



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA
SEZIONE TERZA CIVILE

Riunita in Camera di Consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati

Dott.	Michele Guernelli	Presidente
Dott.	Manuela Velotti	Consigliere
Dott.	Luca Marchi	Consigliere Ausiliario Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile d'appello iscritta al n. **3279** del ruolo generale dell'anno **2017**

promossa da

BPER BANCA S.p.A. (già Banca Popolare dell'Emilia-Romagna Soc. Coop.) (c.f. 01153230360) in persona del legale rappresentante pro tempore in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giorgio Giusti (c.f. GSTGRG42M27F257R) e Antonio Formaro (c.f. FRMNTN64L08B085X) ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Via Galliera n. 8 a Bologna giusta procura a margine dell'atto di citazione in appello

APPELLANTE

contro

(c.f.) rappresentato e difeso dagli Avv.ti Matteo Pavanetto (c.f. PVNMTT71S13D705E) e Roberto Maria Plati (c.f. PLTRRT72C22F052P) ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Via Caprarie n. 3 a Bologna giusta procura in calce alla comparsa di costituzione e risposta in appello

APPELLATO – APPELLANTE INCIDENTALE

IN PUNTO A:

appello avverso la sentenza del Tribunale di Forlì n. **977/2017** del 27.09.2017, pubblicata il 13.10.2017.

Le parti hanno precisato le rispettive conclusioni all'udienza del 16.06.2020:

Appellante (BPER BANCA S.P.A.):

"- in via preliminare e pregiudiziale: accertare e dichiarare la improcedibilità e/o la inammissibilità della azione giudiziaria introdotta per il mancato esperimento della mediazione obbligatoria, con ogni provvedimento inerente e conseguente

in via preliminare e pregiudiziale graduata: accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 2935 c.c. dalla data delle singole rimesse solutorie come in atti, con ogni provvedimento inerente e conseguente;

- nel merito: in accoglimento del presente gravame, respingere tutte le domande proposte da anche in via incidentale, in quanto improponibili, inammissibili e, comunque, infondate sia in fatto che in diritto, per tutti i motivi dedotti e documentati, con conseguente ripetizione dell'importo di Euro 195.160,94, oltre interessi legali dal 22.11.2017 all'effettivo saldo, corrisposto all'appellato nelle more del processo d'appello in ottemperanza alla sentenza di primo grado, quivi impugnata;

- in via istruttoria: si deposita: a) copia notificata della sentenza del Tribunale di Forlì n. 977/2017 Sent., in data 27.09.2017 – b) fascicolo atti e documenti del primo grado, contenente oltre alle copie degli atti difensivi: 1) copia atto citazione in opposizione – 2) copia proposta rientro e riconoscimento debito – 3) copia lettera accettazione B.P.E.R. 3.6.2013 – 4) revoca affidamenti 24.2.2011 – 5) lettera conferma recesso e sollecito 29.8.2012 – 6) diffida pagamento 16.8.2012 – 7) garanzia _ i 23.12.2004 – 8 - 9 – 10 - 11) copia n. 4 contratti affidamenti Ilpe S.r.l. e documento di sintesi – 12) copia Libro Giornale Sezionale Crediti in Sofferenza di B.P.E.R. Ilpe S.r.l. con versamenti – 13) contratto pegno 29.6.2007 e documento di sintesi – 14) lettera B.P.E.R. a avv. Pavanetto 6.6.2013 – 15) raccomandata B.P.E.R. compensazione pegno 6.6.2013 pos. Unigest - 16) - raccomandata B.P.E.R. compensazione pegno 3.6.2013 pos. Ilpe S.r.l. – 17) copia domanda ammissione al passivo – 18) copia ammissione passivo - 19) fideiussione in data 23.12.04 – 20 – 21 - 22) n. 3 fideiussioni in data 26.9.01 – 23) copia G.U. pubblicazione delibera CICR 9.2.2000 – nonché ai fini della sospensiva, si depositano e producono sub. doc. c) visure ipocatastali relative a

Si chiede che, in subordine ove non accolto direttamente il presente gravame, venga disposta nuova consulenza tecnica sulla base del quesito con le coerenti conclusioni che ne derivano, secondo i principi motivati ed adottati.

Con vittoria nelle spese e nei compensi di entrambi i gradi del giudizio, nonché rimborso spese generali, CPA ed IVA".

Appellato-Appellante incidentale :

"Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, contrariis reiectis, preliminarmente respingere

l'avversa istanza di sospensione della sentenza impugnata, e, nel merito, rigettare l'appello avverso per i motivi di cui in narrativa, in quanto infondato in fatto come in diritto, e, confermando, per l'effetto, la sentenza del Tribunale di Forlì, n. 977 del 2017 RG 3555 del 2013.

In accoglimento dell'appello incidentale quivi interposto Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, contrariis reiectis, accertare e dichiarare che il Sig. _____ ha pagato quale garante di un debito di Ilpe srl in liquidazione inesistente per l'effetto condannando BPER a voler restituire oltre a quanto già corrisposto all'esito del Giudizio di Primo Grado, l'ulteriore somma rivalutata di € 15.668,15, oltre interessi o quella somma diversa, maggiore o minore, che riterrà dovuta all'esito del presente giudizio di appello.

Con vittoria di spese, competenze professionali e RSG 15% oltre iva e cpa".

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il sig. _____ (da qui _____) con atto di citazione del 18.09.2013 conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Forlì la BANCA POPOLARE DELL'MILIA ROMAGNA Soc. Coop. (da qui **BPER**) esponendo:

- di essersi costituito fideiussore della Ilpe s.r.l verso la BPER;
- di aver proposto il 12.09.2012 un piano di rientro rateale dei debiti con pagamento del credito residuo verso BPER per complessivi € 169.000,00 con saldo finale al 31.5.2013;
- la BPER aveva accettato la proposta;
- a seguito di accettazione di BPER, di aver pagato € 25.000,00 e n. 7 rate da € 5.000,00 e di aver poi incaricato un ragioniere di verificare l'applicazione sul conto corrente di corrispondenza e sui conti anticipi, l'eventuale addebito di interessi anatocistici, usurari, CMS o uso piazza non dovuti;
- di aver rilevato tramite un consulente incaricato che sul c/c della _____ erano state addebitate somme non dovute per € 285.678,30 di cui € 260.275,90 per anatocismo, € 17.816,55 per CMS non pattuite, interessi moratori usurari per € 43.633,84, € 2.585,86 spese per uso piazza ed € 5.000,00 per spese e commissioni non pattuite;
- di aver eccepito alla BPER con lettera raccomandata del 20.05.2013 l'estinzione del debito garantito per compensazione e di aver chiesto la restituzione di € 60.000,00 versati in esecuzione dell'accordo del 2012;
- che la BPER rigettava la richiesta ed aveva escusso il pegno posseduto a garanzia di eventuali debiti della Ilpe s.r.l., alienando un certificato di deposito, dal quale aveva ricavato la somma di € 125.097,22;
- di aver corrisposto a BPER la somma complessiva di € 185.097,22.

L'attore pertanto concludeva per l'accertamento dell'indebito ex art. 2033 c.c. nonché l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per compensazione, con condanna della convenuta alla restituzione ex art. 1945 c.c. della somma corrisposta in pagamento del debito della _____ l.

2. Si costituiva in giudizio la BPER eccependo l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento della mediazione obbligatoria, la carenza di legittimazione ad agire del _____ l'intervenuta prescrizione ex art. 2935 c.c. e nel merito contestando la fondatezza della domanda avversaria.

3. Il Tribunale disponeva l'esperimento della mediazione che veniva avviata dall'attore ma che si concludeva con un verbale di mancata conciliazione.

4. Espletata la CTU contabile, all'esito della trattazione, con sentenza n. 977/2017 del 27.9.2017 il Tribunale accoglieva parzialmente la domanda attrice e condannava BPER a restituire al _____ la somma di € 169.429,07 oltre interessi legali.

5. Avverso la predetta decisione ha proposto appello la BPER BANCA s.p.a. (già Banca Popolare dell'Emilia Romagna Soc. Coop.), affidandosi a cinque motivi di gravame.

6. Si è costituito in giudizio _____ contestando le avverse deduzioni e chiedendo il rigetto dell'appello; ha altresì proposto appello incidentale impugnando la sentenza nella parte in cui il Tribunale ha escluso la ripetibilità di € 15.668,15 a titolo di CMS non dovute.

7. All'udienza del 16.06.2020, tenutasi con le modalità di cui all'art. 83 co. 7 lett. h) del D.L. n. 18/2020 conv. in L. n. 27/2020, le parti hanno precisato le conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione con assegnazione dei termini di legge per conclusionali e repliche.

-----◇-----

8. Preliminarmente si deve dare atto che la sentenza impugnata è stata pronunciata nei confronti di Banca Popolare dell'Emilia-Romagna Soc. Coop. ma a seguito di trasformazione è divenuta BPER BANCA S.p.A.

9. Per quanto attiene all'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto dei requisiti di forma e contenuto previsti dall'art. 342 c.p.c. avanzata da _____, l'eccezione deve essere disattesa avendo riguardo all'orientamento giurisprudenziale espresso anche recentemente dalla Cassazione secondo il quale *"il ricorso in appello non può essere dichiarato inammissibile per genericità laddove, nonostante un contesto di ampia illustrazione e deduzione, risultino in modo sufficientemente chiaro le questioni ed i punti della sentenza di primo grado contestati, oltre che le relative doglianze"* (Cass. n. 1935/2020). È sufficiente, in altri termini, che l'atto di appello consenta di individuare in modo chiaro ed esauriente il *quantum appellatum*. Nella

fattispecie, la formulazione dell'atto di impugnazione consente di individuare con sufficiente chiarezza sia le parti della sentenza oggetto di gravame, sia gli errori nella ricostruzione del fatto e nell'applicazione delle norme di diritto che l'appellante assume essere stati compiuti dal primo giudice.

APPELLO PRINCIPALE

10. L'appellante con il primo motivo di appello eccepisce l'improcedibilità della domanda attrice per mancato esperimento della mediazione obbligatoria in materia bancaria. Secondo BPER la richiesta di notifica della citazione sarebbe intervenuta il 23.9.2013 ovvero dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 69/2013 conv. in L. n. 98/2013 (21.9.2013) che impone il tentativo di media conciliazione.

11. Il motivo va disatteso.

12. La notificazione della citazione, ancorché non seguita dall'iscrizione della causa a ruolo, né dalla costituzione delle parti nei termini loro rispettivamente assegnati, è sufficiente a determinare la pendenza della lite. È altresì pacifico che ai fini della determinazione della pendenza della lite si deve dare rilievo non al perfezionamento della notificazione per il destinatario, bensì al momento di perfezionamento della notificazione dal punto di vista del notificante che si realizza con la consegna dell'atto all'Ufficiale Giudiziario per la relativa notifica (v. per tutte C. Cost. n. 300/2007). Esaminando l'atto di citazione del 18.9.2013, questo risulta consegnato all'Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Unico Notifiche del Tribunale di Forlì in data 19.9.2013 ancorché la notificazione sia stata avviata a mezzo posta il successivo 23.9.2013; pertanto la causa è stata introdotta in periodo antecedente l'entrata in vigore della L. n. 98/2013.

13. Passando al secondo motivo di gravame, l'appellante si duole della decisione impugnata nella parte in cui il Tribunale ha dichiarato la nullità della clausola contrattuale n. 8 sulla capitalizzazione trimestrale degli interessi creditori per difetto di specifica approvazione scritta da parte dell'obbligata principale, ritenendo non sufficienti a sanare l'invalidità le comunicazioni sulla G.U. circa la reciprocità della capitalizzazione degli interessi (il contratto è antecedente al 30.6.2000). Secondo l'appellante il Tribunale non ha tenuto conto della documentazione agli atti ed in particolare del fatto che l'appellato non mai contestato gli estratti conto inviati dalla BPER; a seguito dell'invio degli estratti conto e della pubblicazione in G.U. della CCIR del 9.2.2000 non sarebbe richiesta una nuova pattuizione con il cliente, in difetto di un peggioramento delle condizioni per la reciprocità di periodicità degli interessi debitori e creditori.

14. Il motivo è infondato.

15. È pacifico che il contratto di conto corrente è risalente al 10.8.1977 e dunque è antecedente alla delibera CICR del 9.2.2000 ed alle modifiche legislative introdotte con il D.Lgs. n. 342/1999. L'art. 7 della delibera CICR 9.2.2000 prevede: *"1) Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1° luglio. 2) Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000. 3) Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela"*.

16. Il presupposto della forma di adeguamento è quindi il fatto che le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate. Sul punto il Collegio ritiene di dover dare continuità all'orientamento espresso anche recentemente dalla Cassazione e condiviso da questa Corte, secondo il quale, posto che le clausole dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della citata delibera CICR che prevedono la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi sono da ritenersi viziate da nullità per violazione dell'art. 1283 c.c., è evidente che ogni previsione anatocistica (pur se introdotta in modo conforme alle disposizioni del CICR) debba considerarsi peggiorativa; con la conseguenza che la nuova clausola che la preveda deve essere approvata "espressamente" dal correntista, non essendo sufficiente la comunicazione del mero "adeguamento", approvazione espressa di cui nella fattispecie, come rilevato dal C.T.U. a pag. 8 della relazione, non vi è prova (v. per tutte C. App. n. 2520/2018 Est. Ferrigno).

17. L'appellante sostiene altresì che l'applicazione della capitalizzazione trimestrale con reciprocità (pari periodicità) non comporterebbe in realtà una innovazione "peggiorativa", ma operando un riequilibrio della capitalizzazione costituirebbe per il correntista una innovazione "non peggiorativa".

18. La tesi dell'appellante – ancorché suggestiva – non è però condivisibile; il richiamo alle "condizioni precedentemente applicate" di cui all'art. 7 della CICR, non può essere riferito all'illegittima capitalizzazione trimestrale, in quanto le variazioni delle condizioni contrattuali

presuppongono pur sempre una valida pattuizione sottostante, mentre rispetto ad una clausola "nulla" non può operare alcun meccanismo di variazione ad iniziativa di una sola parte. In ogni caso, la capitalizzazione trimestrale con identica periodicità costituisce una modifica peggiorativa per il cliente rispetto all'assenza di capitalizzazione e necessita quindi di esplicita approvazione, perdurando, in difetto, gli effetti della nullità. In tal senso si è espressa anche la recente giurisprudenza della Cassazione affermando che l'introduzione nel contratto di conto corrente di clausole del genere comporta per il cliente un "oggettivo peggioramento" della condizione contrattuale del cliente: l'introduzione di queste clausole ha in realtà comportato "una regolazione ex novo dell'anatocismo" (sul punto Cass. n. 26769/2019; n. 26779/2019; n. 9140/2020; n. 23476/2020).

19. Come ha avuto modo di affermare la Cassazione con riferimento ad un caso analogo a quello oggetto di causa, la tesi dell'appellante "*...si radica su un presupposto manifestamente inveritiero, ovvero che la contabilizzazione trimestrale degli interessi a credito costituisca sempre e comunque un miglioramento e non un peggioramento delle condizioni contrattuali applicate alla clientela. Ma, così ragionando, si trascura un imprescindibile snodo del problema. Si omette infatti di considerare che a seguito del declassamento da uso normativo ad uso negoziale della prassi bancaria in materia di anatocismo operato dalle SS.UU. è venuta meno ogni legittima deroga in quell'ambito all'art. 1283 c.c. e le relative clausole, in guisa delle quali gli interessi debitori venivano periodicamente capitalizzati, sono state fulminate di nullità per contrasto con la norma codicistica. La conseguenza di questa premessa è che "in tema di controversie relative ai rapporti tra la banca ed il cliente correntista, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice, dichiarata la nullità della predetta clausola, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza operare alcuna capitalizzazione" (Cass., Sez. I, 13/10/2017, n. 24156; Cass., Sez. I, 13/10/2017, n. 24153; Cass., Sez. I, 17/08/2016, n. 17150). E, poiché come annota la sentenza in disamina, "alla assenza di capitalizzazione o alla capitalizzazione annuale, quali conseguenze della declaratoria di nullità della clausola contrattuale anatocistica, si è sostituita la reciproca capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi, è di tutta evidenza che vi sia stato un peggioramento delle condizioni contrattuali precedentemente applicate al conto corrente per cui è causa" e sia perciò inappropriato spacciare per un loro miglioramento il passaggio al regime della trimestralizzazione per tutti gli interessi, giacché il raffronto non va fatto tra il regime dell'annualità e quello della trimestralità degli interessi creditor, ma tra l'assenza di*

capitalizzazione o la capitalizzazione annuale degli interessi debitori, conseguenza" (Cass. n. 7105/2020). In sintesi, è necessario che il correntista esprima la propria volontà circa l'introduzione nel contratto della clausola di capitalizzazione con pari periodicità, giacché sul punto non è previsto alcun automatismo, ma è rimesso all'autonomia delle parti decidere se il contratto debba produrre interessi anatocistici a tale condizione.

20. Posto quindi che la clausola apposta sul contratto del 1977 è nulla e posto che l'adeguamento delle condizioni contrattuali costituisce una innovazione "peggiorativa" per il cliente rispetto alla predetta nullità, occorre verificare se fosse sufficiente la pubblicizzazione delle nuove condizioni contrattuali nella Gazzetta Ufficiale e alla comunicazione di queste al cliente alla prima occasione utile (art. 7, comma 2, cit.), come ritenuto dall'appellante oppure necessiti di approvazione scritta del correntista; difatti la BPER ha provveduto ad eseguire sulla Gazzetta Ufficiale (del 10.4.2000) la pubblicazione dell'avviso che avrebbe applicato nel calcolo degli interessi, la capitalizzazione trimestrale reciproca, informandone il cliente con avviso contenuto nell'estratto conto del 31.3.2000, secondo quanto previsto dalla CICR.

21. Come rilevato recentemente dalla Suprema Corte, *"occorre dire che l'art. 7 della citata delibera CICR, cui si riporta la ricorrente, è una norma transitoria che, ancorché inserita nel contesto di un atto deliberativo assunto dal CICR a mente dell'art. 120, comma 2, TUB, come aggiunto dall'art. 25, comma 2, d.lgs. 342/1999, si correla, per comunanza di fini, all'art. 25, comma 3, d.lgs. 342/1999, introduttivo nel medesimo art. 120 TUB del comma 3, sicché essendosi di questo dichiarata l'illegittimità costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, la detta norma è stata privata di efficacia e la nullità dell'anatocismo bancario per come praticata, che con l'art. 25, comma 3, d.lgs. 342/1999 si era tentato di comprimere, ha ripreso tutto il suo innato vigore"*. La conseguenza che ne trae la Corte è che *"la norma applicabile non sarà quella del comma 2 dell'art. 7 della delibera CICR - già di per sé, qui caducata di ogni efficacia per quanto osservato in precedenza - ma quella del comma 3 del medesimo art. 7* (*«Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela»*)" (Cass. n. 26769/2019).

22. Il Collegio ritiene quindi – dando seguito alla citata giurisprudenza della Cassazione e di questa Corte – che la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle nuove condizioni contrattuali e la comunicazione di adeguamento del 31.3.2000 in mancanza di "espresa" approvazione del correntista non sia sufficiente, come richiesto dal comma 3 dell'art. 7 della CICR; la nuova clausola deve essere approvata "espressamente" per iscritto dal correntista, non essendo sufficiente la comunicazione del mero "adeguamento", approvazione espressa di cui nella

fattispecie non è stata fornita prova. Se ne deve quindi trarre la conseguenza che l'adeguamento contrattuale, non essendo stata oggetto di espressa e specifica pattuizione da provarsi per iscritto (v art. 6 CICR) è inefficace nei suoi confronti della correntista e non impedisce alla nullità di dispiegare ogni suo più ampio effetto con riguardo all'intera durata del rapporto.

23. Con il terzo motivo di gravame, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha ritenuto che era onere di BPER provare il carattere solutorio delle rimesse posto a fondamento dell'eccezione di prescrizione. Secondo l'appellante la sentenza avrebbe errato nel porre a carico di BPER l'onere probatorio del carattere solutorio delle rimesse, in assenza di prova dell'affidamento del conto corrente su cui venivano svolti i versamenti; inoltre (v. conclusionale § 2.2) l'appellante deduce l'errore materiale della CTU che pur avendo quantificato le rimesse solutorie non ne ha calcolato l'incidenza nel ricalcolo finale, non ritenendo che tale compito rientrasse nell'oggetto del quesito posto dal Giudice (v. conclusionale § 3). Per tali ultime due deduzioni l'appellato ne contesta invece l'ammissibilità, trattandosi di questioni nuove e non oggetto di impugnativa.

24. Il motivo è infondato.

25. Con riferimento alla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione d'indebito, la giurisprudenza ha individuato un *dies a quo* differente a seconda della funzione delle rimesse annotate in conto corrente. La rimessa ha funzione solutoria se effettuata in un momento in cui, trattandosi di conto corrente non assistito da apertura di credito, il saldo sia negativo (c.d. scoperto) oppure, trattandosi di conto assistito da apertura di credito (c.d. conto affidato), il saldo debitorio sia eccedente l'affidamento concesso (c.d. sconfinamento del fido); la rimessa ha invece funzione ripristinatoria della provvista se effettuata a favore di un conto "affidato" in un momento in cui il cui saldo debitore sia inferiore all'affidamento e destinato a ripristinare la provvista concessa al correntista. Per le rimesse solutorie (in quanto determinano uno spostamento patrimoniale a favore della banca, ripetibile ex art. 2033 c.c.) il termine coincide con l'annotazione dell'addebito in conto; per le rimesse ripristinatorie il *dies a quo* coincide con la chiusura del rapporto di conto corrente, poiché non consistono in effettivi spostamenti patrimoniali e pertanto di "pagamento" si può parlare - secondo l'insegnamento delle SS.UU. - solo con la conclusione del rapporto quando la banca abbia percepito dal correntista il saldo finale.

26. Ai fini dell'individuazione della funzione (solutoria o ripristinatoria) delle rimesse è stato precisato che *"allorché si discuta della prescrizione nella suddetta materia occorre distinguere, tra i conti correnti passivi, i contratti a servizio dei quali sia prevista la messa a disposizione del cliente di un certa somma a mezzo di un parallelo contratto di apertura di credito (conti*

affidati) dai contratti di conto corrente che di tale servizio non fruiscono (conti non affidati). Mentre in relazione a questi ultimi le rimesse hanno tutte funzione solutoria in quanto, essendo dirette a colmare le passività maturate (scoperto), comportano un pagamento operando uno spostamento patrimoniale in favore della banca, in relazione ai primi le rimesse possono avere tanto natura solutoria allorché siano dirette a colmare le passività conseguenti all'utilizzazione della provvista in misura superiore al consentito (sconfinamento), quanto natura ripristinatoria se le rimesse siano volte invece a ripristinare la provvista nei limiti dell'accordato" (Cass. n. 6195/2020).

27. Sul piano probatorio occorre ricordare che 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 apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte (v. Cass. SS. UU. n. 15895/2019).

28. Ne discende che, eccipita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata (v. per tutte Cass. n. 2660/2019). In breve spetta al cliente che agisce in ripetizione *ex art. 2033 c.c.*, a fronte dell'allegazione della banca dell'inerzia, del tempo del pagamento e del tipo di prescrizione invocata, la prova del fatto modificativo, consistente nell'esistenza di un contratto di apertura di credito, che permetta di qualificare quei versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata e, quindi, differire l'inizio del decorso del termine prescrizione alla data di estinzione del conto.

29. Venendo al caso di specie, l'appellante, ritiene che il Tribunale abbia erroneamente gravato la BPER dell'onere probatorio di dimostrare la natura solutoria di alcune rimesse, precisando che le rimesse si presumono solutorie in difetto di prova dell'affidamento del conto; pertanto la BPER aveva solo l'onere di affermare l'inerzia del correntista unitamente alla dichiarazione di volerne profittare senza necessità di indicare le specifiche rimesse solutorie secondo il principio affermato recentemente dalle SS.UU. della Cassazione (n. 15895/2019).

30. L'appellato sul punto resiste innanzitutto sostenendo l'inammissibilità della deduzione avversaria introdotta per la prima volta in appello relativa all'indagine sull'"affidamento" o meno del conto. Tale tesi, va detto subito, non coglie nel segno alla luce del recente orientamento della Cassazione secondo il quale la questione della natura solutoria o

ripristinatoria delle rimesse, rilevante ai fini della decorrenza della prescrizione decennale dell'azione, può essere sollevata per la prima volta in appello, in quanto è la stessa proposizione dell'eccezione di prescrizione ad imporre di prendere in esame tale profilo (v. Cass. n. 14958/2020).

31. L'onere della prova dell'esistenza di un rapporto di apertura di credito compete quindi al cliente e non alla Banca; tuttavia è stato recentemente precisato che *"il giudice è comunque tenuto a valorizzare la prova della stipula di un contratto di apertura di credito purché ritualmente acquisita, indipendentemente da una specifica allegazione del correntista, perché la deduzione circa l'esistenza di un impedimento al decorso della prescrizione determinato da una apertura di credito, costituisce un'eccezione in senso lato e non in senso stretto (Sez. I, n. 31927 del 06/12/2019, Rv. 656479 - 01)"* (Cass. n. 14069/2020).

32. La BPER ha senza dubbio assolto al proprio onere di allegazione secondo il principio sancito dalle SS.UU.. Tuttavia – come detto - al cliente è consentito di provare che il conto sia affidato e che quindi le rimesse siano da considerarsi ripristinatorie.

33. Invero sul conto corrente acceso nel 1977 la BPER aveva accordato fidi alla Ilpe s.r.l., come risulta dai documenti allegati alla lettera BPER del 29.8.2013, circostanza non contrastata dalla banca e precisamente dal 29.12.1993 la BPER aveva concesso l'apertura di credito sul conto corrente n. 8191 per L. 50.000.000, il 26.2.1997 per L. 500.000.000, il 28.9.1999 per L. 100.000.000 ed l'11.9.2001 per L. 200.000.000. Pertanto deve ritenersi che almeno dal 1993 il conto de quo era "affidato".

34. Per quanto concerne invece il periodo antecedente, occorre avere a mente che la giurisprudenza ha affermato che la prova del fido deve essere fornita esclusivamente mediante la produzione del documento costitutivo dello stesso e non anche per il tramite di prove indirette (v. Cass. n. 27705/2018); tuttavia tale principio può trovare ragionevole applicazione solo per quei rapporti costituiti successivamente all'entrata in vigore dell'art. 3 della L. n. 154/1992 (e poi dell'art. 117 T.U.B.) che ha stabilito la forma scritta *ab substantiam* dei contratti relativi alle operazioni e servizi bancari, come effettivamente risulta avvenuto nella fattispecie.

35. Tuttavia prima di tale innovazione legislativa del 1992, il contratto di apertura di credito era considerato a forma libera. La conseguenza che se ne trae è che nel precedente regime giuridico (ovvero in difetto di prova scritta del contratto di apertura di credito) occorre considerare il comportamento della banca al fine di accertare se il conto corrente fosse assistito da un "fido di fatto". Sul punto soccorre la Cassazione: *"vigente il precedente regime giuridico questa Suprema Corte ha affermato, infatti, che il comportamento della banca, consistente nel*

pagamento di assegni emessi dal cliente senza copertura, può essere valorizzato, in relazione alle circostanze del caso concreto, per ravvisare la tacita conclusione di un contratto di apertura di credito, trattandosi di rapporto non soggetto alla forma scritta, ammettendosi quindi la costituzione di detto contratto per facta concludentia (cfr. Cass. n. 2915 del 1992; Cass. n. 3842 del 1996)" (Cass. n. 17090/2008).

36. Facendo applicazione dei suddetti principi e trattandosi di contratto concluso antecedentemente al 1992, il Collegio ritiene che vi siano elementi sufficienti per poter riscontrare nella fattispecie un contratto di affidamento correlato al conto corrente, o meglio un "fido di fatto" (dovendo disattendere l'affermazione del CTU il quale sul punto secondo il quale sarebbe stata sempre necessaria una specifica pattuizione fra le parti – pag. 24). Tali indici rivelatori sono riscontrabili dall'analisi dell'evoluzione del rapporto attraverso il compendio probatorio; innanzitutto il contratto di apertura di conto corrente di corrispondenza n. 8191 del 10.8.1977 prevedeva all'art. 7 la possibilità di concessione da parte della Banca di aperture di credito stabilendo che il correntista "*può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità*". A ciò devono aggiungersi altri indici rivelatori: le passività del saldo e la messa a disposizione di credito (ancorché non sempre utilizzato) sin dalla costituzione del rapporto (v. tabella 7 pag. 15 della CTU), l'applicazione delle CMS già nel 1984 (chiaro indice della sussistenza di un affidamento), l'assenza di azioni di recupero o segnalazioni, l'assenza di intimazione da parte della banca al rientro o di altre iniziative di revoca, come in assenza di fido avrebbe dovuto fare.

37. Si tratta di indicatori che dimostrano inequivocabilmente la presenza di affidamenti in conto corrente, anche in assenza del documento contrattuale, ben potendo – come detto - l'apertura di credito essere concessa per *facta concludentia*, quanto meno prima della riforma dell'art. 117 TUB, trattandosi in questo caso di un contratto del 1977 (v. art. 7 contratto). Pertanto ogni rimessa intervenuta nel corso del rapporto deve ritenersi meramente ripristinatoria ed il *dies a quo* del computo del termine prescrizione decorrerà dal momento della chiusura del conto.

38. Attesa la natura affidata del conto corrente di cui è causa, non incombeva sul correntista l'onere di provare la natura ripristinatoria di una rimessa, ma sulla Banca di provarne la natura solutoria come imposto dalla norma generale di cui all'art. 2697 c.c., provando che la stessa era stata effettuata in assenza di (o extra) affidamento nel momento in cui ha eccepito essere cominciata a decorrere la prescrizione. In assenza di prova sul punto, va rigettata l'eccezione di prescrizione, pur validamente proposta dalla Banca, dovendosi confermare la decisione impugnata sul punto.

39. Da quanto precede devono altresì disattendersi le ulteriori censure svolte dall'appellante sull'operato del CTU relative all'omessa considerazione delle rimesse solutorie nel ricalcolo delle somme dovute e sulla presenza di un "errore materiale". Il CTU ha correttamente risposto al quesito posto dal giudice che chiedeva solo di precisare l'entità delle somme non aventi funzione ripristinatoria, senza necessità di ricalcolo; la censura, ancor prima che inammissibile, appare infondata in quanto generica e diretta a contestare la relazione peritale senza però che sia offerta – secondo i principi sopra esposti – alcuna specifica indicazione delle rimesse contestate e dell'incidenza sul ricalcolo delle somme, non potendo ritenersi circostanziata la mera affermazione della "devastante" entità delle stesse. Peraltro il CTU aveva dato riscontro all'eccezione della convenuta nelle risposte alle osservazioni del CTP della BPER (v. pag. 30).

40. Passando all'ulteriore motivo di appello, l'appellante si duole della decisione del Tribunale che avrebbe recepito acriticamente le conclusioni del CTU sebbene l'ausiliario non avesse rinvenuto la documentazione relativa a tutto l'arco temporale di svolgimento del rapporto (il cui onere gravava sull'attore), con conseguente nullità della relazione peritale attesa la impossibilità del CTP di verificare il contenuto degli atti.

41. La doglianza va disattesa.

42. Il Collegio osserva innanzitutto che il giudice, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento (v. Cass. n. 10747/2019), e non deve necessariamente soffermarsi anche sulle contrarie allegazioni della parte, che, sebbene non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili, senza che possa configurarsi vizio di motivazione, in quanto le critiche di parte, che tendono al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in mere argomentazioni difensive (v. Cass. n. 1815/2015).

43. Il Collegio ritiene che nella fattispecie in ogni caso non sussistevano e non sussistono i presupposti per una rinnovazione della C.T.U., tenuto conto dei complessi accertamenti già compiuti dal C.T.U. nel pieno contraddittorio tra le parti, nonché dell'assenza di specifici fatti nuovi tali da giustificare la ripetizione o l'integrazione dell'attività svolta. Le contestazioni mosse dall'appellante hanno già formato oggetto di osservazioni alla bozza di CTU da parte del proprio CTP ed in quella sede hanno trovato, per mezzo del contraddittorio, una soddisfacente risposta sul piano tecnico da parte del CTU che le ha analizzate puntualmente (v. pag. 29-30 e sgg. CTU). A ciò deve aggiungersi che il Tribunale ha comunque dato conto in motivazione (v. pag. 10) della correttezza del calcolo e pertanto non sussistono le condizioni per un rinnovo

della CTU.

44. Quanto infine alla incompletezza della documentazione esaminata dal CTU, il perito ha comunque ritenuto possibile effettuare i conteggi attraverso ricostruzioni di tipo contabile ed in ogni caso il CTP di parte appellante non ha rilevato tale incompletezza limitandosi a criticare (v. pag. 25 CTU) la inintelligibilità dei calcoli riferita alla non consecutività di alcuni prospetti della tab. 8, ricevendo sul punto dal CTU la relativa risposta e giustificazione avendo il perito effettuato una ricostruzione per blocchi trimestrali (v. pag. 29-30). D'altra parte è comunque consentita - facendo ricorso alla CTU - la ricostruzione dell'andamento del rapporto e condotta attraverso ragionevoli e fondate ipotesi matematiche (v. Cass. n. 31187/2018 e n. 2069/2013 sul ricorso alla CTU per l'integrazione della documentazione lacunosa).

45. Da quanto precede deve ritenersi privo di pregio anche l'ultimo motivo di gravame, ricordando come secondo la giurisprudenza, la mancata produzione degli estratti conto completi (questi ultimi oggetto di onere probatorio gravante sul correntista, attore in ripetizione dell'indebito) non comporta necessariamente l'impossibilità di procedere al ricalcolo dei saldi; qualora il cliente limiti l'adempimento del proprio onere probatorio soltanto ad alcuni aspetti temporali dell'intero andamento del rapporto, versando la documentazione del rapporto in modo lacunoso e incompleto, il giudice - valutate le condizioni delle parti e le loro allegazioni (anche in ordine alla conservazione dei documenti) - può integrare la prova carente, sulla base delle deduzioni in fatto svolte dalla parte, anche con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare con la consulenza contabile, utilizzando, per la ricostruzione dei rapporti di dare e avere, il saldo risultante dal primo estratto conto, in ordine di tempo, disponibile e acquisito agli atti (v. Cass. n. 14074/2018). Difatti " *in tema di ricostruzione del rapporto di conto corrente bancario, si è quindi statuito che, nel caso in cui non vengano prodotti tutti gli estratti conto (il che, di regola, deve avvenire, al fine di determinare un'integrale ricostruzione dei rapporti di dare ed avere, Cass. 21597/2013) e conseguentemente non sia possibile procedere ad una ricostruzione integrale del rapporto, tale situazione non causa il respingimento della domanda di restituzione dell'indebito da parte del correntista, ma è possibile procedere alla ricostruzione anche attraverso altre prove documentali o argomenti di prova desunti dalla condotta processuale tenuta dal correntista o dalla banca*" (Cass. n. 2435/2020).

46. La censura comunque – a prescindere dalla novità della contestazione in questo grado rilevata dall'appellato – risulta priva di pregio in quanto l'appellante non specifica quali siano i periodi di discontinuità temporale ed in che misura l'incompletezza in concreto abbia potuto inficiare l'accertamento e le conclusioni peritali, tenuto conto anche del lungo periodo considerato e della mole documentale comunque prodotta dall'appellato che ha consentito al