



Ancora su Cass. 27704 e 27705 2018: le bugie hanno davvero le gambe corte?

Ed ecco che una menzogna, ripetuta più e più volte, pare essere riuscita a persuadere un intero collegio, la CdA di Torino nella 184 del 15/02/2021, la quale, testualmente, così si esprime:

“L’esistenza del contratto di apertura di credito deve essere provata con la forma scritta e non può essere fondata su altri elementi come prove indirette, quali gli estratti conto, i riassunti scalari, i report della centrale rischi, la stabilità dell’esposizione, l’entità del saldo debitore, la previsione di una commissione di massimo scoperto, oppure voci quali “spese gestione fido” e “revisione fido”. Ai fini della individuazione delle rimesse solutorie e/o ripristinatorie – in mancanza di contratto scritto – il limite dell’affidamento non si può individuare nello stesso massimo scoperto consentito di fatto (Cass. civ., sez. 1, 30/10/2018 n. 27705).”

MAI, tuttavia, la Suprema Corte ha pronunciato quella massima.

Facciamo un passo indietro.

A maggio dello scorso anno (2020), mi lamentavo¹ del fatto che, in alcune difese bancarie, a supporto della tesi secondo la quale la prescrizione avrebbe dovuto agire come una “ghigliottina” per il periodo antecedente al decennio che precede l’introduzione della domanda giudiziale

(perché)

1 di 9

*“per dimostrare l’esistenza di un affidamento in capo al correntista sarebbe stato necessario produrre il documento contrattuale **scritto**”*

fossero ormai **ripetutamente** citate, **a sproposito**, due pronunce di Cassazione, la 27704/18 e la 27705/18.

Evidenziavo come, in realtà, in **nessuna** delle due pronunce della Corte di legittimità fossero presenti assunti del tipo «*il fido di fatto è irrilevante*»² e tantomeno «*ove la banca eccipisca la prescrizione, incombe sul correntista l’onere di provare la natura ripristinatoria dei pagamenti e la relativa prova dovrà essere fornita unicamente allegando il documento contrattuale, non rilevando all’uopo – per come si evince nelle pieghe della sentenza – le c.d. “prove indirette” (ossia le evidenze degli estratti conto, i riassunti scalari, i report della centrale rischi, la stabilità dell’esposizione che ne evidenzia il carattere non occasionale, l’entità del saldo debitore, la previsione di una commissione di massimo scoperto).*»³

Ebbene, a forza di insistere, le difese bancarie devono aver convinto la Corte di Appello di Torino ma la verità è che non troverete quelle parole né in Cass. 27704/2018, né in Cass. 27705/2018.

La Suprema Corte, semplicemente, aveva rilevato come in sede di legittimità non sarebbe stato possibile fornire ulteriori o nuove prove (ovvero chiedere un nuovo esame) rispetto al merito già esposto presso le corti territoriali.

A pagina 4 paragrafo 2.1 di Cass. 27705/18 si può difatti leggere che:

¹ <http://www.assocut.it/dottrina/articolo/cassazione-n-2770418-e-n-2770518-due-facce-della-stessa-medaglia/> e di cui il presente lavoro, poco più di una piccola raccolta giurisprudenziale sul tema, costituisce una sorta di aggiornamento

² <https://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/ripetizione-indebito-onere-del-correntista-dimostrare-la-natura-ripristinataria-dei-versamenti>

³ <https://iusletter.com/archivio/bocciato-cassazione-fido/>



“Come palesa lo svolgimento del medesimo, ove ripetutamente assume in modo apodittico la natura solutoria delle rimesse, il ricorso mira a sottoporre alla Corte un nuovo giudizio sul fatto, precluso in sede di legittimità. In sostanza, il ricorrente insiste nella ritenuta disponibilità relativa ad un preteso affidamento di fatto: ma la Corte del merito ne ha risolutivamente escluso la prova”.

In Cass. 27704/18, a pagina 2 si apprende che *“La Corte [di appello ndr], per quanto ancora rileva, ha ritenuto, con l'ausilio di ctu, la natura solutoria delle rimesse effettuate, in quanto non è stata provata l'esistenza di un'apertura di credito o di affidamenti nel periodo considerato, con conseguente operatività della prescrizione decennale dai singoli versamenti.”* **concludendo a pagina 3 al paragrafo 2** *“Come palesa lo svolgimento del medesimo, ove ripetutamente assuma la natura solutoria delle rimesse, il ricorso mira a sottoporre alla Corte un nuovo giudizio sul fatto precluso in sede di legittimità. [...] In sostanza, il ricorrente insiste nella ritenuta disponibilità relativa ad un preteso affidamento di fatto: ma la Corte del merito ne ha risolutivamente escluso la prova.”*

Ciò che dunque appare evidente, è come **in entrambe le vicende** sulle quali Cassazione si è pronunciata, le corti di merito **non avevano reputato che il correntista avesse provato di essere stato affidato** e che un nuovo giudizio sul fatto **sarebbe stato ormai stato precluso**, in sede di legittimità.

Devo ammettere che quando lessi, per la prima volta i due articoli pubblicati sul web, rimasi piuttosto perplesso.

Strideva che la Corte di legittimità avesse effettivamente sostenuto la tesi voluta dalle difese bancarie.

Se non altro perché il cardine della disciplina sulla trasparenza bancaria è **la tutela dell'utente bancario** e la banca, certamente, non potrà avvalersi, a suo vantaggio, delle **nullità di protezione previste dal TUB**.

L'art. 127 comma 2 TUB prevede che *“Le nullità previste dal presente titolo [cioè il Titolo VI ndr] operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice”*

2 di 9

Al capo I del Titolo VI ("Trasparenza delle condizioni contrattuali dei rapporti con i clienti") troviamo gli artt. da 115 a 120quater, e dunque anche il 117, il quale, al comma 1 impone che il contratto sia redatto per iscritto e sanziona, al comma 3, il caso di mancata osservanza della forma prescritta con la nullità del medesimo.

La Corte di Appello di Bologna nella sentenza nr. 2920/18 è stata certamente aderente a questi principi, tanto da esprimersi in questo modo: *“Deve infine osservarsi, che provata l'esistenza di un affidamento, fornita anche solo mediante le comunicazioni periodiche inviate ai correntisti dalla banca, è precluso a quest'ultima eccepire la nullità del contratto per difetto di forma scritta, atteso che la norma è posta a tutela del solo cliente e non a favore della banca e se gli accordi tra le parti prevedevano degli interessi convenzionali maggiori di quelli legali, la banca avrebbe dovuto provarlo mediante la produzione della relativa pattuizione in forma scritta e non dolersi perché il contratto non era stato prodotto dall'appellata”*

Così anche Cass. Civ. Sez. I nr. 31927/19 del 06/12/2019: *“[...] a fronte dell'eccezione di prescrizione sollevata con riferimento alla domanda di ripetizione di indebito del correntista, è quest'ultimo ad essere onerato della prova dell'esistenza del contratto di apertura di credito, incidente sulla natura delle rimesse poste in essere oltre il decennio, fermo restando che il giudice del merito è tenuto a valorizzare la prova ritualmente acquisita al riguardo, indipendentemente da una specifica allegazione del correntista circa la stipula del contratto in questione”.*

Dello stesso avviso, la recente **Cass civ. III sez. nr. 25158/20 del 10/11/2020**.



L'esistenza di un contratto di apertura di credito, dunque, non necessariamente deve essere provata (e tantomeno dal cliente bancario) con il contratto SCRITTO⁴ e, a quanto mi risulta, la Cassazione non si è MAI pronunciata in senso contrario. Tutt'altro.

⁴ Tra le tante pronunce:

- **Corte di Appello di Brescia nr. 292 del 10/03/2021:** *“Con il primo motivo l'appellante lamenta la violazione degli artt. 2935-2946 e 2697 c.c. in materia di onere probatorio in relazione all'eccezione di prescrizione: deduce all'uopo che, in base alla regola generale dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., a fronte dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca, grava sul correntista che assume l'esistenza di aperture di credito l'onere di provarne la ricorrenza ed entità all'atto di ogni versamento dimostrando, così, la natura ripristinatoria (e non solutoria) con la conseguente decorrenza dalla chiusura del c/c [...] . **Il motivo è infondato.** Va, in primis, evidenziato che non solo non è contestato che entrambi i c/c siano affidati ma, in ogni caso, sono stati prodotti gli e/c del c.c. n. [...] dal 1990 e del c.c. n. [...] dal 1994. Il CTU ha inoltre rilevato che, dall'analisi di entrambi i c.c. risultano **“aperture di credito” sin dalla data di apertura**” (pag. 22 elaborato peritale). Sono agli atti (doc. 9 e 10 appellate) copia del prospetto analitico della Centrale Rischi della Banca d'Italia da cui si evince che entrambe le società godevano di affidamenti per cassa.*

- **Trib. Ascoli Piceno nr. 35 del 21/01/2021:** *“Nel caso che ci occupa, non può tacersi della circostanza per cui i rapporti di cui si discute sono sorti prima dell'imposizione normativa dell'obbligo di forma scritta per i contratti bancari (art. 117 TUB) cosicché, l'assenza del contratto, non può essere considerata quale prova a sfavore del correntista. In disparte, infatti, la considerazione per cui l'eventuale nullità del contratto di affidamento ex art. 117 TUB per assenza di forma scritta è una nullità di protezione, a favore del correntista (che, dunque, per sua natura, non potrebbe essere né eccepita dalla banca [...] **né, infine, avere dei riverberi sfavorevoli per il correntista**), nel caso che ci occupa, ad avviso di chi scrive, può concludersi, con sufficiente certezza, nel senso che i rapporti di conto corrente articolatisi nel tempo fra le odierne parti di causa (aperti nell'anno 1991 – conti n. 325 e 316 –) fossero, sin dall'inizio, assistiti da aperture di credito. Innanzitutto, è la stessa parte convenuta ad ammetterlo pacificamente sin dall'atto di costituzione nel presente giudizio (cfr. memoria di costituzione, pag. 11); in secondo luogo, i correntisti hanno portato all'attenzione di questo ufficio elementi presuntivi e prove indirette (quali la stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito pluriennale; l'assenza di solleciti da parte della banca al rientro dallo scoperto; report di Centrale Rischi, ecc.) che implicano, in modo univoco, l'avvenuta concessione del fido sin dalla data di apertura dei rispettivi conti corrente. Non possono essere ignorati, in particolare, i dati emergenti dalle certificazioni della banca EURISC, gestita da CRIF, ove si attesta che, a decorrere dal 5.11.1991, ossia dallo stesso giorno di sottoscrizione dei rispettivi contratti di conto corrente da parte delle società attrici, i rapporti risultavano affidati; allo stesso modo, non potrebbe essere ignorata l'esistenza di saldi costantemente a debito dei correntisti, in assenza di prova di un qualunque sollecito inviato dalla banca finalizzato al rientro dallo scoperto degli stessi”*

- **Trib. Livorno nr. 40 del 20/01/2021:** *«Tuttavia, deve ritenersi che parte attrice abbia adeguatamente assolto all'onere della prova sulla stessa gravante e cioè abbia dimostrato che i due conti correnti in contestazione erano conti correnti affidati, sin dalla loro apertura, e, quindi, che le rimesse compiute dalla correntista abbiano avuto natura ripristinatoria della provvista concessa in affidamento. **Dagli estratti conto e dalla analisi dei conti svolta dal CTU risulta chiaramente che i conti erano affidati; nell'allegato al conto finale n. 077, persino, le parti, pur non avendo stipulato il contratto di affidamento per iscritto avevano pattuito per iscritto alcune delle condizioni economiche da applicare per l'apertura di credito [...]** Ed infatti, nell'ambito della azione di ripetizione, quello che risulta da provare per il correntista è che un accordo con la banca sull'affidamento vi è stato e che detto accordo ha avuto attuazione, anche mediante regolazione del medesimo in conto corrente; assolto detto onere probatorio, anche mediante l'analisi degli estratti conto e delle comunicazioni banca cliente ex art. 118 TUB da parte della CTU, come avvenuto nel caso in esame, appare irrilevante, ai fini della prescrizione, il fatto che il contratto scritto non sia stato versato in atti. In tal senso si è anche espressa anche la Corte di Appello di Firenze [CdA Firenze nr. 1512 del 04/08/2020 ndr]»*

- **Corte di Appello di Bari n. 2148 del 09/12/2020:** *“Ritiene infatti la corte che **l'esistenza di un affidamento in via di fatto si possa agevolmente desumere da alcuni indici significativi quali in particolare l'avere il conto operato costantemente allo scoperto senza alcuna iniziativa di rientro assunta dalla banca; l'applicazione di una commissione di massimo scoperto che costituisce il corrispettivo pagato alla banca per la messa a disposizione del denaro necessario alla espansione del fido nel suo massimo utilizzo.** A nulla rileva il fatto che in relazione ad alcuni periodi non sia stato prodotto alcun contratto di affidamento avente forma scritta, poiché da parte della ditta attrice non è stata sollevata alcuna eccezione di nullità per difetto di forma.*

Come ha affermato la Corte di Cassazione, in materia di contratti bancari, l'omessa sottoscrizione del documento da parte dell'istituto di credito non determina la nullità del contratto per difetto della forma scritta, prevista dall'art. 117, comma 3, d.lgs. n. 385/1993. Il requisito formale, infatti, non deve essere inteso in senso strutturale, bensì funzionale, in quanto posto a garanzia della più ampia conoscenza, da parte del cliente, del contratto predisposto dalla banca, la cui mancata sottoscrizione è dunque priva di rilievo, in presenza di comportamenti concludenti dell'istituto di credito idonei a dimostrare la sua volontà di avvalersi di quel contratto (cfr. Cassazione civile sez. I - 29/11/2018, n. 30885).

Il difetto di forma scritta del contratto di affidamento avrebbe potuto essere eccepito solo dal cliente, nel cui interesse è prescritta, come si desume dalla surriportata massima.

- **Corte di Appello di Firenze n. 1512 del 04/08/2020:** *«Parte appellante Banca [...] S.p.A., ritenendo la sentenza gravata errata e ingiusta, **la impugnava lamentando "l'ingiusta reiezione della eccezione di prescrizione [...]" Deve in primo luogo rilevarsi che i contratti di conto corrente stipulati tra le parti erano certamente "affidati" [...]** Pur condividendo la nuova impostazione giurisprudenziale, portata dalla più recente pronuncia della Suprema Corte, recante il n. 15895/2019, nella quale effettivamente si afferma che, nel contesto della nota distinzione tra rimesse ripristinatorie e solutorie, alle quali si ricollegano diverse modalità ed un diverso "dies a quo" dal quale conteggiare il termine decennale di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito, l'onere probatorio sulla qualità delle rimesse spetta non più al soggetto che eccepisce la prescrizione ma a colui che invece intenda sostenere l'infondatezza della stessa e che, di conseguenza, la società attrice (e non la banca) avrebbe dovuto provare la qualità dei versamenti*



effettuati, deve, in ogni caso, rilevarsi che, dall'istruttoria processuale, con peculiare riferimento al tenore dei documenti depositati dalle parti, è pacificamente emersa la natura "affidata" dei rapporti bancari in esame.

Lungi dal prospettare la presenza di un fido di fatto, dall'esame dei contratti di conto corrente allegati in atti e dalla stessa perizia redatta dal dott. [...], si evince che le parti non solo avevano concordato l'apertura del fido tant'è che, da un lato, ne avevano disciplinato il tasso di interesse (intorno al18%), ma che poi, effettivamente, durante lo svolgimento del rapporto, in più occasioni, la società correntista ebbe ad attingere e prelevare somme dal fido concesso dall'istituto bancario.

Lo stesso CTU, infatti, al punto sub 1.3 del proprio elaborato accertava che "in alcuni periodi la banca ha calcolato gli interessi passivi applicando un tasso aggiuntivo sui saldi passivi eccedenti il fido concesso. precisando, inoltre, di non conoscere esattamente gli importi dell'affidamento concesso tempo per tempo[...] Dunque nel caso in esame, appare del tutto corretto desumere che il carattere affidato dei conti possa essere provato non solo dal materiale documentale versato in atti, con riferimento a quanto esposto nei citati contratti di conto corrente, ma anche dal contenuto della medesima perizia disposta dal Tribunale»

- **Corte di Appello di Firenze n. 757 del 08/04/2020:** «Sempre sotto il profilo dell'onere della prova, per quanto concerne la questione inerente l'affidamento del conto, mette conto di evidenziare che, come affermato recentemente dalla Suprema Corte, a fronte dell'eccezione di prescrizione del credito a decorrere dalle singole rimesse, sollevata dalla banca avverso la domanda di ripetizione dell'indebito proposta dal correntista il giudice è comunque tenuto a valorizzare la prova della stipula di un contratto di apertura di credito purché ritualmente acquisita, indipendentemente da una specifica allegazione del correntista, perché la deduzione circa l'esistenza di un impedimento al decorso della prescrizione determinato da una apertura di credito, costituisce un'eccezione in senso lato e non in senso stretto (cfr. Cassazione civile, ordinanza n. 31927 del 06/12/2019).

Nella specie, la circostanza della stipula di un contratto di apertura di credito, oltre ad essere stata tempestivamente allegata dall'attore, risulta anche debitamente provata, tenuto conto delle risultanze degli estratti conto (da cui emerge la differenziazione dei tassi di interessi applicati a seconda che la base di calcolo fosse entro o extra fido) e della Centrale Rischi della Banca d'Italia (da cui si evince l'esistenza di una linea di credito), come correttamente rilevato dal tribunale.»

- **Trib. Padova 09/11/2018** (<http://mobile.ilcaso.it/sentenze/bancario/20831/bancario>): "Quanto al conto corrente, dall'esame della documentazione prodotta dall'attrice si rileva che per tutto il periodo, di cui vi è traccia documentale del rapporto, il conto corrente è stato in passivo producendo cospicui interessi passivi a debito per il correntista. Sono anche state costantemente applicate commissioni di massimo scoperto. Tale esame di fatto della documentazione bancaria prodotta porta ad affermare che tra le parti, pur in assenza di un contratto scritto, sia intercorso un contratto di affidamento che di fatto ha consentito alla correntista di utilizzare una riserva di liquidità costante nel tempo pur variabile nell'importo. Poiché la banca non ha mai dedotto né ha prodotto delle diffide a ripianare le passività, ciò evidenzia che anche da parte sua tale evoluzione del contratto disveli la sussistenza di un affidamento di fatto a cui ha fatto acquiescenza. [...]"

- **Tribunale di Roma 9261/2018** "il ctu ha ritenuto condivisibilmente di poter tenere conto dell'esistenza di un affidamento sulla base delle indicazioni riportate sugli estratti conto (fido temporaneo e sconfinamento temporaneo) dalle quali può desumersi con ragionevolezza la presenza di un affidamento";

- **Tribunale di Padova 31/08/2018** (<http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/20488>): "si è già osservato che dagli estratti conto ed in particolare ad esempio dallo scalare 31.3.1996 emerge che la banca ha addebitato alla correntista interessi debitori in misura diversa a seconda che fossero entro o oltre una determinata soglia denominandoli 'entrofido' gli interessi in misura inferiore ed "extrafido" gli interessi in misura superiore (doc. n. 1 attoreo): circostanza che inequivocabilmente conferma che il conto fosse assistito da affidamento; il mero fatto che non sia stato depositato il contratto avente ad oggetto limiti e condizioni dell'affidamento non fa certo venir meno la circostanza di fatto esposta, che trova specifico supporto documentale"

- **Trib. Pistoia nr. 188 del 28/03/2018** "[...] Il consulente ha, poi, accertato la sussistenza di affidamenti concretamente concessi dalla Banca ma non risultanti dalla documentazione versata in giudizio: si tratta del cosiddetto fido di fatto rappresentato dalla costante tolleranza da parte della Banca degli sconfinamenti posti in essere dal cliente. [...] Invero, come osservato da questo giudice in altro precedente (Tribunale Pistoia, sentenza n. 93/2016 RG n. 1617/2012) in ossequio all'orientamento giurisprudenziale dominante, ogni versamento intervenuto su un conto affidato con saldo passivo non ha effetto solutorio, ma meramente ripristinatorio della provvista messa a disposizione dalla banca in virtù dell'affidamento (nel caso di specie, come rilevato dal CTU, vi è stato un affidamento di fatto)."

- **Trib. Teramo nr. 08/02/2017:** "Ciò posto, la banca convenuta, sulla quale, come detto, gravava l'onere di allegare e provare i fatti posti a fondamento della propria eccezione, ha allegato la natura solutoria di tutti i versamenti effettuati dalla controparte (v. pag. 6 comparsa di costituzione e risposta), circostanza che, a ben vedere, si sarebbe potuta verificare soltanto nel caso in cui il conto corrente non fosse stato affidato. Costituisce, però, quest'ultima, una circostanza che non trova riscontro negli atti di causa atteso che: a) il frontespizio del contratto del conto corrente per cui è causa (prodotto da entrambe le parti) reca espressamente l'indicazione "c/c Corrisp. con fido n. 55.11097.2.G"; b) risulta dagli estratti conto in atti che il conto corrente de quo abbia avuto, per lunghissimo tempo, un andamento negativo, a fronte del quale non risultano in atti inviti o richieste, da parte della banca al correntista, aventi ad oggetto il rientro dalla scopertura; c) risulta, sempre dagli estratti conto versati in atti, la ripetuta applicazione, nel corso del rapporto de quo, da parte della banca, di commissioni di massimo scoperto sul picco dell'affidamento utilizzato (v. anche pagina 16 di 20 relazione CTU), commissioni che, com'è noto, normalmente afferiscono a contratti affidati. Sulla base dei suddetti elementi, contraddistinti dai caratteri della gravità, precisione e concordanza ai sensi dell'art. 2729 c.c., e tenuto conto che, come è noto, la stipula di un affidamento regolato in conto corrente non necessita di forma scritta, deve ritenersi accertato, ancorché presuntivamente, che sul conto corrente in esame fosse regolato un affidamento. A fronte di ciò, poiché la banca convenuta, sulla quale, per quanto sopra detto, gravava l'onere di allegare e provare il fondamento giustificativo della propria eccezione, e dunque la natura solutoria (perché, in tesi, extra-fido) dei versamenti effettuati dal correntista, ha del tutto omissso di allegare il limite del fido, si deve ritenere che le rimesse effettuate nel corso del rapporto dall'odierna attrice siano state interamente effettuate nell'ambito della provvista concessa dall'istituto di credito e, dunque, con funzione ripristinatoria della provvista stessa"



Ciò che ho letto nella pronuncia della CdA di Torino mi ha dunque lasciato assai amareggiato anche perché pare fondarsi, almeno in parte, su principi del tutto insussistenti, su una “fantasia” pubblicata sul web.

Particolarmente illuminata sul tema, ho trovato, invece, la sentenza del **Tribunale di Padova del 31/08/2018**⁵ perché sposta l'attenzione sull'onere della prova: “[...] sarà onere della banca che sollevi l'eccezione di prescrizione indicare **per quale somma detto affidamento sia stato accordato, perché solo con riferimento a detta somma** potranno essere distinti contabilmente i versamenti solutori da quelli ripristinatori. Nel momento in cui nulla sia dedotto in giudizio e tanto meno dimostrato con riferimento alla soglia di affidamento, non potrà che concludersi con il **rigetto** dell'eccezione di prescrizione, non essendo stato possibile svolgere alcun accertamento al riguardo. Non è conferente il richiamo della banca al precedente Cass. n. 4372/2018, che ha affermato che chi solleva l'eccezione di prescrizione non è onerato anche dell'individuazione analitica delle “rimesse” solutorie, distinguendole dalle ripristinatorie. È invero del tutto condivisibile la tesi sostenuta, per cui la banca NON ha l'onere di indicare puntualmente i versamenti solutori, perché questi potranno essere ricostruiti con ctu contabile.

[La banca ndr] **Ha l'onere però di sollevare l'eccezione di prescrizione in modo corretto e coerente con il corredo istruttorio disponibile in giudizio** (ovvero corredata dai relativi presupposti in fatto), **giacché, solo se l'eccezione è formulata in modo corretto, sulla base della stessa sarà costruito il quesito peritale; quindi – in sintesi – la banca non ha l'onere di individuare analiticamente i versamenti, ma ha l'onere di indicare (correttamente) il criterio sulla cui base individuarli tramite ctu contabile:** il che significa, ad esempio, che, se si debba valutare l'eccezione di prescrizione con riferimento ai versamenti effettuati su di un conto affidato, la distinzione tra versamenti con natura solutoria e versamenti con natura ripristinatoria presuppone che sia nota la misura dell'affidamento, giacché solo i versamenti intervenuti a fronte di un saldo passivo superiore a detto importo assumono natura solutoria.

In conclusione sul punto, nel momento in cui si ritiene dimostrata l'esistenza di un affidamento, non è in assoluto impossibile discutere di eccezione di prescrizione e di versamenti solutori e ripristinatori: di tali concetti però – si ribadisce – si può discutere solo se sia nota una soglia numerica, oltre la quale i versamenti diventano solutori e cessano di essere meramente ripristinatori.”

5 di 9

Tribunale di Padova 09/11/2018 è dello stesso avviso

(<http://mobile.ilcaso.it/sentenze/bancario/20831/bancario>): “L'eccezione di prescrizione va quindi **rigettata** poiché da un lato è emerso che la banca abbia di fatto concesso un fido alla correntista e non potendo valutare a favore della stessa parte che eccepisce la prescrizione il suo comportamento omissivo nella conservazione della documentazione bancaria da cui si sarebbe potuto dedurre un fatto a sé sfavorevole, dall'altro perché questo consentirebbe alla parte di avvantaggiarsi di una propria condotta omissiva in danno delle domande introdotte dall'attrice impedendole di proporre difese volte alla paralizzazione delle eccezioni di controparte.”

- **Trib. di Milano nr. 247 del 11/01/2017**: “parimenti l'esistenza di tali affidamenti risulta ulteriormente desumibile dagli estratti conto, ovviamente non in considerazione degli importi a debito ivi registrati (i quali, di per sé, non implicano l'esistenza di aperture di credito, non essendo in linea di massima condivisibile una generalizzata teoria dei “fidi di fatto”), quanto, viceversa, dall'esplicito riferimento a un tasso di interesse applicato differente se intra fido o ultra fido”

- **Tribunale di Pistoia nr. 607/2016** “l'assenza del testo contrattuale univoco dal quale deriva l'esistenza di un'apertura di credito ben può essere superata dall'esame del complessivo rapporto dal quale risulti l'esistenza di una continua messa a disposizione di credito dall'istituto di credito in favore della società correntista”

- **Trib. Torino 11.03.2015** “Ai fini dell'individuazione delle rimesse solutorie (intervenute extrafido) è necessario individuare il fido. La prova del fido può essere fornita non soltanto tramite il documento costitutivo (contratto), ma anche per il tramite di prove indirette che implicano, in modo univoco, riconoscimento da parte della banca dell'avvenuta concessione del fido. A tal fine costituiscono indizi utili a provare esistenza e entità del fido: 1. le evidenze degli estratti conto (tassi differenziati per scaglioni, etc.); 2. la stabilità dell'esposizione debitoria, che ne evidenzia il carattere non occasionale (seppur non formalizzato o “di fatto”); 3. la mancata segnalazione negli anni in Centrale Rischi per sconfini o sofferenza.

L'onere di provare l'entità (limite) del fido ricade sulla banca: in assenza di ciò, se è provata l'esistenza del fido, si può assumere come suo importo l'importo massimo concesso tempo per tempo dalla banca (fido di fatto, cfr. Corte Appello Torino 902/13). Tale orientamento è coerente con la pronuncia della Cassazione 4518/14 secondo cui le rimesse in conto hanno normalmente natura ripristinatoria.”

⁵ <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/20488>



Ancora, **Corte di Appello di Milano 1330/2019**: “Si duole la banca appellante che sia stata **rigettata** la propria eccezione di prescrizione, avente ad oggetto la domanda di ripetizione degli addebiti seguiti da rimesse solutorie anteriori al 2005, ossia al decennio anteriore all’azione della [correntista], atteso che, prima di quel momento, **non risulta dimostrata l’esistenza di aperture di credito in conto corrente (essendo il primo contratto formalizzato nel 2009). Il Giudice di prime cure ha ritenuto che Carige non avesse adempiuto all’onere probatorio gravante su di lei [...]**”

Parte appellante lamenta, quindi, l’errore del primo Giudice, nell’aver ommesso di rilevare che l’onere della prova dell’esistenza dell’affidamento gravava sulla correntista, non potendo invocarsi alcuna «presunzione di ripristinatorietà» delle rimesse in conto corrente.

Infatti, con il contratto di conto corrente, la banca si impegna unicamente ad offrire al cliente un servizio di cassa nell’utilizzo della provvista propria del cliente, pagina 7 di 9 ovvero a provvedere per conto del medesimo a pagamenti e riscossioni, non a mettere a disposizione denaro in favore del correntista.

Se il conto corrente è a debito e non è assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria della provvista deve quindi essere esclusa, salvo prova contraria. La sentenza impugnata appare, tuttavia, aver rispettato i soprarichiamati criteri di individuazione delle rimesse ripristinatorie, e non solutorie, affluite sul conto in questione, alla luce della conseguita prova della natura affidata dello stesso.

Nei propri atti difensivi, **è la stessa banca che deduce l’affidamento del conto corrente, al fine di giustificare, sotto il profilo causale, l’applicazione delle Commissioni di Massimo Scoperto [...]** Ne deriva che, se la banca si è difesa affermando la legittimità della CMS, poiché avente funzione di remunerare lo sforzo organizzativo della concessione di un’apertura di credito, **non appare per nulla coerente che poi la stessa deduca, in appello, l’assenza.**

Come appare evidente dagli estratti conto depositati in atti e, parimenti, rilevati nell’elaborato depositato dal CTU contabile, dott. Massimo Mustarelli, la CMS è stata sempre applicata al conto corrente oggetto di causa: **ne discende, pertanto, la natura affidata del conto,** così come considerata dal CTU, con analisi specifica corretta e ben motivata (p. 13), che la Corte intende fare propria,

Tale conclusione non è nemmeno stata oggetto di osservazioni critiche da parte del CTP di parte convenuta. In difetto della produzione del contratto di apertura di credito, **peraltro, secondo il principio di prossimità della prova, sarebbe stato onere della banca offrire elementi che rendessero ragionevole la propria prospettazione difensiva.**

Ne deriva che, anche a prescindere dalle risultanze della CTU, il dato fattuale della concessione di un affidamento deve ritenersi provato ai sensi dell’art. 115 c.p.c.: tale norma impone, infatti, di prescindere da eventuali indagini sulla forma richiesta dal contratto di affidamento bancario (in conformità a precedenti di questa Corte: sentenza n. 3257/2018), atteso che il Giudice “deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale, ritenendolo sussistente, in quanto l’atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall’ambito degli accertamenti richiesti” (Cass. civ. Sez. III, 17/06/2016, n. 12517)”. **Può, pertanto, ritenersi raggiunta prova certa della natura affidata del conto, con conseguente natura ripristinatoria delle rimesse su di esso effettuate dal correntista, senza che il passaggio in attivo del conto, nella ricostruzione, possa comportare il pagamento delle poste indebitamente addebitate precedentemente”**

Corte di Appello di Milano, I sez. civ. n. 3257 del 04/07/18

“In punto prescrizione, in caso di conto corrente pacificamente affidato, le rimesse dovranno considerarsi tutte di natura ripristinatoria, ove non sia dimostrato il limite dell’affidamento stesso”.

Tribunale di Pescara nr. 257 del 13/02/2019:

“Se viene, quindi, dedotto e provato che il conto corrente è assistito da apertura di credito, i versamenti effettuati non costituiscono pagamento se non al momento della chiusura del rapporto, allorquando il correntista restituisce alla banca gli importi utilizzati e solo da questo momento comincerà a decorrere il relativo termine di prescrizione.



Ed allora, tornando al caso che ci occupa, gli attori hanno dedotto in citazione di avere stipulato un rapporto di apertura di credito in conto corrente, circostanza non contestata dalla banca; pertanto, in applicazione dei richiamati principi giurisprudenziali, le rimesse devono considerarsi ripristinatorie, con conseguente decorrenza della prescrizione decennale dalla chiusura del conto, avvenuta nell'anno 2015. Di qui il **rigetto** dell'eccezione in parola.”

Tribunale di Teramo nr. 587 del 26/06/2019:

«Insomma, per mutuare il ragionamento seguito dalle citate SU "l'aver assolto all'onere di allegazione non significa avere proposto una domanda o un'eccezione fondata, in **quanto l'allegazione deve, poi, esser provata dalla parte cui, per legge, incombe il relativo onere**, e le risultanze probatorie devono, infine, esser valutate, in fatto e in diritto, dal giudice”.

Nella specie, la società correntista ha allegato la sussistenza di un'apertura di credito regolata in conto corrente (e la circostanza emerge per tabulas dall'esame della documentazione contrattuale versata in atti dallo stesso Istituto di credito convenuto, e da quest'ultimo adottata come riferibile al rapporto di conto corrente per cui è causa, da cui emerge l'applicazione di tassi per apertura di credito), **per cui, da questo punto di vista, è logico presumere la natura meramente ripristinatoria delle rimesse effettuate dalla correntista.**

Dal canto suo, **invece, la Banca, pur non essendo tenuta a specificare le singole rimesse solutorie, avrebbe dovuto (cosa che non è avvenuta) quanto meno contrastare o smentire la specifica allegazione svolta dalla correntista fin dall'atto di citazione a proposito della sussistenza, nella specie, di un'apertura di credito regolata in conto corrente, in modo da neutralizzare il corollario e/o la presunzione conseguente a siffatta specifica allegazione** (soprattutto ove si consideri, in relazione all'onere di allegazione dovuto dal correntista nella proposizione dell'azione di ripetizione che non compete al correntista l'allegazione della mancata effettuazione di versamenti c.d. solutori, trattandosi di un fatto negativo estraneo alla fattispecie costitutiva del diritto azionato: si vedano, tra le altre, Cass. 28819/2017; Cass.18581/2017; Cass. 4273/2018; Cass. 18144/2018, richiamate in motivazione dal superiore arresto di legittimità a SU). **Pertanto, fermo in ogni caso tutto quanto sopra esposto, l'eccezione di prescrizione svolta dalla Banca convenuta e la richiesta di CTU in tal senso svolta dalla medesima non appaiono meritevoli di considerazione.»**

7 di 9

La maggior parte degli anzidetti principi, quelli sì, sono stati ripetutamente condivisi dalla Corte di legittimità.

Così **Cass civ. III sez. 25158 del 10/11/2020:** “3. Con un unico mezzo di ricorso incidentale l'istituto di credito resistente lamenta la violazione - ex art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. - degli artt. 2697 e 2946 cod. civ., per avere la Corte d'Appello **rigettato** il primo motivo di appello dell'istituto di credito inerente all'eccezione di prescrizione relativa a tutti gli addebiti eseguiti sul conto corrente per interessi in epoca anteriore al decennio della notifica dell'atto di citazione della società attrice, sull'assunto che le rimesse non avessero carattere ripristinatorio, ma solutorio, in ciò richiamando la distinzione resa dalle SSUU, con sentenza n. 24418/2010, ai fini della decorrenza della prescrizione.

Assume difatti l'istituto che la parte attrice non avrebbe dato prova dell'avvenuta stipulazione tra le parti del contratto di apertura di credito e il relativo affidamento, rimasto del tutto incerto nel quantum.

3.1. Il motivo è infondato.

3.2. Sul punto deve innanzitutto darsi atto che è intervenuta una pronuncia delle SU della cassazione, sentenza n. 15895/2019 del 13 giugno 2019, con la quale si è sancito che in tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte. Pertanto, sulla base di tale principio, la qualificazione delle



rimesse del conto (solutorie o ripristinatorie) ai fini della decorrenza del termine di prescrizione è rimessa alla valutazione del giudice che si può, in questo, giovare dell'opera di un CTU ad hoc nominato.

3.4. Tuttavia è utile precisare che, nel caso specifico, sarebbe spettato alla banca, e non al correntista, provare **che il contratto bancario rientra in quelle ipotesi in cui si pone una questione di distinzione tra poste ripristinatorie e solutorie, come nel contratto di conto corrente ove sono ammesse operazioni allo scoperto.** Difatti, come insegna questa Corte, i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens (Cass. n. 4518/2014; Cass n. 20933 del 2017; Cass. n. 12977 del 2018).

3.5. Dunque, a fronte dell'eccezione di prescrizione del credito a decorrere dalle singole rimesse, sollevata dalla banca avverso la domanda di ripetizione dell'indebita proposta dal correntista, **il giudice è comunque tenuto a valorizzare la prova della stipula di un contratto di apertura di credito purché ritualmente acquisita, indipendentemente da una specifica allegazione del correntista, perché la deduzione circa l'esistenza di un impedimento al decorso della prescrizione determinato da una apertura di credito, costituisce un'eccezione in senso lato e non in senso stretto (Sez. 1 - , Ordinanza n. 31927 del 06/12/2019).** In tale caso, difatti, le poste hanno normalmente funzione ripristinatoria e non solutoria.

3.6. In altri termini, è piuttosto la banca tenuta a provare che, a livello contrattuale, non si ricade in una ipotesi di affidamento che, nella tecnica bancaria, esclude la presenza di operazioni allo scoperto, e ciò a supporto della eccezione di prescrizione sollevata in relazione a pagamenti di poste solutorie del conto corrente.”

Dunque, di nuovo, si pone l'attenzione al riparto degli oneri probatori: (a) la banca eccepisce la prescrizione, (b) il correntista prova che il conto era affidato (non necessariamente con il contratto scritto), (c) la banca deve contrastare quella prova oppure dimostrare quale fosse il limite del fido, di modo che il CTU possa poi individuare negli utilizzi in debordo rispetto ad esso, pagamenti solutori in favore della banca dai quali far decorrere l'eccepita prescrizione.

“La banca **ha l'onere di sollevare l'eccezione di prescrizione in modo corretto e coerente con il corredo istruttorio disponibile in giudizio** (ovvero corredata dai relativi presupposti in fatto), **giacché, solo se l'eccezione è formulata in modo corretto, sulla base della stessa sarà costruito il quesito peritale**” (riprendendo la sopracitata sentenza del Tribunale di Padova del 31/08/2018)

8 di 9

Il che mi riporta alla mente un'altra pronuncia del **Tribunale di Milano, la nr. 247 del 11/01/2017** la quale sulla delicata questione che attiene al riparto degli oneri probatori in materia di eccezione di prescrizione, così si era pronunciata *"la parte che solleva una eccezione, infatti, è tenuta a fornire la prova dei fatti su cui l'eccezione si fonda (art. 2697 c.c.) e, quindi, nel caso della prescrizione, la prova degli elementi costitutivi della vicenda estintiva del diritto, rappresentati dalla decorrenza del termine e dall'allegazione dell'inattività del titolare del diritto di cui si discute; sarà, poi, onere della controparte [l'attore correntista ndr], in termini di contro-eccezione, provare che in realtà il conto corrente era affidato e che, quindi, le rimesse annotate non erano solutorie, bensì ripristinatorie, tali cioè da non far decorrere il termine prescrizionale; una volta acquisita la prova degli affidamenti (o attraverso la produzione dei relativi contratti o in quanto desunta dalle annotazioni negli estratti conto, piuttosto che aliunde, come ad esempio da quanto riportato in estratti della Centrale Rischi), sarà una **contro-contro-eccezione della banca dimostrare che gli affidamenti erano stati concessi sino a un determinato importo** e che, pertanto, al di sopra di esso le rimesse assumono portata solutoria e fanno decorrere il termine prescrizionale, per cui, in difetto di prova del plafond dell'affidamento, tutte le rimesse devono essere considerate come ripristinatorie.*

Se così è, quindi, deve rilevarsi come nel caso di specie da un lato la stessa difesa della convenuta abbia sostenuto l'esistenza di apertura di credito, giustificando proprio in ragione di tali affidamenti la legittimità degli addebiti di commissioni di massimo scoperto (peraltro da scomputarsi, come si è detto, in quanto non pattuite); parimenti l'esistenza di tali affidamenti risulta ulteriormente desumibile dagli estratti conto, ovviamente non in considerazione degli importi a debito ivi registrati (i quali, di per sé, non implicano l'esistenza di aperture di credito, non essendo in linea di massima condivisibile una generalizzata teoria dei "fidi di fatto"), quanto, viceversa, dall'esplicito riferimento a un tasso di interesse applicato differente se intra fido o ultra fido; dall'altro lato, a fronte di tali risultanze, sempre la difesa della convenuta anche nell'ambito



delle operazioni peritali ha ipotizzato un importo affidato pari a lire 300.000.000, senza tuttavia che di tale limite risulti essere stata fornita prova alcuna, nonostante la contestazione sul punto sollevata dalla difesa attorea.

Per effetto di tali considerazioni, quindi, non può che essere accolta la difesa dell'attrice, diretta a far considerare tutte le rimesse come ripristinatorie sull'assunto della mancanza di prova in ordine al plafond degli affidamenti e, conseguentemente, a ritenere non decorso il termine prescrizionale con riferimento a tutti gli addebiti illegittimi operati in corso di rapporto, oggetto dell'odierna azione di ripetizione."

Più recente, del medesimo avviso, **Tribunale di Ascoli Piceno nr. 35 del 21/01/2021.**

"i correntisti hanno portato all'attenzione di questo ufficio elementi presuntivi e prove indirette (quali la stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito pluriennale; l'assenza di solleciti da parte della banca al rientro dallo scoperto; report di Centrale Rischi, ecc.) che implicano, in modo univoco, l'avvenuta concessione del fido sin dalla data di apertura dei rispettivi conti corrente. [...]

*Chiariti tali aspetti, una volta acquisito al procedimento il dato relativo all'esistenza degli affidamenti per entrambi i conti correnti, **sarebbe stato onere della banca (al fine di paralizzare la contro-eccezione del correntista all'eccezione di intervenuta prescrizione), dimostrare che gli affidamenti erano stati concessi sino a un determinato importo e che, pertanto, quando al di sopra di esso, le rimesse hanno assunto portata solutoria, con conseguente decorso, dagli stessi, del termine di prescrizione."***

Mi auguro dunque che questa triste parentesi, aperta da alcune difese bancarie allo scopo di confondere la giurisprudenza delle corti di merito, sia presto chiusa e per sempre dimenticata.

A conferma di quanto anzidetto, mi pare anche la recentissima **Cass. Civ. Sez. VI nr. 5887/2021 del 04/03/2021** secondo la quale (poiché la Corte di Appello aveva ravvisato la sussistenza, nei rapporti correnti tra le parti, di un'apertura di credito in conto corrente, con ciò escludendo la natura "solutoria" dei versamenti fatti dal correntista sul conto) **"acquisita la concreta sussistenza di un'apertura di credito, non può risultare sufficiente, per incrinarne il significato, la semplice affermazione [avanzata dalla banca ndr] che la stessa consentiva, di per sé, l'eventualità di sconfinamenti."**

E così conclude prima di **rigettare** il ricorso dell'intermediario: *"Come ha rilevato la pronuncia di Cass., 6 dicembre 2019, n. 31927, se «è colui che agisce in ripetizione a dovere provare l'apertura di credito che gli è stata concessa», l'acquisizione di «questa evenienza integra un fatto idoneo a incidere sulla decorrenza dell'eccepita prescrizione: un fatto che costituisce materia di una contro-eccezione da opporsi alla banca convenuta in ripetizione»".*

Prato, 24/03/2021

Gianluca Perna
Studio Global Markets

RIPRODUZIONE RISERVATA