

Civile Ord. Sez. 1 Num. 5387 Anno 2024

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: CAMPESE EDUARDO

Data pubblicazione: 29/02/2024



ORDINANZA

sul ricorso n.

r.g. proposto da:

con sede in

alla p

, in persona della procuratrice speciale Avv.

rappresentata e difesa, giusta procura speciale allegata al

ricorso, dall'Avvocato

, con cui elettivamente

domicilia in

, presso lo studio

dell'Avvocato

- **ricorrente** -

contro

, in proprio e quale erede di

, quale erede di

, entrambe rappresentate e difese, giusta procura

speciale allegata al controricorso, dall'Avvocato

, con cui

elettivamente domiciliano presso il domicilio digitale di quest'ultimo

all'indirizzo PEC _____ e, ove occorra in

- **controricorrente** -

avverso la sentenza, n. cron. _____, della CORTE DI APPELLO DI BARI pubblicata in data 23/01/2020;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 22/02/2024 dal Consigliere dott. Eduardo Campese.

FATTI DI CAUSA

1. Con atto ritualmente notificato il 5 aprile 2005, la _____
_____ (poi cancellata dal Registro delle Imprese), in persona
della sua legale rappresentante _____ nonché _____
_____, citarono _____ (d'ora in avanti anche,
breviter, Banca) innanzi al Tribunale di Bari, sezione distaccata di Modugno,
in relazione alle operazioni bancarie effettuate sul conto corrente numero
_____, inoltre, _____ convenne la medesima Banca anche
quale di titolare di altro conto corrente, n. _____. Gli attori chiesero che
fosse accertata e dichiarata la nullità ed inefficacia delle condizioni generali
del contratto di apertura di credito e di conto corrente n. _____
intercorrente tra la _____ e la Banca
_____ fin dal 1987, rapporto garantito mediante il rilascio di
fideiussione da parte di _____
_____ a sua volta, chiese dichiararsi la nullità per violazione delle condizioni
generali del contratto di apertura di credito e di conto corrente n. _____
fin dal 1990, anch'esso garantito da fideiussione da parte di _____
Le ragioni di nullità invocate dalle parti attrici riguardavano: a) l'illecita
determinazione degli interessi debitori da parte dell'istituto di credito,
applicate con riferimento alle condizioni usualmente praticate dalle aziende
di credito su piazza; b) l'errata applicazione della capitalizzazione trimestrale;
c) le commissioni di massimo scoperto; d) la regolamentazione delle valute
sulle singole operazioni. Di conseguenza, gli istanti chiesero accertarsi l'esatto
dare-avere tra le parti sulla base del ricalcolo contabile dei conti in regime di
saggio legale di interesse, senza capitalizzazioni, con eliminazione di non

convenute commissioni di massimo scoperto e di interessi computati sulla differenza in giorni-banca, tra la data di effettuazione delle singole operazioni e quelle delle rispettive valute.

1.1. Costituitasi la Banca, che contestò le avverse pretese, l'adito tribunale, disposta ed espletata una c.t.u. contabile, con sentenza del 3/6 ottobre 2016, n. 5027, accolse quelle domande per quanto di ragione e condannò la Banca al pagamento, in favore di

, della somma di € 44.146,11 oltre interessi legali dal 30 settembre 2004 al soddisfo.

2. Il gravame promosso contro quella decisione da Banca fu respinto dall'adita Corte di appello di Bari, con sentenza del 23 gennaio 2020, n. 117, resa nel contraddittorio con

2.1. Per quanto qui ancora di interesse, quella corte: i) rimarcò, innanzitutto, che *«il giudizio è stato introdotto oltre che dalla* *_____*, *in persona del[la] legale rappresentante* *_____*; *anche da* *_____* *ed.* *_____*, *i quali, oltre che essere fideiussori, erano anche soci della società cancellata. Inoltre, la società si è sciolta in data 6.4.2001, senza apertura di liquidazione, a causa della mancata ricostituzione dei soci entro il termine di mesi sei scaduti il 14 marzo 2010»*. Descrisse i principi sanciti da Cass., SU, nn. 6070-6072 del 2013), ma li ritenne inapplicabili, nella specie, *«poiché non si è avuto né un procedimento di liquidazione né una cancellazione volontaria della società, tale da far presumere una rinuncia tacita e implicita al credito controverso. La società, come già detto, composta dai due soci accomandanti*

e dal socio accomandatario

medio tempore *_____*, *si è cancellata n data 06.04.2011, senza apertura della liquidazione, per la mancata ricostituzione della pluralità dei soci entro il termine di mesi 6 scaduti il 14.3.2010 e, quindi, per un fenomeno non dipendente dalla volontà dei soci. Si ritiene, inoltre, che la natura incerta, nell'an e nel quantum, del credito azionato non rappresenta un ostacolo alla successione, atteso che dalla*

condotta della società attrice, cancellata dal registro delle imprese a distanza di qualche anno dall'esercizio dell'azione di accertamento del credito, non può desumersi una chiara volontà di rinuncia a detto credito poiché l'estinzione della società non è dipesa da una volontaria cancellazione, e dunque non poteva essere prevista dai soci, ma è stata, invece, l'effetto obbligatorio della mancata ricostituzione della pluralità dei soci entro il termine di 6 mesi dalla scadenza»; ii) ritenne, poi, che «la cancellazione della società di persone dal registro delle imprese determina l'estinzione della società stessa, privandola della capacità di stare in giudizio, sicché, quando ciò intervenga nella pendenza di un giudizio del quale la medesima è parte, ancorché questo non sia interrotto per mancata dichiarazione del corrispondente evento da parte del suo difensore, la legittimazione sostanziale e processuale, attiva e passiva, si trasferisce automaticamente, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., ai soci quali successori a titolo universale divenuti partecipi della comunione in ordine ai beni residuati dalla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione (Cass. n. 13183/2017). Quindi, la cancellazione della società di persone dal registro delle imprese determina un evento interruttivo, disciplinato dall'art. 299 c.p.c. e ss. con eventuale prosecuzione o riassunzione da parte o nei confronti dei soci, successori della società, ai sensi dell'art. 110 c.p.c.». Nella specie, «il giudizio è proseguito in primo grado per volontà dei soci

i quali primi due, oltre ad essere fideiussori, erano anche soci accomandanti della società

“. Così come l'impugnazione odierna è stata proposta nei confronti di tutti i soci della stessa società estinta. Quindi, la partecipazione al giudizio di primo grado dei soci che, per effetto della vicenda estintiva della società, sono divenuti partecipi della comunione in ordine al credito residuo alla sopravvenuta cancellazione, sono da considerarsi parti del giudizio per un "effetto automatico di successione nel processo", avendolo proseguito ai sensi dell'art. 110 c.p.c.. Per tale ragione, ogni ulteriore considerazione della banca appellante circa la contestuale qualità di fideiussori dei predetti soci è assorbita dal pregiudiziale fenomeno successorio dei soci intervenuti nel processo»; iii) disattese la doglianza dell'appellante

circa l'avvenuta produzione solo parziale degli estratti conto da parte degli attori/appellati, carente peraltro di quella del cd. saldo zero. Sul punto, richiamati i principi di Cass. n. 11543 del 2019, opinò che «[...] la mancata produzione dei contratti e degli estratti conto completi (questi ultimi oggetto di onere probatorio gravante sul correntista, attore in ripetizione dell'indebito) non comporta impossibilità di procedere al ricalcolo dei saldi, ma la mera necessità di assumere come punto di partenza il primo degli estratti disponibili. Infatti, avendo il correntista ottemperato parzialmente a detto onere, il Tribunale correttamente sulla base del proprio prudente apprezzamento, ha fatto ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio, compiuta attraverso la ricostruzione dell'andamento del rapporto e condotta attraverso ragionevoli e fondate ipotesi matematiche, in relazione alle quali non possono - in questa sede - darsi diverse valutazioni di merito. Il consulente ha avuto l'incarico di valutare i fatti accertati e ha operato per la società dei brevi raccordi per due trimestri (solo il 3° trimestre 1993 e 3° trimestre 1997), mentre per il 1999 ha utilizzato le liste movimenti stampate dalla banca. Pertanto, il Collegio evidenzia che, conformemente alla giurisprudenza formatasi in materia di "saldo zero", nel caso in cui, dopo il primo estratto conto disponibile, manchino gli estratti conto successivi, la ricostruzione dell'andamento del conto corrente deve essere certamente effettuata sulla base degli estratti conto effettivamente disponibili senza soluzione di continuità, purtuttavia potendosi effettuare "raccordi" quando la mancanza degli estratti sia contenuta entro periodi limitati di tempo (un trimestre per anno, per soli due anni, e a distanza di quattro anni l'uno dall'altro), come nel caso in questione»; iv) respinse, infine, l'eccezione di prescrizione ivi ribadita dalla Banca, considerando che «L'azione di ripetizione del cliente è assoggettata all'ordinario termine di prescrizione decennale decorrente dalla data di chiusura del conto, salvo che risultino effettuati versamenti di carattere solutorio. Dagli atti, così come rilevato dal CTU, nonostante la mancanza di contratto di apertura di credito, i conti risultano pacificamente affidati, poiché, negli e/c si ricava che la banca aveva consentito degli utilizzi di scoperto di conto corrente. Ciò è provato dai fogli di liquidazione delle

competenze, dove sono riportati i numeri debitori su cui la banca aveva applicato una maggiorazione del tasso oltre fido del 3-5%. Dagli estratti scalari, inoltre, risulta che il fido concesso alla società è stato di ex-lire 40.000.000 fino al 1990 e di ex-lire 80.000.000 fino al 30.08.1997 e di ex-lire 100.000.000 fino al 30.09.2004. Quindi, i versamenti eseguiti su conto corrente in corso di rapporto hanno avuto normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non hanno determinato uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens. Nel caso in questione, si è visto risulta dimostrato l'affidamento di fatto del conto attraverso la documentazione bancaria, sicché si può presumere che tutti i versamenti eseguiti in costanza di rapporto abbiano avuto la funzione di ripristinare l'affidamento concesso dalla banca. Quindi, la prescrizione decennale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria dalla provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto (30.09.2004, atto di citazione del 2005), in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati».

3. Per la cassazione di questa sentenza ha promosso ricorso l
 , incorporante Banca
 affidandosi a sei motivi. Hanno resistito, con unico controricorso,
 „in proprio e quale erede legittima di l [...] e di
 e , „quale erede legittima di
 [...] e di . Entrambe le parti hanno depositato
 memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il terzo motivo di ricorso, il cui esame deve ritenersi logicamente prioritario rispetto agli altri, è rubricato «Art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. Violazione falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c.: la sentenza ha pronunciato ultra petita». Si deduce che «Quand'anche volesse ritenersi che la qualità di soci (o meglio di ex soci) dei signori [...] li avesse in qualche modo legittimati, in quanto successori della società estinta, a richiedere in proprio favore una sentenza di condanna, è pacifico che essi

non abbiano mai formulato in giudizio alcuna domanda di restituzione delle somme in luogo della società originaria avente causa. Infatti, i signori _____ e _____ avevano agito in giudizio con atto di citazione quali fideiussori della società e quindi avevano chiesto, sebbene impropriamente [...], con domanda cumulativa formulata unitamente alla società, all'epoca ancora in vita, la condanna della banca "alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate e/o riscosse, oltre agli interessi legali creditori e rivalutazione monetaria in favore degli odierni istanti". [...]. Cancellatasi la società, è pacifico in atti, risultando dalla sentenza impugnata a p. 9, che il processo non sia mai stato interrotto e che esso sia proseguito nei loro confronti. Ma la prosecuzione era semmai legittimata semplicemente dalla loro veste di fideiussori e dalla persistenza del loro interesse alla declaratoria della invalidità parziale del contratto di conto corrente bancario concluso dalla società, non invece da una domanda di restituzione di somme che, nella diversa veste (per quanto detto inesistente) di successori della società, costoro non hanno mai formulato. [...]. Non si può riconnettere l'effetto successorio, e le conseguenze processuali tratte dalla Corte di merito, alla "prosecuzione" del giudizio da parte di soggetti in esso presenti casualmente a diverso titolo (di fideiussori) occorrendo per costoro semmai proseguirlo spendendo il diverso titolo di successori, esplicitando con apposita domanda: 1) di voler agire in detta qualità; 2) di volersi vedere attribuito il diritto originariamente spettante alla società dante causa».

1.1. Esso si rivela fondato alla stregua delle considerazioni tutte di cui appresso.

1.2. Il Tribunale di Bari, dopo aver proceduto alla rideterminazione del saldo del conto corrente n. _____, già intestato alla _____ (cancellata dal Registro delle imprese, e, conseguentemente estinta, il 6 aprile 2011, come emerge anche dalla decisione oggi impugnata), depurandolo delle poste ivi contabilizzate in relazione a clausole dal primo ritenute nulle, con la sentenza del 3/6 ottobre 2016, n. 5027, ha condannato _____ al pagamento, in favore di _____, della somma di € 44.146,11, oltre

interessi legali dal 30 settembre 2004 al soddisfo, nonostante questi non avessero chiesto una condanna in loro favore deducendone lo specifico titolo successorio rispetto alla società.

1.2.1. In altri termini, ove pure la qualità di soci del e della li avesse legittimati, quali successori della società estinta, a richiedere in proprio favore una sentenza di condanna, non risulta che gli stessi abbiano mai formulato in giudizio alcuna domanda di restituzione in luogo della società originaria avente causa.

1.2.2. Essi, infatti, come si legge alla pagina 3 della sentenza della corte di appello di cui si discute, avevano agito in giudizio, con citazione notificata alla controparte il 5 aprile 2005, *“nella qualità quali fideiussori di detta società”* e, quindi, avevano chiesto, con domanda cumulativa formulata unitamente a quest’ultima, all’epoca ancora in vita, la condanna della banca alla restituzione di quanto da essa illegittimamente addebitato sul conto corrente suddetto e/o riscosso, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

1.2.3. Successivamente alla cancellazione della società dal registro delle imprese, poi, è pacifico, desumendosi la relativa circostanza dalla pagina n. 9 della medesima sentenza, che il processo non fosse stato interrotto e fosse proseguito nei loro confronti. La prosecuzione, dunque, era certamente legittimata in relazione alla loro veste di fideiussori ed alla persistenza del loro interesse alla declaratoria della invalidità parziale del contratto di conto corrente bancario concluso dalla società. Non emerge, invece, l’avvenuta formulazione, da parte loro, di una specifica domanda di restituzione di somme nella pretesa, diversa veste di successori di quest’ultima.

1.3. Tanto premesso, rileva il Collegio che, come opinato, affatto condivisibilmente, da Cass. n. 8521 del 2021 (*cf.* in motivazione), *«il soggetto, già socio di una società cancellata dal registro delle imprese, che agisca a tutela di una pretesa creditoria della stessa, ha quanto meno l'onere, in primo luogo, di allegare espressamente di essere l'avente causa della società, con riguardo a quella specifica situazione giuridica, sia che ne risulti assegnatario in base al bilancio finale di liquidazione, sia che assuma verificatosi il fenomeno successorio al di fuori del procedimento di liquidazione*

(laddove cioè la pretesa non sia stata inserita nel bilancio finale di liquidazione ma tale omissione non sia da intendere quale tacita rinunzia alla stessa), e, in secondo luogo, di dimostrare di essere effettivamente subentrato in quella posizione giuridica (allegando ed eventualmente dimostrando i relativi elementi della fattispecie). In altri termini, l'ex socio che agisca a tutela di una pretesa già di titolarità della società cancellata dal registro delle imprese, deve qualificarsi espressamente come successore nella titolarità della specifica pretesa creditoria della società e non può dirsi semplicemente già socio e/o liquidatore della medesima, in quanto tali ultime qualità non implicano necessariamente la suddetta successione. In particolare, va in proposito ribadito che, pur potendo i soci essere interessati dal peculiare fenomeno successorio che, a certe condizioni ed entro certi limiti, ne può determinare la posizione di aventi causa nei debiti e nelle pretese attive della società dopo la sua estinzione e la relativa cancellazione dal registro delle imprese, non basta la qualità di ex socio perché si determini tale eventuale fenomeno successorio, il quale va pertanto sempre allegato e dimostrato nei suoi elementi costitutivi. Il soggetto che assuma di essere subentrato nella titolarità di posizioni giuridiche attive della società estinta e cancellata dal registro delle imprese dovrà, quindi, sempre dedurre di essere stato uno dei soci o l'unico socio al momento della cancellazione e le ragioni per cui assume di essere succeduto alla stessa nella specifica pretesa azionata; in particolare, per quanto riguarda eventuali sopravvivenze e/o sopravvenienze attive, dovrà anche allegare che si tratta di posizioni attive non liquidate né attribuite ai soci in base al bilancio finale di liquidazione, nonché i motivi per cui ciò sia avvenuto senza però che debba ritenersi integrata alcuna rinunzia alle stesse. In particolare, l'ex socio che intenda proseguire un giudizio nel corso della cui pendenza la società si è estinta ed è stata cancellata dal registro delle imprese, dovrà: 1) qualificarsi espressamente come successore nella titolarità della pretesa creditoria oggetto del giudizio pendente (e non semplicemente affermare di essere stato socio o liquidatore della società estinta e cancellata); 2) allegare e dimostrare che, sulla base del bilancio finale di liquidazione della società, la pretesa creditoria in questione sia stata a lui

attribuita, ovvero che, laddove essa non sia stata affatto oggetto di liquidazione né sia stata presa in considerazione nel bilancio finale di liquidazione, ciò non sia avvenuto in conseguenza di una tacita rinunzia alla stessa, ma per altre ragioni (che dovrà, ove occorra, indicare in modo puntuale e documentare)».

1.3.1. Calando tali principi nell'odierna fattispecie, ne deriva, allora, che, non risultando che ' ed abbiano mai fatto valere specificamente, nel corso del processo, dopo l'avvenuta cancellazione della dal Registro delle imprese (pacificamente risalente al 6 aprile 2011) con sua estinzione, il titolo successorio (diverso da quello originariamente vantato in citazione) sulla base del quale prima il tribunale ha giustificato la condanna della banca convenuta al già descritto pagamento in loro favore e, poi, la corte d'appello ha confermato questa statuizione, non può che concludersi nel senso dell'avvenuta violazione, da parte dei giudici di merito, della disposizione di cui all'art. 112 cod. proc. civ. (sotto il profilo della cd. extrapetizione, per essersi pronunciato il giudice su di una domanda diversa da quella proposta), come oggi lamentata dalla ricorrente con la censura in esame (già formulata anche in appello), che, quindi, va accolta, con conseguente cassazione senza rinvio, ex art. 382, ultimo comma, cod. proc. civ., della sentenza oggi impugnata nella parte in cui ha confermato la statuizione di primo grado di condanna della banca convenuta/appellante al pagamento, in favore di , della somma di € 44.146,11, oltre interessi legali dal 30 settembre 2004 al soddisfo.

2. I motivi di ricorso primo, secondo e quarto denunciano rispettivamente:

1) «Art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.: violazione e falsa applicazione degli artt. 2312, 2315, 2495, 456 c.c. e 110 c.p.c. Difetto di legittimazione attiva quali successori, in caso di cancellazione della società, dei soci cessati dalla detta qualità anteriormente alla cancellazione». Si contesta alla corte territoriale l'avvenuto rigetto del secondo motivo di appello con cui la Banca, disconoscendo la qualità di soci in capo a

che erano semplici fideiussori, aveva lamentato che fosse stata riconosciuta dal Tribunale la legittimazione attiva di costoro benché unica socia superstite della società attrice che, come rilevato dallo stesso primo giudice, risultava essere stata sciolta in data 14 marzo 2010, "senza messa in liquidazione", con la causale "mancata ricostruzione della qualità di soci" e quindi cancellata il 6 aprile 2011, era la sola

II) «Art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.: violazione e falsa applicazione dell'art. 2033 c.c. Difetto di legittimazione attiva dei fideiussori alla ripetizione». Si censura l'avvenuto rigetto del motivo di gravame con cui la Banca aveva ascrivito al tribunale: i) di avere pronunciato una sentenza di condanna in favore di benché questi ultimi fossero semplici fideiussori della società attrice, come tali, privi di qualsiasi (solo asserita) legittimazione attiva in ordine all'azione restitutoria intrapresa dalla società cancellata ed a qualsivoglia rivendicazione restitutoria in ordine al rapporto di c/c intestato alla società (n.), non avendo costoro alcun titolo per avanzare, a titolo personale, richieste di somme di denaro nei confronti di . ; ii) di non aver considerato che mai era stato dedotto, né provato, che predetti ed avessero corrisposto alcuna somma alla banca convenuta in dipendenza del rapporto di garanzia in questione;

IV) «Art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. Violazione e falsa applicazione dell'art. 81 c.p.c. per difetto di legittimazione attiva dei signori

1. Rilevabilità anche d'ufficio del difetto di legittimazione». Si sostiene che, indipendentemente da quanto prospettato con i precedenti tre motivi, la Suprema Corte può «rilevare anche autonomamente il plateale difetto di legittimazione attiva all'azione dei signori per la triplice ragione: che costoro non erano pacificamente più soci della società cancellata (nel 2011) dal 2008 come innanzi precisato; che costoro non erano quindi che meri fideiussori della società e non potevano, come tali, essere soggetti attivi di alcuna statuizione di condanna come innanzi precisato; che costoro sono stati destinatari "inconsapevoli" di un provvedimento giurisdizionale in loro favore

non avendo mai dedotto la loro (comunque inesistente per quanto visto) qualità di successori, né richiesto il bene della vita originariamente spettante alla società estinta spendendo un titolo lato sensu successorio».

2.1. Queste doglianze possono considerarsi assorbite per effetto del già avvenuto accoglimento del primo motivo.

3. Il quinto motivo di ricorso, rubricato, «*Art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. La pronuncia è stata resa nella consapevolezza della mancata completezza della produzione documentale della parte onerata*», ascrive alla corte distrettuale di aver sopperito alla carenza documentale dovuta alla non integrale produzione degli estratti conto da parte degli attori/appellati mediante «*approssimative operazioni di quadratura fondate su finzioni che non possono surrogare l'assenza di estratti conto che non possono che essere continuativi. Approssimazioni, finzioni e discontinuità contabili mal si conciliano con il concetto di prova e le condanne al pagamento di somme di danaro (o gli accertamenti di saldi di rapporti bancari) non possono basarsi su dati inesistenti e su operazioni di prestidigitazione contabile*».

3.1. Tale doglianza (che, evidentemente, non può considerarsi assorbita, stante la originaria domanda di ' _____, nella veste di fideiussori della società correntista, volta alla declaratoria di invalidità parziale del contratto di conto corrente bancario concluso da quest'ultima) si rivela infondata.

3.2. Invero, la stessa assume, sostanzialmente, che, nella ricostruzione del saldo del conto corrente n. _____ già intestato alla ' _____, non si sarebbe potuto sopperire, in alcun modo, alla mancanza di alcuni estratti conto (*cf.* la conclusione del motivo a pag. 27 del ricorso), sicché la corrispondente domanda degli attori/appellati avrebbe dovuto avere sorte negativa.

3.2.1. In tali sensi, tuttavia, la censura non merita accoglimento, posto che, con riguardo proprio al tema degli oneri probatori in controversie, che vedano contrapposti banca e correntista, aventi ad oggetto la rideterminazione del saldo di un conto corrente bancario al fine di espungerne

poste illegittimamente ivi addebitate, la recentissima Cass. n. 1763 del 2024 (alla cui ampia motivazione, per la parte qui di interesse, può farsi rinvio ex art. 118 disp. att. cod. proc. civ.). In senso analogo, si veda, in motivazione, anche la successiva Cass. n. 4067 del 2024), benché non massimata sullo specifico punto, ha puntualizzato (cfr., in particolare i §§ 2.9, 2.9.2. 2.9.4. 2.9.5. e 2.9.6 delle "Ragioni della decisione"), tra l'altro, che, nelle controversie aventi ad oggetto un rapporto di conto corrente bancario: a) «[...] l'istituto di credito ed il correntista sono onerati della dimostrazione dei fatti rispettivamente posti a fondamento delle loro domande e/o eccezioni, tanto costituendo evidente applicazione del principio sancito dall'art. 2697 cod. civ.»; b) «Una volta esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista (oppure la non debenza di commissioni di massimo scoperto o, ancora, il non corretto calcolo dei giorni valuta) e riscontrata la mancanza di una parte degli estratti conto, l'accertamento del dare ed avere può attuarsi con l'impiego anche 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 stessi (cfr. Cass. n. 22290 del 2023; Cass. n. 10293 del 2023). Questi ultimi, infatti, non costituiscono l'unico mezzo di prova attraverso cui ricostruire le movimentazioni del rapporto. Essi – come rimarcato dalla già menzionata Cass. n. 37800 del 2022 (e sostanzialmente ribadito dalle più recenti Cass. n. 10293 del 2023 e Cass. n. 22290 del 2023) – consentono di avere un appropriato riscontro dell'identità e della consistenza delle singole operazioni poste in atto; tuttavia, in assenza di un indice normativo che autorizzi una diversa conclusione, non può escludersi che l'andamento del conto possa accertarsi avvalendosi di altri strumenti rappresentativi delle intercorse movimentazioni. In tal senso, allora, a fronte della mancata acquisizione di una parte dei citati estratti, il giudice del merito: i) ben può valorizzare altra e diversa documentazione, quale, esemplificativamente, e senza alcuna pretesa di esaustività, le contabili bancarie riferite alle singole operazioni, oppure, giusta gli artt. 2709 e 2710 cod. civ., le risultanze delle scritture contabili (ma non l'estratto notarile delle

stesse, da cui risulti il mero saldo del conto: Cass. 10 maggio 2007, n. 10692 e Cass. 25 novembre 2010, n. 23974), o, ancora, gli estratti conto scalari (cfr. Cass. n. 35921 del 2023; Cass. n. 10293 del 2023; Cass. n. 23476 del 2020; Cass. n. 13186 del 2020), ove il c.t.u. eventualmente nominato per la rideterminazione del saldo del conto ne disponga nel corso delle operazioni peritali, spettando, poi, al giudice predetto la concreta valutazione di idoneità degli estratti da ultimo a dar conto del dettaglio delle movimentazioni debitorie e creditorie (come già opinato proprio dalla citata Cass. n. 13186 del 2020, non massimata, in presenza di una valutazione di incompletezza degli estratti da parte del giudice del merito), oppure, come sancito da altra recentissima pronuncia di questa Corte in corso di pubblicazione (resa nel giudizio n.r.g. 14776 del 2019), - [si tratta della sentenza resa da Cass. n. 2607 del 2024, poi pubblicata il 29 gennaio 2024. Ndr.] - anche la stampa dei movimenti contabili risultanti a video dal data base della banca, ottenuta dal correntista avvalendosi del servizio di home banking, se non contestata in modo chiaro, circostanziato ed esplicito dalla banca quanto alla sua non conformità a quanto evincibile dal proprio archivio (cartaceo o digitale); ii) parimenti, può attribuire rilevanza alla condotta processuale delle parti e ad ogni altro elemento idoneo a costituire argomento di prova, ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ.»; c) «È innegabile, peraltro, che malgrado la richiamata, vasta tipologia di documentazione utilizzabile per la integrale ricostruzione delle operazioni che si sono susseguite sul conto (spesso in un arco temporale anche molto ampio), non sia possibile addivenire a quel risultato, sicché, solo in tale ipotesi al giudice di merito sarà consentito utilizzare, dandone adeguata giustificazione, i metodi di calcolo che ritenga più idonei al raggiungimento comunque di un risultato che rispecchi quanto più possibile l'avvenuto effettivo sviluppo del rapporto tra le parti»; d) «In quest'ottica, dunque, potrà certamente trovare applicazione anche il criterio dell'azzeramento del saldo o del cd. saldo zero, il quale, pertanto, altro non rappresenta che uno dei possibili strumenti attraverso il quale può esplicitarsi il meccanismo della ripartizione dell'onere probatorio tra le parti sancito dall'art. 2697 cod. civ.».

3.2.2. La medesima pronuncia, inoltre, indica le modalità di effettuazione dei conteggi da parte del giudice (o del consulente di ufficio da lui eventualmente nominato), ove ritenga di avvalersi del criterio dell'azzeramento del saldo (così non escludendo, dunque, diverse modalità di ricalcolo del saldo medesimo), per l'ipotesi di riscontrata incompletezza degli estratti conto (*cf. amplius*, il § 2.9.6 della relativa motivazione, cui qui può farsi rinvio ex art. 118 disp. att. cod. proc. civ.).

3.2.3. Tanto basta, allora, a giustificare il rigetto della doglianza in esame, rivelandosi la sentenza impugnata, *in parte qua*, certamente coerente con i principi testè riportati.

3.2.4. Né in contrario possono valere le affermazioni della odierna ricorrente secondo cui «alla carenza documentale si è sopperito mediante approssimative operazioni di quadratura fondate su finzioni che non possono surrogare l'assenza di estratti conto che non possono che essere continuativi. Approssimazioni, finzioni e discontinuità contabili mal si conciliano con il concetto di prova e le condanne al pagamento di somme di danaro (o gli accertamenti di saldi di rapporti bancari) non possono basarsi su dati inesistenti e su operazioni di prestidigitazione contabile. In particolare quanto ai c.d. raccordi essi *possono portare a risultati alterati e non corrispondenti al reale andamento del conto, sì che il loro utilizzo potrebbe incentivare strategie scorrette da parte del correntista, arbitro di decidere quali estratti produrre. È peraltro irrilevante anche la circostanza che essi siano stati effettuati per brevi periodi (tali in realtà non sono comunque ben due trimestri nei quali possono essere compiute numerosissime operazioni) giacché anche l'omissione di un solo movimento potrebbe inficiare l'esito di un giudizio. Quanto alle c.d. liste movimenti esse sono, di per sé produzioni parziali rispetto agli estratti conto, mancando il "riassunto scalare" e il "riepilogo competenze" necessarie al CTU per una adeguata verifica delle poste» (*cf.* pag. 25-26 del ricorso). Trattasi, infatti, di argomentazioni assolutamente generiche, da cui neppure è dato ricavare la possibilità di giungere, quanto al valore finale del saldo del conto corrente di cui si discute, ad un esito più*

favorevole per la banca rispetto a quello accertato dal giudice di merito (facendo proprio il metodo di calcolo concretamente utilizzato dal c.t.u.).

4. Il sesto motivo di ricorso, rubricato, «*Art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. Violazione e falsa applicazione degli art. 2946, 2033 e 2697 c.c. Erronea qualificazione delle rimesse su conto corrente in violazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite, Cass., 2 dicembre 2010, n. 24418, e dalla giurisprudenza successiva*», contesta la sentenza impugnata perché, «*confondendo tra affidamento e scoperto, ha ritenuto apoditticamente, violando principi di diritto ormai consolidati presso codesta Corte, che tutti i versamenti eseguiti su conto corrente avessero avuto funzione ripristinatoria dimenticando, da un lato, che i versamenti su un conto "scoperto" integrano per pacifica giurisprudenza un pagamento; dall'altro, che, una volta eccepita dalla banca la prescrizione allegando la mera inerzia del correntista [...], è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito che qualifichi quel pagamento come mero ripristino della disponibilità accordata [...]. Orbene, con riguardo ai versamenti a fronte di un conto scoperto e avvenuti, per stessa ammissione della Corte "oltre fido" (p. 12 della sentenza), è pacifico che si tratti di pagamenti e che le relative rimesse debbano, al contrario di quanto assume la sentenza impugnata, considerarsi solutorie*».

4.1. Questa doglianza risulta infondata.

4.2. Invero, la corte di appello ha accertato l'esistenza di aperture di credito (sebbene premettendo che mancava il relativo contratto in forma scritta) esistenti in relazione al conto già intestato alla

. attraverso le indicazioni ricavabili (anche quanto ai limiti dell'affidamento) dalla documentazione prodotta (estratti conto) ed esaminata dal consulente tecnico di ufficio. Da ciò ha tratto la conclusione che, rivelandosi tutte le rimesse affluite su quel conto come meramente ripristinatorie della provvista, l'eccezione di prescrizione ivi ribadita dalla banca era insuscettibile di accoglimento.

4.2.1. Tale *modus operandi* della corte suddetta è assolutamente conforme al consolidatosi orientamento di legittimità secondo cui non può

ritenersi insussistente una apertura di credito per il solo fatto che il correntista e/o il fideiussore non abbiano fornito la prova della stipulazione del contratto in forma scritta, così configurandosene la nullità per difetto del requisito di cui all'art. 117, comma primo, del d.lgs. n. 385 del 1993. Infatti, la rilevazione di tale vizio, nel caso specifico, non corrispondeva all'interesse della correntista e dei fideiussori, unici che avrebbero potuto invocare detta nullità (cfr., in motivazione, Cass. n. 2338 del 2024, la quale ricorda, tra l'altro, che «[...] in tema di nullità negoziali, questa Corte ha affermato che la rilevabilità d'ufficio si estende anche a quelle cd. di protezione, in quanto configurabili, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza eurounitaria [cfr. Corte di Giustizia UE, sent. 4/06/2009, in causa C-243/08, Pannon], come una species del più ampio genus rappresentato dalle prime, risultando le stesse volte a tutelare interessi e valori fondamentali che trascendono quelli del singolo, quali il corretto funzionamento del mercato e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica [cfr. Cass., Sez. Un., 12/12/2014, n. 24242 e 26243]. Tale principio è stato ritenuto applicabile anche ai contratti bancari, in relazione ai quali è stato affermato che la nullità prevista dall'art. 117, commi primo e terzo, del d.lgs. n. 385 del 1993 per l'ipotesi in cui il contratto non sia stato stipulato in forma scritta si configura come una nullità di protezione, rilevabile anche d'ufficio, stante l'inequivocabile disposto dell'art. 127, comma secondo, del d.lgs. n. 385 cit. [cfr. Cass., Sez. I, 6/09/2019, n. 22385]. È stato tuttavia precisato che, caratterizzandosi le nullità di protezione «per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale [l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea] quanto particolare/seriale [quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti]», la rilevazione officiosa delle stesse, in mancanza della quale risulterebbe frustrata o comunque sminuita la funzione di tutela del bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole, incontra il limite della conformità del rilievo «al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la

controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela [cfr. Cass., Sez. Un., 12/12/2014, n. 26242]]».

4.2.2. Conseguentemente, non essendo la nullità rilevabile d'ufficio, non poteva ritenersi preclusa agli attori/appellati la possibilità di fornire la prova dell'affidamento attraverso mezzi diversi dalla produzione del documento contrattuale, quali, ad esempio, anche gli estratti conto, attestanti il reiterato adempimento, da parte della banca, di ordini di pagamento impartiti dalla correntista anche in assenza di provvista, nella misura in cui gli stessi potevano essere considerati idonei a dimostrare l'esistenza di un accordo tra le parti per l'utilizzazione, da parte della correntista, d'importi eccedenti la disponibilità esistente sul conto ed i limiti di tale utilizzazione (cfr., in tal senso, anche nelle rispettive motivazioni, oltre alla già menzionata Cass. n. 2338 del 2024, pure Cass. n. 34997 del 2023; Cass. n. 20455 del 2023).

5. In conclusione, dunque, l'odierno ricorso di _____ deve essere accolto limitatamente al suo terzo motivo, dichiarandosene assorbiti il primo, il secondo ed il quarto e rigettandosene il quinto ed il sesto. La sentenza impugnata, pertanto, deve essere cassata senza rinvio, ex art. 383, ultimo comma, cod. proc. civ., nella sola parte in cui ha confermato la statuizione di primo grado di condanna della banca convenuta/appellante al pagamento, in favore di _____ a, della somma di € 44.146,11, oltre interessi legali dal 30 settembre 2004 al soddisfo, lasciandola ferma per il resto.

6. Le spese dell'intero giudizio possono interamente compensarsi, tenuto conto della peculiarità della vicenda processuale e dei profili di reciproca soccombenza comunque ravvisabili nella valutazione complessiva dell'esito della lite.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte accoglie il ricorso di _____) limitatamente al suo terzo motivo,

dichiarandone assorbiti il primo, il secondo ed il quarto e rigettandone il quinto ed il sesto.

Cassa senza rinvio la sentenza impugnata nella sola parte in cui ha confermato la statuizione di primo grado di condanna della banca convenuta/appellante al pagamento, in favore di
[redacted], della somma di € 44.146,11, oltre interessi legali dal 30.9.2004 al soddisfo, lasciandola ferma per il resto.

Compensa integralmente tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile