

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Corte D'Appello di Ancona
PRIMA SEZIONE CIVILE
II COLLEGIO**

R.G. xxxx/2019

La Corte di Appello di Ancona – I sezione civile II Collegio- 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/2019 e promossa

DA

PROCURATRICE SPECIALE (C.F. **OMISSIS**) in persona della sua procuratrice speciale **Avv. OMISSIS**, quale procuratrice speciale di **CESSIONARIA 2** con socio unico, rappresentata e difesa dagli Avvocati **OMISSIS** (C.F. **OMISSIS**) e **OMISSIS** (C.F. **OMISSIS**) ed elettivamente domiciliata presso il loro studio sito in **OMISSIS**;

- **APPELLANTE** -

CONTRO

GARANTE 1(C.F. **OMISSIS**) e **GARANTE 2** (C.F. **J OMISSIS**)

- **APPELLATI CONTUMACI** -

E NEI CONFRONTI DI

BANCA (P.IVA **OMISSIS**), rappresentata e difesa in primo grado dall' **Avv. OMISSIS**;

- **APPELLATA CONTUMACE** -

OGGETTO: Appello a sentenza n. xxx/2019 del Tribunale di Macerata (RG. n. xxxx/2009) depositata in data 22.05.2019, in materia di contratti e obbligazioni varie – contratti bancari

CONCLUSIONI: La parte ha concluso come da verbale di udienza del 9.05.2023

RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato, la società **DEBITRICE PRINCIPALE** in liquidazione, **GARANTE 1** e **GARANTE 2**, in qualità di garanti della società, hanno convenuto in giudizio, innanzi al Tribunale di Macerata, la **BANCA** per sentir accertare l'infondatezza della pretesa creditoria vantata dall'Istituto di Credito e per condannare quest'ultimo al pagamento della somma complessiva di euro 59.779,46 a titolo di ripetizione dell'indebito.

Si costituiva la **BANCA** chiedendo il rigetto della domanda attorea in quanto infondata in fatto e in diritto e formulando domanda riconvenzionale finalizzata a ottenere la condanna degli attori al pagamento della somma di euro 134.257,94, derivante dallo scoperto di € 71.138,21 del c/c n. xxxx alla data del 14.12.2009, dal saldo negativo di € 31.185,32, derivante dal mancato rimborso del mutuo chirografario n. xxxx acceso in data 09.05.2008, e dal saldo negativo di € 31.934,41, derivante dal mancato rimborso di un altro finanziamento n. xxxx acceso in data 06.03.2009.

Il giudizio si è interrotto a seguito dell'intervenuto fallimento della società **DEBITRICE PRINCIPALE** in liquidazione ed è stato successivamente riassunto dagli attori nella veste di fideiussori innanzi al Tribunale di Macerata

In corso di giudizio la società **CESSIONARIA 1** ha acquisito il credito originariamente vantato dalla **BANCA** nei confronti della debitrice principale **DEBITRICE PRINCIPALE** in liquidazione e dei garanti **GARANTE 1** e **GARANTE 2**.

Il predetto credito è stato ceduto da **CESSIONARIA 1** a **CESSIONARIA 2** con socio unico.

Intervenuta ex art. 111 c.p.c. in sostituzione della **BANCA**, si è costituita in giudizio quale procuratrice speciale di **CESSIONARIA 2** chiedendo il rigetto della domanda attorea in quanto infondata in fatto e in diritto.

Successivamente, intervenuta ex art. 111 c.p.c. in sostituzione della **CESSIONARIA 1**, si è costituita in giudizio la **PROCURATRICE SPECIALE** quale procuratrice speciale di **CESSIONARIA 2** chiedendo il rigetto della domanda attorea in quanto infondata in fatto e in diritto.

Il Tribunale di Macerata, con la sentenza in epigrafe, accoglieva la domanda attorea accertando e dichiarando l'illegittimo addebito operato dalla Banca sul conto corrente della società **DEBITRICE PRINCIPALE** delle somme indicate nell'elaborato peritale del CTU a titolo di interessi anatocistici, interessi ultralegali e commissioni di massimo scoperto; rigettava la domanda riconvenzionale avanzata dalla Banca con condanna di quest'ultima al pagamento delle spese di lite a favore di parte attrice in riassunzione; compensava integralmente le spese di lite tra la parte attrice in riassunzione e l'intervenuta **PROCURATRICE SPECIALE**. In particolare il giudice di prime cure così disponeva: - accertato e dichiarato che con riguardo al conto corrente per cui è causa la Banca convenuta ha illegittimamente addebitato alla società **DEBITRICE PRINCIPALE**, a titolo di interessi anatocistici, interessi ultralegali e commissioni di massimo scoperto, le somme indicate nell'elaborato peritale del CTU dott. (omissis) depositato in data 28/1/2017, per l'effetto in accoglimento della domanda avanzata da parte attrice in riassunzione accerta e dichiara che non sussiste alcun credito in capo alla banca convenuta nei confronti della società **DEBITRICE PRINCIPALE**; - rigetta ogni altra domanda avanzata da parte convenuta e da parte intervenuta.

Avverso la summenzionata sentenza, **PROCURATRICE SPECIALE** ha proposto impugnazione innanzi alla Corte di Appello di Ancona; **BANCA**, **GARANTE 1** e di **GARANTE 2**, regolarmente citati, non si sono costituiti, sicchè vanno dichiarati contumaci.

Precisate le conclusioni all'udienza del 29.11.2022, la causa veniva trattenuta a sentenza; il Collegio tuttavia rimetteva la causa in istruttoria, per il deposito dei documenti prodotti in primo grado dalla Banca convenuta, non rinvenuti nel fascicolo della cessionaria.

Espletato l'incombente, all'udienza del 9.05.2023 la causa è stata di nuovo trattenuta a sentenza.

Al punto 1. parte appellante, nella sua qualità di procuratrice speciale di **CESSIONARIA 2**, attuale titolare dei crediti oggetto di controversia, chiede l'estromissione della **BANCA**, stante la non contestazione da parte della difesa avversaria della circostanza circa l'operatività e la validità delle cessioni di credito. L'istanza va rigettata, in assenza del consenso delle controparti, richiesto dal III comma dell'art. 111 c.p.c.

Al punto 3., da esaminare prima degli altri per ragioni di priorità logico giuridica, la società appellante sostiene l'inammissibilità delle domande dei garanti, in considerazione del fatto che la fideiussione rilasciata va qualificata come fideiussione a prima richiesta, con la conseguenza che i garanti sono tenuti ad adempiere le obbligazioni senza poter formulare alcuna eccezione in merito all'esistenza o alla quantificazione del credito.

Si verte pertanto sulla qualificazione della garanzia rilasciata quale contratto autonomo di garanzia in luogo della riconosciuta natura di contratto di fideiussione. Nel caso di specie la fideiussione è stata rilasciata da **GARANTE 1** con lettera del 18.09.1992: si tratta di fideiussione omnibus limitata all'importo di £. 268.000.000, (poi aumentato sino ad €. 1.958.550,00, e successivamente diminuito con contratto del 7.02.2006 a €. 400.000,00 e con contratto del 12.05.2008 ad €. 280.000,00). La scheda contrattuale prevede all'art. 7 che il garante è tenuto "a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quando dovutole (...)".

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.

Ciò che consente di identificare la reale natura del contratto di garanzia è l'esclusione della possibilità di sollevare eccezioni relativi ai vizi del rapporto principale (ex multis Cass. 4717\2019; Cass. 15091\2021); sicché, oltre a considerare la presenza della clausola di pagamento a prima richiesta, ai fini della indagine circa la natura della garanzia, occorre valutare complessivamente il contenuto del regolamento contrattuale (cfr. SSUU 3947\2010; Cass. 4717\2019)

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. 7 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. 7 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. 7 (“Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovute 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, depone 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 alla fideiussione a firma **GARANTE 2**, rilasciata il 1.02.1996, su modulo avente identico contenuto anche se diversa veste grafica.

Pertanto, nel caso di specie i fideiussori conservano la facoltà di opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità.

Al punto 2. parte appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui il giudice ha ritenuto di non accogliere la domanda riconvenzionale; allega che **BANCA** ha svolto domanda riconvenzionale per € 134.257,94 nei confronti della **DEBITRICE PRINCIPALE** in liquidazione e dei Signori **GARANTE 1** e **GARANTE 2**, che tale credito deriva dallo scoperto di € 71.138,21 del c/c n. 01/01/52601 alla data del 14.12.2009, a cui deve aggiungersi il saldo negativo di € 31.185,32, derivante dal mancato rimborso del mutuo chirografario n. 01/21/58029 acceso in data 09.05.2008, ed il saldo negativo di € 31.934,41, derivante dal mancato rimborso di un altro finanziamento n. 01/21/58113 acceso in data 06.03.2009; allega che i crediti derivanti dai mutui non sono stati contestati; che il credito derivante dal conto corrente deve ritenersi riconosciuto, mediante accettazione tacita degli estratti conto; contesta inoltre la compensazione dei crediti operata dal giudice di prime cure e, in particolare, tra il credito portato dai contratti di mutuo e il presunto credito a favore della correntista, e non dei garanti, risultante dalla prima CTU.

Al punto 4. parte appellante torna ad affermare: la legittimità della capitalizzazione trimestrale, in quanto la Banca aveva, in calce all'estratto conto del 30.09.2000, comunicato alla correntista la pari periodicità dell'interesse a debito e a credito; quanto alla asserita applicazione di interessi ultralegali, che il contratto di conto corrente in questione riportava tutte le condizioni economiche che disciplinavano il predetto rapporto, compresa la pattuizione di un tasso di interesse superiore a quello legale; quanto, infine, alla commissione di massimo scoperto, dalla semplice lettura del suindicato contratto di conto corrente si evinceva che le parti avessero pattuito l'applicabilità della commissione di massimo scoperto, determinata in 1/8 di punto, e che il metodo di calcolo di tale commissione era stato correttamente individuato dall'Istituto bancario e da quest'ultimo comunicato periodicamente alla correntista mediante invio degli estratti conto.

Al punto 5., parte appellante censura la motivazione della sentenza nella parte in cui il primo giudice non ha tenuto in considerazione l'integrazione alla prima CTU e ha, di contro, richiamato a fondamento della propria decisione solo le risultanze del primo elaborato peritale. In particolare, censura la mancata produzione di tutti gli estratti conto del rapporto di conto corrente da parte degli attori; la ritenuta indeterminatezza dei tassi debitori e l'applicazione dei tassi sostitutivi ex art. 117 TUB; lo storno delle competenze dei conti collegati e il successivo riaddebito delle stesse a fine periodo; lo storno di tutte le voci di spesa dal conteggio finale; l'erroneità dei conteggi relativi alla capitalizzazione; infine, l'indeterminatezza della prima CTU disposta in primo grado.

I motivi vanno esaminati congiuntamente atteso il tema comune.

Va innanzitutto accolto il rilievo che, con riguardo alla posizione dei garanti, contesta la compensazione dei crediti operata dal giudice di prime cure tra il credito portato dai contratti di mutuo e il credito restitutorio derivante dall'azione promossa dalla società correntista: va infatti osservato che secondo Cass. Sez. I civ., ord. n. 13418 del 28/04/2022 solo il fideiussore che effettui un pagamento nei confronti del creditore garantito, rivelatosi non dovuto per inesistenza del sottostante debito, può esercitare nei confronti del creditore l'azione di ripetizione di indebito ai sensi dell'art. 2033 cod. civ.; nel caso di specie non vi è prova che i fideiussori abbiano effettuato i pagamenti indebiti, sicchè non sono titolari di un credito liquido ed esigibile da porre in compensazione giudiziale con il credito coperto da garanzia della Banca, derivante dai contratti di mutuo e prestito chirografario.

I fideiussori appellati vanno pertanto condannati in via solidale al pagamento delle somme di € 31.185,32, derivante dal mancato rimborso del mutuo chirografario n. xxxx acceso in data 09.05.2008, e dal saldo negativo di € 31.934,41, derivante dal mancato rimborso del finanziamento n. xxxx acceso in data 06.03.2009.

Il giudice di prime cure ha in primo luogo ritenuto l'illegittimo addebito di interessi anatocistici sul conto corrente, provvedendo allo storno delle relative poste anche successivamente al 30.09.2020.

La statuizione è immune dalla dedotta censura.

In tema di capitalizzazione, evitando di ripercorrere tutta l'evoluzione giurisprudenziale in tema di divieto di anatocismo a partire da Cass. 2374/1999 e poi Cass. SU 21095/2004, è sufficiente ricordare che la pratica dell'anatocismo trimestrale, fino alla delibera CICR, era da ritenersi illegittima (cfr. citata Cass. S.U. 21095/2004 "L'uso normativo anatocistico trimestrale, inesistente prima dell'entrata in vigore del codice del 1942, non si è potuto formare successivamente in costanza del divieto anatocistico dell'art. 1283 c.c. e, pertanto, sono nulle le clausole anatocistiche dei contratti bancari"): da ciò deriva, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2000, con cui è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 76 Cost., la norma (contenuta nell'art. 25,3 comma, D.Lgs. n. 342 del 1999) di salvezza della validità e degli effetti delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza, che queste ultime restino, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sotto il vigore delle norme anteriormente in vigore, alla stregua delle quali non possono che essere dichiarate nulle, perché stipulate in violazione del citato art. 1283 c.c..

Detto divieto sussiste con qualsiasi tipo di periodicità (trimestrale o anche annuale), in quanto detta liquidazione atterrebbe comunque a clausola nulla per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c. (cfr. Cass. SU 24418/2010); quindi per il periodo anteriore al 22/4/2000 gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione.

Quanto alla capitalizzazione trimestrale degli interessi successivamente alla delibera CICR 9.2.2000, degli interessi va segnalato l'orientamento già espresso da questa stessa Corte, orientamento che ha trovato conferma da parte della Cassazione.

Segnatamente la Corte di Appello di Ancona, con la sentenza 420/16 ha avuto modo di affermare che: "...l'art. 7 della delibera CICR 9.2.00, che ha dettato una regolamentazione dei rapporti bancari precedentemente costituiti, così dispone:

1) Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30.6.00 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1 luglio.

2) Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30.6.00, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile, e, comunque, entro il 30.12.00.

3) Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela.

Orbene, escluso che per stabilire la natura migliorativa o meno delle condizioni del contratto si possa far riferimento alla pregressa situazione fattuale (il calcolo dell'anatocismo trimestrale), è evidente che il termine di raffronto è il regolamento contrattuale nei limiti della rispondenza alla legge, vale a dire in difetto di ogni anatocismo.

Ne consegue che la "nuova" previsione di un anatocismo (anche se con la condizione della reciprocità) costituisce un peggioramento delle condizioni contrattuali (stante la mancata previsione di un siffatto sistema di calcolo ed il rapporto negativo tra gli interessi passivi e quelli attivi) e dunque richiede l'intervento di un accordo tra le parti che, nel caso, non risulta".

Alla luce delle considerazioni svolte, la capitalizzazione trimestrale reciproca a decorrere dal 30 giugno 2000, come prevista dall'art. 25, c.1, D.lgs. 342/99, non è applicabile al rapporto di conto corrente in questione, in quanto la reciproca capitalizzazione degli interessi non era espressamente prevista in precedenza ed in quanto non vi è prova agli atti dell'intervento di una approvazione espressa del correntista, non essendo sufficiente l'eventuale adeguamento operato dalla Banca in via generale mediante pubblicazione sulla G.U. e comunicazione per iscritto alla clientela in calce ad estratto conto. Va poi osservato che 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).

Il giudice di prime cure ha poi ritenuto l'illegittimità degli interessi ultralegali, per due ordini di ragioni: la previsione di due diversi tassi debitori (vale a dire tasso debitore nei limiti del fido e tasso debitore oltre fido) contenuta nella lettera di apertura di conto corrente del 27/9/1993 non consentiva di determinare il tasso in concreto applicato dalla banca convenuta in ragione della mancata indicazione dell'importo del fido concesso; il contratto non era sottoscritto da entrambi i contraenti.

Nel caso di specie la Banca attrice in riconvenzionale ha depositato la "Lettera di apertura di conto corrente" datata 27.09.1993 con allegato un prospetto, denominato "Mod. A) – Condizioni economiche del conto di corrispondenza n. 52601/27", entrambi sottoscritti soltanto dalla correntista; tra le condizioni economiche relative al conto corrente in questione, ed in particolare nel Mod. A) di cui sopra, è stato previsto un duplice tasso di interesse debitore, e cioè il 12,25% "per apertura di credito nell'ambito del fido" ed il 14,25% "per scoperto di conto senza fido o oltre il limite accordato"; la Banca non ha provveduto a depositare alcun documento attestante la concessione di un fido alla società correntista.

La censura sotto questo aspetto deve ritenersi fondata.

L'assenza di una pattuizione circa il fido concesso comporta, ad avviso della Corte, l'applicabilità del maggior interesse del 14,25% allo scoperto di conto, in quanto la chiara previsione "per scoperto di conto senza fido o oltre il limite accordato" presenta l'uso della congiunzione disgiuntiva "o", ad indicare situazioni avvertite come alternative.

Tuttavia il CTU, nella disamina dei conti scalari, ha constatato che la Banca ha applicato tassi inferiori, che ha pertanto considerato prevalenti rispetto la pattuizione contrattuale.

Il giudice di prime cure ha poi ritenuto l'indeterminatezza ex art. 1346 c.c., della commissione di massimo scoperto pattuita nella lettera di apertura di conto corrente del 27/9/1993, in quanto si limita ad indicare la percentuale di calcolo della commissione di massimo scoperto (1/8 di punto) senza precisare la base di calcolo, la periodicità ed i criteri di addebito.

Detta puntuale statuizione non risulta adeguatamente aggredita nel motivo di gravame, in quanto la società appellante si limita ad affermare la sufficienza della indicazione relativa al valore percentuale, ma nulla dice sulla omessa previsione degli altri indicatori, necessari per la individuazione del criterio di calcolo come richiesto sin da Cassazione sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006 e come ribadito di recente da Cassazione civile sez. I, 20/06/2022, n.19825.

La commissione di massimo scoperto, per poter essere validamente pattuita, non solo deve essere determinata contrattualmente nel suo ammontare (misura percentuale), ma anche nelle modalità di computo, mediante la puntuale indicazione di tutti gli elementi che concorrono a determinarla percentuale, base di calcolo, criteri e periodicità di addebito- e la specificazione se per massimo scoperto debba intendersi il debito massimo raggiunto anche in un solo giorno o piuttosto quello che si prolunga per un certo periodo di tempo, per cui, in assenza di univoci criteri di determinazione del suo importo, la relativa pattuizione va ritenuta nulla, non potendosi ritenere che il cliente abbia potuto prestare un consenso consapevole, rendendosi conto dell'effettivo contenuto giuridico della clausola e, soprattutto, del suo peso economico.

Con motivo di gravame sub 5., parte appellante censura la motivazione della sentenza nella parte in cui il primo giudice non ha tenuto in considerazione l'integrazione alla prima CTU e ha, di contro, richiamato a fondamento della propria decisione solo le risultanze del primo elaborato peritale. In particolare, censura la mancata produzione di tutti gli estratti conto del rapporto di conto corrente, essendo stati prodotti dagli attori solo gli estratti conto a partire dal I trimestre 1997 peraltro azzerato, mentre il rapporto di conto corrente risultava iniziato il 27.09.1993; l'indeterminatezza delle condizioni di tasso e l'applicazione dei tassi sostitutivi ex art. 117 TUB; lo storno delle competenze dei conti collegati e il successivo riaddebito delle stesse a fine periodo; lo storno di tutte le voci di spesa dal conteggio finale; l'erroneità dei conteggi relativi alla capitalizzazione; censura infine, l'indeterminatezza della prima CTU disposta in primo grado.

Il motivo è assorbito con riguardo alla disamina della censura relativa alla indeterminatezza dei tassi di interesse debitori, ritenuta fondata.

Quanto alla mancata produzione della serie integrale degli estratti conto, e al principio del c.d. saldo zero, va ricordato che nel caso in cui alla domanda di accertamento del saldo e di ripetizione dell'indebito della società correntista si contrapponga quella diretta al pagamento del saldo del rapporto di conto corrente avanzata dalla Banca, entrambe le parti sono onerate della prova delle contrapposte pretese, aventi rispettivamente a oggetto l'inesistenza e l'esistenza del credito dedotto in lite; essendo sia la Banca che il correntista onerati della prova dei propri assunti, la mancata produzione degli estratti conto assume una colorazione neutra sul piano della ricostruzione del rapporto di dare – avere e giustifica, come tale, un accertamento del saldo di conto corrente che non sia influenzato dalle movimentazioni del periodo non documentato. Difatti, proprio in quanto ognuna delle parti assume la veste di attore, all'interno del giudizio, è inconcepibile che l'una e l'altra possano giovare delle conseguenze del mancato adempimento dell'onere probatorio della controparte. In tal senso, mancando la prova delle movimentazioni del conto occorse nel periodo iniziale del rapporto, il correntista non potrà aspirare a un rigetto della domanda di pagamento della Banca, ma, al contempo, questa non potrà invocare, in proprio favore, l'addebito della posta iniziale del primo degli estratti conto prodotti (Cfr. Cass. 29 ottobre 2020, n. 23852; Cass. n. 22387/2021; Cass. n. 22388/2021).

Quanto allo storno delle competenze dei conti collegati e successivo riaddebito a fine periodo, ritiene il Collegio che l'operazione effettuata dal CTU sia corretta, essendo giustificata dalla necessità di eliminare ogni forma di capitalizzazione degli interessi, ed essendo infondata l'eccezione di ultra petita per non essere i conti collegati investiti dalla domanda, trattandosi di conti la cui operatività si riversava sul conto corrente principale, come dimostrato dai movimenti contabili esposti negli estratti del detto conto corrente ordinario, relativi agli interessi debitori derivanti dai conti collegati.

Quanto alla eliminazione delle spese di conto, effettuata dal CTU con riguardo alle variazioni in aumento in ragione di €. 4.039,06, la parte appellante sostiene la legittimità di dette variazioni per essere stato pattuito nella lettera contratto del 1993, all'art. 16, l'esercizio dello ius variandi ai sensi dell'art. 118

TUB; aggiunge che, comunque, la mancata prova del corretto esercizio dello ius variandi avrebbe semmai comportato l'applicazione delle originarie condizioni contrattuali.

Il motivo è fondato, atteso che, nella seconda perizia il Ctu ha esposto di avere analizzato le spese liquidate ed addebitate dalla banca in ogni estratto conto trimestrale, concludendo che "trattasi delle pesi di conto stabilite contrattualmente, oltre agli importi addebitati alla correntista a titolo di recupero dei bolli. Il C.T.U. rileva che, nel corso dei trimestri, tali importi addebitati dall'istituto bancario hanno subito aumenti, nel loro valore unitario ("spese per singola operazione" e "spese fisse di tenuta conto"), rispetto a quanto inizialmente indicato e stabilito nella lettera di apertura di conto corrente. (pg. 6 elaborato del 21.09 2017).

Osserva la Corte che il CTU ha dichiarato di avere analizzato le spese di conto e di avere accertato che risultano stabilite contrattualmente nella lettera di apertura di conto corrente ("spese per singola scrittura" di importo pari a Lire 1.000, "spese di tenuta conto" di importo pari a Lire 20.000 a trimestre, "costo per ogni assegno" pari a Lire 530 e "spese bancomat effettuato c/o altro Istituto" di importo pari a Lire 2.700); ha poi aggiunto che nel corso dei trimestri, gli importi addebitati hanno subito aumenti nel loro valore unitario, sia con riguardo alle "spese per singola operazione" che con riguardo alle "spese fisse di tenuta conto", rispetto a quanto inizialmente pattuito, e questo già a partire dal primo trimestre del 1994, come dimostrato dall'estratto conto scalare;

Ciò posto, in assenza di prova della comunicazione delle variazioni ex art. 118 TUB, correttamente sono stati stornati tutti gli addebiti, diversi dalle imposte di bollo, a fronte della prova contabile degli aumenti intervenuti immediatamente dopo l'apertura del contratto di conto corrente.

L'appello va pertanto parzialmente accolto; va emessa sentenza non definitiva e parziale di condanna di **GARANTE 1** e **GARANTE 2** al pagamento in via solidale delle somme di € 31.185,32, derivante dal mancato rimborso del mutuo chirografario n. 01/21/58029 acceso in data 09.05.2008, e dal saldo negativo di € 31.934,41, derivante dal mancato rimborso del finanziamento n. 01/21/58113 acceso in data 06.03.2009.

La causa deve proseguire per la corretta determinazione del saldo del conto corrente mediante approfondimento istruttorio.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Ancona non definitivamente pronunciando sull'appello proposto da **PROCURATRICE SPECIALE di CESSIONARIA 2** nei confronti di **GARANTE 1** e **GARANTE 2** avverso la sentenza del Tribunale di Macerata n. xxx/2019 del 22.05.2019, e nei confronti di **BANCA** così provvede:

- accoglie parzialmente l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata;
 - condanna **GARANTE 1** e **GARANTE 2** in solido al pagamento in favore di **PROCURATRICE SPECIALE** quale procuratrice speciale di **CESSIONARIA 2**, delle somme di € 31.185,32 e di € 31.934,41, oltre interessi di mora al tasso pattuito dalla data della domanda al saldo;
- rimette la causa in istruttoria come da separata ordinanza;
Spese al definitivo

Ancona li 21.06.2023

Il Presidente estensore
Dott.ssa Annalisa Gianfelice