



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

Sez. III civ., riunita in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

- | | |
|------------------------------------|------------------|
| 1) dott.ssa Maria Silvana Fusillo | Presidente |
| 2) dott.ssa Marianna D'Avino | Consigliere |
| 3) dott.ssa Regina Marina Elefante | Consigliere rel. |

nel procedimento nr. 5926/2018, all'esito della camera di consiglio, ha emesso la seguente

SENTENZA

tra

████████████████████ S.P.A. ██████████ in persona del procuratore (con livello di procura E5") e Preposto di Reparto di Capogruppo Bancaria con funzione "Recupero Crediti" della ██████████ S.p.a. e l.r.p.t., in virtù di procura speciale a rogito Notaio ██████████ del 15/06/2021, rappresentata e difesa dall'avv. ██████████, come da procura su foglio separato, con il quale elettivamente domicilia in Napoli presso lo studio dell'avv. ██████████ ██████████ in via ██████████

APPELLANTE

E

████████████████████ quali fideiussori della ██████████ Srl, entrambi rapp.ti e difesi dall'avv. ██████████ ██████████ e dall'avv. ██████████ ██████████



██████████ come da procura speciale alle liti in calce alla comparsa di costituzione, con i quali elett.te domiciliano presso gli indirizzi di posta elettronica dei difensori: ██████████

APPELLATI

E

CURATELA del Fallimento della ██████████ S.R.L. ██████████ in persona dei Curatori, entrambi rappresentati e difesi, giusta autorizzazione rilasciata il 12/09/2022 dal Giudice Delegato, dall'avv. ██████████ ██████████ come da procura in calce alla comparsa di costituzione, con la quale elett.te domiciliano in Paduli (BN), via ██████████ ██████████ n. ██████████

APPELLATA

E

██████████ S.P.A. ██████████ in persona dell'Amministratore Delegato e legale rappresentante p.t., rapp.tata e difesa dall'avv. ██████████ come da procura speciale in calce alla comparsa, con il quale elettivamente domicilia in Roma, via ██████████

APPELLATA/APPELLANTE INCIDENTALE

E

AGENZIA DELLE ENTRATE RISCOSSIONI già Equitalia Sud SpA

APPELLATA CONTUMACE

Conclusioni

Per l'appellante: in riforma dell'impugnata Sentenza n. 165/2018, resa dal Tribunale di Benevento a definizione dei giudizi riuniti R.G. n. 338/2013, n. 1955/2017 e n. 3011/2017, pubblicata il 17/10/2018 e notificata ai sensi dell'art. 170 c.p.c. in data 30/10/2018, accogliere integralmente il presente gravame, per tutti i motivi indicati nel presente atto e, per l'effetto:



per il giudizio R.G. n. 338/2013 e per il giudizio R.G. n. 3011/2017

a) "Dichiarare improcedibili tutte le domande relative ai contratti quadro, alle operazioni in derivati nonché quelle relative al conto corrente per il principio del ne bis in idem, a seguito del Lodo pronunciato nel procedimento arbitrale promosso ai sensi dell'art. 27 del contratto quadro del 29.7.2010;

b) In via gradata, rigettare le domande formulate da parte attrice in quanto inammissibili, infondate in fatto e diritto e comunque non provate;

c) Rigettare le domande di annullamento, risoluzione e risarcimento danni dei contratti derivati perché prescritte;

d) in via riconvenzionale, condannare parte attrice al pagamento di € 1.318.092,57 oltre interessi al tasso convenzionale";

per il giudizio R.G. 1955/2017:

1. Respingere le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto;

2. Condannare parte attrice al pagamento delle spese".

Stante l'intervenuto pagamento della somma di € 25.623,10 in favore del concordato preventivo e di complessivi € 127.003,59 in favore di [REDACTED] e [REDACTED] a titolo di spese processuali liquidate dal primo Giudice, si chiede la restituzione, all'esito dell'accoglimento dell'appello, delle somme pagate in esecuzione della sentenza di primo grado.

Con vittoria di spese e compensi del doppio grado di giudizio».

Per gli appellati [REDACTED] e [REDACTED] in via preliminare, richiamando il principio tantum devolutum quantum appellatum, accertare e dichiarare transitata, a cosa giudicata, la domanda di "accertare per tutti i motivi esposti in giudizio che, nel proporre ed erogare i finanziamenti a decorrere dal 2009 alla [REDACTED] S.r.l., la [REDACTED] S.p.A. ha tenuto una condotta non conforme ai canoni della diligenza professionale e, per



l'effetto, dichiararla tenuta e condannarla al risarcimento dei danni residuati alla Società ed ai suoi garanti fideiussori conchiudenti" e per tale motivo, deve ritenersi transitato a cosa giudicata, il capo della sentenza relativo al risarcimento pari ad euro 2.750.581,66 riconosciuto, alla [REDACTED] S.r.l., ed ai signori [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] respingere per i motivi esposti, nessuno escluso, l'appello proposto dalla [REDACTED] [REDACTED] S.p.A. e, per l'effetto, confermare integralmente in ogni suo punto, la sentenza numero 165/2018 pubblicata dal Tribunale di Benevento in data 16-17 ottobre 2017; in ogni caso, con vittoria di spese e di compenso professionale del presente grado di giudizio, maggiorato del rimborso forfettario e degli accessori fiscali e previdenziali come per legge.

Per l'appellata Curatela del [REDACTED] [REDACTED] Srl: *Dichiarare inammissibile, improcedibile e comunque infondato l'appello proposto e rigettare lo stesso confermando in toto l'impugnata sentenza del Tribunale di Benevento;*

Condannare l'appellante al pagamento delle ulteriori spese processuali.

Per l'appellata/appellante incidentale [REDACTED]: *a) In via principale: in parziale riforma della sentenza di primo grado e decidendo sulla presente impugnazione, accogliere l'appello incidentale disponendo la condanna al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio. b) in via subordinata: in caso di conferma della sentenza impugnata, dichiarare il diritto di [REDACTED] a riottenere la somma pagata alla Banca finanziatrice, per i motivi in narrativa dedotti, e, per l'effetto, condannare Banca [REDACTED] a restituire a [REDACTED] la somma stessa di €. 344.000,00, indebitamente trattenuta a seguito della dichiarata nullità del contratto di finanziamento stipulato il 31.03.2011 e garantito dal Fondo di Garanzia, con rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla domanda sino al soddisfo.*

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

§.1. Il giudizio di primo grado, definito con la sentenza oggetto del gravame, è costituito da tre procedimenti riuniti.

Firmato Da: SAGGESE FIORELLA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 611a6aaa55b9efc
Firmato Da: FUSILLO MARIA SILVANA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 2ed4386609298987
Firmato Da: ELEFANTE REGINA MARINA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 5f8d1909680788cc



1.1. Nel primo giudizio RG 338/2013 la [redacted] srl ed i suoi fideiussori [redacted] e [redacted] convennero in giudizio la [redacted] SpA, chiedendo che venisse accertata e dichiarata la nullità del contratto di mutuo fondiario stipulato il 25 giugno 2010 di € 1.300.000,00, per mancanza di causa ex artt. 1418 e 1325 c.c., sul presupposto che l'operazione dovesse essere esaminata sotto il profilo della "causa concreta"; sostennero che lo scopo del mutuo avrebbe dovuto essere quello di finanziare la mutuataria e non quello di coprire pregresse passività con la mutuante. In subordine chiesero la declaratoria di nullità per violazione della legge Antitrust n. 287 del 1990, e che fosse conseguentemente dichiarata la nullità dell'ipoteca iscritta a garanzia del detto mutuo fondiario. Sempre in via subordinata chiesero che, accertato il collegamento contrattuale tra il mutuo fondiario e lo strumento derivato CAP del 29.07.2010, fosse dichiarata la nullità della clausola di pattuizione degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, contenuta nel contratto di mutuo fondiario.

1.1.1. Costituitasi, la Banca [redacted] chiese il rigetto delle domande e, in via riconvenzionale subordinata, la condanna della soc. [redacted] e dei suoi fideiussori al pagamento della somma residua del finanziamento di € 1.300.000,00, oltre interessi e rivalutazione monetaria dal giorno della concessione al saldo.

1.2. Nel secondo giudizio R.G. n. 3011/2017 la [redacted] srl ed i suoi fideiussori [redacted] e [redacted] convennero in giudizio la [redacted] Spa in relazione a due contratti di mutuo fondiario (del 25/7/2007 e del 25/6/2010), ed ai relativi contratti finanziari in derivati ("Fix to Floater" del 27.07.2007, e Interest Rate Swap del 29.07.2010), stipulati al fine di neutralizzare le oscillazione dei tassi d'interesse.

Gli attori sostennero che l'operazione finanziaria complessivamente realizzata (finanziamento+derivato) aveva un tasso d'interessi complessivo superiore al tasso usurario.



Infine chiesero la declaratoria di nullità delle condizioni (interessi ultralegali, CMS, Commissioni sull'accordato) applicate ai due contratti di conto corrente (127.16 e 21237), perché illegittime.

1.2.1. Costituitasi, la Banca [REDACTED] eccepì la litispendenza con il precedente giudizio RG 338/2013 e l'improcedibilità della domanda in quanto era pendente un lodo per arbitrato irrituale sulla medesima controversia. Nel merito chiese il rigetto delle domande.

1.3. Nel terzo giudizio R.G. n. 1955/2017 [REDACTED] e [REDACTED] nella qualità di fideiussori della [REDACTED] Srl, per il contratto di finanziamento sottoscritto in data 31.03.2011 di € 430.000,00 erogato in favore di [REDACTED] SRL dalla [REDACTED] e per il quale la [REDACTED] aveva prestato garanzia nella misura dell'80% dell'importo erogato, proposero opposizione a due cartelle esattoriali (emesse a seguito di iscrizione a ruolo dell'importo garantito ed escusso dalla [REDACTED] in seguito all'inadempimento della [REDACTED] per il pagamento di complessivi € 340.000,00, convenendo in giudizio la [REDACTED] Equitalia Sud S.p.A. e la Banca [REDACTED] Chiesero che venisse accertata e dichiarata l'inesistenza del credito vantato da [REDACTED] S.p.A. e messo in esecuzione da Equitalia, per nullità del contratto di finanziamento, per difetto di causa, in quanto la somma mutuata non era mai entrata nella disponibilità della mutuataria, ma era stata destinata immediatamente alla copertura di pregressa debitoria.

1.3.1. Costituitasi, la Banca [REDACTED] chiese il rigetto delle domande evidenziando che quanto al contratto di mutuo solutorio espressamente esso prevedeva, quale finalità dell'erogazione, il ripianamento della pregressa debitoria. Eccepì la litispendenza con il giudizio 338/2013 e nel merito eccepì l'infondatezza delle doglianze circa l'usurarietà dei tassi applicati e di illegittimità delle condizioni applicate.



1.3.2. Si costituì anche la [REDACTED] la quale sostenne che la domanda proposta dagli attori avrebbe dovuto essere proposta nelle forme dell'opposizione all'esecuzione e/o della revocazione del credito ammesso; eccepì inoltre il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto la domanda era incentrata sulla validità ed efficacia dei complessi rapporti tra [REDACTED] e [REDACTED] e non specificamente sul contratto di finanziamento del 31.03.2011 assistito dal Fondo di garanzia della [REDACTED]. In ogni caso sostenne la liceità della causa del contratto di finanziamento in questione.

1.3.1. Il Tribunale di Roma, dinanzi al quale era stata proposta l'azione, in accoglimento dell'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalle convenute, dichiarò la propria incompetenza in favore del Tribunale di Benevento, davanti al quale i fideiussori [REDACTED] e [REDACTED] riassunsero la causa che, assunto il n. RG 1955/2017, fu riunita unitamente al giudizio RG 3011/2017 al procedimento più antico RG 338/2013.

1.4. Nei giudizi così riuniti fu espletata CTU tecnico contabile, all'esito della quale il Tribunale di Benevento così decise:

“accoglie le domande e l'opposizione alle cartelle esattoriali, per quanto di ragione e per l'effetto:

*1) dichiara la nullità dei contratti: A- di mutuo fondiario in data 25 giugno 2010 (rogito del dott. [REDACTED] notaio in Avellino, rep. n. 157890, Racc. n. 23769) di €. 1.300.000,00, con garanzia ipotecaria; B- di finanziamento a medio lungo termine per la somma di 430.000,00 Euro, stipulato dalla [REDACTED] in data 31/03/2011 con la [REDACTED] e garantito dalle fideiussioni prestate dai soci oppONENTI [REDACTED] e [REDACTED] e dal Fondo per le Piccole e Medie Imprese della [REDACTED].
accerta e dichiara che il mutuatario non deve restituire le somme ricevute. Dichiara la nullità della garanzia personale prestata per il contratto del 2011 dagli attori [REDACTED] e [REDACTED] e dal [REDACTED] dichiara per il contratto del 25.6.2010, la*



nullità della garanzia ipotecaria prestata da [REDACTED] [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] disponendosi che il Conservatore dei RR.II proceda alla cancellazione dell'ipoteca, in conformità di legge;

2) accerta e dichiara che nel contratto in data 7.7.2010, il Taeg supera il tasso previsto dalla legge 108 del 1996 e dichiara non dovuti gli interessi, ai sensi dell'art. 1815 c.c.;

3) accerta e dichiara la nullità dei contratti derivati di cui in parte motiva e per l'effetto accerta e dichiara che non è dovuta da parte della [REDACTED] e di [REDACTED] [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] e deve essere restituita ai medesimi, per quanto percepita o trattenuta dalla banca [REDACTED] la complessiva somma di euro 923.449,66 di cui euro 546.000,00 per credito insinuato alla procedura concorsuale ed euro 377.499,63 quale saldo a favore della [REDACTED] srl, tra addebiti ed accrediti illegittimi e quindi da restituire;

4) accoglie la domanda relativa alla nullità per l'addebito di interessi ultralegali ed altri addebiti per spese o costi sui cc n. 127.16 e n. 21237 e per l'effetto accerta e dichiara non dovute e che devono essere restituite agli attori le somme di euro € 86.142,99 derivanti dal ricalcolo del c/c n. 370.61 e di € 10.939,20 derivanti dal conto corrente ordinario n. 21237, con una differenza a favore della società correntista e degli attori [REDACTED] e [REDACTED] di euro 97.082,19;

5) Pronunziando sull'opposizione proposta da [REDACTED] [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] contro il [REDACTED] [REDACTED] Agenzia Entrate Riscossione e Commissario [REDACTED] avverso le cartelle n. [REDACTED] e n. [REDACTED] accoglie l'opposizione e per l'effetto annulla le stesse;

6) per effetto ed in conseguenza di quanto statuito innanzi, ai punti da 1 a 4, accerta e dichiara che il credito residuo della Banca [REDACTED] nei confronti della [REDACTED] alla data della proposta della domanda di concordato ed all'attualità, ammonta ad euro 203.673,10; ogni altra domanda od eccezione è disattesa."

Firmato Da: SAGGESE FIORELLA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 611a6aaa55b9efc
Firmato Da: FUSILLO MARIA SILVANA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 2ed43866809298987
Firmato Da: ELEFANTE REGINA MARINA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 5f8d1909680788cc



In estrema sintesi il Tribunale ha ritenuto che:

- L'operazione costituita dal contratto di mutuo fondiario del 25.07.2007 originariamente erogato per l'importo di € 4.000.000,00 con scadenza al 10.10.2017 e dal collegato contratto in derivati (Fix to Floater del 27.07.2007) non prevedeva interessi usurari; mentre il TAEG effettivo divergeva dall'ISC pubblicizzato e, pertanto, dovevano applicarsi gli interessi sostitutivi TUB, con conseguente ricalcolo del debito residuo alla data del 07.07.2010 in € 2.954.254,29 (anzicchè di € 3.083.333,86).
- Il contratto del 01.07.2010, con il quale era stata pattuita la proroga dell'ammortamento del mutuo fondiario del 25.07.2007 sul capitale residuo alla data del 10.10.2009 di € 3.355,195,80, con fissazione della nuova scadenza al 10.10.2024, prevedeva un complessivo TAEG -calcolato includendovi i costi del collegato strumento in derivati IRS del 29.07.2010, in quanto avente una sostanziale funzione assicurativa- superiore al tasso soglia, per cui nessun interesse era dovuto e andava pertanto restituita la sola sorta capitale, come sopra ricostruita, di € 2.954.254,29.
- Il mutuo fondiario del 25.06.2010 di € 1.300.000,00, garantito da ipoteca, ed il finanziamento a medio-lungo termine di € 430.000,00, garantito da fideiussione di [REDACTED] e [REDACTED] erano nulli perché avevano sviato dalla causa propria di finanziare la mutuataria, essendo stati contratti al solo scopo di sanare pregresse passività della [REDACTED]
- La nullità dei mutui in questione comportava altresì: la nullità anche delle garanzie reale e personale accessorie; la fondatezza dell'opposizione proposta da [REDACTED] e [REDACTED] nei confronti delle cartelle esattoriali iscritte a ruolo da [REDACTED] che pertanto andavano annullate; mentre il credito della Banca nei confronti della [REDACTED] andava ridotto degli importi mutuati di € 1.300.000,00 ed € 430.000,00, in quanto le dette somme non dovevano essere restituite.



- I contratti in derivati CAP, Fix to Floater e IRS erano nulli perché non erano idonei a coprire il rischio della fluttuazione dei tassi di interessi dei mutui cui accedevano e pertanto i relativi importi andavano ad essa restituiti dalla Banca, per complessivi € 923.449,66, oltre interessi legali.
- I contratti di c.c. nr. 21237 e 127.16 prevedevano commissioni e spese non dovute e il superamento della soglia usuraria in taluni periodi per cui non erano dovute le somme rispettivamente di € 86.142,99 ed € 10.939,20.

§.2. Il giudizio di appello.

La sentenza n. 165, pubblicata in data 17.10.2018 del Tribunale di Benevento è stata impugnata con appello principale dalla [REDACTED] e con appello incidentale dalla [REDACTED]. La Corte di Appello, all'udienza del 09.11.2022, celebrata in seguito alla riassunzione del giudizio, interrotto per l'intervenuto fallimento di [REDACTED] Srl, ha trattenuto la causa in decisione, previa concessione alle parti dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. (40+20).

2.1. La Banca [REDACTED] censura la decisione per i seguenti motivi:

- I. "Error in procedendo: omessa declaratoria di litispendenza a fronte della sussistenza di Lodo Arbitrale Irrituale, violazione dell'art. 39 C.p.c. e del principio "ne bis in idem";
- II. "Erronea valutazione dei documenti prodotti dalle parti ai sensi degli artt. 115 e 116 C.p.c., violazione dell'art. 38 T.U.B. e dell'art. 1813 c.c. per avere il Tribunale ritenuto che il mutuo fondiario del 25/6/2010 (Rep. 157890, Racc. 23769) a rogito notaio [REDACTED] € 1.300.000,00 fosse un mutuo di scopo, con conseguente erronea applicazione dell'art. 1418 c.c., per aver il Tribunale dichiarato la nullità del contratto di mutuo e la nullità della connessa garanzia ipotecaria. Erroneo rigetto della domanda riconvenzionale subordinata proposta dalla Banca ed erronea applicazione dell'art. 2033 c.c. quanto all'insussistenza in



capo al mutuatario dell'obbligo di restituzione delle somme mutate. Contraddittorietà della motivazione”;

III. “Erronea valutazione dei documenti prodotti dalle parti ai sensi degli artt. 115 e 116 C.p.c., violazione ed erronea applicazione degli artt. 1813 e 1418 c.c in relazione al contratto di finanziamento del 31/3/2011 di € 430.000,00 garantito dalle fidejussioni dei sigg. [REDACTED] e [REDACTED] e assistito dalla garanzia del Fondo per le piccole imprese della [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Erronea applicazione dell'art. 2033 c.c. quanto all'insussistenza in capo al mutuatario dell'obbligo di restituzione delle somme mutate”;

IV. “Erronea applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., erronea determinazione dell'I.s.c./T.a.e.g. del contratto di mutuo del 25/07/2007 e erronea applicazione dell'art. 117 T.u.b.”;

V. “Erronea applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. anche in relazione alle risultanze della C.T.U. e violazione ed erronea applicazione e interpretazione degli artt. 1815 cod. civ., della L. 108/1996, dell'art. 644 c.p., delle istruzioni della Banca D'Italia e dei principi enunciati dalla Cassazione (sentenza nr. 12965/2016 e con sentenza a SS.UU. nr. 24675/2017) in materia di usura e calcolo del TAEG in relazione alla proroga del mutuo fondiario del 7/7/2010: erronea sommatoria tra i costi dei contratti derivati e i costi dei contratti di mutuo”;

VI. “Erronea valutazione delle prove ex artt. 115 e 116 C.p.c. e violazione dell'art. 1322 c.c., della determinazione Consob n. DI/99013791 del 26/2/1999 per aver ritenuto il Tribunale che gli strumenti finanziari derivati (Fix Floater Amm. (Str. 1301), Cap n. 95752 9053 30/7/2010-1, I.R.S. N. 95753 9053 30/7/2010-1) non assolvessero ad una funzione di copertura. Contraddittorietà della sentenza ed erronea applicazione dell'art. 2033 c.c.”;



VII. "Erronea valutazione delle risultanze della C.T.U. ex artt. 115 e 116 c.p.c. in relazione ai rapporti regolati in conto corrente quanto all'applicazione della c.m.s.. Violazione della L. 108/1996, dei principi enunciati dalle SS.UU. con sentenza n. 16303/2018 in tema di rilevanza della c.m.s. e della sua legittimità";

VIII. "Erronea applicazione dell'art. 2033 c.c. per aver il Tribunale condannato la Banca alla restituzione di somme in favore dei fideiussori in assenza di pagamenti dai medesimi effettuati";

IX. "Erronea rideterminazione del credito della Banca e violazione dell'art. 2033 c.c. e dell'art. 1243 c.c.".

2.2. La [REDACTED] impugna, in via incidentale la sentenza, dolendosi della declaratoria di nullità del contratto di finanziamento del 31 marzo 2011 di € 430.000,00 e dell'accessoria garanzia prestata dalla [REDACTED]

Sostiene che il finanziamento assistito da garanzia fideiussoria, quale quello in esame, stipulato per ripianare passività pregresse, ha una causa lecita e tipica, costituita dalla funzione di finanziamento. L'interesse concretamente perseguito dalle parti, secondo la [REDACTED] è reciproco, in quanto con il mutuo in questione era stata creata un'obbligazione "reale" per ottenere delle garanzie fideiussorie o ipotecarie. In sostanza la Banca [REDACTED] e la società [REDACTED] hanno utilizzato il contratto di mutuo per concedere (la prima) ed ottenere (la seconda) un finanziamento a copertura del debito preesistente; quindi, conclude la [REDACTED] "come è lecito il contratto di mutuo fondiario stipulato dal mutuatario, ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 38, per sanare debiti pregressi verso la banca mutuante, analogamente lecito deve considerarsi un finanziamento assistito".

§.3. Motivi della decisione.

3.1. L'eccezione di litispendenza.



In via preliminare va esaminata l'eccezione di litispendenza con il lodo arbitrale depositato in data 31.05.2017 ed attualmente impugnato per nullità.

L'oggetto della domanda proposta dalla [REDACTED] ed esaminata nel lodo arbitrale era costituito da una domanda di risarcimento danni in relazione al contratto quadro del 25.07.2007 stipulato con la [REDACTED] e, per quel che riguarda questo giudizio, dal contratto quadro stipulato in data 27.07.2007 con la Banca [REDACTED] nonché dei relativi contratti derivati, come si evince dalle conclusioni rassegnate dalla [REDACTED] (che si riportano per maggiore chiarezza: *"In via principale, dichiarare la nullità del contratto quadro del 25 luglio 2007 [REDACTED] Spa e del 29 luglio 2010 [REDACTED] Spa, nonché di tutti i successivi contratti derivati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, per difetto di causa in forza del combinato disposto degli articoli 1418 e 1325 c.c., data la pressoché totale assenza di alea nei confronti della banca rispetto alla natura del contratto e stante l'inutilità degli strumenti cosiddetti di copertura, nonché per violazione dell'articolo 1322 c.c., in quanto l'autonomia contrattuale delle parti non può spingersi fino a realizzare contratti non diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, nonché per violazione dell'articolo 117 nr. 1 e 3 del decreto legislativo 385/1993. In subordine dichiarare l'annullamento per dolo e per violazione del dettato dell'articolo 1175 c.c. del contratto quadro del 25 luglio 2007 [REDACTED] Spa e del 29 luglio 2010 [REDACTED] [REDACTED] Spa, nonché di tutti i successivi contratti derivati, come meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, vista la totale assenza di ogni prospettazione e informazione circa i rischi dei contratti proposti, in violazione del combinato disposto degli articoli 1337, 1427 e 1439 c.c., nonché in violazione del combinato disposto dell'articolo 1176 e dell'articolo 21 lett. (a del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n 58; dichiarare l'annullamento per dolo del contratto quadro del 25 luglio 2007 [REDACTED] Spa e del 29 luglio 2010 [REDACTED] Spa nonché di tutti i successivi contratti derivati, come*



meglio descritti nella premessa narrativa del presente atto, il cui consenso è stato carpito con dolo ex art. 1427 e 1428 cc. In ogni caso accettare, dichiarare che le convenute banche, nel corso dell'operatività contrattuale de qua, hanno ripetutamente violato il combinato disposto dagli articoli 1175, 1176, 1322, 1325, 1337, 1418, 1427, 1428 e 1439 c.c., nonché dell'articolo 117 numero 1 numero 4 del decreto legislativo 385/1993. In ogni caso accertare e dichiarare la nullità, l'annullamento o l'inefficacia dei contratti quadro e di tutti i contratti conclusi e strumenti derivati, per mancanza/illiceità della causa; per mancanza della volontà, indeterminatezza dell'oggetto del contratto, per dolo contrattuale o errore essenziale, per violazione delle regole di correttezza ed adeguata informazione; per la violazione della normativa relativa al conflitto di interessi agli operatori qualificati, all'attività fuori sede e all'utilizzo dei promotori finanziari. E, nonché, infine, per violazione degli obblighi di forma dei contratti posti in essere e per l'effetto si chiede la condanna della banca [REDACTED]

[REDACTED] Spa (già [REDACTED] [REDACTED] alla restituzione di tutte le prestazioni eseguite dalla società in favore della convenuta, ovvero per lo meno delle perdite nette quantificabili almeno nell'importo di euro 337.499,63 ovvero una diversa maggiore o minore somma che dovesse scaturire nel corso del giudizio ovvero essere quantificata a seguito di espletando consulenza tecnica d'ufficio di cui sin da ora si chiede l'ammissione. In via subordinata si chiede pronunciarsi la riproduzione per gli adempimento ex art. 1453 c.c. dei negozi suddetti e la contestuale condanna della Banca al risarcimento dei danni, da quantificarsi in corso di giudizio, quantificabili eventualmente in via equitativa, in ogni caso la [REDACTED] Srl chiede al collegio di voler accertare che nulla è dovuto alla [REDACTED] Spa in virtù dei predetti rapporti e quindi neppure le somme asseritamente a debito della scrivente, legittimamente precisate dalla banca in sede di concordato preventivo.'').

La [REDACTED] dunque, nel giudizio sottoposto alla cognizione degli arbitri, deducendo: la nullità del contratto quadro e dei contratti derivati, per mancanza di alea per la Banca e la



conseguente inutilità degli strumenti cosiddetti di copertura; l'annullabilità per violazione degli obblighi di informazione; dolo contrattuale e violazione degli obblighi di buona fede; nullità/annullamento/inefficacia del contratto quadro e dei contratti derivati e degli strumenti finanziari, per illiceità della causa, vizi della volontà, indeterminatezza dell'oggetto; errore essenziale e violazione delle norme sul conflitto d'interessi degli operatori finanziari, chiese la condanna, per quel che interessa ai fini del presente giudizio, della Banca [REDACTED] alla restituzione di tutte le prestazioni eseguite in suo favore dalla [REDACTED] quantificate in € 377.499,63; in subordine chiese la restituzione della medesima somma, previa risoluzione dei contratti anzidetti per inadempimento; in subordine chiese che fosse accertato che nulla era dovuto alla Banca [REDACTED] infine, chiese il pagamento dell'importo sopra indicato, a titolo di risarcimento del danno.

3.1.1. Da quanto esposto emerge con evidenza l'infondatezza dell'eccezione di litispendenza, in quanto, benchè vi siano innegabili profili di similitudine tra le domande proposte, a causa della identità dei fatti storici su cui si innestano le pretese fatte valere da [REDACTED] e di parziale coincidenza del *petitum*, in quanto anche nel giudizio arbitrale viene chiesta la declaratoria di nullità dei contratti derivati e degli strumenti finanziari, è evidente la diversità della *causa petendi* che sorregge le domande proposte in sede arbitrale ed in sede giudiziaria. Nel giudizio per lodo arbitrale la ragione su cui poggia la domanda di nullità/annullabilità/inefficacia/risoluzione dei contratti di mutuo e dei contratti in strumenti finanziari è rappresentata dai vizi del contratto quadro del 27.07.2007 e della loro incidenza sui contratti derivati e strumenti finanziari ed in particolare, per i derivati, la mancanza di alea per la Banca; mentre nel giudizio che ci occupa la ragione della richiesta nullità è rappresentata dai vizi propri dei contratti di mutuo, di finanziamento, di conto corrente e degli strumenti finanziari.



L'accezione va quindi rigettata non sussistendo, attesa la diversità di *causa petendi*, né litispendenza né continenza.

3.2. Il mutuo fondiario del 25/6/2010 (Rep. 157890, Racc. 23769) a rogito notaio [REDACTED] di € 1.300.000,00, garantito da ipoteca.

Il Tribunale ha ritenuto la nullità di detto contratto di mutuo fondiario, qualificato come mutuo di scopo, perché ne era risultata sviata la sua funzione tipica di finanziamento in favore di una funzione di ripianamento di pregressa debitoria.

3.2.1. L'appellante contesta che il mutuo fondiario erogato con finalità solutoria possa essere qualificato come mutuo di scopo ed in ogni caso ritiene che la finalità solutoria non è incompatibile con la causa del mutuo fondiario.

Va premesso che nel mutuo di scopo, tanto nella versione c.d. legale che in quella c.d. convenzionale, la destinazione delle somme mutate entra nella struttura del negozio, connotandone il profilo causale, sicché un tale contratto è nullo per mancanza di causa se quella destinazione non è rispettata (Cass. civ., 19.10.2017, n. 24699; Cass. civ., 22.12.2015, n. 25793). Dunque il mutuo di scopo si differenzia dallo schema tipico del contratto di mutuo, sia dal punto di vista strutturale, atteso che il mutuatario si obbliga non solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione in concreto dell'attività programmata; sia dal punto di vista funzionale, poiché nel sinallagma assume rilievo essenziale anche quest'ultima prestazione, in termini corrispettivi dell'ottenimento della somma erogata (così Cass n. 5805/1994; Cass. 7116/1998).

Tuttavia, perché un contratto di mutuo possa essere qualificato come contratto di mutuo di scopo (contratto parzialmente diverso dal mutuo, ex art. 1813 c.c.; cfr. Cass. 25180/07), occorre che esista un interesse (anche) del mutuante alla destinazione delle somme, poiché se la previsione della destinazione delle somme erogate è fatta nell'esclusivo interesse del



mutuatario, si realizza semplicemente una esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non comportante una modifica del tipo contrattuale. In tal caso, non si può parlare di mutuo di scopo, poiché la mera indicazione dei motivi, non accompagnata da un programma contrattuale teso alla loro realizzazione, non è di per sé idonea a modificare il tipo negoziale. In definitiva: a) ove manchi un interesse del mutuante alla destinazione delle somme allo scopo indicato nel contratto, sul mutuatario non grava uno specifico obbligo di destinazione delle somme erogate; b) la deviazione dal tipo contrattuale di cui all'art. 1813 c.c. si può affermare quando vi sia la prova di un obbligo specifico del mutuatario nei confronti del mutuante, in ragione dell'interesse di quest'ultimo - diretto o indiretto - alla specifica modalità di utilizzazione delle somme per un determinato scopo; c) negli altri casi, ove cioè la prova di una tale situazione non sia fornita, l'inosservanza della destinazione indicata nel contratto non rileva ai fini della validità o meno del contratto stesso (cfr. Cass. n. 24699/2017 in motivazione).

Nel caso in esame il mutuo fondiario del 25/6/2010 (Rep. 157890, Racc. 23769) a rogito notaio ██████████ di € 1.300.000,00, era stato espressamente erogato con la finalità di ripianare la pregressa debitoria che la mutuataria aveva nei confronti della mutuante e quest'ultima ha effettuato il finanziamento richiesto proprio perché la somma erogata fosse destinata a tale scopo. Tuttavia se anche l'esplicitazione del comune motivo per cui il mutuo era stato erogato fosse idoneo a qualificare il mutuo come di scopo, ciò non comporta la nullità del finanziamento, non essendovi incompatibilità tra mutuo fondiario e mutuo di scopo, come ha chiarito più volte la Suprema Corte *"sulla base della giurisprudenza in tema di mutuo fondiario anche anteriore all'entrata in vigore del [t.u.b.](#) (segnatamente: Cass. n. 09511 del 20/04/2007 e la recentissima - con riferimento alla disciplina del [t.u.b.](#), ma con affermazioni di carattere generale - Cass. n. 23149 del 2022)* è stata ritenuta lecita la contrazione di un mutuo fondiario per ripianare pregresse esposizioni debitorie, anche nel caso



in cui non vi sia una effettiva consegna della somma data a mutuo da parte del mutuante al mutuatario, escludendosi che il mutuo fondiario fosse un mutuo cd. di scopo (si veda [Cass. n. 09511/2007](#), cit.).

In particolare, questa Corte, con recentissimo arresto ([Cass. n. 23149 del 25/07/2022 Rv. 665427 - 01](#)), ha ribadito che la stipula di un mutuo, anche se qualificato fondiario, per il ripianamento di una pregressa esposizione debitoria, non solo non ne comporta la nullità, trattandosi in ogni caso di pattuizione fondata su causa lecita, in quanto non contraria né alla legge, né all'ordine pubblico, ma nemmeno può essere qualificata come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure quale pactum de non petendo ad tempus in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l'accredito in conto corrente delle somme erogate, con la costituzione della disponibilità da parte del mutuatario, è sufficiente ad integrare la datio rei giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa. (cfr. Cass. 29644/2022 e da ultimo Cass. 544/2023).

3.2.2. Il motivo è quindi fondato e, conseguentemente, il gravame sul punto va accolto e va rigettata la domanda di nullità del mutuo in esame, e dell'accessoria garanzia ipotecaria.

Attesa la legittimità del mutuo in questione va altresì accolta la domanda riconvenzionale della Banca di pagamento della somma residua del finanziamento pari, alla data del 07.07.2010, ad € 1.318.092,57. Su detta somma vanno riconosciuti gli interessi moratori nella misura convenzionale dalla domanda al saldo, mentre non può essere accolta la domanda di rivalutazione, trattandosi di un debito di valuta.

3.3. Il finanziamento a medio-lungo termine del 31/03/2011 di € 430.000,00.

L'appellante, con il terzo motivo di gravame, contesta la decisione del Tribunale di dichiarazione di nullità del finanziamento a medio-lungo termine del 31/03/2011 di € 430.000,00, garantito da fideiussione, perché erogato per il ripianamento del passivo



eveniente dal contratto di c.c. nr. 127.16. Ritiene che, essendo stato utilizzato per estinguere un precedente debito che [REDACTED] aveva con il medesimo Istituto di credito erogante, non aveva raggiunto lo scopo di finanziamento della mutuataria.

Sostiene l'appellante che al pari del mutuo fondiario stipulato per sanare debiti pregressi, anche il finanziamento assistito da garanzia fideiussoria per sanare pregressi debiti è lecito, dunque la Banca ha diritto alla restituzione delle somme finanziate.

L'appellante rimarca poi, una volta affermata la legittimità del finanziamento in esame, la conseguente legittimità della accessoria garanzia fideiussoria e da ciò l'ulteriore profilo di erroneità della decisione di primo grado, laddove aveva affermato che "la società ed i garanti non devono restituire le somme ricevute, al lordo delle spese, in esecuzione dei contratti di mutuo del 2010 e del 2011, rispettivamente di € 1.300.000 ed € 430.000,00, per un totale di € 1.827.082,19".

3.3.1. Anche questo motivo è fondato, in quanto, l'argomentazione svolta per la validità del mutuo fondiario solutorio è valevole anche per il finanziamento solutorio garantito da fideiussione. Entrambi gli istituti consistono nell'erogazione di una somma di denaro, finalizzata al ripianamento di pregressa debitoria del soggetto finanziato e con la costituzione, in favore del soggetto finanziante, di una garanzia, nel primo caso reale, nel secondo personale. Non vi sono dunque ragioni né di ordine logico né di ordine giuridico per giustificare una diversa valutazione delle due fattispecie.

In merito alla circostanza che le somme erogate furono destinate a sanare una debitoria diversa da quella indicata nel contratto, va preliminarmente detto che, come nel caso del mutuo fondiario, anche per questo finanziamento lo scopo non era entrato nella causa del contratto, ma era solo un motivo comune alle parti, esplicitato, ed il cui mancato raggiungimento non ne determina la nullità.



3.3.2. In definitiva anche questo motivo di appello va accolto e va rigettata la domanda di nullità del finanziamento a medio-lungo termine di € 430.000,00 del 31.03.2011 e della relativa garanzia fideiussoria.

Dall'accertata legittimità del mutuo fondiario di € 1.300.000,00, e del finanziamento a medio-lungo termine di € 430.000,00 consegue che non vi sono ragioni per cui le dette somme erogate dalla Banca in favore della ██████████ non debbano esserle restituite.

3.4. Il mutuo fondiario di € 4.000.000,00 del 25.07.2007

Fondata è anche la censura relativa alla non corrispondenza dell'ISC al TAEG e della conseguente applicazione dei tassi sostitutivi ex art. 117 TUB, in relazione al contratto di mutuo fondiario di € 4.000.000,00 del 25.07.2007.

La Suprema Corte ha più volte affermato che *“In tema di contratti bancari, l'indice sintetico di costo (ISC), altrimenti detto tasso annuo effettivo globale (TAEG), è solo un indicatore sintetico del costo complessivo dell'operazione di finanziamento, che comprende anche gli oneri amministrativi di gestione e, come tale, non rientra nel novero dei tassi, prezzi ed altre condizioni, la cui mancata indicazione nella forma scritta è sanzionata con la nullità, seguita dalla sostituzione automatica ex art. 117 d.lgs. n. 385 del 1993, tenuto conto che essa, di per sé, non determina una maggiore onerosità del finanziamento, ma solo l'erronea rappresentazione del suo costo globale, pur sempre ricavabile dalla sommatoria degli oneri e delle singole voci di costo elencati in contratto.”*. Dunque l'erronea o addirittura la mancata indicazione dell'ISC non comporta la nullità della clausola sugli interessi, poiché la discrepanza tra il TAEG effettivo e l'ISC non si traduce in una maggiore onerosità del rapporto.

D'altro canto la sanzione della nullità è prevista solo dall'art. 125 bis comma 6 Tub (peraltro l'art. 124, in tema di credito al consumo, nel testo vigente prima del 19.9.2010, all'epoca di stipula del contratto per il quale è causa, non faceva alcun riferimento all'ipotesi di indicazione non corretta, come successivamente previsto in via espressa), per cui non



potrebbe mai riguardare la diversa ipotesi regolata, per le altre operazioni negoziali, dall'art. 117 tub., assumendo rilevanza, sempre che ne siano precisati e provati i relativi presupposti ed elementi costitutivi, sotto il diverso profilo della responsabilità precontrattuale o contrattuale della banca e di un eventuale risarcimento del danno, secondo la nota distinzione tra regole di comportamento poste a presidio della correttezza delle informazioni, e regole di validità (si consideri, del resto, che la norma in discorso – vigente, si ripete dal settembre del 2010 – si applica ai contratti di finanziamento stipulati con il consumatore, di importo inferiore a quello oggetto del presente giudizio); domanda che nel caso in esame non è stata formulata.

Ne consegue che il saldo del suddetto mutuo alla data 07.07.2010 non va ricalcolato con sostituzione dei tassi di interesse, ma vanno tenuti fermi gli interessi convenuti e, quindi il credito residuo del detto mutuo va riconosciuto nella misura indicata dalla Banca in € 3.083.333,86, alla data del 07.07.2010.

3.5. Il contratto di proroga del piano di ammortamento del 07.07.2010

Infondata è invece la censura, articolata con il quinto motivo di appello, relativa all'usurarietà dei tassi applicati al contratto del 07.07.2010 di proroga del piano di ammortamento dell'originario mutuo fondiario del 25.07.2007, in ragione dell'inserimento nel calcolo del TAEG dei costi dell'operazione in derivati collegata.

L'appellante [REDACTED] sostiene che, ai fini della valutazione dell'usurarietà dei tassi applicati ai mutui concessi a [REDACTED] non si poteva effettuare, come aveva fatto invece il primo giudice, un calcolo complessivo del costo dell'operazione finanziamento+derivati, poiché nessuna norma né circolare o direttiva della Banca d'Italia prevede che i prodotti in derivati debbano essere inseriti nel calcolo del TAEG.



Il Tribunale aveva ritenuto di dover inserire nel calcolo del TAEG anche i costi dell'operazione in derivati in quanto l'aveva ritenuta nella sostanza un'assicurazione ed in quanto tale, un costo gravante sul contratto di mutuo.

La decisione del Tribunale deve essere confermata e i derivati inseriti nel calcolo del TAEG, sia perché l'appellante non chiarisce le ragioni per cui gli strumenti in derivati con funzione di copertura non avrebbero funzione assicurativa, sia per l'ulteriore seguente ragione. Il Tribunale ha dichiarato la nullità di tutti i contratti in derivati stipulati dalla ██████████ in ragione dell'accertamento della loro non idoneità ad assolvere alla funzione di neutralizzare il rischio derivante dall'oscillazione dei tassi di interesse.

Come si vedrà in seguito, il Tribunale ha esaminato la struttura di ciascuno dei contratti in derivati, pervenendo all'accertamento della loro nullità. Tale accertamento, per i motivi che di seguito si andranno ad esporre, va confermato e da ciò consegue che l'operazione in derivati IRS del 07.07.2010 in quanto nulla, non è più qualificabile come operazione in derivati con funzione di neutralizzazione delle oscillazioni dei tassi d'interesse e si risolve in un mero costo ulteriore gravante sul contratto di mutuo cui accede, pertanto, in quanto costo sine causa, per la sopra indicata nullità della pattuizione, va ricompreso nel calcolo complessivo del TAEG. Va quindi, anche per tale diversa motivazione, confermata la decisione del Tribunale che, avendo accertato un TAEG superiore al tasso soglia, ha statuito che nessun interesse è dovuto sulle somme di cui la ██████████ era ancora debitrice relativamente al contratto del 07.07.2010 di proroga del piano di ammortamento del contratto di mutuo fondiario del 25.07.2007 di € 4.000.000,00 e pari, per quanto sopra detto, ad € 3.083.333,86 alla data del 07.07.2010. Dunque su tale debito residuo del contratto di mutuo del 25.07.07, come prorogato con il contratto del 07.07.2010 non decorre nessun interesse ed è dovuta la sola sorta capitale.



L'appellante sostiene infine che poiché il contratto del 07.07.2010 aveva soltanto prorogato la durata dell'ammortamento dell'originario mutuo del 25.07.2007, senza variare il tasso di interessi, non ricorreva l'ipotesi di usura originaria, ma solo di usura sopravvenuta, per al massimo doveva operarsi la riconduzione intrasoglia per i periodi in cui il tasso risultava superare la soglia dell'usura.

La censura è infondata poiché è vero che nel contratto di proroga le parti indicarono "gli interessi al tasso da determinare secondo i criteri di adeguamento previsti negli atti originali di mutuo, nonché i diritti di commissione", tuttavia, le parti nella loro autonomia hanno deciso di collegare a detto contratto di proroga uno strumento finanziario la cui nullità -che deve essere confermata per i motivi esposti al successivo paragrafo-, ne comporta la riconduzione nell'ambito costi del mutuo rilevanti ai fini del calcolo TAEG. Sicchè in sostanza le parti hanno posto in essere, con l'operazione di proroga e il collegato derivato, una variazione dell'originario tasso di interessi che, essendo superiore alla soglia, configura un'usura originaria.

3.6. I contratti in derivati.

Come appena premesso, va esaminata la questione della nullità dei contratti in derivati. L'appellante contesta la decisione del Tribunale che ha ritenuto che gli strumenti in derivati Fix to Floater del 27.07.2007, Cap del 29.07.2010 e IRS del 29.07.2010 non assolvessero ad una funzione di copertura e fossero conseguentemente nulli.

La nullità è stata dal primo giudice sostanzialmente fondata sulla mancanza di causa in concreto delle operazioni in esame, sulla scorta dell'accertamento effettuato dal CTU -che ha evidenziato come gli strumenti finanziari in questione non potessero in nessun modo realizzare un contenimento del rischio di fluttuazione dell'Euribor per come erano consegnati-, e ha ritenuto che i contratti in questione fossero nulli.



Il Tribunale ha effettuato il controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c., secondo le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, sulla scorta delle prescrizioni normative di cui all'art. 21 TUF e dall'art. 26 Reg. Consob nr. 11522 nonché, poiché strumenti con funzioni di copertura, anche dalla verifica dell'effettivo rispetto delle condizioni stabilite dalla CONSOB con la Determinazione n. DI/99013791 del 26.02.1999.

I requisiti indicati dalla Determinazione in questione sono: a) che le operazioni siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; b) che vi sia elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso di interesse tipologia, ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) che siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente.

Orbene il Tribunale, aderendo alle conclusioni del CTU, ha riscontrato la mancanza negli strumenti in derivati in questione del secondo requisito prescritto dalla Determinazione Consob, cioè della elevata correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario.

In particolare con riguardo all'operazione CAP il Tribunale ha riscontrato la diversità del termine di scadenza, in quanto la copertura era assicurata solo in relazione ai primi dieci anni del finanziamento, restando gli ultimi cinque anni privi di copertura.

Per l'operazione Fix to Floater il Tribunale ha riscontrato che il debito residuo su cui sarebbe stata calcolata la rata di ammortamento sarebbe variato in relazione alle condizioni di mercato, non restando ancorato al livello del capitale nozionale previsto nel derivato.

Per il contratto di IRS infine il Tribunale ha accertato che l'area delle perdite potenziali per la [REDACTED] era di gran lunga maggiore dell'area dei guadagni potenziali.

3.6.2. L'appellante nel censurare la decisione evidenzia anzitutto che i contratti in esame erano contratti aleatori e, in quanto tali, dotati di una causa propria, causa che, in base ai



recenti arresti della Cassazione, si ritiene essere sufficiente a sottrarli al giudizio di meritevolezza.

Secondo l'appellante l'unico elemento, indicato dal Tribunale, di divergenza strutturale del CAP rispetto al relativo finanziamento -costituito dalla minore durata dello strumento rispetto al finanziamento, che lo rendeva inidoneo alla copertura del rischio di fluttuazione dell'Euribor-, non era elemento sufficiente da incidere sulla meritevolezza della causa.

L'appellante sottolinea, infine, come la ██████████ sottoscrivendo l'acquisto del prodotto finanziario in questione fosse ben consapevole della sua conformazione e che ben poteva, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, decidere di limitare temporalmente la copertura del finanziamento.

Con riguardo al Fix to Floater l'appellante, preliminarmente rilevando che non era stato prodotto in atti il piano di ammortamento del mutuo 25.07.2007, cui il derivato accedeva, sostiene che non era comprensibile come il CTU potesse essere pervenuto alla conclusione della sua inidoneità alla funzione di copertura dal rischio di innalzamento dell'Euribor. La Banca evidenzia che per il derivato in questione esistevano tutti gli indici della normativa di settore perché potesse essere qualificato come prodotto di copertura e, dunque, ritiene che erroneamente il primo giudice lo abbia ritenuto non adeguato, specialmente perché l'analisi di adeguatezza del derivato in questione era stata effettuata dal Tribunale ex post e non - come avrebbe dovuto- ex ante.

Infine con riguardo allo strumento IRS in particolare l'appellante evidenzia che la causa concreta era costituita dall'aleatorietà del contratto e nella reciprocità delle condizioni di rischio nello scambio dei flussi di interesse assunte dalle parti e che malgrado lo stesso CTU, pur avendo riscontrato che la struttura del derivato non permettesse una completa immunizzazione dal rischio tasso di interesse su debito, aveva tuttavia ritenuto che la



copertura potesse considerarsi soddisfacente; il Tribunale aveva ciononostante escluso che l'IRS avesse funzione di copertura.

In ogni caso, secondo la Banca l'eventuale non meritevolezza dei contratti in derivati non poteva comportare, come aveva ritenuto il Tribunale, la nullità degli stessi, ma solo la "esclusione del ricollegamento di ogni concreto effetto giuridico alla specifica autoregolamentazione".

3.6.1. Le censure non possono essere accolte, poiché non ne è stato provato il fondamento, non essendo stata depositata in atti copia della CTU svolta in primo grado.

All'udienza di precisazione delle conclusioni la Corte, rilevato che il fascicolo d'ufficio di primo grado non era stato acquisito e che, pertanto, mancava agli atti la CTU, aveva invitato le parti a depositare, entro il primo termine di cui all'art. 190 c.p.c., copia degli atti del fascicolo d'ufficio di primo grado in loro possesso, che ritenessero rilevanti ai fini della decisione. In ottemperanza a tale invito le parti hanno depositato, nel termine prescritto, varia documentazione, ma non anche la CTU.

La mancanza dell'elaborato peritale non consente alla Corte di verificare la fondatezza delle doglianze dell'appellante, sul quale si riverbera l'effetto negativo della riscontrata lacuna.

L'appellante, difatti, è tenuto alla dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alla sentenza impugnata, in quanto egli è assimilabile all'attore nella invocata *revisio* e deve, pertanto, dimostrare il fondamento della propria domanda, deducendo l'ingiustizia o invalidità della decisione assunta dal primo giudice, onde superare la presunzione di legittimità che assiste la sentenza di primo grado (Cass. sez. un. nn. 28498 del 2005; 3033 del 2013, più di recente si veda Cass. n. 40606 del 2021; sulla presunzione di legittimità della sentenza di primo grado, Cass. sez. un. n. 10027 del 2012).

La Cassazione ha infatti affermato che sussiste un "onere di attivazione della parte di acquisire i documenti favorevoli" (cfr. Cass. 10164/2022), onere che riguarda anche i



documenti e gli atti istruttori contenuti nel fascicolo d'ufficio (cfr. art. 76 disp. att. c.p.c.), laddove la loro consultazione sia necessaria al fine di delibare la fondatezza dell'appello.

Per completezza deve aggiungersi che non trova applicazione al caso in esame il principio espresso dalla recentissima sentenza delle SU, secondo cui *“In materia di prova documentale nel processo civile, il giudice d'appello può porre a fondamento della propria decisione il documento in formato cartaceo già prodotto e non rinvenibile nei fascicoli di parte apprezzandone il contenuto trascritto (oppure indicato) nella sentenza impugnata o in altro provvedimento o atto del processo ovvero, se lo ritiene necessario, può ordinare alla parte interessata di produrre, in copia o in originale, determinati documenti acquisiti nel primo grado. (cfr. Cass. 4835/2023)”*, poiché nel caso di specie non si tratta di un documento prodotto ad una delle due parti e la lettura della CTU offerta dall'appellante diverge da quella datane dal tribunale nella sentenza impugnata.

La mancata produzione da parte dell'appellante della CTU non consente di verificare se effettivamente con riguardo al Fix to Floater il CTU abbia effettuato l'analisi della mancanza di “notevole corrispondenza” con il mutuo ex post e non ex ante, come sostiene l'appellante; né consente di verificare, con riguardo al CAP, in che misura la divergenza temporale tra lo strumento finanziario e il mutuo abbia inciso sulla sua funzione di neutralizzazione del rischio di fluttuazione dei tassi di interesse; né è possibile, con riguardo all'IRS, verificare se effettivamente il CTU avesse ritenuto la copertura sufficiente malgrado non prevedesse un'immunizzazione completa.

La decisione del Tribunale va quindi sul punto confermata.

3.7. I conti correnti.

L'appellante si duole che il Tribunale per i rapporti i.c.c. 21237 e. nr. 127.16 abbia espunto la CMS, in quanto ne era risultata pattuita la sola aliquota, ed abbia calcolato l'usura sopravvenuta con criteri diversi dai quelli utilizzati dalla Banca d'Italia. Sostiene che la CMS



per il periodo anteriore alla l. 2/2009 sia stata validamente pattuita essendo indicata in misura numericamente determinata sia nell'aliquota sia nella base di calcolo, identificato nello sconfinamento e che la verifica dell'usura debba essere condotta in base alla formula di calcolo della Banca d'Italia, senza includere nel TEG la CMS, ma escludendola ed, in caso di riscontro di superamento della soglia, riconducendo i tassi entro la soglia dell'usura e non applicando la sanzione di cui all'art. 1815 c.c.

Anche questa censura è infondata.

La pattuizione della CMS contenuta nei contratti in esame è infatti, come ha ritenuto il Tribunale, nulla per indeterminatezza dell'oggetto, non essendo stata indicata la base di calcolo.

Nel contratto 21237 la CMS è indicata "per utilizzi senza affidamento" nella misura del 2,125%. Nel contratto 127.06 la CM è indicata con "aliquota dello 0,7500%" e con "aliquota aggiuntiva dell'1,2500% su sconfinamento se autorizzato, con un limite massimo delle commissioni applicate del 2,000%".

Tali pattuizioni, diversamente da quanto affermato dall'appellante, all'evidenza non riportano la base di calcolo della CMS, poiché l'indicazione "per utilizzi senza affidamento" non è indicativa di quale sia l'importo che la Banca ha messo a disposizione del cliente indipendentemente dal suo utilizzo e quale sia il parametro temporale di calcolo.

Anche l'indicazione dello sconfinamento, nel contratto c.c. 12.06, che secondo l'appellante costituirebbe il valore numerico su cui calcolare la CMS, non soddisfa il criterio di determinatezza per la validità della clausola, poiché anche in questo caso non si comprende quale sia l'importo extrafido messo a disposizione del cliente e quale sia l'arco temporale di calcolo.



La nullità della CMS, come più volte ribadito da questa Corte comporta che essa, avendo perso la sua funzione, non è più qualificabile come CMS e degradi a mero costo ulteriore gravante sul c.c. e, come tale, rientrante nel calcolo del TEG ai fini della verifica dell'usura.

Correttamente pertanto il Tribunale ha incluso la CMS nel calcolo del TEG e avendo riscontrato il superamento della soglia soltanto in alcuni periodi dello svolgimento del rapporto, ha proceduto alla riconduzione entro il tasso soglia degli interessi per i periodi nei quali essi sono risultati usurari. Infondata è quindi la censura sollevata dall'appellante a riguardo, poiché il Tribunale non ha affatto escluso del tutto gli interessi ex art. 1825 c.c., ma, per come è dato evincersi dalla lettura della motivazione della sentenza e, stante la manza della CTU, riscontrata l'usura sopravvenuta, ha provveduto a riconteggiare i rapporti dare/avere, calcolando gli interessi, per i periodi in cui sono risultati usurari, nella misura intrasoglia.

Anche in relazione a questo punto, la decisione di primo grado va quindi confermata.

3.8. La condanna ex art. 2033 c.c. e la compensazione.

Infine con gli ultimi due motivi di appello la Banca si duole:

- sia della condanna alla restituzione ex 2033 c.c. - alla ██████████ ed ai fideiussori ██████████ e ██████████ della somma di € 923.449,66, relativa alle operazioni in derivati, e della somma di € 86.142,99, relativa ai rapporti di c.c., perché sostiene che non vi era stato nessun pagamento, né da parte della società né dei suoi garanti e, quindi mancava il presupposto per la ripetizione;
- sia della operata compensazione con il credito della Banca € 2.954.254,29 (come ricalcolato con gli interessi sostitutivi) derivante dal mancato pagamento del mutuo del 25.07.2007, poi prorogato con il contratto del 07.07.2010 al 10.10.2024, dell'importo di € 1.827.082,00 (dato dalla somma degli importi del mutuo di € 1.3000.000,00 e del finanziamento di €



430.000,00); nonché della somma di € 546.000,00 quale credito insinuato alla procedura fallimentare.

L'appellante evidenzia l'illogicità della decisione poiché si tratta di importi erogati dalla Banca in favore della [REDACTED] e da questa mai restituiti e dunque di debiti verso la Banca, per cui non è comprensibile come siano stati compensati con altri crediti vantati dalla banca.

3.8.1. Le censure sono solo in parte fondate e vanno accolte per quanto di ragione.

Infondate sono quelle relative agli obblighi restitutori per illegittimi addebiti in c.c., come esplicitato al punto 3.7., per cui vanno senza dubbio restituiti alla [REDACTED] gli importi illegittimamente addebitati a titolo di interessi ultralegali per i periodi in cui sono risultati superiori al tasso soglia nonché le spese e commissioni non pattuite, relative ai c.c. 37061 e 127.16 e calcolate in complessivi € 86.142,99+10.939,20=97.082,19.

Inammissibile, perché generica è la censura relativa alla condanna alla restituzione dell'importo di € 923.449,66 “di cui € 546.000,00 per credito insinuato alla procedura concorsuale ed € 377.499,63 quale saldo in favore della [REDACTED] per addebiti ed accrediti illegittimi”, poiché l'appellante si è limitato a contestare che non vi era mai stato un pagamento delle somme in questione ma non ha censurato l'affermazione del Tribunale che le dette somme non erano dovute.

Quanto alla compensazione che il Tribunale ha operato tra il credito residuo della Banca, discendente dall'originario mutuo fondiario di € 4.000.000,00 del 25.07.2007, ritenuto pari ad € 2.954.254,29 con gli importi dei successivi mutuo fondiario di € 1.300.000,00 del 25.06.2010 e del finanziamento a medio-lungo termine di € 430.000,00 del 25.06.2010, la censura è fondata.

Gli importi erogati con il mutuo del 25.06.2010 di € 1.300.000,00 ed il finanziamento del 31.03.2011 di € 430.000,00, di cui è stata accertata sopra la validità, costituiscono dei prestiti in favore della [REDACTED] e, quindi dei crediti della Banca [REDACTED] per cui non possono essere



posti in compensazione con l'ulteriore credito della Banca discendente dal contratto di proroga del 07.07.2010. Pertanto sul punto la sentenza va riformata

§.4. L'appello incidentale di [REDACTED]

Come argomentato al punto 3.3.1. il finanziamento a medio-lungo termine di € 430.000,00 con finalità solutorie non è nullo, non essendo incompatibili con la causa propria del finanziamento la concreta destinazione dello stesso al ripianamento di pregressa debitoria, analogamente a quanto ha ritenuto la Suprema Corte per il mutuo fondiario solutorio.

Dall'affermata legittimità del finanziamento consegue la legittimità dell'azione esecutiva intrapresa da [REDACTED] per il recupero delle somme oggetto di escussione della garanzia da essa prestata, pari all'80% del finanziamento e corrispondente ad € 340.000,00.

Ne consegue che, in accoglimento dell'appello incidentale di [REDACTED] l'opposizione all'esecuzione proposta da [REDACTED] e dai suoi fideiussori [REDACTED] e [REDACTED] avverso le cartelle n. [REDACTED] e n. [REDACTED] va rigettata.

§.5. Le spese di lite.

In definitiva l'appello principale va accolto in parte e, ferma la declaratoria di nullità delle clausole illegittime dei contratti di c.c. e della conseguente condanna della Banca alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate in esecuzione delle condizioni predette; ferma la declaratoria di nullità dei contratti in derivati e della conseguente condanna della Banca alla restituzione delle somme indebitamente percepite in relazione ad essi; va rigettata la domanda di nullità dei tassi di interesse applicati al contratto di proroga del 07.07.2010; va rigettata la domanda di nullità del contratto di mutuo del 25.06.2010 e del contratto di finanziamento del 31.03.2011; va accolta la domanda riconvenzionale della Banca di pagamento del debito residuo relativo al contratto di mutuo del 26.06.2010 pari ad € 1.318.092,57, oltre interessi legali dalla domanda al saldo.

Firmato Da: SAGGESE FIORELLA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 611a6aaa55b9efc
Firmato Da: FUSILLO MARIA SILVANA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 2ed4386609298987
Firmato Da: ELEFANTE REGINA MARINA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 5f6d1909680788cc



Va accolto l'appello incidentale di [REDACTED] e conseguentemente va rigettata l'opposizione alle cartelle esattoriali.

Atteso l'esito del giudizio, che ha visto solo in minima parte accolte le domande del Fallimento [REDACTED] e dei fideiussori, che sono risultati all'esito sostanzialmente soccombenti, le spese di entrambi i gradi di giudizio vanno compensate nella misura di 1/5 e poste per i restanti 4/5 a carico del Fallimento di [REDACTED] Srl e dei fideiussori [REDACTED] e [REDACTED] in solido, nella misura liquidata in dispositivo, sulla base delle tabelle dm 147/2022, nei valori medi. Poiché la banca [REDACTED] è invece risultata totalmente vittoriosa, all'esito dell'appello, le spese di entrambi i gradi di giudizio vanno poste integralmente a carico del Fallimento [REDACTED] e dei fideiussori [REDACTED] e [REDACTED] in solido, e liquidate come in dispositivo sulla base delle tabelle dm 147/2022, nei valori medi, in favore della sola parte costituita [REDACTED] nulla dovendosi disporre in favore dell'Agenzia delle Entrate riscossioni, rimasta contumace in entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla [REDACTED] che accoglie in parte, e sull'appello incidentale proposto dalla [REDACTED] SpA, che accoglie integralmente, nei confronti di Fallimento della soc. [REDACTED] Srl, [REDACTED] e [REDACTED] nella contumacia dell'Agenzia delle Entrate Riscossioni SpA, avverso la sentenza n. 165, pubblicata in data 17.10.2018, del Tribunale di Benevento, così provvede:

- Dichiarare la contumacia dell'Agenzia delle Entrate Riscossioni SpA

1) Accoglie in parte l'appello e, in riforma della sentenza:

1.a. Rigetta le domande di nullità dei contratti:

Firmato Da: SAGGESE FIORELLA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 611a6aaa55b9efc
Firmato Da: FUSILLO MARIA SILVANA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 2ed4386609298987
Firmato Da: ELEFANTE REGINA MARINA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 8f8d1909680788cc



1.a.1. di mutuo fondiario del 25 giugno 2010 (rogito del dott. [REDACTED] notaio in Avellino, rep. n. 157890, Racc. n. 23769) di € 1.300.000,00, e della relativa garanzia ipotecaria;

1.a.2. di finanziamento a medio lungo termine per la somma di 430.000,00 Euro, stipulato dalla [REDACTED] in data 31/03/2011 con la [REDACTED] e delle relative garanzie fideiussorie prestate dai soci [REDACTED] e [REDACTED]

1.a.3. di proroga del piano di ammortamento del mutuo fondiario di € 4.000.000,00 del 25.07.2007, stipulata il 07.07.2010;

1.b. Accerta la liceità dell'ISC/TAEG del mutuo del 25.7.2007 e accerta che il debito residuo alla data del 07.07.2010 era di € 3.083.333,86.

1.c. Accerta che il mutuo fondiario di € 1.300.000,00 del 07.07.2010 ed il finanziamento a medio-lungo termine di € 430.000,00 del 31.03.2011 non vanno posti in compensazione.

1.d. Accoglie la domanda riconvenzionale della [REDACTED] e condanna il Fallimento [REDACTED] SpA al pagamento del residuo debito relativo al contratto di mutuo fondiario del 25 giugno 2010 di €. 1.300.000,00, ammontante alla data del 07.07.2010 ad € 1.318.092,57, oltre interessi moratori al tasso convenuto dalla domanda al saldo;

2) Rigetta gli ulteriori motivi di gravame e:

2.a. Conferma la declaratoria di nullità delle clausole per commissioni, spese ed interessi ultralegali relative ai contratti di c.c. nr. 21237 e nr. 127.16;

2.b. Conferma la declaratoria di usurarietà del TAEG del contratto di proroga del 07.07.2010.

2.c. Conferma la condanna della [REDACTED] SpA alla restituzione della complessiva somma di € 97.082,19 (86.142,99+10.939,20), per addebiti per interessi e spese illegittimi sui c.c. [REDACTED] e [REDACTED]



2.d. Conferma la dichiarazione di nullità dei contratti derivati FIX to Floater del 27.07.2007, CAP del 29.07.2010 e IRS del 29.07.2010.

2.e. Conferma la condanna della [REDACTED] alla restituzione in favore del Fallimento della [REDACTED] della complessiva somma di euro 923.449,66 di cui euro 546.000,00 per credito insinuato alla procedura concorsuale ed euro 377.499,63 quale saldo in favore della [REDACTED] per addebiti ed accrediti illegittimi.

3) Accoglie l'appello incidentale di [REDACTED] SpA e rigetta l'opposizione proposta da [REDACTED] e [REDACTED] contro il [REDACTED] Agenzia Entrate Riscossione e Commissario [REDACTED] avverso le cartelle n. [REDACTED] e n. [REDACTED]

4) Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio tra il Fallimento della [REDACTED] SpA, con [REDACTED] e [REDACTED] e la [REDACTED] nella misura di 1/5 e pone i restanti 4/5 a carico del Fallimento della [REDACTED] SpA, [REDACTED] e [REDACTED] in solido, che liquida per tale porzione, quanto il primo grado in complessivi € 39.468,8, oltre iva, cpa e spese generali al 15% e quanto al secondo grado in complessivi € 35.360,8 per compensi ed € 1.821,00 per spese, oltre iva, cpa e spese generali al 15%.

8) Condanna il Fallimento della [REDACTED] SpA, [REDACTED] e [REDACTED] in solido, al pagamento delle spese di entrambi i gradi di giudizio in favore della [REDACTED] SpA, che liquida, quanto al primo grado, in complessivi € 22.457,00, oltre iva, cpa e spese generali al 15% e, quanto al secondo grado, in complessivi € 20.119,00, oltre iva, cpa e spese generali al 15%.

Napoli li 24.02.2023

Il Cons. Est.

dott. Regina Marina Elefante

Il Presidente

dott. Maria Silvana Fusillo

Firmato Da: SAGGESE FIORELLA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 611a6aaa55b9efc
Firmato Da: FUSILLO MARIA SILVANA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 2ed4386609298987
Firmato Da: ELEFANTE REGINA MARINA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 5f8d1909680788cc

