

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA
Terza Sezione Civile**

La Corte di Appello nelle persone dei seguenti magistrati:
dott. Roberto Aponte - Presidente
dott. Anna De Cristofaro - Consigliere
dott. Manuela Velotti - Consigliere Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. r.g. omissis/2018 promossa da:

BANCA

APPELLANTE

Contro

SOCIETÀ IN LIQUIDAZIONE

APPELLATO

Come in atti: CONCLUSIONI

IN FATTO

BANCA ha proposto appello contro l'ordinanza ex art.186 quater pronunciata dal Tribunale di Piacenza in data 17.11.2017, depositata in cancelleria il 20.11.2017, con la quale è stato ordinato all'odierna appellante il pagamento a favore di SOCIETÀ in liquidazione della somma di € 208.066,00 oltre interessi legali dal 18.5.2011 al saldo, ritenuta dovuta a titolo di restituzione di somme indebitamente percepite dalla banca in forza delle clausole del contratto di conto corrente n. OMISSIS stipulato tra le parti il 13.12.1991, estinto nell'anno 2006, che prevedevano interessi anatocistici, commissioni di massimo scoperto e interessi secondo gli usi di piazza e delle quali era stata in precedenza accertata la nullità con sentenza non definitiva n.154/2016 del medesimo tribunale.

Ha dedotto l'appellante, quali motivi di appello, la erronea determinazione del *quantum* in violazione dei principi che regolano la ripartizione dell'onere della prova, non avendo l'attrice SOCIETÀ prodotto in giudizio l'intera sequenza degli estratti di conto corrente e dei conti scalari dall'inizio del rapporto e avendo il giudice erroneamente disposto che il c.t.u., stante l'incompletezza della documentazione, applicasse il criterio del c.d. saldo zero, anziché partire dal primo estratto conto disponibile, nonché emanato l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. nei confronti della banca in difetto dei suoi presupposti, non essendo possibile sopperire con tale strumento all'inerzia della parte onerata della prova della propria pretesa restitutoria.

Ha pertanto chiesto la revoca o l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

Si è costituita la società appellata, eccependo la tardività dell'appello, la sua inammissibilità per acquiescenza ex art. 329 c.p.c. nonché l'infondatezza nel merito.

All'udienza del 25 giugno 2019 la causa è stata decisa con sentenza ex art. 281 sexies c.p.c.

IN DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per tardività sollevata da parte appellata.

Va premesso che l'ordinanza emanata ai sensi dell'art. 186 quater c.p.c. acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza, ai sensi dell'ultimo comma del suddetto articolo, se la parte intimata non manifesti, nei trenta giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all'altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata sentenza.

Nel caso di specie, l'ordinanza ex art. 186 quater impugnata, depositata e comunicata in data 20.11.2017, ha acquistato efficacia di sentenza in data 20.12.2017, stante la mancata comunicazione da parte dell'intimata della volontà di ottenere una sentenza; soltanto da tale ultima data, pertanto, è iniziato il decorso del termine lungo per l'impugnazione ex art.327 c.p.c., posto che, al momento dell'emanazione, l'ordinanza non aveva ancora assunto efficacia di sentenza.

Né può applicarsi il termine breve di cui all'art.325 c.p.c. a decorrere dalla notifica da parte di SOCIETÀ dell'ordinanza munita di formula esecutiva unitamente all'atto di precetto a BANCA, in data 28.11.2017, poiché detta notifica non è idonea a tal fine, sia in quanto antecedente al decorso del termine di 30 giorni di cui all'art. 186 quater comma 4 c.p.c., sia perché effettuata alla parte personalmente a fini esecutivi; va in proposito ricordato a quest'ultimo riguardo che, secondo la costante giurisprudenza della S.C., *"la notificazione della sentenza in forma esecutiva (nella specie, unitamente all'atto di precetto) eseguita alla controparte personalmente anziché al procuratore costituito a norma degli artt. 170, comma 1, e 285, c.p.c., è inidonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione sia nei confronti del notificante che del destinatario"* (Cass., n. 16804/2015; conformi Cass., n. 13428/2010; Cass., n. 15389/2007).

Neppure può ritenersi, sempre ai fini del decorso del termine breve, che il procuratore dell'odierna appellante abbia acquisito formale *"scienza legale"* dell'ordinanza per avere discusso del suo contenuto con la controparte e con il giudice all'udienza del 20.3.2018, come sostenuto dall'appellata, in quanto la conoscenza cui quest'ultima si riferisce è in realtà di mero fatto; come infatti affermato dalla S.C., *"Il termine breve di impugnazione decorre soltanto in forza di una conoscenza "legale" del provvedimento da impugnare, vale a dire di una conoscenza conseguita per effetto di un'attività svolta nel processo, della quale la parte sia destinataria o che ella stessa ponga in essere e che sia normativamente idonea a determinare da sé detta conoscenza o tale, comunque, da farla considerare acquisita con effetti esterni rilevanti sul piano del rapporto processuale"* (Cass., n. 1562/2018, ord.), precisando in motivazione che *"In altri termini, ai fini della decorrenza del termine breve per proporre impugnazione, la notificazione della sentenza, cui si riferisce l'art. 326 c.p.c., non può essere sostituita da forme di conoscenza equipollenti, quali la conoscenza di fatto del provvedimento impugnato"*.

Il termine lungo scadeva dunque il 20.6.2018, sicché l'appello, introdotto con atto di citazione notificato il 19.6.2018, risulta tempestivamente proposto.

L'eccezione di tardività appare pertanto infondata, così come quella di improponibilità dell'appello per intervenuta acquiescenza, ravvisabile secondo l'assunto dell'appellata nell'esecuzione del provvedimento impugnato da parte dell'odierna appellante, in quanto l'acquiescenza alla sentenza preclusiva dell'impugnazione ai sensi dell'art. 329 e.p.c. consiste nell'accettazione della pronuncia, ossia nella manifestazione, da parte del soccombente, della

Sentenza, Corte d'Appello di Bologna, Pres. Aponte – Rel. Velotti, n. 2006 del 25 giugno 2019

volontà di non impugnare, la quale, sebbene possa avvenire sia in forma espressa che tacita, può in quest'ultimo caso ritenersi sussistente soltanto quando l'interessato abbia posto in essere atti assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi dell'impugnazione e dai quali sia possibile desumere, in maniera precisa ed univoca, il proposito di non contrastare gli effetti giuridici della pronuncia, e tale non può essere considerata la spontanea esecuzione della decisione di primo grado favorevole alla controparte, trattandosi di un comportamento che può risultare fondato anche sulla mera volontà di evitare le eventuali e ulteriori spese di precepto e dei successivi atti di esecuzione (vedi Cass., n. 13293/2014 tra le altre).

Neppure può considerarsi acquiescenza la successiva dichiarazione di adesione alla proposta conciliativa formulata dal Giudice con l'ordinanza del 17.11.2017, in quanto fondata su una mera valutazione di convenienza.

Infine, l'appellante non è incorsa in decadenza ex art.346 c.p.c., avendo chiesto la revoca dell'ordinanza impugnata contestando la decisione del giudice di prime cure in ordine alla determinazione del *quantum* della somma ingiunta.

Passando dunque all'esame del merito, l'appellante assume che è onere del correntista, che ha agito per la ripetizione di somme illegittimamente addebitate in conto corrente, fornire la prova degli addebiti illeciti mediante la produzione del contratto di conto corrente e della intera sequenza degli estratti conto relativi a tutto il periodo di durata del rapporto contrattuale, e che, nell'ipotesi in cui non sia stato in grado di produrre l'intera sequenza degli estratti conto, la ricostruzione dei rapporti di dare/avere debba essere circoscritta al periodo in relazione al quale risultano prodotti gli estratti conto, e quindi partendo dalle risultanze del primo estratto conto disponibile, e non con applicazione del criterio del c.d. saldo zero, come erroneamente effettuato dal c.t.u. nel caso di specie alla stregua della stregua dell'errato quesito posto dal giudice di prime cure.

La doglianza è fondata.

Come affermato recentemente dalla S.C.: *"In materia di conto corrente bancario il cliente, il quale, agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito, è tenuto a fornire la prova dei movimenti del conto, tuttavia, qualora limiti l'adempimento ad alcuni aspetti temporali dell'intero andamento del rapporto, il giudice può integrare la prova carente, sulla base delle deduzioni svolte dalla parte; anche con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare disponendo una consulenza contabile"* (Cass., n. 31187/2018), precisando poi ulteriormente, con la recentissima sentenza n. 11543/2019, che *"Nei rapporti bancari di conto corrente, un volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, occorre distinguere il caso in cui il correntista sia convenuto da quello in cui sia attore in giudizio: a) nella prima ipotesi l'accertamento del dare e avere può attuarsi con l'impiego di ulteriori mezzi di prova idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; possono inoltre valorizzarsi quegli elementi, quali ad esempio le ammissioni del correntista stesso, atti quantomeno ad escludere che, con riferimento al periodo non documentato da estratti conto, questi abbia maturato un credito di imprecisato ammontare (tale da rendere impossibile la ricostruzione del rapporto di dare e avere tra le parti per il periodo successivo), così che i conteggi vengano rielaborati considerando pari a zero il saldo iniziale del primo degli, estratti conto prodotti; in mancanza di tali dati la domanda deve essere respinta; b) nel caso di domanda proposta dal correntista l'accertamento del dare e avere può del pari attuarsi con l'utilizzo di prove che forniscano indicazioni certe e complete atte a dar ragione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; ci si può inoltre avvalere di quegli elementi che consentano di affermare che il debito nell'intervallo non documentato sia*

Sentenza, Corte d'Appello di Bologna, Pres. Aponte – Rel. Velotti, n. 2006 del 25 giugno 2019

inesistente o inferiore al saldo passivo iniziale del primo degli estratti conto prodotti o che permettano addirittura di affermare che in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; diversamente si devono elaborare i conteggi partendo da tale saldo debitore".

Nel caso di specie il giudice di prime cure, avendo in precedenza accertato con sentenza non definitiva n. 154/2016 la nullità delle clausole del contratto di conto corrente stipulato tra le parti che prevedevano interessi anatocistici, commissioni di massimo scoperto e interessi secondo gli usi di piazza ha dato corso a una c.t.u contabile, disponendo nel relativo quesito che: *"in mancanza della documentazione contabile pregressa che la banca è onerata di esibire, il C.T.U. considererà il rapporto a saldo zero dal momento in cui iniziano le registrazioni contabili documentate"*. Conseguentemente il perito d'ufficio, non avendo a disposizione la serie completa degli estratti conto, ha provveduto ad effettuare il riconteggio dare-avere partendo da un saldo contabile pari a "zero", anziché dal primo estratto conto disponibile, in tal modo determinando in maniera non corretta - alla luce del recente arresto della S.C. sopra richiamato, che ha precisato i criteri in base ai quali detta quantificazione deve essere operata - l'ammontare complessivo degli addebiti illegittimi. In proposito, sebbene non possa ritenersi l'illegittimità dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. emanato dal giudice nei confronti della banca, come invece da questa sostenuto, deve comunque rilevarsi che detto ordine non è stato eseguito - avendo l'istituto di credito rilevato che esso investiva periodi antecedenti al decennio dall'ultima annotazione, con conseguente legittimazione a non conservare la documentazione ex art.119, comma 4 T.U.B. - e che la mancata ottemperanza da parte della banca, sebbene costituente un comportamento processuale dal quale il giudice può eventualmente trarre argomenti di prova ex art. 116, comma 2° c.c., non può certo sopperire alla carenza dei documenti necessari ai fini della esatta quantificazione del credito vantato dal correntista.

Sarebbe stato pertanto opportuno rinnovare la c.t.u. nel presente giudizio alla stregua dei criteri indicati dalla sentenza n. 11543/2019 della S.C., ma ciò risulta di fatto impossibile in quanto l'appellata non ha provveduto a depositare il fascicolo di primo grado, e in particolare la documentazione in esso contenuta, consistente nel contratto di conto corrente e relativi estratti conto, sia pure non completi.

In proposito si osserva che, avendo l'appellante dimostrato la fondatezza dei propri motivi di gravame, basati esclusivamente sulla non corretta valutazione in diritto della documentazione prodotta dall'attrice - odierna appellata, spettava a quest'ultima ridepositare detti documenti in grado di appello per consentirne un riesame; previa eventuale c.t.u., ai fini dell'accoglimento della domanda di ripetizione di indebito proposta, che risulta invece, a causa della omessa produzione, a sfornita di prova.

L'appello va dunque accolto, con conseguente revoca dell'ordinanza impugnata.

Le spese di lite del presente grado seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Bologna, definitivamente pronunciando, in accoglimento dell'appello proposto da BANCA nei confronti di SOCIETÀ in liquidazione contro l'ordinanza ex art.186 quater c.p.c. pronunciata dal Giudice del Tribunale di Piacenza in data 17.11.2017, depositata il 20.11.2017, revoca l'ordinanza impugnata e condanna l'appellata a rifondere all'appellante le spese di lite del presente grado, che liquida in C 9.000,00 per compensi di avvocato, oltre 15% rimborso spese forfettario, IVA e CPA.

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio della terza sezione civile della Corte d'Appello, il 25 giugno 2019

Il Consigliere rel. est.
Dott. Manuela Velotti

Il Presidente
dott. Roberto Aponte

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS