



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

I Sez. civile R.G. 2650/06

Nelle persone dei Sigg.ri Magistrati

Dott.ssa

Rosella Boiti

Presidente

Dott.ssa

Maria Rosaria Sodano

Consigliere

Dott.ssa

Carla Romana Raineri

Consigliere relatore

ha emesso la seguente

**CASO.it**

**SENTENZA NON DEFINITIVA**

nel giudizio di appello promosso da:

**"BANCO DI DESIO E DELLA BRIANZA SPA"**, con sede in Desio, via Rovagnati n. 1,  
in persona del Funzionario responsabile dell'Ufficio Contenzioso dott.ssa Maria Cristina  
Pierobon, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Pesenti e Raffaella Tavacca del Foro  
di Milano, giusta delega in calce all'atto di citazione in appello.

*Appellante*

**Contro**

**ALBINO PR. E FILOMENA FR.**, con l'avv. Rino (Calogero) Gibilaro di Bergamo via  
Matris Domini n. 8, che li rappresenta assiste e difende giusta delega a margine della  
comparsa di costituzione e risposta.

*Appellati*

### Svolgimento del processo

Con atto di citazione, notificato in data 19/07/2006, il “*Banco di Desio e della Brianza S.p.a.*” proponeva appello avverso la sentenza n. 1692/05 emessa dal Tribunale di Monza il 30/05/2006 con la quale veniva revocato il decreto ingiuntivo n. 3164/02 richiesto e concesso in favore del Banco di Desio e della Brianza per l’importo di € 92.687,43 oltre accessori, quale debito della correntista società Ve. Italia srl, di cui si erano costituiti fideiussori gli odierni appellati. Il tutto con la rifusione delle spese processuali del giudizio di opposizione.

L’appellante lamentava la mancata considerazione da parte del Giudice di prime cure della documentazione prodotta in sede di CTU, che riteneva non tardiva, ed invocava la efficacia probatoria delle risultanze di cui alla disposta consulenza d’ufficio, considerate inutilizzabili dal Giudice di primo grado.

Solo in sede di comparsa conclusionale eccepiva la nullità della sentenza di primo grado deducendo la intervenuta estinzione del giudizio di primo grado per mancata riassunzione a seguito dell’evento interruttivo dichiarato dal procuratore della Ve,Ge.Co. Italia srl alla udienza del 7.10.03. Udienza immediatamente successiva alla disposta riunione dei giudizi di opposizione promossi avverso il medesimo decreto ingiuntivo dalla debitrice principale ( Ve. Italia srl ) e dai fideiussori ( Pr.-Fr.).

Si costituivano ritualmente in giudizio Pr. Albino e Fr. Filomena contestando il fondamento della proposta impugnazione ed instando per la conferma della sentenza di primo grado.

All’udienza del 30/01/2007, accertata la regolare costituzione delle parti, la causa veniva rinviata alla successiva udienza del 17/04/2007 per consentire alla parte appellante di replicare alla comparsa di costituzione e risposta dei convenuti.

Non essendo stata depositata alcuna memoria di replica, la Corte rinviava per la precisazione delle conclusioni.

Alla successiva udienza del 21/04/2009 venivano precisate le conclusioni ed il Collegio tratteneva la causa in decisione, concedendo termini per il deposito di comparse conclusionali e relative repliche.

Con ordinanza 08/07/2009 la Corte, ritenutane la opportunità, delegava il Consigliere relatore ad esperire il tentativo di conciliazione.

Non essendo le parti divenute ad alcun accordo transattivo, la causa veniva rimessa nuovamente in decisione sulle conclusioni di cui epigrafe previa concessione di ulteriori termini per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

### Motivi della decisione

Sulla (nuova) eccezione di nullità della sentenza emessa dal Tribunale di Monza e sulla eccezione di estinzione del giudizio di primo grado.

L'appellante ha eccepito, per la prima volta in comparsa conclusionale nel presente grado, la nullità della sentenza appellata in quanto emessa in un procedimento da ritenersi colpito da estinzione.

Deduce, sul punto, l'appellante che il Giudice di primo grado, a seguito del fallimento di "VE. Italia s.r.l ( parte del giudizio) reso noto alla udienza del 7.10.03, omise di dichiarare l'interruzione del giudizio e non dispose alcuna separazione (neanche implicita) delle cause riunite, con la conseguenza che l'evento interruttivo dichiarato in data 7.10.03 avrebbe colpito l'intero ed unico giudizio, determinandone l'estinzione per mancata riassunzione nel termine semestrale. Di qui la nullità della sentenza di primo grado.

L'eccezione va disattesa.

Osserva la Corte che essa si appalesa, in primo luogo, inammissibile in quanto non proposta nei motivi di appello, ma per la prima volta prospettata in comparsa conclusionale e, comunque, priva di fondamento.

Ed invero, la eccezione di estinzione del giudizio con riferimento all'evento interruttivo verificatosi in primo grado deve considerarsi certamente tardiva atteso che il Banco di Desio, successivamente alla dichiarazione dell'intervenuto fallimento di Ve. ~~7213~~ nei

procedimenti riuniti ( declaratoria cui non sono, invero, conseguiti da parte del giudice di prime cure né un provvedimento di separazione dei giudizi, né alcuna declaratoria di interruzione), ha utilizzato i termini di cui all'art. 183 comma V c.p.c. e quindi, alla successiva udienza del 8.1.2004, ha chiesto la concessione dei termini di cui all'art. 184 c.p.c. Istanza cui si associarono gli attori oppositori.

L'art. 307 c.p.c. statuisce che *"l'estinzione opera di diritto, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa"*.

Quindi, nel caso di specie, la odierna appellante, nel giudizio di primo grado, avrebbe dovuto eccepire l'estinzione del processo al più tardi all'udienza del 22/04/2004 ( prima udienza successiva al termine semestrale decorrente dall'evento interruttivo dichiarato alla udienza del 7.10.03), in concomitanza con l'ammissione delle prove e la nomina del CTU. Eccezione che non ha, per contro, sollevato neppure all'atto della precisazione delle conclusioni

E' principio acquisito in giurisprudenza che *"l'espressione prima di ogni altra sua difesa contenuta nell'ultimo comma dell'art. 307 c.p.c. (...) va intesa nel senso che l'eccezione di estinzione del processo deve precedere ogni diversa difesa, quale che sia il momento nel quale le difese vengono formulate"* (Cass. civ., 7 luglio 2006, n. 15483).

L'estinzione del processo, nei casi previsti dall'art. 307 c.p.c., del resto, così come specificato anche dalla giurisprudenza di merito, non è rilevabile d'ufficio ma, come previsto dal comma 4 dello stesso articolo, *"costituisce oggetto di eccezione processuale in senso proprio, e come tale non può essere dichiarata dal giudice ove non sia dedotta dalla parte interessata (al cui potere dispositivo appartiene l'opzione processuale relativa) prima di ogni altra sua istanza o difesa nel medesimo grado di giudizio nel quale l'evento estintivo si colloca"*. (App. Genova, Sez. I, 22/10/2005)

A mente di ciò, non può essere revocato in dubbio che nell'ambito della presente controversia l'eccezione di estinzione avrebbe dovuto essere sollevata nel grado di giudizio in cui l'evento estintivo si è verificato, con la conseguenza che la sua mancata proposizione avanti il Tribunale di Monza ha consentito al processo di proseguire regolarmente.

In ogni caso il processo di primo grado, nei rapporti fra opposenti e Banco di Desio, deve considerarsi regolarmente proseguito poiché mai colpito dall'evento interruttivo che ha riguardato solo la Ve. Italia srl.

Ed invero, avverso il medesimo decreto ingiuntivo erano stati proposti due autonomi giudizi di opposizione (da parte della debitrice principale e dei garanti). Tali giudizi, in un primo tempo riuniti, possono ritenersi poi *implicitamente* separati in ragione del fatto che il Giudice di primo grado, non dichiarando l'interruzione, ha disposto, su istanza della stessa opposta, ora appellante, la prosecuzione del processo (assegnando, prima, i termini di cui all'art. 183 V co. c.p.c. e, quindi, i termini di cui all'art. 184 c.p.c) ed atteso che le odierne parti hanno attivamente partecipato successiva fase istruttoria, sino alla decisione della controversia..

Sul punto il Giudice di primo grado, in sentenza, ha specificamente argomentato che la dichiarazione di intervenuto fallimento della Ve. non ha prodotto effetti nei confronti del giudizio di opposizione promosso dai fideiussori Pt.-Fr. che ben poteva essere deciso in quanto non colpito dall'evento interruttivo e considerarsi "implicitamente" separato alla stregua delle pronunzie della Corte di legittimità citate in sentenza ( Cass. n. 14102/02; Cass. n. 2866/97; Cass. n. 10167/93).

La motivazione appare del tutto condivisibile e la spiegata eccezione di nullità, oltreché inammissibile in rito, è comunque destituita di fondamento.

#### **Sulla efficacia probatoria dei documenti prodotti**

Il Banco Desio ha fondato il ricorso monitorio producendo la certificazione di cui all'art. 50 Dlgs 385/1993 (T.U.B.): *"la Banca D'Italia e le banche possono chiedere il decreto d'ingiunzione previsto dall'art. 633 del codice di procedura civile anche in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero liquido"*.

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, ha chiarito la portata di tale disposizione statuendo che: *"ai sensi dell'art. 102 L. Bancaria 07/03/1938 n. 141 il valore probatorio*

*dell'estratto dei saldaconti è limitato al procedimento monitorio(...) mentre non si estende al susseguente procedimento di opposizione ed in genere agli ordinari giudizi di cognizione (ivi compreso quello introdotto da domanda di insinuazione al passivo fallimentare) nei quali il detto documento - diverso dall'estratto conto vero e proprio la cui efficacia probatoria discende dalla specifica previsione dell'art. 1832 cod. civ. ed è, dall'art 50 della nuova disciplina della materia dettata dal D.L. 1 settembre 1993, n. 385, richiesta anche agli esposti fini monitori, con conseguente abrogazione della succitata norma di previsione del saldaconto - può assumere rilievo solo come elemento indiziario, la cui portata è liberamente apprezzabile dal Giudice e solo nel contesto di altri elementi ugualmente significativi" (Cass, Sez. Unite, n. 6707/94; cfr., anche, Cass. n. 2751/02, Cass. n. 12233/03, Cass, n. 14234/03, Cass. n. 7087/05).*

Il Banco di Desio, attore in senso sostanziale nel giudizio di opposizione instauratosi a seguito dell'opposizione al decreto, aveva l'onere di fornire la prova del proprio del proprio credito ed ha invece prodotto, nel termine istruttorio assegnatole, un estratto conto relativo al solo periodo 01 giugno 2002-31 agosto 2002.

Vero è che nel rapporto di conto corrente gli estratti conto indicati dall'art. 1832 c.c., e ora anche dall'art. 119 TUB, sono assistiti, quando non tempestivamente contestati o impugnati, dalla presunzione di veridicità circa le risultanze contabili in essi contenute. Pur tuttavia, l'approvazione "tacita" deve intendersi limitata agli accrediti ed agli addebiti considerati nella loro realtà fattuale e non preclude la possibilità di impugnare la validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori da cui derivano le annotazioni contabili, e quindi dei titoli contrattuali che ne sono alla base ( validità in senso sostanziale), i quali rimangono regolati dalle norme generali sui contratti ( Cass. n. 10376/06, Cass. n. 6548/01, Cass. n. 10129/01).

Le odierne parti appellate si erano opposte al decreto deducendo la illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi e delle spese di conto operate dal Banco di Desio e della Brianza, richiamando gli ultimi orientamenti giurisprudenziali (secondo i quali "le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi configurano violazione del

*divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 cod. civ. non rinvenendosi l'esistenza di usi normativi che soli potrebbero derogare al divieto imposto dalla suddetta norma, neppure nei periodi anteriori al mutamento giurisprudenziale in proposito avvenuto nel 1999, non essendo idonea la contraria interpretazione giurisprudenziale seguita fino ad allora a conferire normatività ad una prassi negoziale che si è dimostrata contra legem" (Cass. civ. nn. 2374/99; 3096/99; 12057/99; 1281/02; 4489/02; 14091/02; 2593/03 e da ultimo Cass. civ. n. 21095/04);*

Trattasi dunque di contestazione involgente la intrinseca validità del rapporto, per la quale non può invocarsi la disciplina della approvazione tacita del conto.

La Banca, omettendo di produrre gli estratti conto relativi all'intero rapporto, non ha consentito l'esatta ricostruzione delle poste contabili nella misura richiesta in sede monitoria.

#### Sulla tardività della produzione in sede di CtU

Il Tribunale ha, correttamente, rilevato come la produzione tardiva (in sede di CTU) degli estratti di conto corrente (peraltro nemmeno completi) non potesse avere un effetto sanante, poiché effettuata dopo la scadenza dei termini perentori di cui all'art. 184 c.p.c., maturata il 31/03/04.

Sul punto l'appellante ha eccepito trattarsi di mera irrivalenza, involgente un'ipotesi di nullità relativa ex art. 157 c.p.c., non rilevabile d'ufficio e sanata dal difetto dell'eccezione della parte che abbia interesse ad opporsi alla produzione tardiva.

La tesi è destituita di fondamento.

I termini di cui all'art. 184 c.p.c., nella formulazione allora vigente, erano definiti dallo stesso legislatore "perentori", in ossequio al regime più serrato delle preclusioni processuali, a seguito l'intervento legislativo del 2005.

In tale ottica, già con quella riforma, si avvertì la necessità di introdurre l'art. 184 *bis* (il quale, come noto, consente la rimessione in termini) proprio in relazione alle decadenze previste dagli articoli 183 c.p.c. e 184 c.p.c..

L'istituto della rimessione in termini è, però, invocabile soltanto se la parte dimostra di non aver potuto osservare il termine per causa ad essa non imputabile. E a tale fine non può certamente ritenersi equivalente il consenso della controparte o la sua inerzia nell'eccepire l'intervenuta decadenza.

Sul punto la giurisprudenza è univoca nell'affermare che *"la tardività della produzione documentale è rilevabile anche d'ufficio dal giudice"* (Cass. n. 827/02, conforme Cass. n. 9273/00) e che *"nel procedimento civile di primo grado, dopo la riforma della L. 353/1990 e successive modifiche ed integrazioni, sussiste un regime di preclusioni preordinato non solo a tutela di interessi di parte, ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo con la conseguenza della rilevabilità d'ufficio delle tardività di domande, allegazioni, istanze e richieste. I termini perentori previsti dall'art. 184 cpc per la formulazione delle istanze istruttorie si riferiscono anche alle produzioni documentali (prove precostituite), con la conseguenza che il Giudice, in caso di produzioni documentali effettuate dopo la scadenza dei termini all'uopo fissati, deve pronunciare la tardività ed inutilizzabilità del documento ai fini decisori"* ("ex multis", Trib. Torino, 19/02/2003; Trib. Milano, 08/05/1997).

### **Quanto alla efficacia probatoria della consulenza tecnica**

L'appellante, dopo aver illustrato la differenza fra consulente deducente e consulente percipiente, evidenzia che in tale seconda ipotesi *"la consulenza costituisce fonte diretta di prova ed è utilizzabile al pari di ogni altra prova acquisita al processo"*.

Omette, tuttavia, la difesa appellante di considerare che in nessun caso la consulenza può costituire mezzo sostitutivo dell'onere probatorio gravante sulla parte e dunque consentire alla parte di sottrarsi al regime di cui all'art. 2697 c.c.

La giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che: la CTU *"non costituisce un "mezzo di prova" in senso stretto, ma rappresenta piuttosto uno strumento di cui il Giudice può disporre anche d'ufficio, per la valutazione di elementi acquisiti e per la soluzione di questioni tecniche che richiedano specifiche conoscenze, e che in ogni caso non può essere*

*disposta per esonerare la parte dal fornire la prova del proprio assunto (cfr. Cass. Civ., nn. 2629/90; 2849/87; 3105/87; 2957/99; 2802/00).*

Costituisce circostanza assolutamente pacifica, poichè mai contestata, che l'unica documentazione prodotta nel giudizio di primo grado, nei termini di cui all'art. 184 c.p.c., è quella costituita dagli estratti conto relativi al periodo 1.giugno 2002-31 agosto 2002.

L'ulteriore documentazione prodotta in sede di CTU deve ritenersi inammissibile in quanto tardiva, e parimenti inammissibile deve considerarsi in questa sede ai sensi dell'art. 345, comma 3 c.p.c..

L' inammissibilità nel giudizio di secondo grado dei mezzi di prova in riferimento ai quali la parte sia incorsa in decadenze costituisce, infatti, principio incontroverso (cfr. "ex multis" Cass. n. 10487/04; Cass. n. 18740/03 e Cass. n. 15716/00).

#### Sulla infondatezza, nel merito, dell'appello

Ciò premesso, osserva la Corte che la pronuncia di primo grado appare, nelle conclusioni, condivisibile anche nella parte in cui ha totalmente disatteso la pretesa creditoria della allora parte opposta.

Ed invero, ferma restando la correttezza delle motivazioni addotte in ordine al regime probatorio di cui si è detto, ed alla inutilizzabilità degli estratti conto prodotti solo in sede di CTU, osserva la Corte il saldo creditorio della Banca doveva essere riportato "a zero" alla data del 31.5.2002 ( poichè privo di riscontro probatorio per il pregresso) e quindi rideterminato al 31.8.2002 sulla base dell' estratto conto ritualmente prodotto. ( sul punto cfr. Trib. Pescara 7.6.05 in Giur. Merito, 2005, 10-2045).

L' "azzeramento" del saldo contabile relativo al periodo precedente a quello ritualmente documentato risponde ai generali principi che regolano l'onere probatorio. E si rammenta, in proposito, che la Banca, ingiungente, riveste la qualità di attrice in senso sostanziale nel giudizio ordinario di opposizione a decreto ingiuntivo.

Orbene, se dal saldo passivo di € 114.715,41 al 31.8.2002 ( data di chiusura del conto ) si detrae l'importo a debito del correntista, pari ad € 211.297,82, alla data del 1.6.2002 ( in

virtù del principio suesposto di azzeramento del saldo passivo ) emerge un credito, anzichè un debito, del correntista.al 31.8.2002 pari ad € 96.582,41.

La pretesa azionata in sede monitoria non può, pertanto, ritenersi fondata neppure per una diversa minor somma, con conseguente legittimità della disposta revoca del decreto.

Le spese processuali, che seguono la soccombenza, vengono liquidate come da dispositivo, tenuto conto del valore della controversia e della qualità delle difese svolte.

### **P.Q.M.**

La Corte, definitivamente pronunciando, così provvede:

dichiara inammissibile la eccezione di nullità della sentenza di primo grado;

respinge l'appello confermando la impugnata sentenza;

condanna l'appellante alla rifusione delle spese processuali del grado liquidate in favore degli appellati in € 81,65 per esborsi, € 3.200,00 per diritti ed € 4.200,00 per onorari, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Milano, in camera di consiglio, il 1.12.2010.

Il Cons. estensore

Il Presidente