convenute tra le Banche, in tal modo ripercuotendosi inevitabilmente, quale effetto naturale, sui singoli contratti di garanzia".

Al fine di valutare la validità ed efficacia delle suddette clausole impugnate, ciò che rileva è quindi la coincidenza delle pattuite condizioni contrattuali con il testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva: l'illiceità derivata dalle intese anticoncorrenziali 'a monte' deve essere affermata a patto che il contenuto delle stesse sia effettivamente trasposto nelle singole clausole dei contratti 'a valle', non potendo l'accertamento dell'intesa illecita comportare in via automatica la nullità dei negozi conclusi tra le imprese aderenti al cartello e i singoli soggetti ad esso estranei.

Applicando i suesposti principi al caso specifico, risalendo la stipula della garanzia fideiussoria al 16.10.2008, quindi a distanza di vari anni dal citato provvedimento della Banca d'Italia, è onere degli appellanti provare i fatti costitutivi della domanda, tra cui la perdurante esistenza, all'epoca di sottoscrizione del contratto in discussione, dell'intesa illecita, non potendo essi giovare dell'accertamento dell'intesa contenuto in un provvedimento dell'Autorità competente non più contingente, poiché basato su un'indagine a campione svolta nel settembre 2004, quindi inadatta ad assurgere a prova privilegiata del contestato utilizzo generalizzato ed uniforme da parte delle banche degli stessi modelli

contrattuali contenenti le tre clausole citate: ed infatti, i provvedimenti delle autorità indipendenti di garanzia costituiscono prova privilegiata dei fatti accertati, che possono essere richiamati dalla parte interessata anche in altri giudizi, anche se tale prova opera con riferimento specifico agli accertamenti svolti e relativamente alla loro epoca.

Ed infatti, il provvedimento della Banca d'Italia ha carattere di prova privilegiata, ossia di presunzione della *“sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso”* (così Cass. Civ. 22 maggio 2019 n. 13846, richiamato di dalla recente sent. Trib. Milano, 6 settembre 2022, n. 7015) solo per le fidejussioni omnibus ricadenti nell'ambito di applicazione, anche temporale, di tale provvedimento, in cui la questione attinente all'onere di allegazione e prova è agevolata, considerato il valore di prova privilegiata del provvedimento, superabile peraltro da una prova contraria, pertanto nel caso specifico gli appellanti avrebbero dovuto, in punto di allegazione fattuale e documentale, non affidarsi all'istruttoria della Banca d'Italia, per avvalersi della sua particolare funzione probatoria, ma *“introdurre autonoma fattispecie con autonomi fatti, volti a censurare l'esistenza di prassi contrattuale diffusa presso gli istituti di credito violatrice per le modalità di applicazione uniforme dell'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287/1990”* (cfr. Tribunale di Napoli, Sezione specializzata in materia di impresa, sentenza del 16 giugno 2020).

La presenza delle clausole nella garanzia rilasciata dalle appellate dimostra solo che l'istituto di credito non aveva ancora dato seguito al provvedimento di Banca d'Italia, ma nulla prova circa la condotta delle altre banche e soprattutto in ordine alla esistenza di un'applicazione uniforme di quello schema, la cui prova si rende necessaria ai fini del supporto dell'eccezione di nullità della fideiussione: la prova dell'accordo anticoncorrenziale e della diffusione uniforme del modello di garanzia contestato, potrebbe ad esempio avvenire con la produzione di una serie di moduli riguardanti contratti simili, praticati da altre banche. Si tratta infatti di clausole negoziali, come riconosciuto anche dal provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 20.04.2005 e dal Provvedimento n. 55/2005 in esame, in se stesse e nella loro combinazione del tutto lecite in quanto legittimamente derogatorie di norme codicistiche, derivando il loro potenziale effetto anticoncorrenziale esclusivamente dalla possibilità della loro applicazione in maniera uniforme da parte degli Istituti di credito e tale circostanza dev'essere provata da chi intende farla valere: peraltro, la dedotta nullità delle clausole anzidette non potrebbe comunque condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto ex art. 1419 c.c., in difetto di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso: le appellate, che ne erano

onerate, non hanno infatti allegato né provato la sussistenza di specifiche circostanze di fatto dalle quali desumere che le fideiussioni in esame non sarebbero state concluse in assenza delle clausole di cui invocano la nullità.

Rilevata la mancata prova, nel caso controverso, della diffusione uniforme nel 2008 -anno di sottoscrizione delle garanzie omnibus in esame- da parte delle banche del modulo ABI contestato a causa della mancata produzione degli elementi fattuali da valutare e costituiti dagli altri contratti similari praticati da altri istituti di credito nello stesso periodo, non risultando depositati in atti né il modulo stesso che, trattandosi di un atto amministrativo, dev'essere allegato solo dalla parte e non può essere diversamente acquisito o conosciuto dal giudice, né il citato provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, va dunque scrutinata la domanda di accertamento della decadenza sollevata dai soli appellanti/fideiussori [] e [] e [] S.r.l. in liquidazione, dichiarata dal giudice di prime cure inammissibile per intervenuta decadenza, poiché non tempestivamente sollevata nell'originaria opposizione a decreto ingiuntivo in cui figura indicato il solo art. 1956 c.c., senza alcun riferimento alla violazione del termine per l'azione nei confronti del debitore principale, atteso che *“il termine indicato nell'art. 1957 c.c. è pacificamente ricostruito come un termine di decadenza c, quindi, vale la regola generale per cui la decadenza va eccepita, non essendo normalmente rilevabile d'ufficio salvo che in tema di diritti indisponibili (art. 2969 c.c.); di qui, il fatto che nell'opposizione a decreto ingiuntivo l'eccezione è tempestiva solo se formulata nella prima difesa (e cioè nell'atto di citazione in opposizione)”*, come correttamente argomentato nella sentenza impugnata (cfr. pag. 17).

Si dolgono gli appellanti, in modo del tutto generico, della erronea ricostruzione in sentenza della vicenda in fatto ed in diritto, avendo essi *“sin dall'inizio eccepito i vizi e le decadenze delle fideiussioni in oggetto, eccezioni poi ancor più precisate con le rispettive prime memorie 183 in risposta alla costituzione avversaria”* (cfr. atto di appello, pag. 28) che riguardano unicamente l'accertamento della sussistenza dei presupposti perché sia operante la liberazione ex art. 1956 c.c., non anche quello dell'inesistenza del credito con riferimento alla decadenza ex art. 1957 c.c. quale conseguenza del venir meno della clausola derogatoria.

L'assunto non può essere condiviso.

Osserva il Collegio che, se in virtù del tenore letterale dell'art. 1957 c.c., invocato dagli appellanti, la fideiussione si estingue se il creditore non ha proposto le sue istanze contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione e non le ha diligentemente continuate, è tuttavia necessario che il fideiussore formuli espressamente la relativa

eccezione di decadenza, costituendo essa eccezione in senso proprio che, come tale, è riservata alla sola parte, disponendo l'art. 2969 c.c. che la decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione.

Anche la Suprema Corte, nell'affrontare di recente una situazione analoga in cui l'eccezione di decadenza legata al mancato rispetto del termine previsto dall'art. 1957 c.c. era stata formulata oltre i termini per le eccezioni in senso stretto, ha statuito che *“l'impugnata statuizione non reca alcun riferimento all'addotta decadenza ex art. 1957 c.c. Del resto, le ricorrenti si sono limitate a prospettare che in primo grado avevano dedotto - tout court - il lungo lasso temporale intercorso tra la scadenza dell'obbligazione principale e l'invio della prima diffida di pagamento”* (Cass. 5 maggio 2022, n. 14194), precisando nel contempo che *“per effetto del mancato assolvimento degli oneri suindicati la surriferita quaestio deve in questa sede considerarsi 'nuova’”*.

Sul punto, si veda anche Cass. 13.04.1964, n. 871, secondo cui *“il termine di sei mesi entro il quale il creditore, che voglia conservare la garanzia prestata dal fideiussore, deve, ai sensi dell'art. 1957 c.c., proporre azione contro il debitore principale, è un termine di decadenza in materia di diritti disponibili, al quale il fideiussore può rinunciare anche implicitamente non eccependo l'anzidetta decadenza nel corso del giudizio di merito; in tal caso, la eccezione di decadenza non può essere proposta per la prima volta in cassazione”*.

Ed ancora, *“l'eccezione di decadenza in questione non è rilevabile d'ufficio, ai sensi dell'art. 2969 c.c., posto che non riguarda materia sottratta alla disponibilità delle parti ... Pertanto, tale eccezione avrebbe dovuto essere tempestivamente sollevata con l'atto di opposizione al decreto ingiuntivo e quindi, non avendolo fatto, la parte interessata è decaduta dal proporla”* (Corte d'Appello Milano 21 aprile 2022).

Nello stesso senso, Trib. Roma, sentenza 11 maggio 2022: *“...è decisivo il rilievo che parte attrice non ha dedotto in giudizio alcuna ragione sulla cui base la sua invalidità parziale potrebbe assumere rilevanza ai fini dell'accertamento negativo del credito; in particolare non ha proposto l'eccezione di estinzione della fideiussione ex art. 1957 c.c., la quale non è rilevabile d'ufficio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8989 del 05/06/2012; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1613 del 17/06/1963), e non può essere proposta se non con l'atto di citazione (“... il fideiussore, nell'opporsi al decreto ingiuntivo contro di lui ottenuto dal creditore garantito, non può eccepire nel corso del giudizio la decadenza di questi per mancato esercizio del diritto contro il debitore principale, ai sensi dell'art. 1957 cod. civ., se nell'atto di citazione*

in opposizione si sia limitato ad invocare l'invalidità del contratto di fideiussione."; così la massima di Cass. 8989/12, citata)".

Ad ogni buon conto, l'eccezione in esame va rigettata anche nel merito, dovendo ritenersi assorbita la questione della operatività della clausola a tenore della quale *"i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore"*, con dispensa della banca a dover escutere il debitore entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dal richiamato art. 1957 c.c. Reputa, infatti, a tal proposito il Collegio che l'interpretazione letterale e teleologica della stessa conducano incontrovertibilmente ad affermare che l'obbligo di garanzia assunto dai garanti non è stato correlato alla scadenza dell'obbligazione principale, bensì al suo integrale soddisfacimento. Così ricostruita la volontà delle parti, non può che farsi applicazione nel caso di specie del consolidato principio di diritto per cui *"Allorché la polizza fideiussoria è correlata non alla scadenza dell'obbligazione principale, ma al suo integrale soddisfacimento, l'azione del creditore non è più soggetta ad alcun termine di decadenza, con conseguente estraneità della relativa situazione rispetto all'area di operatività dell'art. 1957 c.c."* (cfr. Cass. sent. n. 16836 del 13.08.2015; n. 8839 del 13.04.2007; n. 16233 del 3.08.2005; n. 16758 del 27.11.2002).

In ogni caso, questa Corte territoriale deve rilevare che la giurisprudenza di legittimità non solo è pacifica nell'affermare che *"La decadenza del creditore dal diritto di pretendere l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria, sancita dall'art. 1957 cod. civ. per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, può essere preventivamente rinunciata dal fideiussore, trattandosi di pattuizione rimessa alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, per il garante, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore"* (Cass. ord. n. 21867 del 24.09.2013; Cass. sent. n. 28943 del 04.12.2017), ma anche che *"La clausola relativa a detta rinuncia rientra, inoltre, tra quelle particolarmente onerose per le quali l'art. 1341, secondo comma, cod. civ. esige, nel caso che siano predisposte da uno dei contraenti, la specifica approvazione per iscritto dell'altro contraente"* (cfr. Cass. n. 9245 del 18.04.2007 e in senso conforme la giurisprudenza di merito per tutte vedi Tribunale Milano, sent. n. 3797/2015).

La Corte rigetta, infine, anche l'ultimo motivo di impugnazione con cui gli appellanti hanno chiesto la compensazione delle spese di lite in considerazione della revoca del d.i. emesso, atteso che il limitatissimo parziale accoglimento dell'opposizione equivale a sostanziale

soccombenza degli attuali appellanti e ne ha correttamente comportato la condanna alle spese del giudizio di I grado.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte rigetta l'appello e conferma integralmente la sentenza impugnata.

Le spese di lite seguono il criterio della soccombenza, in ossequio al disposto dell'art. 91 c.p.c.

In considerazione dell'integrale rigetto dell'appello, ricorrono i presupposti di cui all'art. 13, comma 1-quater DPR n. 115/2002, come modificato dall'art. 1, comma 17, della Legge 24 dicembre 2012, n. 228 (applicabile *ratione temporis*, essendo stato l'appello proposto dopo il 30 gennaio 2013) per il raddoppio del versamento del contributo unificato a carico di tutte le parti appellanti (cfr. Cass. civile, sez. II, 5.02.2018, n. 2753).

P.Q.M.

La Corte, ogni diversa domanda, istanza, deduzione ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] avverso la sentenza n. [REDACTED] emessa in data 20.03.2021 dal Tribunale di Macerata, così provvede:

- Rigetta l'appello proposto;
- Conferma per l'effetto l'impugnato provvedimento;
- Ai sensi dell'art. 13, co. 1-*quater*, D.P.R. 115/02, come modificato dalla L. 228/12, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte di tutti gli appellanti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per l'appello, a norma del co. 1 bis dello stesso art. 13;
- Condanna tutti gli appellanti in via solidale alla refusione, in favore di parte appellata, delle spese processuali del grado di appello, che liquida in complessivi € [REDACTED]), oltre IVA, CPA e rimborso spese forfettario al 15% sulle voci imponibili di legge ed oltre al rimborso delle spese vive documentate.

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio tenutasi da remoto in data 5.06.2024.

Il Presidente

Dott.ssa Annalisa Gianfelice

Il Giudice Ausiliario Est.

dott.ssa Paola Damiani