



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI
TERZA SEZIONE CIVILE**

riunita in camera di consiglio, in persona dei Magistrati:

dott.ssa Maria Casaregola

Presidente

dott.ssa Maria Di Lorenzo

Consigliere

dott.ssa Rosaria Morrone

Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero di ruolo generale 1877/2019

TRA

BPER BANCA (P.IVA n.

già Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop.,

in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, in forza di procura speciale alle liti allegata all'atto di appello, dall'Avv.

;

APPELLANTE

E

Farmacia

e

snc - Farmacia

snc (P. Iva n.

in persona del legale rappresentante p.t. ed amministratore unico dott.

rappresentati e difesi, in forza di procura allegata alla comparsa di costituzione nel giudizio di appello, dall'avv. Fabrizia De Nigris (C.F. n. con la quale elettivamente domiciliavano presso lo studio dell'avv.

BD&Partners, sito in Napoli, alla via San Carlo, n. 26.

APPELLATI – APPELLANTI INCIDENTALI

Oggetto: appello avverso la sentenza del Tribunale di Avellino, Seconda Sezione Civile, n. 515/2019, emessa in data 22.1.2019, pubblicata in data 19.03.2019, notificata a mezzo pec in data 21.3.2019.

Conclusioni: come da verbale di udienza del 17.4.2024

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

A. Giudizio di primo grado

Con atto di citazione in riassunzione dinanzi al Tribunale di Avellino, notificato a mezzo pec in data 20.5.2016, a seguito della dichiarazione d'incompetenza per territorio del Tribunale di Avezzano, previamente adito, in favore del Tribunale di Avellino, la Farmacia _____ e _____ s.n.c. (d'ora innanzi per brevità "Farmacia"), in qualità di debitrice principale, nonchè _____ e _____ in qualità di fideiussori, convenivano in giudizio la Banca Popolare dell'Emilia Romagna e deducevano: - che la Farmacia _____ era titolare del rapporto di conto corrente n. 247/84 (inizialmente intestato alla ditta individuale _____ e, successivamente, a seguito della costituzione, in data 30.10.2003, della Farmacia De Santis _____ e _____ s.n.c., intestato a quest'ultima), assistito da un'apertura di credito e strettamente collegato al conto anticipi n. 44805, con periodici azzeramenti delle partite e calcoli separati degli interessi e delle competenze che andavano a confluire sul conto corrente ordinario; - che, nel corso dell'intero rapporto bancario, la banca convenuta in assenza di pattuizione e, dunque, illegittimamente aveva capitalizzato trimestralmente gli interessi debitori; applicato e, dunque, indebitamente percepito interessi ultra-legali, commissioni di massimo scoperto, spese e commissioni varie; - che gli addebiti effettuati illegittimamente sul c/c n. 47 avevano determinato un'esposizione debitoria pari ad € 131.165,66; che, al sol fine di estinguere la predetta esposizione debitoria, in data 15.9.2011, la Farmacia aveva stipulato con la Banca convenuta il contratto di mutuo chirografario imprese n. 021-10086483, per l'importo di €. 155.000,00, assistito dalla garanzia fideiussoria prestata da _____

e Mazzeo Anna Maria; - che, tuttavia, il mutuo sottoscritto era da ritenersi nullo, in quanto destinato a consolidare un debito in realtà inesistente; - che, del pari, nulle erano le fideiussioni sottoscritte dai garanti, sia perché prestate in relazione ad un debito inesistente, sia

perché contenenti clausole da ritenersi vessatorie e, dunque, nulle in quanto non specificamente sottoscritte; - che, conseguentemente, era illegittima la segnalazione della Farmacia e dei garanti alla Centrale Rischii effettuata dalla Banca e da cui erano derivati ad essi attori danni patrimoniali e non patrimoniali.

Tanto premesso, gli attori concludevano chiedendo:

- 1) *Previe le declaratorie del caso, accertare e dichiarare che la convenuta Banca, per l'intera durata del rapporto di conto corrente n.247 (comprensivi sia dell'apertura di credito, sia del conto anticipi), ha applicato in danno della debitrice principale voci di debito effettivamente non dovute per interessi, commissione massimo scoperto, spese ed interessi in misura illegittima, siccome determinati e capitalizzati in violazione del divieto dell'anatocismo, e quant'altro evidenziato nel presente atto, il tutto in violazione dell'obbligo di trasparenza, mentre non ha applicato nei periodi in cui il saldo era attivo il tasso bot massimo previsto dalla norma.*
- 2) *Previe le declaratorie del caso, accertare e dichiarare la nullità del contratto di mutuo n. 021 - 10086483 del 15.09.2011, in quanto collegato al contratto di conto corrente e al connesso conto anticipi entrambi nulli.*
- 3) *Per l'effetto, accertato l'effettivo rapporto di dare - avere scaturente dalla corretta applicazione degli istituti giuridici regolanti subiecta materia (art. 1284 CC e D. Lgs. n. 385/93 – TUB - cd. legge sulla trasparenza bancaria) mediante apposita CTU che sin d'ora si chiede, previo ordine di esibizione della documentazione relativa all'intera durata dei rapporti controversi, determinare il saldo attivo in favore della Farmacia snc del conto corrente n.247/84 e del conto anticipi, acceso dall'istante presso la convenuta banca, nella misura pari ad € 1.215.584,71, o nella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia e conseguentemente, condannare la Banca della Campania alla restituzione in favore dell'odierna attrice dell'importo complessivo di € 1.215.584,71, o della maggiore o minore somma che il Tribunale adito riterrà, oltre interessi dalla data della domanda al soddisfo o, in subordine, alla rettifica del saldo del conto corrente o ancora alla compensazione con quanto ancora dovuto all'istituto di credito;*
- 4) *In ogni caso, ritenere e dichiarare, per i motivi di cui in premessa, nulla, invalida, inefficace e, comunque, improduttiva d'effetti giuridici la fideiussione posta a garanzia del mutuo;*

- 5) *Conseguentemente dichiarare che nulla i fideiussori devono alla Banca Popolare dell'Emilia Romagna già Banca della Campania tenendo conto anche dell'effetto esdebitatorio prodotto dal concordato preventivo.*
- 6) *Accertare e dichiarare l'illegittimità della segnalazione del nominativo della Farmacia e dei fideiussori alla Centrale Rischii effettuata in data 17.06.2014 e condannare la Banca alla cancellazione, laddove non vi abbia già provveduto.*
- 7) *Condannare, comunque, controparte al risarcimento, in favore degli attori, dei danni subiti e subendi, a causa della illegittima condotta assunta nel corso del rapporto comprensiva della segnalazione alla Centrale Rischii, con somma da determinarsi nel corso della espletanda istruttoria o rimessa al prudente apprezzamento del Tribunale o, finanche in via equitativa;*
- 8) *Condannare la convenuta banca alla refusione delle spese e competenze di lite, da distrarsi in favore del sottoscritto Avvocato anticipatario”*

Instaurato il contraddittorio, si costituiva in giudizio, con comparsa di risposta depositata in data 9 gennaio 2015, la Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop. che, in via preliminare, eccepiva la prescrizione del diritto della correntista alla ripetizione delle somme che assumeva indebitamente corrisposte, alla luce della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2.12.2010, n. 24418, in quanto, non rinvenendosi in atti nessun contratto di apertura di credito, tutte le rimesse erano da qualificarsi solutorie, con la conseguenza che il termine decennale di prescrizione decorreva dalla data di annotazione delle stesse in conto, sicchè erano da ritenere prescritti i pagamenti effettuati in epoca anteriore al decennio precedente alla proposizione della domanda giudiziale; eccepiva poi l'inammissibilità dell'azione di ripetizione attorea, in quanto proposta in relazione ad un conto corrente ancora aperto; nel merito, contestava la fondatezza delle domande avverse e ne chiedeva il rigetto.

La banca concludeva chiedendo di:

- *in via preliminare, dichiarare l'inammissibilità della domanda di ripetizione poiché proposta con riferimento al c/c 247/84 ancora aperto;*
- *in subordine, sempre in via preliminare di merito, dichiarare prescritta l'azione di ripetizione con riferimento alle somme delle rimesse effettuate dall'attrice dall'apertura del conto corrente oggetto di causa fino al decennio anteriore alla proposizione della domanda giudiziale;*

- nel merito, rigettare la domanda di ripetizione poiché infondata, in fatto e in diritto per tutte le ragioni illustrate in narrativa;
- rigettare l'azione di nullità del mutuo chirografario del 15.09.2011 poiché infondata per le ragioni illustrate in narrativa;
- rigettare la domanda risarcitoria perché infondata per le ragioni illustrate in narrativa;
- rigettare l'impugnativa del contratto di garanzia perfezionato dai dottori poiché infondata per le ragioni illustrate in narrativa;
- rigettare ogni altra domanda proposta ex adverso perché inammissibile, improponibile, improcedibile, infondata in fatto e in diritto, vinte le spese e i compensi professionali.”

All'esito dell'istruttoria, che si sostanzialmente nell'espletamento della CTU contabile, il Tribunale decideva la causa con sentenza n. 515/2019, pubblicata in data 19.3.2019, con cui così disponeva:

“1) accoglie, entro i limiti che seguono, la domanda proposta dalla Farmacia e s.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., nonché da e con atto di citazione notificato il 22.10.2015 e con atto di riassunzione notificato il 20.5.2016, e, per l'effetto, 2) accerta e dichiara che il saldo del conto corrente n. 247 e del conto anticipi su fatture n. 44805 a questo collegato, ammonta ad € 208.012,34, a credito della correntista, Farmacia e s.n.c., alla data del 31.5.2014; 3) dichiara la nullità del contratto di mutuo n. 021-10086483 del 15.9.2011; 4) condanna la Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop. a richiedere la cancellazione della Farmacia e s.n.c., nonché di e dall'elenco tenuto presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia; 5) condanna la Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in [redacted] per esborsi (di cui [redacted] per contributo unificato ed € [redacted] per [redacted]) ed € [redacted], oltre IVA, CPA e rimborso spese generali al 15%, con attribuzione all'avv. Fabrizia De Nigris, oltre spese e compensi di CTU, come già liquidati.”

a. In relazione al conto corrente n. 247 e al conto anticipo n. 44805, il primo giudice:

- riteneva infondata l'eccezione relativa all'illegittima applicazione trimestrale degli interessi debitori in quanto, pur essendo stata effettivamente applicata dalla Banca la contestata capitalizzazione degli interessi debitori, era stata prevista, all'art. 8, comma 2, del contratto in

data 26.11.2003, la condizione di reciprocità, in conformità a quanto disposto dalla delibera CICR del 9.2.2000;

- in merito all'eccezione illegittima applicazione della commissione di massimo scoperto, accertava che: - in relazione al co [REDACTED] non era stata applicata dalla Banca, conformemente a quanto previsto nell'originario contratto del 23.2.1993 (ove era stata pattuita pari a 0) e nel successivo contratto del 26.11.2003 (ove non era stata pattuita); - viceversa, in relazione [REDACTED] era stata illegittimamente applicata dall'istituto di credito pur in assenza di pattuizione e correttamente espunta dal Ctu;
- riteneva infondata l'eccezione di usurarietà degli interessi applicati, in quanto: a) in relazione a [REDACTED] Ctu non aveva rilevato alcuno sfioramento del tasso-soglia di cui alla legge 108/1996, al momento della stipula del contratto; mentre, in relazione ad alcuni trimestri successivi, il Ctu aveva rilevato degli esuberi, ma questi erano da ritenersi irrilevanti, trattandosi di usura sopravvenuta; b) in relazione a [REDACTED] attesa la mancata produzione del contratto, non era stato possibile effettuare la verifica del superamento del tasso-soglia al momento della stipula; in relazione ai trimestri successivi, il Ctu non aveva rilevato alcuno sfioramento.
- Riteneva infondata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca in relazione alle rimesse effettuate dalla correntista nel decennio anteriore alla proposizione della domanda, ossia nel periodo intercorrente dal 22.10.2005 al 22.10.2015 (data di notifica dell'atto di citazione dinanzi al Tribunale di Avezzano), non essendo decorso il termine di prescrizione decennale; viceversa, riteneva prescritte le rimesse ultradecennali, ossia le rimesse effettuate prima del 22.10.2005, che, in assenza della produzione del contratto di fido bancario, erano da intendersi solutorie e, dunque, sottoposte al termine di prescrizione decennale;
- Accoglieva la domanda attorea volta ad ottenere l'accertamento e la declaratoria del saldo finale e condivideva le conclusioni del Ctu che, tenuto conto degli elementi sopra indicati, accertava un saldo creditore a favore della correntista pari ad euro 208.012,34;
- Riteneva inammissibile la domanda di condanna alla restituzione delle somme illegittimamente corrisposte, in quanto proposta in relazione al co [REDACTED] 247 che, dalle scritture contabili oltre che per ammissione della stessa società attrice, risultava ancora aperto;

b. In relazione al contratto di mutuo n. 02110086483, sottoscritto dalle parti del 15.9.2011:

- qualificava il predetto contratto come mutuo di scopo, in quanto stipulato dalle parti allo scopo esclusivo di ripianare le passività del conto corrente n. 247;
- aderendo alle conclusioni rassegnate dal Ctu, accertava l'inesistenza di una esposizione debitoria alla data del 15.9.2011;
- conseguentemente riteneva nullo il predetto contratto, per mancanza di causa, ossia per inesistenza dello scopo al quale lo stesso era finalizzato.

c. In relazione alle fideiussioni prestate da _____ e _____

- affermava che, se da un lato l'accertata inesistenza del debito della farmacia non comportava ipso iure la nullità delle fideiussioni prestate dai garanti, dall'altro l'inesistenza del debito comportava che nulla era dovuto alla Banca neppure dai garanti;
- qualificava come autonome le garanzie prestate, con la conseguente rinuncia degli stessi a far valere eccezioni e contestazioni relative al rapporto principale.

d. Riteneva, infine, fondata l'eccezione d'illegittimità della segnalazione alla centrale dei rischi effettuata dalla Banca, attesa l'inesistenza della posizione debitoria e, conseguentemente, ne ordinava la cancellazione.

B. Giudizio d'appello.

Avverso la sentenza n. 515/2019, pubblicata in data 19.3.2019, notificata in data 21.3.2019, la BPER Banca, già Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop., ha proposto tempestivo appello, con atto di citazione notificato a mezzo pec in data 10.4.2019 alla Farmacia

_____ e _____ s.n.c., nonché a _____ e a _____ con cui ha chiesto, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, di:

1) in via principale, riformare la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto la domanda di mero accertamento del saldo di conto corrente, dovendosi dichiarare la inammissibilità di tale domanda e comunque rigettandola e, per l'effetto, riformare la sentenza impugnata anche nella parte in cui, sulla scorta e per effetto dell'accertamento del saldo pronunciato in termini di nullità del contratto di mutuo, dichiarando che tale contratto è pienamente valido ed efficace tra le Parti;

2) in via di subordine, nella denegata e non creduta ipotesi di rigetto del superiore motivo di appello, riformare la sentenza impugnata nella parte in cui ha accertato e dichiarato che il saldo

dei conti oggetto di causa ascende ad € 208.012,34 e, per l'effetto, accertata e dichiarata la prescrizione della azione con riferimento alle ulteriori rimesse solutorie quantificate in complessivi € 47.499,13, dichiarare che il saldo attivo del rapporto di conto corrente ordinario oggetto di causa ascende a complessivi € 160.513,21;

- 3) in ogni caso riformare la sentenza impugnata ed esonerare dalla declaratoria di nullità l'importo costituente la differenza tra il netto ricavo del mutuo indicato in narrativa e la quota destinata a ripianare il saldo negativo del conto corrente n.247;*
- 4) comunque riformare la sentenza impugnata nella parte in cui ordina alla Banca la cancellazione dei nominativi degli odierni appellati dalla Centrale Rischi presso la Banca di Italia;*
- 5) in via di estremo subordine, riformare la sentenza impugnata disponendo la compensazione integrale delle spese (ivi comprese quelle di CTU) e dei compensi di lite per il giudizio di primo grado.*
- 6) in ogni caso accogliere integralmente il presente gravame per i motivi illustrati e riformare la sentenza impugnata; rigettare comunque ogni domanda (se ritualmente) proposta dagli appellati, giacchè inammissibile, improcedibile ed infondata.*

Vinte le spese e i compensi professionali.

Con comparsa di costituzione e risposta, tempestivamente depositata in data 5.11.2019 (a fronte dell'udienza di primo comparizione indicata nell'atto di appello per il giorno 26.11.2019, si sono costituiti in giudizio la Farmacia _____ e _____ s.n.c., nonchè _____ e _____ eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità dell'appello proposto dalla banca ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c.; nel merito hanno contestato la fondatezza dell'appello della banca e ne hanno chiesto il rigetto; nel contempo, hanno spiegato appello incidentale, al fine di chiedere:

- 1) in parziale riforma della sentenza di primo grado, accertata e dichiarata la nullità degli addebiti che la convenuta Banca aveva operato sul conto corrente n.247 (comprensivi sia dell'apertura di credito, sia del conto anticipi) in danno della debitrice per interessi, commissione massimo scoperto, spese ed interessi in misura illegittima, siccome determinati e capitalizzati in violazione del divieto dell'anatocismo, e quant'altro evidenziato negli atti del primo e del secondo grado di giudizio, nonché la conseguente nullità del contratto di mutuo n.*

021-10086483 del 15.09.2011, in quanto collegato al contratto di conto corrente e al connesso conto anticipi, determinare il saldo attivo in favore della Farmacia snc del conto corrente n.247/84 e del conto anticipi, acceso dall'istante presso la convenuta banca, nella misura pari ad € 213.523,76, e condannare la BPER Banca spa, in persona del legale rappresentante p.t., alla rettifica del saldo del conto corrente e alla restituzione in favore dell'odierna attrice dell'importo complessivo di € 213.523,76 oltre interessi dalla data della domanda al soddisfo;

2) Condannare la BPER Banca spa in persona del legale rappresentante p.t. al risarcimento, in favore degli attori, dei danni patrimoniali e non patrimoniali, subiti e subendi, a causa della illegittima segnalazione alla Centrale Rischio, con somma da determinarsi sulla base delle prove acquisite nel corso del primo grado di giudizio o rimessa al prudente apprezzamento dell'Ecc.ma Corte o, finanche in via equitativa;

3) Con vittoria delle spese di lite da attribuirsi al procuratore dichiaratosi antistatario. All'udienza del 27.11.2019, la Banca, appellante principale, ha rinunciato all'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata; dopo vari rinvii, con ordinanza del 4.10.2023, il Collegio ha disposto la trattazione scritta dell'udienza di precisazione delle conclusioni dell'8.11.2023, ex art. 127 ter c.p.c. e, all'esito del deposito delle note difensive di entrambe le parti, contenenti la precisazione delle conclusioni, con ordinanza depositata in data 9.11.2023, comunicata in data 10.11.2023, la causa è stata assunta in decisione, con la concessione dei termini ordinari di cui all'art. 190 c.p.c. La causa è stata rimessa sul ruolo per l'udienza del 17.4.2024, con ordinanza depositata in data 12.3.2024, al fine di ordinare agli appellati/appellanti incidentali il deposito in grado di appello del contratto di conto corrente del 23.2.1993, già depositato in primo grado (cass. civ., sez. un., 16.2.2023, n. 4835); ridepositato in grado di appello il suddetto contratto di conto corrente, la causa è stata di nuovo assunta in decisione all'udienza del 17.4.2024 con la concessione dei termini, ex art. 190 c.p.c., di venti giorni per il deposito di comparse conclusionale e di ulteriori venti giorni per repliche.

C. Analisi dei motivi di appello principale e del primo e secondo motivo di appello incidentale

C.1. Con il primo motivo di appello principale, la banca appellante ha censurato la sentenza di primo grado nella parte in cui, pur disattendendo la domanda di ripetizione di indebito, sul

presupposto che il conto corrente fosse ancora aperto al momento della proposizione della domanda stessa, riteneva ammissibile la domanda di mero accertamento del saldo di conto corrente.

La banca appellante principale ha argomentato, di contro, che siffatta domanda era inammissibile per carenza di interesse, ex art. 100 c.p.c.

Ed invero, lo stesso Tribunale aveva evidenziato che l'azione spiegata dagli attori in via principale era esclusivamente un'azione di ripetizione di indebito, mentre la rettifica del saldo di conto corrente veniva richiesta in subordine (pag. 7 della sentenza); era evidente che l'effettivo interesse ad agire fosse quello sotteso alla domanda (principale) di ripetizione di indebito, correttamente sanzionata di inammissibilità dal primo giudice, in conformità all'orientamento giurisprudenziale che ritiene generalmente non configurabile l'indebito oggettivo prima della chiusura del rapporto di conto corrente (eccezion fatta per l'ipotesi delle rimesse solutorie, ipotesi questa che non ricorreva nel caso di specie, laddove non si perimetrava la domanda restitutoria solo alle rimesse solutorie); un interesse alla domanda finalizzata alla declaratoria di nullità contrattuale e alla conseguente rideterminazione del saldo potrebbe sussistere solo quando la domanda sia proposta in via principale nella prospettiva della prosecuzione del rapporto di conto corrente in conformità delle prescrizioni di legge, in luogo dell'applicazione di condizioni pattizie illegittime, ma tanto non ricorreva nel caso di specie, in quanto la domanda principale di ripetizione (ammissibile solo a seguito della chiusura del rapporto di conto) tradiva una volontà della correntista di segno esattamente contrario alla prosecuzione del rapporto, essendo essa finalizzata alla definizione del rapporto dare/avere tra correntista e banca; in presenza di una domanda di mero accertamento del saldo spiegata in via di subordine rispetto ad una domanda principale di ripetizione di indebito (viepiù se quest'ultima non è limitata alle sole rimesse di natura solutoria), non appariva corretto "salvare" la prima domanda (mero accertamento), pur dopo aver sanzionato di inammissibilità la seconda (azione di ripetizione); così facendo, non si tutelava un effettivo interesse del correntista, ma si realizzava solo un interesse (non meritevole di tutela) del correntista di sottrarsi ad una pronuncia di inammissibilità "secca", trascurandosi che, in ogni caso, il correntista, per realizzare la propria reale finalità, avrebbe dovuto comunque sempre riproporre la domanda di ripetizione, e ciò con il conseguente frazionamento dell'iniziativa giudiziaria in danno della banca, che si vedeva prima convenuta per il solo

accertamento del saldo e poi nuovamente convenuta per la (eventuale) condanna restitutoria ad esito della chiusura del conto.

La banca appellante ha concluso, quindi, che la sentenza impugnata, nella parte in cui aveva ritenuto ammissibile ed infine accolto la domanda di mero accertamento del saldo, era illegittima per violazione dell'art. 100 c.p.c. e, pertanto, andava integralmente riformata, pronunciando declaratoria di inammissibilità (anche) di detta domanda.

Gli appellanti hanno ancora rilevato che la dedotta inammissibilità della domanda di accertamento non poteva che travolgere anche la domanda di nullità del mutuo che, per l'appunto, postulava proprio l'inammissibilità della domanda di accertamento.

Il primo motivo di appello principale proposto dalla banca deve essere esaminato congiuntamente al primo motivo di appello incidentale proposto dalla Farmacia debitrice principale, e dai garanti, e

C.1.2. Con il primo motivo di appello incidentale, gli appellati-appellanti incidentali hanno impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui il giudice aveva dichiarato inammissibile la domanda di ripetizione delle somme indebitamente corrisposte in relazione al conto corrente n. 247, sull'erroneo presupposto che lo stesso fosse ancora aperto.

Gli appellanti incidentali, di contro, hanno dedotto che, diversamente da quanto affermato dal primo giudice (che aveva dichiarato *“la circostanza risulta dai documenti contabili in atti ed è riconosciuta dalla stessa società attrice nelle sue difese”*), sia il conto corrente che il conto anticipi erano chiusi ed inoperativi sin dal 2014, come dedotto e provato nel giudizio di primo grado da e i quali diligentemente avevano allegato la comunicazione inviata a mezzo raccomandata A/R del 23.5.2014, con la quale la Banca della Campania, a seguito del deposito della domanda di concordato preventivo avanzata dalla Farmacia aveva revocato tutte le facilitazioni creditizie concesse e attivato la decadenza del beneficio del termine.

Pertanto – hanno concluso gli appellanti incidentali - il primo giudice avrebbe dovuto ritenere ammissibile non solo la domanda di accertamento del saldo, ma anche le ulteriori domande volte ad ottenere la condanna della Banca alla rettifica del saldo e alla restituzione dell'indebito.

C.1.3. L'ordine logico impone di esaminare dapprima il primo motivo di appello incidentale.

Esso è fondato e deve essere accolto.

Ed invero, risulta in atti la lettera raccomandata del 23.5.2014 – richiamata dagli appellanti incidentali - inviata dalla Banca della Campania agli odierni appellanti incidentali, con la quale la banca comunicava che, in seguito al deposito in data 22.10.2013 del ricorso per l'ammissione a concordato preventivo, ex art. 161, comma 6, LF, da parte della Farmacia e all'apertura della relativa procedura dinanzi al Tribunale di Nola in data 13.3.2014, essa aveva provveduto alla revoca da ogni facilitazione creditizia precedentemente concessa e ad attivare la decadenza dal beneficio del termine, ex art. 1189 c.c.

Inoltre, il CTU, nella relazione tecnica depositata nel giudizio di primo grado in data 7.3.2018, (pag. 20), nel valutare le osservazioni del CT della banca in relazione alla “inammissibilità dell'azione di ripetizione per conto aperto”, precisava che il conto corrente ordinario n. 247, intestato alla Farmacia alla data di instaurazione del giudizio di primo grado, avvenuta con atto di citazione notificato in data 22.10.2015 da parte della medesima Farmacia, non risultava affatto aperto, in quanto con la scrittura in conto corrente, con data movimento 20.6.2014 e data valuta 17.6.2014, il saldo dare di - € 22.902,72 era stato girocontato in avere e per l'effetto azzerato, con la seguente ed ultima scrittura di conto “sofferenza deliberata il 17.6.2014”.

Gli elementi sopra indicati portano a ritenere erronea l'affermazione del primo giudice, contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui il conto corrente n. 247, al momento della proposizione della domanda e al momento della redazione della sentenza, era ancora aperto, come sarebbe stato riconosciuto dalla stessa società attrice “nelle sue difese”, senza precisare quali, e come sarebbe emerso dai non meglio precisati “documenti contabili”.

Se, allora, il conto corrente n. 247 era chiuso al momento dell'introduzione del giudizio di primo grado, viene meno l'ostacolo all'ammissibilità e, quindi, all'accoglimento della domanda di ripetizione proposta dalla correntista nei confronti della banca.

L'accertamento della circostanza della chiusura del conto al momento dell'introduzione del giudizio di primo grado assorbe l'esame del primo motivo di appello principale.

Vale, in ogni caso, osservare, per completezza di motivazione, che il primo motivo di appello principale, anche ove il conto fosse stato ancora aperto al momento della proposizione della domanda, sarebbe infondato, in quanto la Corte di Cassazione ha più volte rimarcato che – contrariamente a quanto assunto dalla banca appellante – il correntista, in costanza di rapporto

(c.d. “conto aperto”), ha interesse a proporre azione di accertamento della nullità delle clausole contrattuali illegittime e dell’entità del saldo parziale ricalcolato, depurato delle appostazioni illegittime, atteso che tale interesse mira al conseguimento di un risultato utile, giuridicamente apprezzabile, riconoscibile in almeno tre direzioni: quella di escludere, per il futuro, annotazioni illegittime; quella del ripristino, in proprio favore, di una maggiore estensione dell’eventuale affidamento a lui concesso, siccome eroso da addebiti contra legem; quella della riduzione dell’importo che la banca, una volta rielaborato il saldo, potrà pretendere alla cessazione del rapporto (cass. civ., 5.9.2018, n. 21646; cass. civ., 6.2.2024, n. 3310; cass. civ., 16.5.2024, n. 13586).

C.2. Con il secondo motivo di appello principale, la banca appellante ha censurato la sentenza di primo grado nella parte in cui il primo giudice aveva ritenuto maturata la prescrizione estintiva delle rimesse solutorie effettuate prima del 22.10.2005, e cioè prima del decennio antecedente alla notifica dell’atto di citazione (notifica avvenuta il 22.10.2005), prendendo in considerazione solo quelle relative al conto corrente, pari alla somma di € 5.511,42, e non anche quelle relative al conto anticipi, pari alla somma di € 47.499,13.

La banca appellante principale ha dedotto che il primo giudice aveva fatto proprie, in maniera acritica, le errate conclusioni del CTU, al quale, sia nell’elaborato originario del 7.3.2018, sia nell’elaborato integrativo del 20.4.2018, il CT di parte della banca aveva segnalato che dovessero essere qualificate come solutorie e, dunque, dovessero essere ritenute prescritte, anche le rimesse effettuate, anteriormente all’ottobre 2005, sul conto anticipi, dell’importo pari ad euro 47.499,13, sicchè il complessivo importo irripetibile era pari a € 53.010,55, di cui € 5.511,42, quali interessi del conto corrente ordinario, ed € 47.499,13 quali interessi maturati sul conto anticipi.

Il CTU, nell’elaborato del 7.3.2018 (pag. 24), aveva ritenuto di non recepire l’osservazione del CTP della Banca perché “non risulta depositato alcun contratto di conto anticipo e quindi non vi è alcuna convenzione circa la determinazione degli interessi ed il successivo addebito sul conto ordinario”; nell’elaborato integrativo del 20.4.2018 (8 pag. 3), ritornato sulla questione, il CTU osservava che la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 24418/2010 affermava “agli interessi maturati sul conto corrente per scoperti propri del conto e non agli interessi maturati relativi ad altri conti correnti, i quali sono da considerare alla stregua di un qualsivoglia addebito su conto in questione... la prassi adoperata dalla Banca di girocontare le competenze dal conto

anticipi al conto ordinario non è disciplinata essendo assente il relativo contratto”.

In ogni caso, il CTU nell’elaborato integrativo del 20.4.2018, predisponendo un’altra ipotesi di calcolo, nella quale detraeva anche le competenze prescritte riferite al conto anticipi presumibilmente saldate da rimesse solutorie prescritte, determinando quindi un minor credito della società attrice nei confronti della Banca pari a € 160.513,21.

La banca appellante principale ha osservato che chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato e l’art. 2033 c.c. non fa distinzione tra pagamenti, ma prende in considerazione solo ed esclusivamente la circostanza che il pagamento sia eseguito in difetto di una giustificazione causale; pertanto, era irrilevante la distinzione tratteggiata dal CTU tra interessi (comunque indebitamente corrisposti mediante rimesse solutorie) maturati in virtù di uno scoperto di conto corrente ordinario ovvero in virtù di un conto tecnico.

Il secondo motivo di appello principale deve essere esaminato congiuntamente al secondo motivo di appello incidentale.

C.2.1. Con il secondo motivo di appello incidentale, gli appellanti incidentali, Farmacia (debitrice principale) e (fideiussori), hanno impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui il primo giudice aveva accolto, seppure solo in parte, l’eccezione di prescrizione sollevata dalla banca.

In particolare, gli appellanti incidentali, con una prima censura, hanno obiettato che il Tribunale era caduto in contraddizione laddove, dopo aver ritenuto ammissibile la sola domanda di accertamento del saldo (e non anche la domanda di ripetizione ex art. 2033 c.c.), aveva ritenuto fondata, seppur solo in parte, l’eccezione di prescrizione delle rimesse effettuate dalla correntista. Posto che soltanto l’azione di ripetizione dell’indebito è soggetta a prescrizione e non anche l’azione di accertamento, il primo giudice avrebbe dovuto o dichiarare ammissibile la sola domanda di accertamento e, dunque, rigettare in toto l’eccezione di prescrizione, oppure ritenere ammissibile anche la domanda di ripetizione e conseguentemente accogliere seppur solo in parte l’eccezione di prescrizione sollevata dalla banca.

Gli appellanti incidentali hanno dedotto ancora, con una seconda censura, che, anche laddove la Corte di Appello avesse ritenuto ammissibile, in presenza di un’azione di mero accertamento, l’eccezione di prescrizione decennale delle rimesse solutorie, la sentenza di primo grado, in ogni caso, andava riformata nella parte in cui il primo giudice aveva ritenuto che tutte le rimesse

effettuate nel periodo anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla notifica dell'atto di citazione avessero natura solutoria perché non risultava che tra la Farmacia e la banca fosse intervenuto un contratto di fido bancario in forma scritta, né si poteva ritenere l'esistenza di un c.d. fido di fatto.

Gli appellanti incidentali, di contro, hanno dedotto che, in primo luogo, come evidenziato anche dal CTU, dall'andamento del rapporto si evinceva la presenza di un affidamento a favore della Farmacia, che trovava riscontro: nelle risultanze della visura Centrale Rischi storia allegata agli atti, dove si evidenziavano "rischi a revoca" per tutta la durata del rapporto e, dunque, aperture di credito; nella lettera della banca del 20.9.2011 che confermava ulteriormente l'esistenza di un'apertura di credito anteriore a tale data; nel fatto che la Banca aveva costantemente applicato la commissione di massimo scoperto, istituto che presuppone un affidamento pattizio, avente la funzione di corrispettivo del servizio di messa a disposizione costante di una somma di danaro; nei report della Centrale Rischi.

Si doveva quindi, ritenere sussistente tra le parti un contratto di apertura di credito, pur in mancanza di contratto scritto, con limite massimo quello effettivamente raggiunto, allorché il correntista aveva operato costantemente con saldo passivo, comportamento che non avrebbe potuto avere in assenza del consenso della banca, specie laddove risultava che quest'ultima non aveva chiesto rientri, né aveva mai assunto iniziativa nei confronti del correntista,

Gli appellanti incidentali, hanno dedotto ancora che, in ogni caso, anche ove si fosse voluto accedere alla testi del primo giudice e, quindi, affermare che la prova dell'esistenza dell'apertura del credito poteva essere fornita solo da un contratto scritto, nel caso di specie non vi era dubbio che esso esisteva, in quanto il contratto di conto corrente recava anche la disciplina dell'apertura di credito e tanto si evinceva dagli art. 6, 7 del contratto di conto corrente.

Ne conseguiva che tutte le rimesse effettuate in presenza dell'apertura di credito nel periodo antecedente al 22.10.2005 non erano qualificabili come solutorie, ma come ripristinatorie, per cui per esse non era maturata nessuna prescrizione estintiva.

Gli appellanti incidentali hanno evidenziato, infine, che l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione si estendeva anche a tutte le rimesse relative al conto anticipi girocontate sul conto corrente.

L'ordine logico-giuridico impone di esaminare dapprima il secondo motivo di appello incidentale

nella parte in cui gli appellanti incidentali hanno impugnato la sentenza di primo grado laddove essa escludeva l'esistenza di un contratto di apertura di credito e hanno sostenuto, di contro, l'esistenza di un predetto contratto, o perché concluso in forma diversa dalla forma scritta o perché già contenuto nel contratto scritto di conto corrente.

C.2.2. Il secondo motivo di appello incidentale nella parte *qua* è fondato.

L'esistenza di un'apertura di credito spiega incidenza sul decorso della prescrizione delle singole rimesse, determinando che esse, a seconda dei casi, possano qualificarsi meramente ripristinatorie della provvista o solutorie.

La distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie è stata posta dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza del 2.12.2010, n. 24418, ai fini della decorrenza della prescrizione, affermandosi che l'azione di ripetizione di indebito proposta dal correntista è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data della loro annotazione in conto, ma dalla data della chiusura del conto, mentre, ove i versamenti abbiano avuto funzione solutoria, il termine di prescrizione decorre dalla loro annotazione in conto.

Se il correntista agisce senza allegare l'esistenza dell'apertura di credito, la banca che eccepisce la prescrizione del diritto alla ripetizione non sarà tenuta a dedurre e a dimostrare l'esistenza di detto contratto; altrettanto e a dirsi ove, invece, il correntista fin dall'inizio deduca l'esistenza del contratto di apertura di credito, a lui spettando di darne la relativa dimostrazione (cass. civ., 29.2.2024, n. 5364).

L'apertura di credito integra in sostanza una controeccezione da opporsi alla banca convenuta in ripetizione (cass. civ., 29.2.2024, n. 5364); essa è stata qualificata, talvolta, come un fatto impeditivo (cass. civ., 2019, n. 2650), talaltra come un fatto modificativo (cass. civ., 2018, n. 27704) della prescrizione.

Il primo giudice escludeva l'esistenza di un contratto di apertura di credito perché mancava il relativo documento contrattuale a forma scritta, richiesta a pena di nullità; non riteneva giuridicamente corretto che un contratto di affidamento potesse essere provato per *facta concludentia*.

Il ragionamento del primo giudice non è conforme al consolidato orientamento di legittimità, secondo cui non può ritenersi insussistente una apertura di credito per il solo fatto che il

correntista non abbia fornito la prova della stipulazione del contratto in forma scritta, così configurandosi la nullità per difetto del requisito di cui all'art. 117, comma 1, D. Lgs. 385/1993. Ed invero, la rilevazione di tale vizio, nel caso di specie, non corrisponde all'interesse del correntista, l'unico che avrebbe potuto far valere detta nullità. In proposito, va rilevato che la nullità dei contratti bancari per difetto di forma scritta, ex artt. 117, comma 1 e 3, D. Lgs. 385/1993 (TUB), si configura come una nullità di protezione, rilevabile d'ufficio, ex art. 127, comma 2, TUB. Tuttavia, essendo la nullità di protezione funzionale sia alla tutela di un interesse generale (integrità ed efficienza del mercato), sia di un interesse particolare (interesse del consumatore o del cliente), la rilevazione ufficiosa incontra il limite dell'interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a far valere la nullità, escludendo che la controparte (nel caso di specie, la banca) possa far valere essa stessa la nullità o possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interessi suoi propri, estranei alla tutela del contraente debole (cass. civ., 29.2.2024, n. 5387, anche in motivazione; cass. civ., 29.2.2024, n. 5336, anche in motivazione).

Ne deriva che, non essendo la banca, convenuta in primo grado ripetizione di indebito, legittimata a far valere la nullità, per mancanza di forma scritta, dei contratti di apertura di credito, o a sollecitare un rilievo ufficioso in tal senso, non può ritenersi preclusa alla correntista di fornire la prova dell'affidamento attraverso mezzi diversi dal deposito del relativo contratto, quali ad esempio gli estratti conto, che, però – come più volte precisato dalla Corte di Cassazione (cass. civ., 29.2.2024, n. 5387, in motivazione; cass. civ., 29.2.2024, n. 5336, anche in motivazione; cass. civ., 17.1.2024, n. 1763; cass. civ., 18.4.2023, n. 10293) - non costituiscono l'unico mezzo di prova per ricostruire le movimentazioni del rapporto bancario, potendosi avvalere di altri strumenti rappresentativi delle predette movimentazioni, come, ad esempio, le contabili bancarie riferite alle singole operazioni, le risultanze delle scritture contabili, gli estratti conto scalari (o c.d. "staffe"), o attribuendo rilevanza alla condotta processuale delle parti e ad ogni altro elemento idoneo a costituire argomento di prova, ex art. 116 c.p.c.

E' stato altresì precisato che, a fronte dell'eccezione di prescrizione della banca del diritto del correntista alla ripetizione dell'indebito, l'esistenza di un contratto di apertura di credito che consenta di attribuire semplice natura ripristinatoria della provvista alle rimesse oggetto di ripetizione dell'indebito e, conseguentemente, a far decorrere il termine di prescrizione dalla

chiusura del rapporto costituisce una eccezione in senso lato, come tale rilevabile d'ufficio dal giudice anche in grado di appello, purchè l'affidamento risulti dai documenti legittimamente acquisiti al processo o dalle deduzioni contenuti negli atti difensivi delle parti (cass. civ., 17.7.2023, n. 20455; cass. civ., 29.2.2024, n. 5364; cass. civ., 6.2.2024, n. 3310).

L'esistenza del contratto di affidamento – la cui nullità per difetto di forma scritta, si ripete, può essere fatta valere solo dal correntista o rilevata d'ufficio dal giudice, ma solo nell'interesse del correntista – può ben desumersi, nel caso di specie, dai seguenti elementi di natura documentale, espressamente elencati dagli appellanti incidentali e/o segnalati dal CTU:

- 1) lettera della banca del 20.9.2011, con la quale veniva ridotto l'affidamento del conto ordinario da € 155.000,00 a € 20.000,00, e che conferma, quindi, l'esistenza di un'apertura di credito fino a € 155.000,00 anteriormente alla predetta data del 20.9.2011 (vedi relazione tecnica del CTU, pag. 23 e 24);
- 2) esistenza, nelle movimentazioni contabili del conto corrente, nel periodo antecedente al 22.10.2005 (periodo anteriore al decennio precedente alla notifica dell'atto di citazione) di costanti scoperti di conto corrente che, in taluni casi, vanno ben oltre € 100.000,00, senza, però, mai superare la soglia di € 155.000,00 (cfr. relazione tecnica depositata dal CTU nel giudizio di primo grado in data 7.3.2018, pagg. 23 e 24);
- 3) esistenza alla data del 7.10.2004 della scrittura in conto con l'addebito di € 110,00 per spese istruttoria e, per il periodo antecedente il 22.10.2005, di movimentazioni di conto nonostante gli scoperti, con emissione di assegni, addebiti di rid, ecc. (cfr. relazione tecnica depositata dal CTU nel giudizio di primo grado in data 7.3.2018, pag. 23);
- 4) applicazione costante della commissione di massimo scoperto;
- 5) mancate richieste di rientri da parte della banca;
- 6) risultanze della visura storica della Centrale Rischi, dove si evidenziano “Rischi a revoca” (ossia aperture di credito) per tutta la durata del rapporto;
- 7) previsione nel contratto di conto corrente (art. 6) della misura del “tasso apertura di credito scop. c/c nella misura del prime rate abi +2”.

Sulla base degli elementi sopra elencati deve ritenersi l'esistenza di contratto di apertura di credito, del quale la correntista, Farmacia attrice in primo grado ed odierna appellata incidentale, intende avvantaggiarsi per paralizzare l'eccezione di prescrizione della banca,

convenuta in primo grado ed appellante principale, ancorchè non sia stato depositato in atti il relativo documento contrattuale in forma scritta.

D'altra parte, la banca convenuta in primo grado ed odierna appellante principale, a fronte dell'allegazione degli attori relativa all'esistenza di un'apertura di credito connessa al conto corrente n. [REDACTED] di atto di citazione in riassunzione, pag. 3: "al conto corrente n. [REDACTED] assistito da apertura di credito...), nella comparsa di risposta depositata in primo grado non contestava l'esistenza, nella sua storicità, dell'apertura di credito, ma deduceva solo che agli atti del giudizio non si rinveniva un contratto di apertura di credito (cfr. comparsa di risposta depositata in primo grado, quarta pagina).

Quanto al limite dell'affidamento, dalla lettera della banca del 20.9.2011, sopra richiamata, con la quale l'affidamento era ridotto da € 155.000,00 a € 20.000,00, si desume che fino al 20.9.2011 il limite dell'affidamento concesso era di € 155.000,00.

Poiché – come accertato dal CTU (cfr. relazione tecnica depositata dal CTU nel giudizio di primo grado in data 7.3.2018, pag. 24) - nelle movimentazioni precedenti alla data del 22.10.2005 (ossia precedenti al decennio anteriore alla notifica dell'atto di citazione) non si erano mai registrati scoperti superiori a € 155.000,00, nessuna delle rimesse antecedenti al 22.10.2005 aveva natura solutoria, ma tutte le rimesse dovevano ritenersi ripristinatorie, e, quindi, non prescritte, decorrendo il relativo termine decennale di prescrizione dalla chiusura del conto corrente (chiusura che era intervenuta solo in data 20.6.2014, come affermato dal CTU nella sua relazione di consulenza tecnica depositata in data 7.3.2018, pag. 20, mentre il giudizio di primo grado era stato introdotto in data 22.10.2015).

Devono, quindi, essere considerate ripetibili dalla correntista, perché ripristinatorie, anche le rimesse annotate in epoca anteriore al decennio da calcolare a ritroso dalla notifica dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado, avvenuta in data 22.10.2015, ossia le rimesse annotate in epoca antecedente al 22.10.2005, pari, per quanto concerne il conto corrente, a € 5.511,42.

L'accertata esistenza di un contratto di affidamento, con la conseguente natura ripristinatoria delle rimesse, determina in radice il rigetto del secondo motivo di appello principale, con cui la banca appellante si duole del fatto che il primo giudice aveva considerato solo le rimesse solutorie relative al contratto di conto corrente, ritenendole irripetibili, e non aveva considerato

anche le rimesse solutorie relative al conto anticipi, e tanto a prescindere da ogni questione sul se le rimesse solutorie siano configurabili in relazione al conto anticipi, che è un conto tecnico (per la soluzione negativa vedi cass. civ., 6575/2018).

Resta assorbita ogni questione, prospettata dagli appellanti incidentali, sul se il contratto di apertura di credito possa ritenersi previsto e disciplinato nel contratto di conto corrente del 23.2.1993, sicchè non sarebbe necessaria la stipula per iscritto di un apposito contratto di apertura di credito.

In conclusione la sentenza di primo grado deve essere riformata nella parte in cui dal saldo a credito della correntista di € 213.523,76, come individuato dal CTU, era scorporato l'importo di € 5.5411,42, pari alle rimesse ritenute solutorie intervenute prima del 22.10.2005, con un saldo residuo di € 208.012,34 credito della correntista.

C.3. Con il terzo motivo di appello principale, la banca appellante ha impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tribunale aveva dichiarato la nullità del contratto di mutuo chirografario del 15.9.2011, perché si trattava di un mutuo di scopo, destinato a ripianare le passività accumulate sul conto corrente n. [REDACTED] ma che non era in grado di realizzare l'attività programmata tra le parti, in quanto alla data del 15.9.2011 non esisteva sul conto corrente nessuna passività, come accertato dal CTU.

La banca appellante principale ha controargomentato che, pur dando per acclarato che tra il contratto di mutuo stipulato per appianare il saldo debitore di un conto corrente e il contratto di conto corrente medesimo vi è un collegamento negoziale che li rende interdipendenti, di guisa che, laddove il saldo debitore del conto corrente derivi dall'applicazione di clausole nulle o da addebiti illegittimi, tali vizi vengono a ripercuotersi anche sul contratto di mutuo (nullità), il Tribunale, nel caso di specie, non si era accorto che la provvista del mutuo non venne integralmente destinata a ripianare il saldo negativo del rapporto di conto corrente: ed invero, emergeva inconfutabilmente dalla sentenza di primo grado che il saldo negativo del conto corrente ammontava, alla data di stipula del mutuo, a € 131.165,66, mentre con il mutuo venne erogata la diversa e maggior somma di € 155.000,00. Pertanto – ha concluso la banca appellante principale – pur seguendo il percorso argomentativo del Tribunale, la nullità contrattuale non poteva essere integrale, ma, al più, solo parziale, limitatamente al solo importo destinato a ripianare la pregressa esposizione debitoria e non anche per la differenza in esubero.

Il motivo di appello, per come formulato, è infondato e, pertanto, deve essere rigettato.

Non è in contestazione – e, quindi, sul punto è calato il giudicato – che il contratto di mutuo concluso in data 15.9.2011 tra la Farmacia e la Banca della Campania sia un mutuo di scopo (mutuo solutorio), perché destinato a ripianare le passività esistenti sul conto corrente n. 247, sicché il mutuante non si obbligava solo a restituire la somma mutuata, con la corresponsione dei relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto estinzione delle passività esistenti sul conto corrente n. 247), per cui tale impegno penetrava nella causa del contratto, con rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, con la conseguenza che l'accertamento di un eventuale difetto di causa non poteva prescindere dalla verifica dell'attuazione o meno di tale risultato (cfr. sentenza impugnata, pagg. 10 e 11).

Su tali presupposti, il primo giudice dichiarava la nullità del contratto di mutuo del 15.9.2011 perché non era in grado di realizzare l'attività programmata dalle parti, in quanto alla data di conclusione del mutuo (15.9.2011) nessuna passività esisteva sul conto corrente n. 247.

La banca appellante principale ha solo controargomentato che, come emergeva in maniera inconfutabile dalla sentenza impugnata, il saldo negativo del conto corrente ammontava, alla data di stipula del mutuo (15.9.2011), a € 131.156,66, mentre con il mutuo era stata erogata la maggiore somma di € 155.000,00, per cui, anche a voler seguire il ragionamento del primo giudice, la nullità del contratto di mutuo non poteva essere integrale, ma solo parziale, limitatamente al solo importo destinato a ripianare la pregressa esposizione debitoria e non anche per la differenza in esubero.

Le controargomentazioni della banca appellante, per come articolate, non colgono nel segno, perché, se è vero che nel contratto di mutuo del 15.9.2011 si legge che l'importo "finanziato" era di € 155.000,00 e che (art. 1) la parte mutuataria dichiarava, sotto la propria esclusiva responsabilità, che il mutuo, come dalla stessa richiesto, era "destinato esclusivamente" alla estinzione della "esposizione sul c/c n. 247, pari attualmente a € 131.165,66, oltre interessi, spese ed accessori ed eventuali partite in corso di contabilizzazione", è, altresì, vero, da una parte, che l'importo finanziato, in genere, non coincide con l'importo erogato, in quanto la banca trattiene dall'importo finanziato una serie di spese ed oneri (per cui l'importo netto erogato è inferiore all'importo finanziato), dall'altra, che l'esposizione debitoria sul conto corrente n. 247 era quantificata dalla banca, alla data di erogazione del mutuo, nella somma di 131.165,66, che

doveva essere, però, maggiorata degli “interessi, spese ed accessori ed eventuali partite in corso di contabilizzazione” (vedi articolo 1 del contratto di mutuo, depositato in via telematica nel presente giudizio dagli appellanti incidentali in data 5.11.2019), e, quindi, finiva con l’essere superiore alla somma indicata di € 131.165,66.

La banca appellante principale, nella formulazione del terzo motivo di appello, non ha tenuto conto né delle spese e degli oneri che concorrevano a determinare l’importo “finanziato” di € 155.000,00, né degli interessi, spese, accessori ed eventuali partite in corso di contabilizzazioni che dovevano essere aggiunte al saldo negativo del conto corrente, quantificato dalla stessa banca nel contratto di mutuo in € 131.165,66, per cui non vi è alcuna certezza che l’importo erogato fosse superiore, ed in che misura, alla complessiva esposizione debitoria del conto corrente di € 155.000,00, oltre interessi, spese, accessori ed eventuali partite in corso di contabilizzazione, con conseguente infondatezza del terzo motivo di appello.

C.4. Con il quarto motivo di appello principale, la banca appellante ha impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui il primo giudice affermava che all’accertata inesistenza di una posizione debitoria della Farmacia sia in relazione al contratto di conto corrente che in relazione al contratto di mutuo, e, conseguentemente, anche dei garanti e conseguiva la declaratoria di illegittimità della segnalazione alla Centrale Rischio, per cui la Banca Popolare dell’Emilia andava condannata a richiedere la cancellazione presso l’autorità che allestisce e conserva l’elenco (Banca d’Italia).

La banca appellante principale ha dedotto la nullità della sentenza nella parte qua in conseguenza della assoluta genericità della relativa domanda; dopo aver premesso le funzioni della Centrale Rischio, la banca appellante ha chiesto che cosa avrebbe dovuto essere cancellata, se una ipotetica segnalazione a sofferenza o la erogazione delle linee di credito (“*Cosa dovrà essere cancellata? Una ipotetica segnalazione a sofferenza? La erogazione delle linee di credito?*”; cfr. atto di appello, pag. 18).

Il quarto motivo di appello principale è infondato.

In primo luogo, in punto di diritto, non è ipotizzabile alcuna nullità della sentenza che derivi da una eventuale nullità della domanda attorea; in secondo luogo, e *ad abundantiam*, non si registra alcuna nullità della domanda degli attori in primo grado, odierni appellati/appellanti incidentali, in quanto essi (a pag. 19 dell’atto di citazione) deducevano chiaramente ed espressamente

l'illegittimità della segnalazione alla Centrale Rischi operata dalla Banca nei confronti della Farmacia e dei garanti sin data 17.6.2014, atteso che il credito della banca nei confronti della debitrice principale non esisteva e chiedevano la condanna della Banca a provvedere alla cancellazione della segnalazione (oltre che al risarcimento danni).

D'altro canto, era la stessa Banca Popolare della Campania, con lettere del 20.6.2014, aventi ad oggetto "segnalazione a "sofferenze" nella Centrale Rischi della Banca D'Italia esposizione debitoria della Farmacia _____ e _____ s.n.c. (debitore principale)", ad informare la Farmacia _____ ed i garanti _____ e _____ che essa Banca aveva proceduto "ad imputare a sofferenze la posizione debitoria" della Farmacia

dandone specifica segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia (vedi allegato "produzione I rar", depositato dagli appellanti incidentali in data 5.11.2019).

C.5. Con il quinto motivo di appello principale, la banca appellante si è doluta dell'erronea regolamentazione delle spese di lite, poste dal primo giudice interamente a carico della stessa, nonostante si fosse in presenza di una soccombenza reciproca delle parti, che avrebbe dovuto portare alla compensazione delle spese di lite.

In particolare, la banca appellante principale ha dedotto la soccombenza reciproca delle parti derivava dalle seguenti circostanze: il primo giudice aveva dichiarato inammissibile la domanda di restituzione delle somme indebitamente corrisposte proposta in via principale dagli attori, odierni appellati; aveva accolto soltanto nella misura del 20% la domanda di mero accertamento proposta in via subordinata dai medesimi attori, odierni appellati; aveva accolto l'eccezione di prescrizione sollevata da essa banca, convenuta in primo grado.

Il quinto motivo di appello è superato dal fatto che l'accoglimento del primo e del secondo motivo di appello incidentale determinano una riforma della sentenza impugnata, con conseguente necessità di regolamentare le spese del giudizio di primo grado, tenuto anche conto dell'esito del terzo motivo di appello incidentale, di qui seguito esaminato.

In ogni caso, non è corretta l'argomentazione della banca appellante principale secondo cui l'accoglimento in misura ridotta della domanda integra una ipotesi di soccombenza reciproca, in quanto la Corte di Cassazione ha precisato, in più occasioni, che non integra il presupposto della soccombenza, neanche reciproca, la riduzione, anche se sensibile, della somma richiesta con la domanda giudiziale, di cui, tuttavia, il giudice di merito pur può tener conto per l'eventuale

compensazione, totale, o parziale, delle spese (cass. civ., 23.6.2000, n. 8532; cass. civ., 7.8.2001, n. 10911; cass. civ., 2.8.2002, n. 11604; cass. civ., 5.5.2004, n. 8528; cass. civ., sez. un., 31.10.2022, n. 32061: “In tema di spese processuali, l'accoglimento in misura ridotta, anche sensibile, di una domanda articolata in un unico capo non dà luogo a reciproca soccombenza, configurabile esclusivamente in presenza di una pluralità di domande contrapposte formulate nel medesimo processo tra le stesse parti o in caso di parziale accoglimento di un'unica domanda articolata in più capi, e non consente quindi la condanna della parte vittoriosa al pagamento delle spese processuali in favore della parte soccombente, ma può giustificare soltanto la compensazione totale o parziale, in presenza degli altri presupposti previsti dall'art. 92, comma 2, c.p.c.”).

D. Esame del terzo motivo di appello incidentale

D.1. Con il terzo motivo, gli appellanti incidentali hanno impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui il primo giudice, pur avendo accertato e dichiarato l'illegittimità dell'intervenuta segnalazione del nominativo della Farmacia _____ e dei garanti _____ e _____ alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, aveva ommesso di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento danni patrimoniali e non patrimoniali.

In particolare, gli appellanti incidentali hanno dedotto che _____ a causa della predetta segnalazione, non aveva potuto accedere al credito e si era visto negare dalla banca Mediolanum un mutuo di euro 435.000,00; inoltre, non vi era dubbio che la segnalazione alla Centrale Rischi avesse provocato anche un danno non patrimoniale, che prescindeva da quello patrimoniale, era legato alla *deminutio* del diritto all'identità, al nome e all'immagine della persona ed era un danno in *re ipsa*, che non necessitava di prove.

Il terzo motivo di appello incidentale non porta ad un risultato utile per gli appellati/appellanti incidentali che lo hanno proposto, in quanto, se è vero che il primo giudice aveva ommesso di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, pur tuttavia, detta domanda, che deve essere esaminata in questa sede, risulta infondata e, quindi, deve essere rigettata.

Con riferimento ai danni patrimoniali, nell'atto di citazione in riassunzione dinanzi al Tribunale di Avellino, gli attori/odierni appellanti incidentali deducevano che il danno patrimoniale subito dal dr. _____ per effetto dell'illegittima segnalazione alla Centrale Rischi si

evinceda con evidenza dal diniego della concessione del mutuo fondiario opposto dalla Banca Mediolanum proprio in ragione alle evidenze negative e tali allegazioni sono state reiterate nel terzo motivo di appello incidentale.

Orbene, la domanda di risarcimento dei danni patrimoniali, che sarebbero stati subiti dal solo [redacted] è infondata per diverse ragioni: in primo luogo, non è stato precisato quali conseguenze negative sul piano patrimoniale avrebbe provocato il rigetto della richiesta di mutuo fondiario di € 435.000,00 presentata da [redacted] alla banca Mediolanum, atteso che il rigetto della richiesta di mutuo è un mero evento che, di per sé, non determina nessuna conseguenza dannosa; in secondo luogo, non vi è prova del nesso di causalità tra il rigetto, da parte della banca Mediolanum, della domanda di mutuo per la somma di € 435.000,00 avanzata da [redacted] e la segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia su impulso della Banca Popolare dell'Emilia Romagna, oggi BPER Banca, in quanto non è idoneo a provare tale nesso di causalità l'unico documento depositato dagli appellanti incidentali a tal fine, rappresentato da una comunicazione della banca Mediolanum del 2.1.2015, indirizzata a [redacted] (in allegato "produzione 3 rar", ridepositata in via telematica in grado di appello dagli appellanti incidentali in data 5.11.2019), nella quale la banca Mediolanum comunicava che non era possibile perfezionare la richiesta di mutuo fondiario presentata da [redacted] in data 7.11.2014 per € 435.000,00, nonostante [redacted] risultasse cliente "prima fila", ed, in quanto tale, meritevole di attenzione, in ossequio alle regole prudenziali circa l'erogazione del credito, "per effetto della presenza di evidenze negative a Suo carico presso le varie Banche Dati". Appare evidente come tale comunicazione faccia riferimento, in maniera generica, ad "evidenze negative" a carico di [redacted] presso non meglio precisate "varie Banche Dati", lasciando intendere, quindi, che il mutuo a [redacted] non era stato concesso per le plurime segnalazioni pregiudizievoli a suo carico presenti in diverse Banche Dati e, quindi, non solo per la segnalazione presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia avvenuta da parte della Banca Popolare dell'Emilia Romagna, per cui non vi è alcuna prova che la richiesta di mutuo sarebbe stata accolta ove fosse mancata la segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia su impulso della Banca Popolare dell'Emilia Romagna, oggi BPER Banca, appellante principale. Quanto, invece, ai danni non patrimoniali per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, richiesti da tutti e tre gli appellanti incidentali, del pari, la domanda è infondata per la mancanza

di prova, e, prima ancora, per la mancata specifica allegazione di tali presunti danni.

Nel caso di specie, gli appellanti incidentali, nell'atto di citazione in riassunzione dinanzi al Tribunale di Benevento e nella memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. depositata nel giudizio di primo grado, si limitavano a chiedere il risarcimento dei danni non patrimoniali per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, senza nessun'altra precisazione.

E' principio costante in giurisprudenza quello per cui il danno all'immagine e alla reputazione da illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, contrariamente a quanto assunto dagli appellanti incidentali nella comparsa di risposta depositata nel presente giudizio di appello, in quanto danno costituente danno "conseguenza", non può essere considerato in "re ipsa", ma va specificamente allegato e dimostrato da chi ne invoca il risarcimento (cass. civ., 6.3.2023, n. 6589; cass. civ., 28.3.2018, n. 7594).

In conclusione, l'appello principale proposto dalla BPER Banca, già Banca Popolare dell'Emila Romagna, deve essere interamente rigettato; l'appello incidentale proposto dalla Farmacia

e da e deve essere accolto in relazione al primo ed al secondo motivo, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolta la domanda di ripetizione di indebito proposta dalla Farmacia e, pertanto, la BPER Banca, già Banca Popolare dell'Emila Romagna, deve essere condannata a pagare alla Farmacia

la somma di € 213.523,76, a titolo di saldo del conto corrente n. 247 e di saldo del conto anticipo su fatture n. 44805, collegato al primo, oltre interessi al tasso legale dalla data della domanda (da individuarsi nella data del 22.10.2015, in cui era notificato l'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado) al saldo.

Quanto al terzo motivo di appello incidentale, la domanda di risarcimento danni da illegittima segnalazione alla Centrale Rischi proposta dagli appellanti incidentali nel giudizio di primo grado, esaminata per la prima volta in questa sede, per non essere stata esaminata dal primo giudice, deve essere rigettata.

Resta ferma la sentenza impugnata nella parte in cui dichiarava la nullità del contratto di mutuo del 15.9.2011 (capo n. 3 del dispositivo della sentenza impugnata) e nella parte in cui condannava la Banca Popolare dell'Emila Romagna, oggi BPER Banca, a richiedere la cancellazione della segnalazione della [redacted] acia e dei garanti e dalla Centrale Rischi della Banca D'Italia (capo n. 4 del dispositivo della sentenza impugnata).

E. Le spese processuali

La riforma della sentenza di primo grado determina una diversa regolamentazione delle spese del giudizio di primo grado, che il primo giudice poneva a carico della banca convenuta.

L'esito del giudizio di appello ha visto la [redacted] banca, già Banca Popolare dell'Adriatico, [redacted] appellante principale e convenuta in primo grado, totalmente soccombente, e gli appellanti incidentali, attori in primo grado, solo parzialmente soccombenti, limitatamente al rigetto della domanda di risarcimento danni da illegittima segnalazione alla Centrale Rischi.

Per tali ragioni, le spese del giudizio di primo e secondo grado devono essere poste a carico, in ragione di tre quarti (3/4), di [redacted], appellante principale, in favore degli appellanti incidentali, con distrazione in favore del procuratore dichiaratosi antistatario, ex art. 93 c.p.c., mentre il residuo quarto (1/4) deve essere compensato tra le suindicate parti.

Le spese della CTU espletata nel giudizio di primo grado devono essere poste interamente a carico della banca, convenuta in primo grado ed odierna appellante principale, ove si consideri che la CTU non era in alcun modo funzionale alla domanda di risarcimento danni per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi, che è la sola domanda in relazione alla quale gli attori in primo grado, odierni appellati/appellanti incidentali, sono rimasti soccombenti.

Le spese del giudizio di primo grado sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, applicando i valori medi della tabella n. 2 allegata al DM 55/2014 e succ. mod., ritenuto il valore della causa di primo grado pari a € 213.523,76 (pari alla somma oggetto della pronuncia di restituzione in favore degli appellati/appellanti incidentali ed in danno della banca appellante principale).

Le spese del presente giudizio di appello sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, in base alla tabella n. 12 allegata al DM 55/2014 e succ. mod., assumendo, del pari, come valore della causa di secondo grado quello di € 213.523,76 (pari alla somma oggetto della pronuncia di restituzione in favore degli appellati/appellanti incidentali ed in danno della banca), applicando i valori minimi per la fase di trattazione/istruttoria, non essendo stata espletata alcuna attività istruttoria, ed applicando i valori medi per tutte le altre tre fasi.

In considerazione del rigetto integrale dell'appello principale proposto [redacted] [redacted] essere dichiarata, ai sensi dell'art. 13, comma 1 -

quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24.12.2012, n. 228 (applicabile ai giudizi introdotti dal trentesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore, avvenuta in data 1.1.2013), la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della suindicata appellata principale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per la proposizione dell'appello incidentale, a norma del comma 1 - bis del citato art. 13.

PQM

La Corte d'Appello di Napoli, Terza Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla BPER Banca, già Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop., nei confronti della Farmacia _____ e _____ s.n.c., di _____ e _____ avverso la sentenza del Tribunale di Avellino, Seconda Sezione Civile, n. 515/2019, pubblicata il 19.3.2019, nonché sull'appello incidentale proposto dagli appellati Farmacia _____ e _____ snc, di _____ e _____ avverso la medesima sentenza, ogni diversa istanza ed eccezione rigettata, così provvede:

- 1) Rigetta l'appello principale proposto dalla BPER Banca, già Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop.;
- 2) Accoglie il primo ed il secondo motivo di appello incidentale, e, in riforma della sentenza impugnata, condanna l'appellante principale BPER Banca, già Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop., a pagare, in favore dell'appellata/appellante incidentale Farmacia _____ e _____ snc, la somma di € 213.523,76, a titolo di saldo del conto corrente n. 247 e del conto anticipi su fatture n. 44805 al primo collegato, oltre interessi al tasso legale dalla data della domanda (22.10.2015) al saldo;
- 3) Rigetta la domanda di risarcimento danni da illegittima segnalazione alla Centrale Rischi proposta nel giudizio di primo grado dagli odierni appellati/appellanti incidentali;
- 4) Resta ferma, nel resto, la sentenza impugnata (capi nn. 3 e 4 del dispositivo della sentenza impugnata);
- 5) Condanna la banca appellante principale al pagamento in favore degli appellati/appellanti incidentali dei tre quarti (3/4) delle spese del giudizio di primo grado, spese che liquida nel loro intero (1/1) ammontare nella somma di € 1.900,00 per esborsi e di € 14.103,00 per compenso di avvocato, oltre rimborso per spese generale al 15%, Iva e CPA, se dovuti, nella

misura come per legge, con distrazione in favore del procuratore antistatario; dichiara compensato tra le suindicate parti il residuo quarto (1/4);

- 6) Pone le spese della CTU espletata nel giudizio di primo grado a carico della banca appellante principale;
- 4) Condanna la banca appellante principale al pagamento in favore degli appellati/appellanti incidentali dei tre quarti (3/4) delle spese del giudizio di secondo grado, spese che liquida nel loro intero (1/1) ammontare nella somma di € 1.165,50 per esborsi e di € 12.154,00 per compenso di avvocato, oltre rimborso per spese generale al 15%, Iva e CPA, se dovuti, nella misura come per legge, con distrazione in favore del procuratore antistatario; dichiara compensato tra le suindicate parti il residuo quarto (1/4);
- 7) Dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della banca appellante principale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per la proposizione dell'appello, ai sensi dell'art. 13, comma 1 - quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012

Napoli, 4.9.2024

Il Consigliere relatore

dr.ssa Rosaria Morrone

Il Presidente

dr.ssa Maria Casaregola