

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI

Sezione III civile

La Corte d'appello di Napoli, sezione III civile, così composta:

dott. Maria Silvana Fusillo	Presidente
dott. Francesco Notaro	cons. rel. est.
dott. Maria Casaregola	consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa recante il numero di ruolo 1658 registro affari contenzioni per l'anno 2017, avente ad oggetto appello avverso l'ordinanza ex art. 186 quater c.p.c. n. 2947/2017, pubblicata il 10.2.2017, del tribunale di Napoli, II sez.,

TRA

Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., p. iva 09339391006, in persona del presidente legale rappresentante p.t., come indicato in atti, rappresentato e difeso giusta procura generale alle liti per notar [REDACTED] sempre negli estremi meglio indicata in atti, dall'avv. [REDACTED] presso il cui studio domicilia in Napoli, [REDACTED]

Appellante

E

[REDACTED] p. iva [REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t. come indicato in atti, rappresentato e difeso dall'avv. [REDACTED] in forza di procura in calce alla comparsa di risposta, elett.nte dom.to presso lo studio dell'avv. [REDACTED]

██████████ in Napoli, ██████████

Appellata, appellante incidentale

Conclusioni

All'udienza del 16.2.2022, disposta tramite trattazione scritta, le parti concludevano come da relative note, da intendersi qui trascritte.

Motivi in fatto e in diritto posti a fondamento della decisione

A – Giudizio di primo grado

A.a.) ██████████ citava in giudizio, innanzi al tribunale di Napoli, la BNL S.p.A., per sentirla condannare al pagamento delle somme indebitamente percepite in relazione ad una pluralità di rapporti intrattenuti con la convenuta (a-conto anticipi su fatture n. ██████████ instaurato il 19.1.1998; b-conto anticipo cessione crediti n. ██████████ aperto il 6.4.1999 riguardante, però, un finanziamento di lire ██████████ c-conto sovvenzione n. ██████████ aperto il 17.8.2005 ma relativo ad un finanziamento per euro ██████████ elargito il 13.10.2005, e rimborsato il 6.3.2006; d-conto corrente ██████████ aperto il 6.4.2006 su cui erano stati annotati addebiti riferiti ad altri conti, tutti i cui addebiti erano confluiti sul conto ordinario n. ██████████ impiantato il 20.1.1998), derivanti da tassi ultra legali non pattuiti, capitalizzazione trimestrale delle competenze, usurarietà dei tassi, cms, regime delle valute non pattuito, variazione delle condizioni economiche praticate.

A.b.) Il tribunale adito, nella resistenza della banca convenuta, disposta c.t.u., con l'ordinanza impugnata, accogliendo la domanda, "ingiungeva" alla convenuta di pagare all'attrice la somma di euro 578.846,65, oltre interessi al tasso legale dal 23.9.2013 al saldo, nonché spese di lite come liquidate in dispositivo e spese di c.t.u. da distrarsi in favore del procuratore della ██████████

Il primo giudice così testualmente argomentava:

<<tutti i predetti conti esponevano un saldo zero alla data degli ultimi estratti conto disponibili ed alla loro estinzione (cfr. pag. 7 relazione); tutti sono soggetti all'applicazione del t.u.b. in ragione della data della loro costituzione;

diverse, invece, sono state le risultanze dei conteggi elaborati dal nominato C.T.U., a seguito dei ricalcoli eseguiti sulla base dei quesiti posti da questo giudice nel conferito mandato peritale;

ed, invero, con riferimento al conto corrente n. [REDACTED] considerato che su questo rapporto sono confluite le competenze a debito derivanti dagli altri rapporti bancari su elencati e che esso è sorto per effetto di una convenzione scritta che reca la sottoscrizione della società correntista ma una parziale disciplina delle condizioni economiche applicate, i conteggi sono stati rettamente eseguiti dal c.t.u. applicando gli interessi attivi e passivi al tasso convenzionale, con esclusione delle variazioni in senso sfavorevole alla correntista, della commissione di massimo scoperto e delle spese in quanto non pattuite, applicando un regime delle valute delle operazioni ancorato alla data effettiva delle singole operazioni ed escludendo qualunque forma di capitalizzazione degli interessi a debito;

si è optato, invero, A) per l'attuazione, nel contratto di conto corrente ordinario, delle condizioni economiche discendenti dalle uniche previsioni contrattuali contenute nel documento sottoscritto dalla correntista il 20.1.1998, sebbene privo della firma della banca, in ragione della possibilità comunque di rintracciare la forma scritta del contratto nel successivo invio alla correntista di estratti conto recanti la sottoscrizione della convenuta, oltre che di un orientamento interpretativo del Supremo Collegio (cass. 4564\2012; cfr. anche cass. 17740\2015) e della Corte d'Appello di Napoli cui ci si uniforma al momento; B) per l'applicazione, nei conti i cui addebiti sono nel primo confluiti, in difetto di qualunque pattuizione scritta dei medesimi e riferita ai medesimi nel contratto costitutivo del rapporto di conto corrente n. [REDACTED] della disciplina sostitutiva di cui all'art. 117 t.u.b.; C) per l'esclusione di qualunque capitalizzazione in considerazione 1) della nullità per contrasto con l'art. 1283 c.c. dell'art. 7 delle condizioni generali di contratto; 2) dell'assenza in atti di prova dell'adeguamento della banca alle prescrizioni dettate dall'art. 7, comma 2, delibera C.I.C.R. 9.2.2000, richiamata dall'art. 120 t.u.b., essendovi dimostrazione della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'adeguamento, da parte della convenuta, circa la cadenza della capitalizzazione consentita ma non anche della specifica comunicazione alla società correntista; 3) anche della piena condivisione all'orientamento giurisprudenziale

crystallizzato dalla sentenza a s.u. n. 24418\2010, dalla quale non vi sono ragioni per discostarsi; D) per l'esclusione degli effetti delle modifiche unilateralmente apportate dalla banca in via sfavorevole alla correntista, non essendo stata fornita dimostrazione del rispetto dell'art. 118 t.u.b.>>, rigettando la tesi della banca di applicabilità degli artt. 1831 e 1194 c.c..

Il tribunale, inoltre, osservava:

<<si è reputato, pertanto, corretto il conteggio del dovuto considerando il rapporto bancario dalla sua costituzione alla sua estinzione, utilizzando il saldo emergente dal primo estratto conto depositato, senza ritenere ragionevole e corretto, sotto il profilo tecnico, operare cesura alcuna a causa della mancanza della documentazione contabile riferita al solo mese di agosto del 2010, vista la possibilità di tenere conto, da un lato, del saldo al 31.7.2010 e dall'altro di quello all'1.9.2010, entrambi positivi per la correntista>>,

ritenendo che sull'accertamento <<non incidesse>> l'eccezione di prescrizione, aderendo alla pronuncia della Cassazione n. 4518/2014, atteso che i versamenti hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano spostamento patrimoniale in favore dell'*accipiens*, ciò corrispondendo allo schema causale tipico del contratto, mentre una diversa destinazione deve essere provata da chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni, cosa non avvenuta nella specie, avendo il c.t.u. anche evidenziato che il rapporto era presumibilmente affidato, oltre a doversi escludere che il pagamento potesse configurare adempimento di un'obbligazione naturale, stante l'assenza di spontaneità del pagamento.

B – Il giudizio d'appello

B.a.) Avverso detta pronuncia proponeva appello la BNL S.p.A., da intendersi qui ritrascritto e alla cui integrale lettura si rimanda quale parte necessaria ed espressa della presente decisione, sulla base di motivi così intitolati:

“1) *Primo motivo di appello. Delle risultanze contabili dei saldi dei conti effettuati della CTU e mancata applicazione delle condizioni contenute nel contratto esibito a tutti i rapporti di conto oggetto del giudizio*”, costituendo il conto n. [REDACTED] un contratto di carattere “normativo”, regolante tutti i rapporti;

“2) *Secondo motivo di appello. Capitalizzazione trimestrale dopo l’1.7.2000*”, essendosi la banca adeguata alla delibera CICR e alla pari periodicità della capitalizzazione degli interessi;

“3) *Terzo motivo di appello. Eccezioni di prescrizione dell’azione ex art. 2033 c.c.*”, in mancanza di prova dell’affidamento, da provare in forma scritta, il cui onere ricade sul cliente, avendo il c.t.u. accertato la presenza di euro 163.823,08 di rimesse di natura solutoria prescritte, essendo sufficiente da parte della banca sollevare l’eccezione;

“4) *Quarto motivo di appello. Carenza di prova documentale da parte dell’attrice appellata*”, considerato che la [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] non aveva prodotto l’intera sequenza degli estratti conto, dal che la ricostruzione poteva riguardare solo il saldo a decorrere dalla data dell’1.9.2010, con un credito accertato dal c.t.u. di euro 153,69.

L’appellante, pertanto, concludeva per la riforma dell’ordinanza impugnata, rigettando la domanda della società appellata; in subordine, in accoglimento delle eccezioni proposte, accertare il reale saldo dei conti correnti oggetto della lite anche a seguito di integrazione di c.t.u., vinte le spese del doppio grado.

B.b.) Si costituiva l’appellata, la quale resisteva all’impugnazione, proponendo a sua volta gravame incidentale relativamente all’applicazione del tasso del 18% di cui al contratto n. [REDACTED] in quanto non sottoscritto dalla banca, concludendo per la declaratoria di inammissibilità dell’appello, e, comunque, nel merito, per il suo

rigetto, con accoglimento dell'appello incidentale e, dichiarata la nullità del tasso applicato, per la condanna della banca al pagamento della maggior somma di euro 733.152,28 o ad altra somma di giustizia, da determinarsi anche tramite supplemento di c.t.u., con vittoria di spese, da distrarre.

B.c.) Concessa la sospensione parziale dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado, la causa, riservata una prima volta in decisione, veniva rimessa sul ruolo con la seguente ordinanza:

“rilevato che, anche alla luce di quanto argomentato in risposta alle osservazioni del c.t.p. (vds. con carattere in rosso le risposte a pag. 20 dell'elaborato), occorre chiarire le modalità con le quali il c.t. di primo grado ha calcolato le rimesse asseritamente prescritte, posto che dall'allegato 17 sembrano computati come rimesse solutorie anche versamenti con saldo intrafido o addirittura attivo per la correntista, emergendo, comunque, dall'esame dell'allegato anche rimesse effettivamente di natura solutoria, e, quindi, come sia stata determinata la somma di euro 168.823,08.”

All'esito dei chiarimenti richiesti la causa, veniva nuovamente riservata in decisione, con concessione dei termini di gg. 50 + 20 per scritti conclusionali.

C –Sui motivi di appello principale ed incidentale

C.1.) 'Invertendo' i proposti appelli, va rigettato il gravame incidentale spiegato dalla [REDACTED] essendo sufficiente rimandare alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 898/2018, che ha escluso la nullità del contratto per mancanza della sottoscrizione della banca, su tale esclusivo profilo incentrandosi l'originario atto di appello incidentale della [REDACTED]

Riguardo alla eccepita mancata prova della consegna del documento contrattuale deve rilevarsi che la questione non è stata mai sollevata dall'appellante incidentale, che in primo grado e, poi, nei motivi di appello, come

si è detto, ha fondato la doglianza esclusivamente riguardo all'assenza della firma dell'istituto di credito, svolgendo difese non dirette chiaramente a negare di non aver mai ricevuto il documento *al momento della stipula* (sembra riferirsi alla mancata consegna rispetto alla richiesta ex art. 119 tub inoltrata all'esito del rapporto, che è cosa evidentemente diversa e neutra, potendo anche originare dalla mancata conservazione del documento o dal suo smarrimento), d'altro canto essendo significativo che la [REDACTED] [REDACTED] anche dopo la produzione in giudizio del contratto da parte della banca, si è difesa nel merito, mentre in questa sede, ancor più *emblematicamente*, non sostiene di non averne ricevuto copia al momento della stipula, ma che non sarebbe stata data prova della consegna, fatto che, però, tautologicamente, non era stato neppure 'ipotizzato' in primo grado e quindi non era entrato nel *thema probandum*.

Comunque, deve rilevarsi che sia il TUF – art. 23 e, per quel che maggiormente conta, anche il regolamento di attuazione n. 11522/98, art. 30 – la cui fattispecie era oggetto del giudizio scrutinato dalla Suprema Corte e le cui affermazioni in diritto sono state 'trasposte' anche ai contratti bancari disciplinati dall'art. 117 comma 1 TUB in virtù della sostanziale uniformità di formulazione riguardo alla forma dei contratti, sia tale ultima disposizione, nulla prescrivono in merito alla prova della consegna dell'esemplare del contratto, dovendo, altresì, rilevarsi che anche le istruzioni della Banca d'Italia adottate nell'aprile del 1999 (pubblicate nella gazzetta ufficiale del 24 maggio n. 119), si limitavano, sul punto, a 'riprodurre' il testo di legge, riguardo alla consegna di una copia al cliente, mancando di dettare una specifica forma afferente le modalità della sua ricezione, cosa che è avvenuta, invece, attraverso istruzioni emanate successivamente, le quali prevedono che venga apposta una seconda

sottoscrizione attestante la consegna sull'esemplare conservato dalla banca.

Dal che, deve ritenersi che del prescritto requisito 'integrativo' occorrente per la validità del contratto – seguendo il ragionamento del giudice di legittimità che ha affermato la natura “composita” della forma prevista dall'art. 117 comma 1 TUB, rivolgendosi, però, la necessità dello scritto testualmente al solo documento contrattuale ed attenendo la consegna ad un dato materiale e di fatto, per il quale non è stata prevista nessuna specifica forma all'epoca in cui è stato redatto il contratto oggetto di questo giudizio (gennaio 1998) – può essere offerta prova con ogni mezzo ed anche facendo ricorso alla norma di carattere generale dell'art. 115 c.p.c., non avendo l'attrice contestato in maniera chiara e puntuale la circostanza ed essendosi difesa pienamente nel merito di quel documento.

C.2.) Si può passare all'esame dell'appello principale.

C.2.i.) Destituito di fondamento è il motivo rubricato sub 1).

Infatti, non si dubita che un conto corrente cd. principale possa regolare eventuali possibili ulteriori rapporti tra il cliente e la banca, in virtù della ricostruzione offerta dall'appellante relativamente all'interpretazione da dare alla normativa di cui al TUB e, segnatamente, all'art. 117 comma 2.

Ma, perché ciò avvenga, è necessario che siano compiutamente e specificamente disciplinate le condizioni dirette a regolare detti rapporti.

Nel caso in esame, tutte le precisazioni richiamate dalla banca nel motivo, contenute nel contratto n. [REDACTED] sono rivolte a prevedere la possibilità che ulteriori rapporti siano ‘appoggiati’ al conto principale, regolandone ‘eventualmente’ l'applicazione, ma non disciplinano in nessuna parte specificamente le condizioni ad essi applicate in concreto, indicando esclusivamente il tasso debitore e quello creditore, spesa “unitaria” e di chiusura

conto, del resto non essendovi nessuna precisazione, solo per fare degli esempi, alla cms, che pure è stata applicata ai rapporti, o ai differenti tassi di interesse praticati in caso di sfioramento del limite del fido concesso o dell'utilizzazione intrafido – che, peraltro, notoriamente sono differenti tra loro, come lo sono generalmente rispetto al conto corrente principale – dato che è stato pacificamente riscontrato dal c.t.u. (sul punto si tornerà successivamente esaminando il motivo riguardante l'eccezione di prescrizione).

Ciò assorbe tutte le considerazioni contenute nel motivo, rendendo irrilevanti i richiami diffusi alla giurisprudenza riportati dall'appellante.

C.2.ii.) Anche la questione relativa all'applicazione della capitalizzazione trimestrale almeno a far data dal luglio del 2000, assumendo la banca di essersi adeguata alla circolare CICR, non può ritenersi fondata, considerato che difetta la prova di una rinegoziazione espressa, non potendosi dubitare che l'applicazione della capitalizzazione trimestrale, anche se per entrambi i contraenti, a prescindere dalla manifesta sperequazione dei tassi debitori e creditori, si presti ad essere clausola peggiorativa rispetto alla capitalizzazione semplice degli interessi a debito conseguente alla nullità della clausola, risultando singolare fare riferimento alle condizioni esistenti in precedenza, poste in violazione di un divieto che la giurisprudenza ritiene assuma carattere inderogabile, avendo, altresì, il tribunale individuato una ragione ulteriore e da sola assorbente per escludere la 'validità' dell'adeguamento, non constando la specifica comunicazione alla società correntista, argomento rispetto al quale l'appellante non ha adeguatamente controreplicato.

C.2.iii.) Pure il motivo rubricato sub 4 non può essere accolto.

Oltre a doversi rilevare che si tratta della mancanza dell'estratto conto

relativo al solo mese di agosto 2010, in presenza, comunque, degli scalari e di un saldo sempre a favore della correntista, la corte ritiene di poter richiamare le argomentazioni già sviluppate in altre occasioni al fine di affermare l'impraticabilità della tesi in virtù della quale, per esperire l'azione di indebito da parte del correntista, sarebbe necessaria la produzione dell'intera sequenza degli estratti conto dall'insorgenza del rapporto fino alla sua definitiva cessazione.

Si è, infatti, avuto modo di precisare:

““Non può certamente dubitarsi del fatto che il correntista, laddove rivesta la posizione di attore, ha l'onere di dimostrare i fatti che pone a fondamento della domanda proposta.

Ma, sul punto, occorrono alcune precisazioni, che investono nello specifico, per così dire, anche, se non soprattutto, la diversa natura delle domande nell'evenienza in cui ad agire sia la banca o, invece, il correntista.

C.b.1.) Nel caso in cui agisce l'istituto di credito è chiaro che la pretesa si indirizza al pagamento di quanto risultante dal saldo che 'definisce' l'intero rapporto di durata intrattenuto con il cliente (magari 'composto' anche di una pluralità di rapporti, regolati in conto corrente).

Sicché, è di tutta evidenza che, pretendendosi il pagamento di quanto dovuto dal cliente alla fine del rapporto, la banca ha l'onere di documentare, 'a monte', l'esistenza del rapporto (o dei rapporti collegati) e le condizioni che lo regolano, nonché l'esatto saldo del dare e avere tra le parti, che abbia portato ad un risultato negativo per il correntista, oggetto della pretesa.

Pur essendo consapevole questa corte che alcune pronunce, anche di legittimità, hanno affermato il principio secondo il quale occorrerebbe la produzione di tutti gli estratti conto dall'inizio del rapporto (tesi che viene estesa anche alla domanda del correntista), fino alla sua conclusione, ad avviso del collegio tale assunto non può essere condiviso.

Infatti, è certamente necessario che la banca documenti la parte finale che ha portato

alla determinazione del saldo contabile richiesto, e, nel caso in cui manchino gli spezzoni precedenti o questi siano così frammentati in guisa da non poter essere in nessun modo ricostruita una continuità con quello finale, non per questo, provata l'esistenza del contratto e le condizioni che lo regolavano, potrebbe fondatamente sostenersi che dovrebbe pervenirsi al rigetto integrale della domanda, come se quel rapporto non vi fosse proprio stato, cozzando a una tale conclusione prima ancora che il diritto, la logica delle cose.

In realtà, come d'altro canto espresso da altra numerosa giurisprudenza, l'impossibilità, da parte della banca, di dimostrare come si era giunti al primo saldo del periodo finale, avrà come effetto che questo, laddove indichi che il correntista è a debito, venga azzerato, come se il rapporto stesse sorgendo in quel momento, perché solo da quel momento potranno essere accertate le poste di dare e avere tra le parti.

E qui appare opportuna una prima considerazione.

L'oggetto del giudizio deve 'tendere' alla 'esatta' ricostruzione dell'intero rapporto, ma ciò non può condurre a semplificazioni tali da negare qualsiasi accertamento ove ciò non sia possibile: si tratterà sempre di un accertamento contabile quanto più aderente alla realtà, nei limiti della documentazione fornita dalle parti e, in particolare, di quella interessata all'accoglimento della domanda.

C.b.2.) Ritiene la corte che quanto appena evidenziato non possa essere 'trasposto' all'evenienza in cui ad agire sia il cliente.

Se già per l'istituto di credito non ha fondamento la pretesa che si pervenga alla 'esatta' determinazione del dare e avere relativo all'intero andamento del rapporto, ciò vale a più forte ragione per il correntista, essendo assolutamente diversa la domanda da questo proposta.

Invero, ciò che sembra essere trascurato è il dato che la domanda del cliente non è rivolta al pagamento, come per la banca, di quanto dovuto in forza del contratto, postulandosi, pertanto, che sia documentato il saldo finale del rapporto, seppure con il correttivo di cui si è dato conto, ma, sia consentita l'espressione, al suo esatto contrario, cioè a quanto da egli non dovuto perché illegittimamente 'addebitatogli' durante il suo

corso, per effetto di pattuizioni nulle.

L'oggetto principale del giudizio intrapreso dal cliente, quando egli non metta addirittura in discussione l'esistenza stessa del contratto, è l'accertamento, e conseguente declaratoria, della nullità parziale di alcune clausole contrattuali.

Solo come conseguenza della affermata nullità di quelle clausole, si connette la domanda di restituzione degli addebiti illegittimamente appostati, che, evidentemente, hanno 'falsato' il saldo determinato dalla banca all'estinzione del rapporto.

Sicché, ancor meno trova giustificazione la tesi che l'oggetto del giudizio debba incentrarsi sulla '*esatta*' ricostruzione del dare e avere tra le parti.

E' chiaro che il correntista ha l'onere di documentare l'esistenza del profilo di nullità denunciato, nonché degli addebiti illegittimi, ma, seppure manchi parte della documentazione relativa ai periodi durante i quali il rapporto si è realizzato, non per questo, per quei periodi in cui la documentazione sussiste, nel caso in cui sia stata provata la ragione di nullità, quegli addebiti, determinati nel suo ammontare per il singolo periodo, cessano di essere illegittimi.

E' chiaro che, mancando la continuità contabile tra periodi, che era onere del cliente dimostrare, lo 'spezzone' successivo non potrà giovare di un 'deconto' di quanto illegittimamente addebitatogli nel periodo precedente, dovendo necessariamente partirsi, riguardo alla ricostruzione del successivo periodo di cui si dispone della documentazione, dal saldo indicato nel primo estratto, secondo la contabilità portata dalla banca.

Né sembra possa sostenersi che tale ricostruzione possa andare a svantaggio dell'istituto di credito, proprio perché, per il nuovo periodo, l'andamento del conto depurato dagli effetti della clausola nulla, sarà, comunque, ricostruito a partire dal saldo indicato dalla banca, comprensivo, evidentemente, di tutte le operazioni poste in essere, sulla base della contabilità da questa tenuta, nel periodo mancante, oltretutto comprensivo anche della 'frazione' di addebiti precedentemente imposti al cliente sulla base delle clausole nulle.

Effetti negativi si ritiene possano prospettarsi sempre per il correntista che, da un lato non può vedersi 'quantificato' il saldo successivo partendo dalla minor somma che avrebbe

generato la detrazione della imputazione dei precedenti addebiti illegittimi; dall'altro non è riuscito a documentare quelli eventualmente posti in essere nel periodo 'intermedio'.

Toccherà, allora, semmai alla banca – *che, pare dimenticarsi, non è affatto estranea alla documentazione riguardante l'intero rapporto* – laddove intenda ipotizzare una diversa incidenza delle clausole nulle, dimostrare tale tesi.

Ecco perché, ad avviso della corte, alla luce della diversa natura della domanda proposta dal correntista e pur nella consapevolezza che si tratta di accertamento contabile basato su dati incompleti, è ammissibile l'operazione che sommi gli importi relativi agli addebiti illegittimi nei singoli periodi considerati, in quanto questi, *indiscutibilmente*, sono andati ad alterare, in danno del cliente, i periodi successivi, costituendo poste la cui illegittimità è stata sicuramente dimostrata.”””” (questa sezione, Presidente Fusillo, cons. rel est. Notaro, 11.4. 2019).

C.2.iv.) Circa il motivo di appello con cui viene contestata la decisione nella parte in cui ha ritenuto di rigettare l'eccezione di prescrizione, in particolare sull'assunto che, 'a monte', il giudice avrebbe errato nell'onerare la banca della prova della diversa destinazione dei versamenti, ritiene la corte che debba richiamarsi nuovamente quanto già espresso in altra occasione in merito alla ricostruzione da dare alle problematiche sollevata dalla BNL, atteso che le valutazioni ivi sviluppate offrono, in generale, risposta a buona parte delle questioni proposte dall'appellante.

C.2.iv.a.) Infatti, si era precisato:

“““C.b.i.) E' noto che le sezioni unite della Cassazione (cfr. Cass. n. 15895 del 2019) hanno affermato il principio secondo il quale <<L'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da una apertura di

credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto e la dichiarazione di volerne profittare senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie>>.

A tale pronuncia si richiama ovviamente l'appellante, riportando, altresì, decisioni, anche successive, del giudice di legittimità che affermano, una volta che la banca abbia tempestivamente sollevato l'eccezione, toccare al correntista allegare e provare che il conto era affidato ed il limite dell'affidamento entro il quale le rimesse hanno natura ripristinatoria, altrimenti queste dovranno essere considerate tutte solutorie e, quindi, prescritte.

La corte ritiene di non poter aderire a tale opzione interpretativa.

Innanzitutto, al di là di quanto si dirà più specificamente nel merito in ordine agli aspetti critici rinvenibili nel percorso motivazionale seguito dalle sezioni unite, soprattutto riguardo ai presupposti per ritenere adeguatamente supportata, in punto di allegazione, l'eccezione di prescrizione, oltre che di asserita 'simmetria' delle posizioni del correntista rispetto alla banca, è incontestabile che quest'ultima non ha alcun onere di indicare specificamente le singole rimesse, per la semplice, ma, in verità, assai più pregnante considerazione, che i dati contabili scaturenti dal saldo portato dagli estratti conto è chiaramente 'alterato' dall'applicazione delle clausole nulle di cui il correntista chiede la declaratoria di invalidità e su cui fonda la 'successiva' domanda di ripetizione, di tal che quelle che potevano essere rimesse di natura solutoria, soprattutto nel protrarsi del rapporto, a seguito del ricalcolo, è presumibile avranno diversa natura.

Sicché, l'adesione 'incondizionata' che il primo giudice ha dato alla richiamata pronuncia del 2014, onerando l'istituto di credito di indicare specificamente le rimesse solutorie, non può ritenersi giustificata.

C.b.ii.) Ma il primo giudice ha anche rilevato che <<era onere della banca dimostrare la sussistenza dei presupposti per una diversa qualificazione dei singoli versamenti>> e tale affermazione, contrariamente a quanto ritenuto da un orientamento espresso dal

giudice di legittimità a seguito della pronuncia delle Sezioni unite, resta pienamente valida.

La Suprema Corte parte da un presupposto che deve essere chiarito: la simmetria di posizioni che caratterizzerebbe la posizione del correntista e della banca.

Ci si deve, però, interrogare su quale sia l'elemento costitutivo dell'azione di indebito (o di ricalcolo del saldo) proposta dal cliente.

Questo, con evidenza, è rappresentato, derivi la richiesta da rimesse ripristinatorie o solutorie, dalla applicazione di interessi anatocistici o condizioni che si assumono essere state 'illegittimamente' applicate dall'istituto di credito, con conseguente loro nullità.

Il cliente della banca assolve all'onere della prova dell'azione intrapresa, documentando, appunto, l'insussistenza di pattuizioni valide che giustifichino l'applicazione di quelle condizioni al rapporto di conto corrente (nullità del contratto perché privo della forma scritta, mancata previsione specifica del tasso ultra legale, capitalizzazione trimestrale degli interessi, assenza o invalidità della previsione della cms, etc.), producendo, altresì, gli estratti conto che consentano la ricostruzione degli effetti delle poste illegittimamente applicate [].

Ulteriore osservazione che scaturisce, per così dire, dalla 'struttura' stessa del contratto e, quindi, del rapporto che si instaura, è che, proprio perché si tratta di rapporto di durata e le annotazioni hanno, di regola, natura contabile, da valutare alla chiusura del conto, deve presumersi, soprattutto in presenza dell'allegazione da parte del correntista di un rapporto affidato, che le rimesse siano, salva prova del contrario, di tipo ripristinatorio della provvista (così si esprimeva anche Cass. n. 20933 del 2017).

D'altro canto, in ragione di quanto evidenziato riguardo all'elemento costitutivo della domanda del cliente, è altrettanto evidente che non spetta al correntista allegare e provare l'esistenza di rimesse solutorie che, costituisce, invece, il presupposto di fatto, su cui si innesta l'elemento che condiziona l'eccezione di prescrizione della controparte, rappresentato dall'inerzia del titolare del diritto.

Forse apparirà considerazione scontata, che rivela, però, nella sua semplicità, ancora una volta la sostanza degli oneri di allegazione imposti alle parti, ma è chiaro che, se la banca omette di formulare l'eccezione o la formula tardivamente, non si pretenderà certo che il correntista indichi l'esistenza di rimesse solutorie quale presupposto della propria domanda, costituito sempre dall'applicazione di oneri illegittimi, che, comunque, confluiscono nel saldo finale del conto: la questione, in radice, non entrerà nel dibattito processuale.

Questo è, del resto, il senso di quanto era stato enunciato dal giudice di legittimità, secondo il quale ““Prima della chiusura del conto, infatti, non essendo il saldo passivo immediatamente esigibile, se non eccedente l'importo dell'affidamento concesso al correntista, soltanto i versamenti eseguiti in presenza di uno scoperto e volti a ricondurre il predetto saldo nei limiti del fido sono qualificabili come pagamenti, la cui effettuazione ad estinzione di un debito totalmente o parzialmente inesistente, in quanto determinato in applicazione di una clausola nulla, fa sorgere il diritto alla ripetizione, con la conseguente decorrenza del termine di prescrizione. *Non compete tuttavia al correntista l'allegazione della mancata effettuazione di tali versamenti, trattandosi di un fatto negativo estraneo alla fattispecie costitutiva del diritto azionato, formata esclusivamente dall'illegittimo computo degli importi annotati in conto per interessi e commissione di massimo scoperto, e non implicante necessariamente la contestazione dei movimenti che ne hanno causato l'addebito* (i quali possono ben essere ritenuti dal correntista effettivamente esistenti e correttamente contabilizzati), *ma solo quella delle partite periodicamente iscritte al predetto titolo. Incombe invece alla banca che eccepisca la prescrizione del credito l'onere di far valere l'avvenuta effettuazione di rimesse solutorie in pendenza del rapporto, non essendo configurabile, in mancanza di tali versamenti, l'inerzia del creditore, che rappresenta il fatto costitutivo dell'eccezione.*”” (corsivi aggiunti, cfr. Cass. n. 28819 del 2017).

C.b.iii.) Il passaggio critico della decisione delle sezioni unite, infatti, è rappresentato dalla seguente osservazione: ““Resta da aggiungere che il problema della specifica

indicazione delle rimesse solutorie non viene eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano delle allegazioni a quello della prova, sicché il giudice valuterà la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere probatorio, se del caso avvalendosi di una consulenza tecnica a carattere percipiente.””.

Quello che la Suprema Corte non spiega è, però, in cosa si sostanzino gli oneri di allegazione.

Infatti, essa muove dalla preliminare considerazione in diritto che ““L'onere di allegazione del convenuto va distinto a seconda che si sia in presenza di eccezioni in senso stretto, o eccezioni in senso lato: nel primo caso, i fatti estintivi, modificativi o impeditivi, possono esser introdotti nel processo solo dalla parte, mentre nel secondo sussiste il potere-dovere di rilievo da parte dell'Ufficio. Tale distinzione è stata posta in evidenza da queste Sezioni Unite, con la sentenza n. 1099 del 1998 (successivamente seguita dalla giurisprudenza di legittimità), che, nell'ambito della contestazione del convenuto, ha, appunto, differenziato il potere di allegazione da quello di rilevazione, nel senso che il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (soggiacendo, pertanto, alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi, in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo e provati alla stregua della specifica disciplina processuale in concreto applicabile.””.

Con la conseguenza che ““E', quindi, necessario rimarcare che, pur nella loro indiscutibile connessione, l'onere di allegazione è concettualmente distinto dall'onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del *thema decidendum* mentre il

secondo, attenendo alla verifica della fondatezza della domanda o dell'eccezione, costituisce per il giudice regola di definizione del processo. Non è ozioso, infatti, rilevare che l'aver assolto all'onere di allegazione non significa avere proposto una domanda o un'eccezione fondata, *in quanto l'allegazione deve, poi, esser provata dalla parte cui, per legge, incombe il relativo onere*, e le risultanze probatorie devono, infine, esser valutate, in fatto e in diritto, dal giudice.”” (corsivo posto alla fine aggiunto).

Quindi, seguendo queste premesse, è evidente che tocca a chi ha introdotto l'eccezione “allegare” i presupposti di fatto che ne condizionano l'accoglimento, ponendosi, una volta che sia stato fissato il *thema decidendum*, la dimostrazione di quei fatti sul piano successivo della prova.

Se così stanno le cose, e a dirlo è proprio la Suprema Corte, è difficile giustificare perché i presupposti che condizionano la valutazione sulla fondatezza o meno dell'eccezione – l'esistenza e il limite dell'affidamento – vengano ‘trasformati’ nel contenuto di una controeccezione il cui onere di allegazione e prova deve essere assolto dalla controparte.

Tipica controeccezione, nella materia, è quella rappresentata dall'esistenza di atti interruttivi della prescrizione, ma in quel caso il fatto che paralizza l'eccezione è, innanzi tutto, ‘esterno’ ed autonomo alla fattispecie estintiva sulla quale va ad incidere, oltre che *tutto* nel pieno governo della parte che quell'atto ha posto in essere.

Nel caso qui in discussione attiene, invece, ai presupposti stessi che condizionano l'eccezione di prescrizione, che, come detto, altrimenti non verrebbero proprio in rilievo, ed è arduo sostenere che siano estranei o indipendenti rispetto alla parte che ha sollevato l'eccezione e che quel fido ha concesso o meno (o ne ha permesso di fatto l'utilizzazione), ed in caso di risposta affermativa, ben conoscendone il limite.

D'altro canto, un ulteriore passaggio della decisione delle sezioni unite non convince.

Si introduce come parametro di riferimento che dovrebbe corroborare quanto sostenuto dalla Corte, il fatto che tocca al giudice individuare la norma applicabile o il *dies a quo* da cui comincia a decorrere il termine, non essendo egli vincolato al tipo di

prescrizione proposta, ma è evidente che, riguardo alla prescrizione applicabile al caso di specie, il fatto che la sua individuazione è rimessa al giudice è la logica conseguenza del principio *iura novit curia*, costituendo una pura questione di diritto, mentre per la individuazione del *dies a quo* è pacifico che il giudice possa individuarlo autonomamente, *ma sempre sulla base dei fatti allegati dalla parte, non essendo consentito che egli li ricerchi autonomamente*.

E' chiaro, ad avviso della corte, che l'enunciazione degli elementi di fatto posti, da parte dell'attore, a sostegno della domanda, di norma determineranno anche automaticamente, 'in derivazione', l'oggetto dell'accertamento sull'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto, ed al giudice, ovviamente, non sarà precluso, al fine, in special modo, di porre la situazione concreta in relazione con la norma di diritto applicabile, di individuare un diverso *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione rispetto a quello eventualmente indicato dall'eccepente, sempre, però, *tra i fatti allegati* (vds. Cass. n. 16326 del 2009, che, pur non negando che il giudice non possa ritenersi vincolato dall'indicazione del soggetto che solleva l'eccezione, postula, comunque, che ciò avvenga sulla base dei fatti allegati dalle parti tenute a dedurli, senza che il giudice debba cercarli *motu proprio*, principio che, peraltro, la Cassazione ha espresso in generale e non solo nella materia che qui interessa).

Ma, nella specie, una volta che è stata introdotta dalla giurisprudenza la distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie ai fini della prescrizione, l'onere di allegazione dei presupposti che conducono all'accoglimento dell'eccezione, cioè l'esistenza delle prime, non può che gravare sulla parte che quella questione ha sollevato, essendo, invece, estranea, in difetto dell'eccezione, agli elementi occorrenti per l'accoglimento della domanda della controparte.

In realtà, quanto si sta osservando risponde proprio a quel principio di simmetria delle parti cui tanto si richiama il giudice di legittimità e che lo stesso giudice di legittimità riferisce chiaramente al piano della prova: il correntista, allegati e provati gli elementi che supportano la propria domanda, cioè l'esistenza di clausole nulle che hanno determinato illegittime poste sul saldo, beneficerà della semplificazione probatoria della concreta

individuazione degli effetti dell'applicazione di quelle clausole tramite la necessaria c.t.u.; l'istituto di credito, allegati e provati i presupposti che condizionano l'eccezione, cioè l'esistenza di rimesse solutorie, beneficerà della semplificazione probatoria della concreta individuazione delle rimesse prescritte, analogamente, tramite la stessa c.t.u..

C.b.iv.a.) Sebbene, in base alle argomentazioni che precedono, il problema finisce per essere superato, non toccando al correntista provare esistenza e limite del fido, non appare superfluo evidenziare ulteriori aspetti critici a ciò indotti da alcune argomentazioni svolte dalla società appellante.

Infatti, si sostiene, in ciò confortata anche dal richiamo di giurisprudenza, che la prova del fido dovrebbe essere data dal cliente attraverso la necessaria produzione del relativo contratto scritto, non essendo configurabile il cd. fido di fatto, posto che la legge prescrive *ad substantiam* che i contratti bancari debbano essere redatti per iscritto [].

In sostanza, se si accede a tale tesi, in maniera alquanto singolare, all'istituto di credito, ai limitati fini di vedere prescritte tutte le rimesse ante decennio, sarebbe consentito avvalersi della nullità del contratto di apertura di credito per la mancanza della necessaria forma scritta, nonostante ci si trovi in presenza di una nullità di protezione, rimessa alla volontà del correntista e il cui rilievo è precluso alla banca.

Così facendo, questa, dopo avere sistematicamente accordato al cliente un'anticipazione di fatto ed avere riscosso, secondo la logica consuetudine della prassi bancaria, interessi diversificati a seconda se l' 'affidato di fatto' sia rimasto entro il fido, o sia andato extra fido, percependo anche l'ulteriore commissione rappresentata dalla cms, verrebbe ad essere premiata con la possibilità di vedere riconosciute prescritte tutte le rimesse ante decennio, a causa dell'assenza di un valido contratto di accreditamento, cioè in conseguenza di una violazione da essa stessa posta in essere.”””” (questa sezione, presidente Fusillo, rel. est. Notaro 10 giugno 2021).

C.2.iv.b.) Nel caso in esame, non è posto in dubbio che la banca avesse concesso degli affidamenti alla [REDACTED] sussistendone, altresì, chiari

indici sintomatici quali quelli segnalati dalla società appellata, come da essa stessa allegato (si pensi alla cms, alle comunicazioni alla Centrale Rischi, etc.), e ciò è stato riscontrato dal c.t.u., che, anche a seguito dei chiarimenti richiesti da questa corte, ha, evidentemente, potuto calcolare, con ciò in sintonia proprio con la ‘simmetria’ dell’accertamento percipiente di cui si parlava, i limiti degli affidamenti e le rimesse solutorie (il che dovrebbe portare ad affermare che, sempre in ragione della natura della c.t.u. e in presenza degli allegati elementi da parte dell’attrice, essa avrebbe, comunque, assolto ai propri oneri anche ove la si volesse ritenere di ciò gravata, beneficiando delle facilitazioni istruttorie offerte dal mezzo), quantificandole in euro 67.699,84, ed evidenziando che la precedente indicazione contenuta nella relazione depositata innanzi al tribunale era stata il frutto di un errore nella formula applicata (“Dall’esame dell’allegato effettivamente è stato riscontrato un banale errore delle formule del foglio di lavoro utilizzato per la determinazione delle rimesse solutorie che collegava l’importo di queste al fido utilizzabile e non allo sfioramento dal fido concesso, considerando anche rimesse che non erano solutorie ed inficiando l’importo del credito prescritto da me erroneamente determinato in € 168.823,08.”).

A fronte di ciò, in fatto, l’appellante non oppone specifiche contestazioni riguardo a quanto accertato dal consulente, ma propone una diversa questione, sostenendo che, per poter calcolare le rimesse di natura solutoria, dovrebbe farsi riferimento ai saldi banca e non a quelli accertati previo ricalcolo operato dal c.t.u., dopo averli depurati degli effetti derivanti dall’applicazione delle clausole ritenute illegittime.

L’argomentazione è certamente suggestiva, posto che fa leva sul dato di natura, per così dire, temporale connesso al sorgere del momento in cui il titolare

del diritto ad ottenere l'eliminazione di quegli effetti, avrebbe potuto esercitarlo.

Ma è evidente che se così fosse ne riuscirebbe alterata l'intera operazione di ricalcolo, in senso sfavorevole al soggetto 'leso', finendo per assegnare, ai fini della individuazione delle rimesse solutorie, perdurante efficacia alla clausola ritenuta nulla, non essendo chiaro come giustificare l'applicazione di due distinti metodi uno per determinare le poste illegittimamente contabilizzate, l'altro per quantificare quelle prescritte avendo come riferimento il saldo banca, per poi sottrarre due dati conseguiti attraverso criteri evidentemente difformi.

Invece, l'operazione non può che essere unica, partendo dal dato ineludibile che la contabilizzazione compiuta dalla banca è il frutto di poste riconosciute invalide e, pertanto, da stimare radicalmente *tamquam non esset* sin dall'inizio, incentrandosi l'indebito sempre e comunque sulla clausola applicata illegittimamente, che fonda 'a monte' il pagamento da ripetere, con l'ulteriore conseguenza inaccettabile, ove si aderisse a quanto auspicato dalla banca, che il cliente, che ha già subito nel corso del rapporto l'applicazione di quelle clausole, per individuare quelle prescritte vedrebbe ancora contabilizzate rimesse ritenute di natura solutoria che, in particolare, nel protrarsi del rapporto, ove ne siano, per contro, volta a volta eliminati gli effetti, tale natura non hanno perché non eccedenti il fido concesso, riducendo il credito prescritto, pervenendo, invece, alla determinazione di un importo superiore a quello che avrebbe dovuto costituire il reale andamento del rapporto in assenza delle riscontrate invalidità.

D'altro canto, come è consapevole la banca appellante, la giurisprudenza di legittimità è, oramai, attestata sull'affermazione che il calcolo delle rimesse prescritte va fatto una volta che il conto sia depurato degli effetti dell'applicazione delle clausole nulle (cfr. Cass. nn. 9141/2020; 3858/2021).

Pertanto, all'esito delle precisazioni rese dal c.t.u., in parziale accoglimento dell'appello e in accoglimento, per quanto di ragione, dell'eccezione di prescrizione, la BNL deve essere condannata al pagamento della minor somma di euro 511.146,81, rispetto a quella oggetto dell'ordinanza gravata, oltre interessi come e con la decorrenza ivi riconosciuta.

D – Le spese

Circa le spese di lite, tenuto conto del parziale accoglimento del gravame principale e della reiezione di quello incidentale, si stima equa la loro compensazione per un quarto, per quelle di primo grado, tenendo ferma la liquidazione ivi operata, considerando che la somma riconosciuta dovuta si pone al limite massimo del diverso scaglione di riferimento, detratto, ovviamente il quarto, per effetto della compensazione; per quelle d'appello, nei minimi per la fase di trattazione e istruttoria, che si è sostanziata nella sola sospensiva, peraltro, parzialmente accolta, ivi comprese le spese di c.t.u. di primo grado, che vanno poste a carico delle parti con eguale percentuale, sussistendo per l'appellante incidentale i presupposti di cui all'art.13 comma 1 quater dpr 115/02 per il versamento dell'ulteriore contributo unificato di cui all'art.13 comma 1 bis dpr cit..

P.Q.M.

La Corte d'appello di Napoli, sezione III civile, definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, così provvede:

a) accoglie, per quanto di ragione, l'appello principale e, per l'effetto, in riforma del provvedimento impugnato ed in parziale accoglimento dell'eccezione di prescrizione formulata da BNL, nei sensi di cui in motivazione, condanna la banca convenuta/appellante al pagamento, in favore dell'attrice/appellata, della

minor somma di euro 511.146,81, rispetto a quella oggetto della condanna di primo grado, oltre interessi come e con la decorrenza ivi riconosciuta;

b) condanna la convenuta/appellante al pagamento delle spese di lite in favore dell'attrice/appellata, con distrazione in favore del suo procuratore, che, compensate per un quarto, liquida, **b1)** per il primo grado, in senso conforme a quanto liquidato dal tribunale, detratto, però, il quarto, per effetto della disposta compensazione, con eguale criterio di ripartizione percentuale per le spese di c.t.u.; **b2)** per il grado d'appello in euro [REDACTED] per compensi professionali, oltre spese generali in misura del 15%, iva e c.p.a.;

c) dà atto che, per effetto della odierna decisione, sussistono i presupposti di cui all'art.13 comma 1 quater dpr 115/02 per il versamento, a carico dell'appellante incidentale, dell'ulteriore contributo unificato di cui all'art.13 comma 1 bis dpr cit..

Napoli, così deciso nella camera di consiglio del 24 giugno 2022

Il cons. est.
dott. Francesco Notaro

Il Presidente
dott. Maria Silvana Fusillo