

## **La rilevanza giuridica del fido di fatto nelle azioni di accertamento negativo del credito**

di Dario Nardone e Fabrizio Cappelluti

Pescara, 8 ottobre 2022

**Sommario:** 1. Chi è protetto dalla nullità di protezione?; 2. La prova dell'affidamento nel periodo antecedente l'introduzione dell'obbligo di forma scritta *ad substantiam*; 3. Forma scritta, piena ed attenuata, dell'affidamento in conto corrente; 4. Inesistenza del contratto di apertura di credito in conto corrente (o assenza di regolamentazione contrattuale *aliunde*). 5. L'idoneità della prova quale discrimine tra protezione offerta dalla nullità e "mera tolleranza". 6. Lo spartiacque dell'affidamento tra rimesse ripristinatorie e solutorie: il limite del fido e l'onere di provarlo.

### **1)**

#### **Chi è protetto dalla nullità di protezione?**

Nelle azioni di accertamento negativo del credito in conto corrente, è ormai obiettivo arduo, presso diversi Magistrati (per lo più concentrati in alcuni Fori ben noti), vedersi riconosciuta la rilevanza giuridica di un affidamento "di fatto", ovvero di una apertura di credito in conto corrente per un periodo di tempo (solitamente risalente) per il quale non esiste il relativo contratto redatto per iscritto.

È una situazione piuttosto ricorrente, nella quale il correntista attore allega e dimostra tutti gli elementi sintomatici del fido (durata, stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito, per mezzo di visure della Centrali Rischi di Banca d'Italia, evidenziazioni documentali di tassi intra fido, extra fido, commissioni per l'utilizzo di fido e/o per lo sforamento, etc.), ma le parti non hanno redatto il relativo contratto per iscritto.

Situazione, va immediatamente soggiunto, nella quale si dà che la difesa dell'attore abbia espressamente eccepito la inosservanza della forma scritta *ad substantiam* (ed in tale perimetro trova dispiego il presente scritto), non volendoci qui occupare della casistica, ben più perniciosa per il correntista attore, di quei contratti bancari che, pur essendosi riconosciuti come redatti *illo tempore* in forma scritta, non siano poi stati prodotti in giudizio per disparati motivi.

In buona sostanza, la cornice (e la "migliore" impostazione strategica del correntista attore, ad avviso di chi scrive) è questa: il correntista eccepisce la inesistenza della scheda contrattuale e la nullità ex art. 117 T.U.B. del contratto d'affidamento di cui, a titolo evidentemente precauzionale, ne abbia

opportunamente chiesto copia alla banca ex artt. 117 e 119 T.U.B. (possibilmente prima del giudizio) nonché ai sensi degli artt. 1713, 1175 e 1375 c.c.<sup>1</sup>; la banca non consegna la scheda contrattuale, non superando l'eccezione dell'inesistenza; tuttavia, è inconfutabile che il conto sia stato affidato, come dimostrato dalle evidenze documentali; l'attore agisce per accertamento negativo del credito, ma non può assolvere l'onere di produrre il contratto scritto per fatto, ovviamente, imputabile alla banca, la quale non ha all'epoca adempiuto l'obbligo di redigerlo per iscritto e/o comunque non glie lo ha mai consegnato, né al momento della sottoscrizione, né al momento della richiesta formale; né, tanto meno, lo produce in giudizio.

*Quid iuris* in tale casistica? La banca, reclamando l'*ei incumbit probatio qui dicit*, grottescamente (ma sempre, per quanto ci consta!) eccepisce in capo all'attore correntista l'inadempimento dell'onere probatorio per non aver prodotto, appunto, il contratto di affidamento.

La risposta, come si sa, è di importanza dirimente nella misura in cui occorre dare una qualificazione alle rimesse (se ripristinatorie o solutorie<sup>2</sup>) intervenute all'epoca del fido di fatto; e ciò ai fini della prescrizione.

Se l'esistenza del contratto scritto è considerata irrinunciabile, allora l'attore ha poche speranze: le rimesse avranno tutte natura solutoria e saranno prescrivibili in dieci anni decorrenti dalla rispettiva data storica del loro movimento, perché il conto dovrà essere considerato non affidato pur se di fatto era affidato (fido di fatto giuridicamente irrilevante).

Se, invece, l'esistenza della scheda contrattuale scritta non sarà necessaria perché si riterrà sufficiente - *recte*, giuridicamente rilevante - il solo fatto che sia stato concesso un fido o verbalmente o *per facta concludentia*, le rimesse dovranno intendersi ripristinatorie; il confronto tra difese, allora, si sposterà sulla esistenza e valorizzazione del limite dell'affidamento di fatto, che farà da spartiacque tra rimesse ripristinatorie e solutorie.

---

<sup>1</sup> Già per Cass. 9 marzo 1991, n. 2503, in Foro it., 1991, I, c. 2077, "in tema di esecuzione del contratto la buona fede si attegga come impegno o obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte"; ancora, "anche se riferita al momento esecutivo, la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto, quale regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto ... In altre parole, la buona fede si attegga come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale e generale del *neminem laedere*" (Rv. 471213). Appare evidente che l'obbligo di consegnare la scheda contrattuale al cliente sia il *minimum* di tale dovere di cooperazione. Nel caso specifico, poi, l'art 3 della L. 17 febbraio 1992, n. 154, (Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari) ha espressamente introdotto la forma scritta *ad substantiam* nei contratti bancari e l'obbligo di consegna alla clientela delle relative schede contrattuali; obbligo, poi, trasfuso nel T.U.B., il cui art. 117, comma I, recita: "I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti".

<sup>2</sup> La distinzione tra le rimesse, con le conseguenze in ordine alla prescrizione, qui si dà per conosciuta. Si rinvia alla notissima Cass.Sez.Un. n.24418 del 02.12.2010, Rel. Rordorf.

Limite - qui si anticipa - che, essendo posto nell'esclusivo interesse della banca, dovrà dalla stessa essere dimostrato come *illo tempore* esistente in una misura oggettivamente certa e ben specificata: se la prova in tal senso non verrà offerta, il fido dovrà essere necessariamente ritenuto senza limite o (il che, sotto il profilo pratico, è lo stesso) con limite coincidente nella massima esposizione debitoria verificatasi durante il periodo di affidamento non contrattualizzato (v. *postea* cap. 6).

Ad avviso degli scriventi, si dirà subito che la retta via non può che essere la seconda, per una constatazione tanto banale quanto inconfutabile: l'art. 127, comma 2, T.U.B. 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*"; la nullità per mancanza di forma *ad substantiam* (art. 117 T.U.B.) è nullità di protezione del cliente (per tutte cfr. **SS.UU. nn. 26242 e 26243 del 2014, SS.UU. n. 898 del 2018**), della quale la banca non può giovare pretendendo, appunto, di ritenere - e far dichiarare dal Giudice - solutorie tutte le rimesse nel periodo dell'affidamento non documentato da contratto scritto.

Come infine affermato dalle note SS.UU. n. 28314 del 2019, l'intermediario non può avvalersi degli effetti diretti della nullità di protezione, atteso che la stessa risponde ad un'esigenza dogmatica di "*reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali*"; essa, dunque, tende ad un "*riequilibrio contrattuale*" ed ad "*evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto*"<sup>3</sup>.

E allora, far derivare dalla nullità (di protezione) per inesistenza della scheda contrattuale scritta la natura solutoria e l'immediata decorrenza della prescrizione delle rimesse intervenute in costanza di fido di fatto, significa, paradossalmente, trarne proprio la produzione di quegli effetti distorsivi in sede giurisdizionale scongiurati dalle Sezioni Unite; significa, cioè, applicare una norma di protezione all'inverso, proteggendo, anziché il soggetto debole del rapporto, quello forte sul quale incombeva l'obbligo di forma da egli medesimo violato.

Dispiace vedere ancora oggi quanto una tanto elementare osservazione logica d'esegetica chiarezza sia invero mistificata presso le aule di Giustizia; soprattutto dispiace che si tenti di trarre principi mai affermati dalla Suprema Corte (perché contrari alla *ratio legis* di tutelare il soggetto debole del rapporto bancario), traendo interpretazioni "schizofreniche" dagli arresti, invero coerenti, della Suprema Corte (in particolare della Prima Sezione Civile) le quali, in verità, sono solo nella penna di

---

<sup>3</sup> In tal senso cfr. *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio». Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019*, di **Aldo Angelo Dolmetta**, in *Rivista di Diritto Bancario*, gennaio/marzo 2020.

chi ha il fazioso interesse a mortificare la nullità di protezione, traendone vantaggi a favore della parte forte ed ai danni di quella debole.

2)

### **La prova dell'affidamento nel periodo antecedente l'introduzione dell'obbligo di forma scritta *ad substantiam***

Va anzitutto premesso, come ulteriore delimitazione del perimetro della presente dissertazione, che non ha neanche senso discorrere di “fido di fatto” nel periodo precedente l'obbligo di forma scritta dei contratti bancari.

Obbligo (poi trasfuso nel T.U.B., art. 117, comma 1), come sopra anticipato, introdotto *ab ovo* dall'art 3 della L. 17 febbraio 1992, n. 154 (pubblicata sulla G.U. del 24 febbraio 1992), che ha acquistato efficacia 120 giorni dopo l'entrata in vigore della legge e, dunque, in data 9 luglio 1992.

Prima di tali obbligo e data, il contratto di apertura di credito, come tutti i contratti bancari, era soggetto al principio di libertà delle forme codificato dall'art. 1325 e corroborato dall'art. 1350 c.c., per i quali le parti possono scegliere la forma che prediligono per concludere il contratto, se la legge non ne impone una particolare.

In altre parole, nel periodo precedente l'introduzione della forma solenne, il contratto bancario (e quindi di conto corrente e di affidamento) era validamente stipulato per accordo verbale, rilevando solo la necessaria pattuizione scritta dei tassi ultralegali ex art. 1284, comma 3, c.c., per il quale “*Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale*”.

Come acutamente affermato da **Corte d'Appello di Bari, sentenza n. 81 del 14 gennaio 2022, Pres. Labellarte, Rel. Romano**, il conto corrente affidato costituito nel regime normativo anteriore all'entrata in vigore dell'art. 3 della legge 17 febbraio 1992 n. 154 è un contratto a forma libera, del quale era consentita la conclusione “*per facta concludentia*”, ovvero alla luce del comportamento rilevante della banca (**Cass. 17090/08; 14470/05**); non essendo richiesta la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem*, la prova dell'affidamento può essere offerta attraverso tutti gli elementi sintomatici quali: assenze di revoca, recesso, intimazioni di rientro, diffide, segnalazione a sofferenza, oltre che dall'applicazione di CMS, tassi di interessi intra e extra fido rilevata negli estratti conto.

Non solo: l'art.161, comma 6, T.U.B., in conformità con il principio generale di irretroattività della legge, ha espressamente che “*I contratti già conclusi e i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori*”.

Va segnalata comunque una scuola di pensiero per la quale, i contratti lecitamente perfezionati verbalmente, potranno continuare ad essere validi solo se formalizzati per iscritto una volta entrata in vigore la forma solenne, ovvero a partire dalla Legge sulla trasparenza n. 154/1992<sup>4</sup>.

Da tanto, possiamo trarre alcune conseguenze sillogistiche.

*In primis*, che, nel detto contesto di libertà di forme, non ha senso, come detto, discorrere di “fido di fatto”, atteso che tale semantica racchiude già in sé la patologica assenza della necessaria forma scritta; dovremmo, dunque, dissertare di “fido validamente perfezionato verbalmente o per *facta concludentia*”.

*In secundis*, che giammai potrebbe pretendersi la prova di siffatto rapporto a mezzo di documento scritto, non essendone richiesta la forma scritta neanche ad *probationem tantum*.

*In terzis*, riprendendo la menzionata Corte d’Appello di Bari n.81/2021, in tale contesto, devono ritenersi tutte ripristinatorie e non prescrittibili (se non dalla chiusura del conto medesimo) le rimesse

---

<sup>4</sup> Cfr. **ABF Collegio di Palermo, Decisione N. 26295 del 13 dicembre 2019**, per il quale “*i contratti bancari stipulati anteriormente all’entrata in vigore senza la forma scritta, che hanno dato vita a rapporti proseguiti successivamente a tale momento debbono ritenersi validi; per gli stessi può porsi soltanto la questione della loro perdurante efficacia a seguito della entrata in vigore della legge che ha imposto la forma scritta per i contratti bancari. La disciplina dettata dalla citata legge è poi confluita nel D.lgs. 1/09/1993 n.385 (T.U.B.) entrato in vigore l’01/01/1994; in particolare, l’art. 117, T.U.B., comma 3, stabilisce la nullità dei contratti “in caso di inosservanza della forma prescritta”, con la specificazione contenuta nel successivo art. 127 T.U.B. secondo cui “le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio”. Alla luce di quanto sopra, l’originario contratto di conto corrente n. \*\*\*256 del 1992, confluito poi in altri conti correnti, con la relativa apertura di credito, avrebbe dovuto rivestire la forma scritta, a partire dall’01/01/1994, pena l’inefficacia delle disposizioni ivi contenute”. Per **Tribunale di Roma, sentenza n. 3172 del 28 febbraio 2022, Est. Goggi**, atteso che l’art. 117, commi 1 e 3, T.U.B. – e, prima della sua entrata in vigore, la L. n. 154/1992 – stabilisce che i contratti sono redatti per iscritto ed un esemplare è consegnato al cliente e che, nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo e che il successivo art. 127 precisa che le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice, nel caso di valida pattuizione di un contratto in forma non scritta in quanto stipulato in data precedente all’entrata in vigore della normativa sulla trasparenza bancaria – fatta salva l’applicazione, per il periodo precedente al 09/07/1992 (entrata in vigore L. 154/92), del tasso di interesse legale, qualora quello pattuito verbalmente sia superiore alla misura legale e, quindi, in violazione dell’art. 1284 c.c., – per il periodo successivo non potranno che applicarsi i tassi sostitutivi di cui all’art. 117 commi 4 e 7 T.U.B.. In tale contesto, secondo l’Estensore va ricostruita l’intera movimentazione del conto e ricalcolato il saldo finale espungendo tutti gli addebiti e tutti gli accrediti effettuati a titolo di interessi, spese, commissioni, capitalizzazione e calcolando sulle somme a debito i soli interessi al tasso legale dalla data di inizio del rapporto sino al 09/07/1992, quindi, i tassi sostitutivi di cui all’art. 117 T.U.B. per il periodo successivo. In punto di interessi, ad avviso di chi scrive, deve essere distinto il caso in cui vi sia un contratto per iscritto ma manchi o sia indeterminata la clausola di pattuizione degli interessi ultralegali (che legittima l’eterointegrazione del contratto ai sensi dell’art. 117 T.U.B.) dal caso in cui il contratto sia perché non redatto per iscritto (che impedisce l’applicazione di qualsiasi interesse, anche debitore). In tal senso cfr. **Tribunale di Cuneo, sentenza del 26 ottobre 2020, Est. Gianluca Biasci**, per il quale, appunto, la mancata pattuizione degli interessi importa la necessità di operare un ricalcolo applicando gli interessi di legge, la mancata produzione *tout court* del contratto importa, secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione, l’obbligo della Banca di restituire al correntista tutte le somme addebitate a titolo di interessi, essendo il contratto insanabilmente nullo. Dalla nullità assoluta del contratto deriva l’inapplicabilità al rapporto di qualsivoglia interesse passivo, nemmeno moratorio, nonché delle spese e commissioni di massimo scoperto. Consacra tale impostazione **Cass. civ. Sez. III, Sent., 07-03-2017, n. 5609, Pres. Vivaldi, Rel. D’Arrigo**, per la quale “... la mancanza di forma scritta per il contratto di apertura del conto corrente n. OMISIS) dovrebbe comportare la nullità dell’intero rapporto ai sensi dell’art. 117, commi 1 e 3, T.U.B. con conseguenti obblighi restitutori di tutti gli interessi percepiti. Pertanto, la soluzione praticata dal c.t.u. – che si è limitato a sostituire al tasso convenzionale quello legale si rivela comunque più favorevole per la società creditrice”.*

se non risulti esser stato fissato contrattualmente un limite dell'affidamento<sup>5</sup> (cfr. Cass. 20933/17, in motivazione).

Come vedremo (*postea*, cap. 6), però, la prova del tetto d'affidamento è centrale e dirimente anche per il c.d. fido di fatto.

### 3)

#### **Forma scritta, piena ed attenuata, dell'affidamento in conto corrente**

Secondo i principi generali in materia di onere della prova, l'attore correntista in accertamento negativo del credito è onerato alla produzione del contratto di conto corrente e relativi estratti conto (*ex multis* cfr. **Cass. Civ. Ordinanza n°33321 del 21.12.2018**).

Nella pratica bancaria, piuttosto raramente accade di riscontrare che il contratto di affidamento sia formalizzato in una scheda contrattuale ontologicamente distinta da quella consacrante la convenzione di conto corrente sul quale il primo s'appoggia.

Tuttavia, ciò non deve indurre in errore (nel senso che difetti la forma scritta), in quanto, ordinariamente, la disciplina della - eventuale futura - apertura di credito è già contenuta nel contratto di conto corrente che nasca non affidato.

Infatti, il contratto di apertura di credito rientra, a determinate condizioni, tra i contratti per i quali la Banca d'Italia<sup>6</sup> aveva consentito una deroga alla forma scritta.

---

<sup>5</sup> Così testualmente **Corte d'Appello di Bari n.81/2021**: "*Ora, escluso che possa ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione prima che intervenga un atto giuridico definibile come pagamento, che l'attore pretende essere indebito, se il correntista, nel corso del rapporto, ha effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da formare oggetto di ripetizione (ove indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale a favore della banca (sono le rimesse cd. solutorie). Non può, invece, parlarsi di "pagamento" in presenza di un'apertura di credito, perché in tal caso i versamenti fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere (sono le rimesse cd. ripristinatorie), salvo che la banca allegghi, e provi, l'esistenza di un limite contrattualmente fissato all'affidamento ed il superamento dello stesso da parte del cliente (cfr. T. Milano, 11.1.17; T. Torino, 11.3.15, che cita App. Torino, 3.5.13; T. Napoli, 2.1.14), ricadendosi nuovamente nell'ipotesi delle rimesse solutorie. In buona sostanza, come efficacemente evidenziato dalla S.C., il contratto di apertura di credito è "idoneo ad escludere che la prescrizione del diritto alla ripetizione della somma oggetto della rimessa decorra dal momento dell'attuato versamento" (Cass. 31927/19), sicché, acquisita la prova dell'affidamento, spetta poi alla banca dimostrare se e quale limite di importo avesse l'accreditamento e che i versamenti fossero destinati a coprire un passivo eccedente quel limite. Tornando al caso di specie, del tutto correttamente il Tribunale ha ritenuto che, provata l'apertura di credito, le rimesse dovessero considerarsi ripristinatorie, non risultando fissato contrattualmente un limite dell'affidamento (cfr. Cass. 20933/17, in motiv.).*

<sup>6</sup> Con il Provvedimento 24 maggio 1992 in G.U. n.126 del 30.5.1992 Serie Generale, dapprima, e con le Istruzioni di Vigilanza per le banche – Circolare n.229 del 21 aprile 1999 in G.U. Serie Generale n.119 (supplemento straordinario) del 24.5.1999 successivamente, in virtù del potere conferitogli dapprima dall'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 17 febbraio 1992 e successivamente dall'art. 117, comma 2, del t.u.b., che consentiva al CICR, ed alla Banca d'Italia in forza del potere attribuito ad essa da detto Comitato, di emanare disposizioni, integrative della legge e, ove da questa consentito,

Sul punto **Cassazione Civile - Sezione I , sentenza 22 novembre 2017, n. 27836**, ha sancito che “è bensì vero che questa Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui, "in materia di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della legge n. 154 del 1992 e, successivamente, l'art. 117, comma 2, del t.u.l.b., nella parte in cui dispongono che il C.I.C.R. può prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta, attribuiscono a detto Comitato interministeriale il potere -da questo conferito alla Banca d'Italia - di emanare disposizioni che integrano la legge e, nei limiti dalla stessa consentiti, possono derogarvi e che, perciò, costituiscono norme di rango secondario, la cui legittimità non è esclusa dalla mancata indicazione delle motivate ragioni tecniche della deroga, dovendo l'onere della motivazione ritenersi adempiuto mediante l'indicazione del tipo di contratto e la precisazione che esso deve riferirsi ad operazioni e servizi già individuati e disciplinati in contratti stipulati per iscritto. Nella specie, la S.C. ha ritenuto legittime le disposizioni (...) in forza delle quali il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto, a pena di nullità)" (**Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 14470 del 2005**). È però altrettanto vero che tale principio deve essere correttamente inteso perché, com'è stato precisato, anche successivamente da questa stessa sezione, "l'intento di agevolare "particolari modalità della contrattazione" non (può) comportare - in una equilibrata visione degli interessi in campo (...) - una "radicale" soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi (..) la necessaria indicazione delle condizioni economiche del contratto ospitato" (**Cass. Sez. 1, sent. n. 9068 del 2017**; e si veda altresì **Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 7763 del 2017** che ha respinto il ricorso incidentale formulato da una banca, avendo il giudice di merito rilevato la carenza sia di una stretta connessione funzionale ed operativa tra il contratto di apertura di credito e quello di conto corrente, sia di una sostanziale regolamentazione del contratto accessorio desumibile da quello formato per iscritto). Nella specie, infatti, la Banca ricorrente richiama ed allega un testo contrattuale inter partes (riportato a p. 13 del ricorso) dalla lettura del quale non emerge alcun regolamento economico dell'ipotetico contratto di apertura di credito, ivi previsto solo come possibile, se non l'indicazione di condizioni quadro, generali ed astratte, che la Banca s'impegnava a seguire (ed il cliente a osservare) in caso di stipula di un'apertura di credito successiva con lo stesso sottoscrittore del conto corrente bancario. In sostanza, ed in tal senso, va integrata la motivazione reiettiva contenuta nella sentenza impugnata, ove risulta solo una generica indicazione delle condizioni normative senza alcuna specificazione del regolamento economico, cosicché il richiamo appare del tutto lontano

---

derogatoria della legge stessa, per cui particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta.

*dall'interpretazione corretta del principio, enunciato da questa stessa sezione con il richiamato precedente del 2005 (e attualizzato dai più recenti arresti del 2017), sicché il ricorso deve essere respinto con le conseguenze di legge”.*

L'idoneità di ridetta forma scritta “attenuata”, soddisfatta, cioè, con rinvio *per relationem* alla pregressa disciplina già contenuta nel contratto di conto corrente d'appoggio, deve essere tenuta massimamente presente presso quei Giudici o Fori che ritengano sempre e comunque necessario, in capo al correntista, fornire la prova della sussistenza del fido solo a mezzo della scheda contrattuale.

#### 4)

#### **Inesistenza del contratto di apertura di credito in conto corrente (o assenza di regolamentazione contrattuale *aliunde*)**

Come il paziente Lettore potrà notare, progressivamente stiamo pervenendo al fulcro della problematica che intende affrontare il presente lavoro: quello in cui l'attore correntista non abbia dalla banca mai ricevuto, neanche su formale richiesta, il contratto di affidamento e difetti la regolamentazione del fido anche nel contratto di conto corrente (o, come più spesso accade, siano inesistenti entrambe le schede contrattuali, di conto corrente e di apertura di credito).

È proprio in tale situazione che viene a verificarsi (fortunatamente solo in alcuni Fori) il paradossale travisamento della generale nullità di protezione legiferata dall'art. 127, comma 2, T.U.B., applicata, nello specifico, alla nullità totale del contratto sancita dall'art. 117 T.U.B., comma 1 e 3.

Ebbene, taluna giurisprudenza ritiene che il correntista attore possa dare la prova dell'intervenuto affidamento in conto corrente solo ed esclusivamente a mezzo di contratto scritto: diversamente, pur se siano state offerte tutte le evidenze sintomatiche circa la certa esistenza di un'apertura di credito in conto corrente, il fido va ritenuto inesistente e/o irrilevante, con la conseguenza che tutte le rimesse nel periodo intercorso debbano essere considerate solutorie e prescritte, decorso il decennio dal loro movimento come documentato negli estratti conto.

In definitiva, questa impostazione determina che la prescrizione di tutte le rimesse in conto corrente intervenga come una ghigliottina per il periodo anteriore al decennio computato a ritroso dalla data notifica della citazione (litispendenza) ad opera del correntista, che di tal guisa patisce una enorme perdita economica in termini restitutori.



Fra tutte si cita **Corte di Appello di Torino n. 184 del 15 febbraio 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)”*.

Recentemente il “principio”, se così si può definire, è stato ribadito dalla **Corte di appello di Venezia, n. 192 del 13 settembre 2022**, per la quale, di nuovo attraverso il richiamo di Cass. n. 27705/2018, la prova del fido può essere fornita soltanto tramite il documento costitutivo e non anche mediante prove indirette o per *facta concludentia*.

Accanto alle citate Corti territoriali, altri arresti pretenderebbero dal correntista la prova dell’esistenza solo a mezzo della produzione del documento contrattuale scritto, richiamando espressamente non solo Cassazione n. 27705/18, ma anche Cassazione n. 27704/18.

Invero, come attentamente osservato,<sup>7</sup> giammai la Suprema Corte ha pronunciato la massima torinese appena sopra riportata, o comunque giammai ha sostenuto la necessità che la prova degli affidamenti sia data a mezzo di contratti redatti per iscritto.

Nello specifico, in nessuno dei due citati arresti nomofilattici si legge o si evince che il fido di fatto sia irrilevante, né sono presenti assunti del tipo *“ove la banca eccepisca 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)”*, come alcune difese o commenti manipolativi pro banca vorrebbero imputare alle citate Cassazioni gemelle del 2018.

Continua persuasivamente il citato Commentatore, che la Suprema Corte, semplicemente, aveva

---

<sup>7</sup> Ci si riferisce ai contributi di **Gianluca Perna**, *Ancora su Cass. 27704 e 27705/2018: le bugie hanno davvero le gambe corte?* e, ancor prima, *Cassazione n. 27704/18 e n. 27705/18: due facce della stessa medaglia*, editi in AssoCTU, dai quali nel presente paragrafo si attinge per ripetizioni integrali o per parafrasi.

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.

Infatti: a pagina 4 paragrafo 2.1 di **Cass. 27705/18** si può leggere: *“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”*.

Sulla stessa falsariga 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, in tal modo: *“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 la 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.

In termini appare eloquente **Tribunale di Livorno, sentenza n. 40 del 12 gennaio 2021, Est. Fodra**: *“Parte convenuta ha sostenuto che, secondo Cass. (27704 e 27705/2018), il correntista che intende agire in ripetizione a fronte della eccezione di prescrizione sollevata dalla debitrice, avrebbe l'onere di provare la sussistenza dell'affidamento producendo un contratto scritto, attesa la necessaria forma scritta dei contratti bancari. Tale eccezione non coglie nel segno. [...] Dalla lettura per esteso della parte motiva delle due sentenze si evince che, la Corte ha sicuramente ribadito il fatto che grava sull'attore che agisce in ripetizione l'onere di provare il contratto di affidamento, ma non ha sancito alcun onere di prova scritta. 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 regolamentazione del medesimo in c/c; assolto detto onere probatorio, anche mediante l'analisi degli estratti conto e delle comunicazioni banca cliente [...] da parte della CTU [...] appare irrilevante, ai fini della prescrizione, il fatto che il contratto scritto non sia stato versato in atti”*.

Se una tale elementare “esegesi” non dovesse essere per taluno condivisibile, si richiamano i seguenti

arresti di legittimità in linea (e non *contra*) la *ratio* della nullità di protezione, nello specifico per mancato rispetto della forma solenne nel negozio di affidamento.

Per **Cass. Civ. Sez. I nr. 31927/19 del 06/12/2019**: “*La prova dell'apertura di credito che sia stata tempestivamente acquisita al processo è tuttavia utilizzabile dal giudice, ai fini dell'accertamento della prescrizione, ove pure sia mancata una precisa allegazione, da parte del correntista, circa l'intervenuta conclusione del contratto in questione*”; e conclude affermando che: “*Il motivo va allora respinto in applicazione del principio per cui, 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*”.

Insomma, il Giudice del merito, dall'esame delle prove portate in giudizio, potrebbe d'ufficio ritenere la sussistenza di un affidamento, pur senza specifica allegazione in tal senso dal correntista: appare chiaro che ha senso parlare di una tale rilevabilità d'ufficio laddove in atti non sia presente la prova principe data dal contratto scritto d'affidamento.

Ribadisce il concetto **Cass civ. III sez. 25158 del 10/11/2020**: “*... 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'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 (Sez. I - , 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*”.

Infine, per dare un taglio netto alla questione, è intervenuta **Cass. Civ., Sez. I, 5 gennaio 2022, n. 188**, la quale, quantunque argomentando *a contrariis*, ha nondimeno esplicitamente affermato che il

correntista attore sia ammesso a provare l'esistenza del fido per *facta concludentia*: “Vero è che nella specie la Corte d'appello ha affermato l'esistenza di un "fido di fatto", indicandone il limite nello stesso "massimo scoperto consentito"; tale affermazione, tuttavia, consiste in una mera petizione di principio, avulsa com'è dalla indicazione di qualsiasi prova della stipulazione, ancorché per fatti concludenti, di un vero e proprio contratto di apertura di credito in conto corrente”.

D'altra parte, tale possibilità era stata già espressamente ammessa da **Cass. civ. Sez. I, 29/01/2019, n. 2463**, per la quale “... già in precedenza, ma sempre con riferimento al regime successivo all'entrata in vigore della L. 17 febbraio 1992, n. 154, art. 3, questa Corte aveva espressamente ammesso la dimostrazione del contratto di apertura di credito "anche per *facta concludentia*", nel caso in cui risulti applicabile la deroga al requisito della forma scritta, prevista nelle disposizioni adottate dal C.I.C.R. e dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 117 del t.u.l.b. (e, anteriormente, della L. n. 154 del 1992, ex art. 3), per essere stato tale contratto già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto" (**Cass. Sez. I, 15 settembre 2006, n. 19941 e 9 luglio 2005, n. 14470**)”.

Da quanto sopra argomentato si desume che:

(i) è una vera e propria mistificazione di taluna giurisprudenza, che arriva sgraziatamente a citare in aiuto finanche inesistenti principi nomofilattici, quella di ritenere provabile, per il correntista attore, l'esistenza dell'affidamento esclusivamente a mezzo di contratto scritto; la parallela distorsione che fattualmente produce con il doversi ritenere, erroneamente, solutorie (e prescritte post decennio) le rimesse effettuate in costanza di fido di fatto, produce quella sopra accennata perversa *inversio rationis* per la quale la nullità di protezione, alla fine, nell'applicazione giudiziaria, protegge la banca che ha violato l'obbligo della forma scritta: in estrema sintesi, la banca viene premiata dalla violazione che ha commesso;

(ii) esattamente al contrario, il correntista attore, parte debole nell'iperbolico squilibrio contrattuale caratterizzante i rapporti bancari e perciò protetto dal Legislatore, è ammesso a provare l'esistenza del fido a mezzo di (serie) evidenze documentali e per *facta concludentia*;

(iii) laddove la banca eccepisca la prescrizione, la natura ripristinatoria delle rimesse è presunta ed il Giudice può finanche d'ufficio valorizzare le prove attestanti l'intercorso affidamento, anche prescindendo da una specifica allegazione in tal senso da parte 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; in tal caso, sarà la banca eccipiente onerata alla dimostrazione che le rimesse non vennero eseguite in costanza di un

affidamento<sup>8</sup>.

Ricondotto, dunque, nel corretto alveo la problematica del c.d. fido di fatto (e salvo il tema della prova di cui al successivo capitolo), il Lettore non potrà che apprezzare le “vibrazioni simpatiche” delle pronunzie di merito che armonizzano con i principi – quelli corretti – della disciplina giuridica *in subiecta materia*<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Degna di menzione sul punto è **Corte di Appello di Milano nr. 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, [...], 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”.*

<sup>9</sup> Per tutte vedasi **Tribunale di Ascoli Piceno, sentenza n. 35 del 21 gennaio 2021, Est. Enza Foti**: “In disparte la considerazione per cui l'eventuale nullità del contratto di affidamento ex art. 117 T.U.B. 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 sollevata d'ufficio dal giudice né, infine, avere dei riverberi sfavorevoli per il correntista), qualora il correntista dia prove dell'esistenza del fido attraverso 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.) è 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, dalle stesse, del termine di prescrizione; in assenza di tale prova, tutte le rimesse in costanza del fido di fatto devono essere considerate ripristinatorie”; **Corte di Appello di Bologna nella sentenza nr. 2920/2018**: “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”; **Tribunale di Torino, 11 marzo 2015, Est. Astuni**: “Ai fini della prova indiretta della concessione di fatto dell'affidamento in c/c valgono le seguenti circostanze: a) la stabilità, non occasionalità, dell'esposizione a debito; b) l'entità del saldo debitore; c) l'assenza di tracce sensibili di un rientro del

Sotto il profilo squisitamente strategico, risulta regola irrinunciabile per il correntista attore allegare l'inesistenza di un contratto scritto sempre e comunque laddove, ovviamente, si sia previamente ma vanamente attivato per farsi consegnare la scheda contrattuale dalla banca<sup>10</sup>: ciò, in una previsione di

---

cliente; d) l'espresso riconoscimento negli e/c e negli scalari di uno "scoperto nei limiti del fido" e di una "APC fiduciaria"; e) l'applicazione al c/c delle condizioni economiche previste negli e/c per lo "scoperto nei limiti del fido" e l'apertura di credito. La circostanza che la banca abbia continuato a dare esecuzione agli ordini della correntista è indice che essa era autorizzata ad andare a debito, ossia che la banca ha trattato il c/c come "passivo" e non meramente "scoperto". Tutte le rimesse devono intendersi *prima facie* eseguite a riduzione dell'utilizzato e contenute nei limiti del fido, *ergo* ripristinatorie, salvo prova specifica di un predeterminato limite di fido"; cfr. anche **Tribunale Padova, sentenza del 09.11.2018, Est. Bertola**: "Laddove l'istituto di credito abbia costantemente consentito lo sfioramento a negativo del saldo o lo sfioramento del fido concesso, deve individuarsi la concessione di un fido di fatto, a prescindere dalla produzione di un contratto scritto, e questo anche al fine del rigetto della eccepta prescrizione delle rimesse solutorie sollevata dall'istituto di credito su cui grava l'onere della relativa prova"; **Tribunale di Cremona, sentenza n. 585 del 22.10.2018, Est. Corini**: "La durata, la stabilità e l'importanza dell'utilizzo da parte del correntista di somme della banca consentono di escludere che si sia trattato di meri atti di tolleranza, ma configurano il riconoscimento dell'esistenza di un fido di fatto, avente come limite estremo lo stesso massimo scoperto di fatto consentito dalla banca; La mancata contrattualizzazione del contratto di apertura di credito nonché la mancata pattuizione dei relativi tassi di interesse configura la violazione dell'art. 117 comma 4 T.U.B. con conseguente applicazione del tasso sostitutivo di cui al successivo comma 7"; **Tribunale Taranto, sentenza n. 980 del 11.04.2018, Est. Calabrese**: "Ove vi sia un affidamento di fatto da parte della banca che impedisce di individuare una soglia dell'affidamento stesso, non è possibile qualificare le rimesse come solutorie. Deve ritenersi l'esistenza di un affidamento di fatto concesso dalla banca per *facta concludentia* tenuto conto: a) della stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito; b) dell'assenza di richiesta di rientro o di iniziative di revoca; c) dell'applicazione di una commissione di massimo scoperto; d) dell'applicazione di distinti tassi debitori; e) della mancanza di una segnalazione a sofferenza alla centrale rischi"; **Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 17.09.2016, Est. C. Ferrari**: "L'affidamento del conto corrente, sebbene non oggetto di specifico scritto di apertura di credito, è attestato dagli estratti di conto corrente prodotti, dai quali risulta la costante esposizione debitoria della correntista nei confronti della banca, per importi assai elevati nel corso di oltre quindici anni, situazione questa univocamente riferibile a scoperture attuate con il consenso dell'istituto che mai, stando alla documentazione disponibile, risulta avere chiesto alla cliente di rientrare dal debito, né adottato iniziative di revoca, recesso, diffida, segnalazione a sofferenza presso la Centrale Rischi (come, in assenza di fido, avrebbe certamente dovuto fare)". **Tribunale di Bergamo, 3 agosto 2016**: "nonostante la formale revoca dei fidi, la banca ha consentito che il conto operasse costantemente per ulteriori quattro anni con saldo passivo senza, tuttavia, fornire adeguata prova di aver intimato al correntista il rientro, o assunto altre iniziative di revoca, recesso, diffida, segnalazione a sofferenza presso la Centrale Rischi (come, in assenza di fido, avrebbe certamente dovuto fare)... è dato ... riscontrare un contesto nel quale la banca non ha semplicemente tollerato la costante scopertura di saldo, ma ha mostrato di voler considerare il conto in questione non già propriamente scoperto, ma semplicemente passivo, non spiegandosi altrimenti l'applicazione della commissione di massimo scoperto in epoca successiva alla revoca degli affidamenti... considerato che la commissione di massimo scoperto rappresenta la remunerazione per la messa a disposizione di una determinata somma di denaro, va da sé che la sua applicazione è indice ulteriore e sicura prova della avvenuta concessione di credito a favore del correntista, il quale non avrebbe di certo dovuto corrispondere questo onere se il conto corrente non fosse stato affidato". Cfr. anche **Corte di Appello di Torino 3.5.2013 n. 902**. In dottrina v. **ALDO ANGELO DOLMETTA, FIDO DI FATTO «STABILE» E PRESCRIZIONE DELLA RIPETIZIONE DI INDEBITI VERSAMENTI IN CONTO CORRENTE**, 10 ottobre 2016, su il Caso al link <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/909.pdf>, il quale, approvando le menzionate decisioni dei Fori bergamasco ed emiliano, concorda nel ritenere che, nel fido di fatto, le rimesse si intendono tutte ripristinatorie della provvista con decorrenza della prescrizione dalla chiusura del conto come sancito da **Cass. SS.UU., 2 dicembre 2010, n. 24418**.

<sup>10</sup> **Tribunale di Firenze n.1160 del 21.04.2022, Est. Castagnini**: "*Quando sia il cliente ad agire in giudizio per la ripetizione delle somme indebitamente versate o per far accertare un diverso saldo rispetto a quello risultante dal conto corrente spetta al cliente l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, salvo che alleggi la conclusione del contratto 'verbis tantum', la quale, se pacifica, impone al giudice di rilevare la nullità del negozio e quindi la mancata valida pattuizione di interessi ultralegali e commissione di massimo scoperto, mentre, ove contestata, esime il correntista dall'onere di fornire la prova negativa dell'accordo, che spetta semmai alla banca documentare (Cass. 6480/2021). Si deve quindi distinguere l'ipotesi in cui il correntista abbia eccepito la nullità di alcune clausole contrattuali inserite in un documento che non sia tuttavia prodotto in giudizio dal caso in cui il correntista assuma che alcun contratto, in forma scritta, sia stato concluso. Nella prima ipotesi, la Banca non può ritenersi onerata della produzione del contratto neppure invocando il cd. principio di vicinanza della prova in quanto tale principio non opera quando 'ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione' (Cass. 19566/2021; Cass. 33009/2019). E' infatti il*

corretta amministrazione del riparto probatorio ad opera del Giudice, dovrebbe indurre la banca a depositare il contratto per evitare *contra se* ripercussioni pregiudizievoli.

**Cass., Civ. Sez. I, ordinanza del 26 settembre 2019, n.24051**, ha difatti sancito che *“quanto alle singole clausole, che, se è vero che anche nelle azioni di accertamento negativo l'onere della prova incombe sull'attore, tuttavia quanto ai fatti negativi (nella specie, inesistenza di convenzione scritta di interessi ultralegali e di previsione contrattuale sufficientemente specifica di commissioni di massimo scoperto) trova applicazione il principio di vicinanza o inerenza della prova, che ribalta l'onere sul convenuto (principio teorizzato frequentemente nella giurisprudenza di legittimità e applicato anche dalle Sezioni Unite, nella sentenza n. 13533 del 30/10/2001 sulla prova dell'inadempimento)”*.

In buone parole, se la banca (non deposita la scheda contrattuale e) non vince l'eccezione di inesistenza, scatterà la nullità di protezione (in favore del correntista) per il fido di cui si sia stata dimostrata la concessione di fatto (nullità di tutte le condizioni economiche sulle quali la banca ha lucrato).

Va da sé che l'idoneità della prova del fido, da un lato, e del limite accordato, dall'altro, giocheranno un ruolo fondamentale nella partita delle azioni restitutorie intentate dal correntista attore, come vedremo nei prossimi capitoli.

## 5)

### **L'idoneità della prova quale discrimine tra protezione offerta dalla nullità e “mera tolleranza”**

Una volta approdati al porto sicuro della possibilità di dimostrare, per evidenze documentali ed elementi sintomatici, la sussistenza di un affidamento di fatto - che renderebbe ripristinatorie, dunque non prescrittibili tempo per tempo, le rimesse effettuate (ammesso che siano state effettuate entro il limite, se dimostrato: v. prossimo capitolo) - viene da chiedersi come sia possibile opinare nel senso di una mera tolleranza degli sconfini anziché nella direzione di un fido sussistente di fatto, ma non contrattualizzato.

---

*correntista onerato alla produzione del contratto al fine di dimostrare la natura indebita delle somme contestate. Tale principio, di carattere generale, sempre operante ove si faccia questione di un contratto pacificamente concluso per iscritto, si presta invece ad essere diversamente modulato nella seconda ipotesi, ovvero quando l'attore abbia allegato che nessun contratto in forma scritta è stato sottoscritto. In sostanza, quando la domanda basata sul mancato perfezionamento del contratto nella forma scritta sia contrastata dalla banca (che quindi sostenga la valida conclusione, del negozio) non può gravarsi il correntista, attore in giudizio, della prova negativa della documentazione dell'accordo, che assume inesistente, incombendo semmai alla banca convenuta di darne positivo riscontro”*.

Chiariamo subito: non v'è alcuna distonia o incongruenza.

Tutto dipende dalla idoneità della prova offerta dai professionisti nel dimostrare la ricorrenza di quell'insieme di elementi dal quale si tragga l'evidenza inconfutabile circa la sussistenza di un rapporto di fido, voluto dalle parti, ma non consacrato in forma scritta.

Come si vede e come altrimenti non potrebbe essere, l'indagine deve vertere sulla volontà delle parti che, a sua volta, deve dedursi dalla documentazione che ha accompagnato il rapporto.

Ebbene, non appare superfluo rammentare che, ai sensi dell'art. 1842 c.c., *“L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato”*: la funzione che tale tipologia di contratto persegue è quella, da una parte, di attribuire ad un soggetto (*correntista*) il diritto di disporre, a sua discrezione, di una somma di denaro (fido o affidamento) e, dall'altra di impegnare la controparte (*banca*) a consentire tale utilizzo, dietro remunerazione.

Un'utile indicazione ad individuare un criterio distintivo dell'esistenza di un'apertura di credito ce la fornisce **Cass.Civ. Sez. 1, n. 2226, 30 gennaio 2017, Pres. Giancola, Rel. Mercolino**.

L'apertura di credito è normalmente regolata su un preesistente rapporto di conto corrente che costituisce *“un negozio giuridico atipico dominato dalle regole del mandato, in quanto la banca assume l'incarico di compiere, nei limiti della sua organizzazione, pagamenti o riscossioni di somme per conto del cliente e secondo le sue istruzioni. La disponibilità del conto può essere costituita con versamenti di somme o con accrediti sul conto, o anche con intervento da parte della banca, la quale può dar corso ad ordini di pagamento, anche, volendo, con fondi propri. Quest'ultima modalità di esecuzione dell'incarico può costituire, a sua volta, oggetto tanto di un obbligo preventivamente assunto dalla banca, la quale si sia impegnata a concedere credito al cliente fino a concorrenza di un determinato importo, per un certo periodo o a tempo indeterminato, quanto di una mera facoltà, il cui esercizio dà luogo, nella complessità del rapporto, ad una prestazione accessoria rispetto a quella principale di mandato assunta dalla banca: nel primo caso l'accordo intervenuto tra le parti è configurabile come un contratto di apertura di credito, collegato a quello di conto corrente e produttivo di una specifica obbligazione a carico della banca, ma solo entro i limiti d'importo e di durata preventivamente concordati, mentre nel secondo caso si tratta di una concessione temporanea di credito, dalla quale non può farsi discendere l'obbligo della banca di provvedere per il futuro ad ulteriori anticipazioni (cfr: Cass., Sez. 1, 5 dicembre 2011, n. 25943; 10 febbraio 1982, n. 815; 15 dicembre 1970, n. 2685)”*

Pertanto, allorquando la banca esegue ordini di pagamento utilizzando non fondi del cliente, bensì



fondi propri (generando uno scoperto di conto corrente) tale atto:

- a) o è frutto di una mera facoltà' ("mera tolleranza") della banca di voler concedere solo temporaneamente un credito acconsentendo ad uno "scoperto di conto", attraverso una prestazione che, rispetto a quella principale di mandato, si connota come accessoria; per cui dalla stessa non può farsi discendere un obbligo per la banca di provvedere nel futuro ad altre erogazioni o anticipazioni, anche se reiterata nel tempo (cfr. **Cass., Sez. 1, 5 dicembre 2011, n. 25943; 10 febbraio 1982, n. 815; 15 dicembre 1970, n. 2685**: inesistenza di un contratto, finanche verbale, di apertura di credito);
- b) o è posta in essere in esecuzione di un obbligo precedentemente assunto dalla banca, a mezzo di un accordo, sia esso verbale, per *facta concludentia* o scritto, in virtù del quale quest'ultima si sia impegnata a tenere a disposizione del cliente una somma, per un certo periodo o a tempo indeterminato e il cliente faccia affidamento su tale disponibilità e sul fatto che le rimesse da lui operate sul conto corrente costituiscano un ripristino della stessa (esistenza di un accordo, sebbene non scritto, di apertura di credito).

È possibile, quindi, sostenere che elemento fondamentale per apprendere se siamo in presenza di un'apertura di credito o meno, non è tanto l'esistenza di un contratto scritto ma l'esistenza di un precedente accordo, non necessariamente per iscritto, produttivo di reciproche obbligazioni tra le parti, che ha per oggetto la messa a disposizione del correntista, per un periodo limitato o indeterminato, di una somma di denaro, contro pagamento delle remunerazioni (interessi) e commissioni alla banca.

Con tali premesse, se, a fini probatori, in mancanza del documento contrattuale, si allegasse in giudizio soltanto l'evidenza di sconfinamenti, ancorché ripetuti e prolungati nel tempo, con tutta probabilità si rischierebbe esser collocati nella casistica sub a), con alto rischio per il correntista di vedersi valutare gli sconfinamenti autorizzati quali atti di "mera tolleranza" e di sentirsi pronunciata l'inesistenza di un contratto, seppur verbale, di affidamento<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Ne son prova: **Cass.Civ. n.19844 del 20.06.2022**: "Occorre pertanto chiarire che l'accertamento di un fido di fatto non è sufficiente ai fini della qualificazione delle rimesse come ripristinatorie o solutorie, ma occorre invece accertare la stipula, sia pure per *facta concludentia*, di un vero e proprio contratto di apertura di credito, non essendo sufficienti gli sconfinamenti avvenuti per mera tolleranza. A ciò va anche aggiunto che l'accertamento della sussistenza dell'apertura di credito comporta anche la definizione del limite della stessa, oltre il quale la rimessa ha comunque carattere solutorio, statuizione invece mancante nella sentenza impugnata, come correttamente rilevato dalla banca ricorrente.";

**Cass.Civ. n.10776 del 04.04.2022**: "l'inerzia della banca di fronte ai ripetuti sconfinamenti non può essere intesa come implicita autorizzazione all'innalzamento del limite dell'apertura di credito, costituendo piuttosto un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione non autorizzata (vedi Cass. n. 29317/2020);"

**Cass.Civ. n.6478 del 09.03.2021**: "L'esistenza di un contratto di apertura di credito bancario non può essere però ricavata, per *facta concludentia*, dalla mera tolleranza di una situazione di scoperto (sul punto: Cass. 28 luglio 1999, n. 8160; il principio è pertinente alla fattispecie, in quanto nella presente sede si controverte di contratti che sarebbero stati

Appare allora palese come la sussunzione degli sconfini nella “mera tolleranza” o sia la risposta corretta ed adeguata in caso di esposizioni debitorie occasionali, sporadiche o anche protratte per brevi periodi, seppur non accompagnate a richieste immediate di rientro, oppure, al di fuori di tali casi, sconti un insufficiente quadro probatorio offerto a sostegno della tesi dell’esistenza di un’apertura di credito.

Difatti, il concetto della mera tolleranza inizia a vacillare quando si alleggi e dimostri la ricorrenza di esposizioni debitorie prolungate nel tempo, anche per decenni e anche per importi rilevanti, le quali non possono che ingenerare nel correntista la convinzione di poter disporre di una disponibilità di somme concesse dalla banca, anche senza formalizzazione scritta; crolla, infine, inesorabilmente tale concetto, laddove si alleggi e dimostri la presenza di plurime aliquote di tassi debitori e CMS o disponibilità fondi: in assenza di un accordo di concessione di apertura di credito, non avrebbe senso la previsione di aliquote differenziate di tassi debitori e di CMS<sup>12</sup> in un contratto di conto corrente non affidato - nel quale, tipicamente, non si prevede la possibilità di concedere aperture di credito e con il quale la banca si impegna ad offrire al cliente unicamente un servizio di cassa con utilizzo della provvista propria del cliente); ancora, deve escludersi perentoriamente la mera tolleranza ed affermarsi la certa presenza di un affidamento, quando questo risulti provato – con efficacia

---

*conclusi prima dell’entrata in vigore della L. n. 154 del 1992, e del D.Lgs. n. 385 del 1993).”; Ora, la Corte di merito ha ritenuto che la prova della conclusione del contratto di apertura di credito (da cui desumere la natura ripristinatoria delle rimesse interessate all’eccezione di prescrizione) non fosse stata fornita: lo ha fatto muovendo dai principi sopra esposti, e cioè riversando sulla correntista l’onere probatorio circa la conclusione del contratto e reputando non decisiva, a tal fine, l’esistenza di sconfinamenti del conto. Il giudizio di fatto della Corte di Brescia – che come tale sfugge al sindacato di legittimità – poggia, dunque, su corrette basi giuridiche.”;*

**Cass.Civ. n.29317 del 22.12.2020:** “Né, in tal caso, la condotta omissiva della banca può essere intesa come autorizzazione ad un innalzamento del limite dell’apertura di credito, dovendo essere invece ricondotta ad un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell’obbligo di rientrare dall’esposizione debitoria non autorizzata.”

**Cass.Civ. n.16278 del 30.07.2020:** “è bene tener presente che il contratto di apertura di credito, o fido, in conto corrente, comunemente anche detto «scoperto di conto», comporta l’assunzione da parte della Banca dell’obbligazione di mettere a disposizione del cliente sul conto corrente una somma fino un importo massimo prestabilito, per un tempo determinato o indeterminato, e ha quindi un contenuto ben diverso dalla mera tolleranza di fatto degli sconfinamenti a debito da parte del cliente; a fronte di tale precisa affermazione della sentenza impugnata la ricorrente, non ha indicato come e quando abbia dedotto, tempestivamente, nel giudizio di merito la rilevanza probatoria degli elementi di fatto posti a sostegno della diversa valutazione richiesta, che non sono stati trascritti, né sintetizzati, ma semplicemente qualificati e commentati;”;

**Cass.Civ. n.19751 del 09.08.2017:** “Va peraltro rilevato che, secondo l’orientamento di questa Corte, come ritenuto nella pronuncia del 20/6/2011, n. 13445, l’estratto autentico del libro fidi provverebbe la delibera della Banca diretta alla concessione dell’affidamento, non anche la conclusione tra le parti di tale contratto, la cui concreta sussistenza peraltro non potrebbe trarsi dalla condotta tenuta di fatto dalla banca nel tollerare le scoperture del conto corrente in questione (c.d. fido di fatto).”

**Cass.Civ. n.8160 del 28.07.1999:** “l’esistenza di un contratto di apertura di credito bancario, che, solo, può giustificare la non immediata esigibilità, da parte della banca, del saldo passivo di un conto corrente, non può essere ricavata, per *facta concludentia*, dalla mera tolleranza di una situazione di scoperto, come i precedenti assegni, che sono da considerare, in via di principio, alla stregua di concessioni discrezionalmente accordate caso per caso”

<sup>12</sup> e, a ben pensarci, neanche di singolo tasso debitore e CMS

confessoria – documentalmente a mezzo visure CR riportanti importi di “accordato”.

Riassumendo, ciò che il Giudicante deve valutare è la correttezza e sufficienza delle allegazioni offerte dal cliente circa l’esistenza dell’affidamento, anche in assenza del contratto scritto.

Ciò che è fondamentale provare è che al momento della rimessa, ai fini della sua qualificazione come ripristinatoria o solutoria, esisteva un accordo tra le parti in virtù del quale il correntista considerava quella rimessa riduttiva della sua situazione debitoria, come un ripristino della sua disponibilità di disporre del denaro messo a disposizione dalla banca.

La prova di tale accordo ci consente di passare dalla casistica sub a) a quella sub b) cioè di uscire dalla ipotesi di una semplice tolleranza per provare una situazione di esistenza di un’apertura di credito, anche se non veicolata in un documento contrattuale in forma scritta.

Così ragionando, la volontà della banca di concedere un affidamento (che poi, per lo più, nega in giudizio), pur in mancanza del documento contrattuale di concessione, è desumibile dal comportamento (concludente) tenuto dalla medesima.

A comprova di tale volontà, frutto di un accordo verbale, è necessario, si ripete, allegare e dare prova, accanto ad una concessione, anche in maniera continuativa e duratura, di esposizioni debitorie, della concomitante presenza di altri elementi indiziari, quali possono essere, a titolo indicativo e non esaustivo, l’esposizione negli estratti di diverse aliquote di tassi debitori (una per importi entro fido, una per importi extra fido e una per importi allo scoperto), addebiti a titolo di CMS (anche con aliquote diversificate), la presenza di addebiti per “gestione fido” o descrizioni similari, la presenza della voce “accordato” nella visura della Centrale Rischi di emanazione Banca d’Italia in corrispondenza dei periodi per i quali interessa fornire la prova, la mancanza di solleciti al correntista ad un immediato rientro dallo scoperto, la mancanza di comunicazioni di risoluzione del contratto o di segnalazioni della posizione a sofferenza.

Va infine osservato che, per quanto possa amarsi la tesi della “mera tolleranza”, non la si può sostenere ad oltranza nel caso concreto in cui l’evidenza documentale la sconfessi: altrimenti, si dovrebbe concludere che l’apertura di credito in conto corrente sia immune, come fosse un contratto “Highlander”, dalla nullità che colpisce i contratti bancari conclusi in violazione della forma scritta *ad substantiam*.

Come acutamente osservato, *“Se al cliente è accordata la possibilità di chiedere l’esecuzione del contratto privo della forma scritta ad substantiam, conseguentemente non può essergli preclusa ex art. 2725 c.c. la possibilità di provare l’esistenza del contratto; prova che può essere fornita anche presuntivamente, evidenziando indici sintomatici gravi, precisi e concordanti idonei a dimostrare in*

*modo univoco l'esistenza dell'affidamento*"; *“la questione dell'ammissibilità del cd. fido di fatto non va pertanto posta sotto il profilo della forma, stante le considerazioni già dette sulla nullità di protezione, ma sotto il profilo probatorio.”* (Tribunale di Firenze, sentenza n. 1160 del 21 aprile 2022, Est. Castagnini).

6)

### **Lo spartiacque dell'affidamento tra rimesse ripristinatorie e solutorie: il limite del fido e l'onere di provarlo**

In tema di prescrizione estintiva, **Cass. SS.UU. n.15895 del 13.06.2019**, ha affermato il principio di diritto per il quale 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.

Ha però anche statuito che l'onere di allegazione è concettualmente distinto dall'onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del *thema decidendum* (che investe unicamente il piano della formulazione dell'eccezione di prescrizione) mentre il secondo, attenendo alla verifica della fondatezza della domanda o dell'eccezione (che impone invece di fornire la dimostrazione, appunto, dell'esistenza o meno di rimesse solutorie/ripristinatorie), costituisce per il Giudice regola di definizione del processo; 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.

Perciò, il fatto che la Suprema Corte abbia sollevato la banca dall'onere dell'allegazione delle specifiche rimesse solutorie, non ha eliminato l'onere di provare la ricorrenza di rimesse solutorie allorquando il correntista abbia provato l'esistenza di un affidamento.

Di tale avviso è anche **Cass. Civ. Sezione Prima, Sentenza 28 febbraio 2020, n. 5610**: *“il problema della specifica indicazione delle rimesse solutorie non viene eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano delle allegazioni a quello della prova, sicché il Giudice deve valutare la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere probatorio.”* e ancora: *“Tanto premesso, non era la Banca a dover provare il fatto negativo della inesistenza di apertura di credito, o la natura solutoria delle rimesse, che invece scaturiva automaticamente dall'assenza di prova di un rapporto di*

*affidamento in conto corrente; per converso le era sufficiente eccepire il decorso del tempo e far valere la prescrizione dall'annotazione delle singole rimesse.”.*

Tale ultimo passaggio conferma il fatto che, viceversa, qualora venga data prova dell'apertura di credito, è onere della banca contrastare e ribaltare la presunzione della natura ripristinatorie delle rimesse o provando (i) l'inesistenza dell'affidamento<sup>13</sup> o (ii) l'esistenza di un suo limite con la contestuale prova del suo superamento.

D'altra parte, data per provata l'esistenza di un fido di fatto, appare subito evidente come il limite del fido sia elemento di indagine essenziale ed indefettibile nel procedimento di qualificazione delle rimesse, se ripristinatorie o solutorie, con le note (importanti) conseguenze che ne derivano sulla prescrizione e sul *quantum* delle azioni restitutorie.

Così come, essendo l'esistenza del limite del fido (al fine di dimostrare la natura solutoria delle rimesse che lo hanno valicato) un elemento di fatto che giova alla banca eccipiente la prescrizione (eccezione in senso proprio e stretto, legata alla natura solutoria delle rimesse), appare altrettanto evidente, come già rilevato dagli Ermellini, che sia solo e soltanto la banca il soggetto onerato alla allegazione e dimostrazione di siffatta esistenza entro i rigorosi rispettivi termini prescrizionali allegatori e probatori, senza che possano efficacemente intervenire, a suo vantaggio, rilevazioni esterne (ad esempio, la rilevazione del limite ad opera del CTU).

Tuttavia, quanto sopra ritenuto dagli scriventi non è affatto pacifico ed è controverso se la predeterminazione del limite massimo costituisca un “elemento essenziale” della causa di contratto di apertura credito in conto corrente.

In senso negativo si sono pronunciati **Cass. n. 26133/2013**, **Cass. n. 3842/1996**, **Trib. di Prato 18.02.2016**; **Trib. di Torino 11.03.2015**, **Trib. di Livorno, n. 176/2017**, **Corte d'Appello di Trieste n.104/2017**, per i quali è sufficiente la pattuizione di un obbligo della banca di eseguire operazioni di credito bancario passive: tali decisioni propendono a identificare il limite massimo con l'importo del massimo scoperto consentito dalla banca esposto negli estratti conto, dandosi per ammessa, in buona sostanza, la possibilità che esistano aperture di credito senza un predeterminato limite di importo.

---

<sup>13</sup> Per **Cass.Civ. Sezione III n. 25158 del 10.11.2020**, cit., “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**)”; “3.6. 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”.

Di senso opposto **Corte di Appello di Firenze, n. 551/2021; n. 1651/2021; n. 161/2022, Trib. Firenze, sentenza n.1160 del 21.04.2022**, per le quali il limite è elemento essenziale del contratto di fido, sia perché non potrebbero determinarsi diversamente i limiti dell'obbligazione in capo alla Banca, sia perché la prova del limite dell'affidamento appare necessaria a distinguere le rimesse intra da quelle extra fido, e sia, infine, perché tale limite non potrebbe essere identificato con la più elevata esposizione debitoria raggiunta, dal momento che ciò determinerebbe un'indebita inversione dell'onere della prova.

V'è anche un recente – isolato – arresto di legittimità che sembra comunque richiedere dal correntista la misura dell'affidamento (**Cass. n. 188/2022**).

Tanto premesso si parta, anzitutto, dall'esegesi normativa dell'art. 1842 c.c.: *“L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato”*.

Come può evincersi, non è previsto che le parti debbano necessariamente stabilire un limite alla disponibilità concessa, ma solo che la banca si obblighi a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro: non v'è alcun accenno normativo né al limite né, tanto meno, alla sua essenzialità; *ergo*, il mancato rinvenimento di siffatto limite in una espressa pattuizione o in indicazioni riportate negli estratti conto o altra documentazione extracontrattuale in atti, semplicemente, fa presumere (legittimamente, non ostandovi la normativa) un affidamento di valore “illimitato” o “limitato a quanto effettivamente autorizzato” e quindi concesso dalla banca” (fido di fatto).

Tale legittima presunzione, peraltro, trova perfetto riscontro nella operatività bancaria ove accade spessissimo che la domanda di ulteriore credito in costanza di fido di fatto sia valutata volta per volta: se accettata, comparirà il relativo movimento nell'estratto conto, se rifiutata, ovviamente, non comparirà nulla.

Quanto appena detto, in aggiunta, era la regola nel periodo *ante forma ad substantiam*, in cui non erano - per lo più - formalizzati per iscritto né i contratti né i limiti di fido, ma era comunque già vigente la definizione normativa di apertura di credito ex art 1842: se si accettasse incondizionatamente la seconda tesi sopra riportata, dovremmo concludere che tutti i contratti di apertura di credito stipulati prima della L. 154/1992 dovrebbero essere nulli per difetto dell'elemento essenziale del limite di fido; cosa, naturalmente, inaccettabile in un regime di libertà delle forme ed essendo la fissazione contrattuale di tale elemento ben evincibile per *facta concludentia* dal corredo documentale del rapporto di conto corrente.

Se, dunque, non è normativamente vietato concedere un importo di affidamento illimitato, una volta

che sia stato compiutamente provata l'esistenza di un affidamento anche senza la scheda contrattuale, non può negarsi che le rimesse debbano necessariamente avere natura ripristinatoria: sostenere il contrario, equivarrebbe a negare l'esistenza di un affidamento di fatti già accertata.

Detto in altre parole, una volta provata l'esistenza della concessione di un affidamento, in assenza di elementi che attestino la massima somma disponibile, il limite può assumere, numericamente, soltanto due valori: o valore "zero" o valore "illimitato"; ora, però, data per certa l'esistenza di un affidamento, tale valore non può mai assumere valore "zero" perché ciò andrebbe a negare il fatto stesso – oggettivamente provato - della concessione dell'affidamento e quindi, necessariamente l'importo non può che assumersi come "illimitato".

A quel punto, sarà onere di chi ne ha interesse (la banca) provare che esista un limite massimo consentito dalla banca a tale affidamento: diversamente, il limite massimo del fido di fatto non potrà che coincidere con la massima esposizione debitoria assunta in concreto per come documentata dagli estratti conto, con necessario riconoscimento della natura ripristinatoria di tutte le rimesse intercorse nel periodo.

A sostegno di quella, che, francamente, pare essere la soluzione più logica e rispondente tanto al diritto sostanziale quanto alle regole dell'*onus probandi*, si cita la seguente giurisprudenza.

**Tribunale di Milano sentenza n. 247 del 11.01.2017:** *“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 prescrizione; 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 prescrizione, 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 prescrizione con riferimento a tutti gli addebiti illegittimi operati in corso di rapporto, oggetto dell'odierna azione di ripetizione".*

Dello stesso corretto avviso è **Tribunale di Ascoli Piceno, sentenza n. 35 del 21 gennaio 2021, Est. Enza Foti**, per il quale, in disparte la considerazione per cui l'eventuale nullità del contratto di affidamento ex art. 117 T.U.B. 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 sollevata d'ufficio dal giudice né, infine, avere dei riverberi sfavorevoli per il correntista), qualora il correntista dia prove dell'esistenza del fido attraverso 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.) è 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, dalle stesse, del termine di prescrizione; in assenza di tale prova, tutte le rimesse in costanza del fido di fatto devono essere considerate ripristinatorie.

Ancora, per **Tribunale di Padova del 31.08.2018** "[...] 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”<sup>14</sup>.

In conclusione, si vuol richiamare l'attenzione al riparto degli oneri probatori: **(a)** la banca eccepisce la prescrizione secondo le modalità indicate da Cass. SS.UU. n.15895 del 13.06.2019, **(b)** il

---

<sup>14</sup> Ulteriori conferme in tal senso: “**Corte di Appello di Milano, 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 Cremona, n. 585 del 22.10.2018, Est. Corini**: “La durata, la stabilità e l'importanza dell'utilizzo da parte del correntista di somme della banca consentono di escludere che si sia trattato di meri atti di tolleranza, ma configurano il riconoscimento dell'esistenza di un fido di fatto, avente come limite estremo lo stesso massimo scoperto di fatto consentito dalla banca”.

**Tribunale Taranto, n. 980 del 11.04.2018, Est. Calabrese**: “Ove vi sia un affidamento di fatto da parte della banca che impedisce di individuare una soglia dell'affidamento stesso, non è possibile qualificare le rimesse come solutorie”.

**Tribunale di Teramo, 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... Sulla base dei suddetti elementi, contraddistinti dai caratteri della gravità, precisione e concordanza ai sensi dell'art. 2729 c.c. ... 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 omesso 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”.

**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”.

correntista prova che il conto era affidato (non necessariamente con il contratto scritto), (c) la banca deve (i) contrastare quella prova oppure (ii) 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: in difetto di tale ultima prova, le rimesse non potranno che essere tutte ritenute ripristinatorie.

Solo in via incidentale va opportunamente menzionata una recente e condivisibile scuola di pensiero, inaugurata dal **Tribunale di Milano, sentenza n. 5472 del 24 giugno 2021<sup>15</sup>, Est. Ferrari** (confermata dallo stesso Estensore dalla sentenza n. 8992 del **2 novembre 2021** e del **13 luglio 2022**), per il quale, ai sensi dell'art. 1852 c.c., in costanza di rapporto non è mai configurabile una rimessa solutoria idonea a far decorrere la prescrizione dalla data di annotazione; prescrizione che decorre sempre e comunque, anche per le somme pretese ultrafido, solo dalla chiusura del rapporto: ciò che risolverebbe a monte l'intera problematica attesa alla distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie e, a braccetto, del limite dell'affidamento, sia contrattualizzato che di fatto.

Aderisce a tale tesi **Tribunale di Forlì, sentenza del 22.03.2022, Est. Branca**, che, richiamando ampi passi della sentenza Trib. di Milano n. 5472 del 24.06.2021, aggiunge *“Per completezza peraltro si sottolinea che detto approdo pare conforme al principio, sul quale viceversa non residuano margini di incertezza, per il quale prima della chiusura del rapporto non vi è interesse ad agire in ripetizione. È infatti difficile coniugare detto principio con quello che impone al correntista di agire nel termine di dieci anni dal pagamento a fronte di una rimessa solutoria. Conclusivamente dunque l'eccezione di prescrizione sollevata dalla difesa di parte convenuta è infondata e non merita accoglimento”*.

Va da ultimo ricordato che la Suprema Corte ha escluso la decorrenza di qualsiasi termine prescrizionale rispetto alle azioni dei correntisti che si limitino alla sola rettifica del saldo.

Precisamente, **Cass. Civ., con sentenza n.3858 del 15 febbraio 2021**, ha affermato, che *“non esiste un diritto alla rettifica del conto autonomo rispetto al diritto di far valere la nullità, annullamento o risoluzione del titolo a base dell'annotazione del conto stesso”*: ciò in quanto, spiega l'ordinanza, *“L'annotazione nel conto altro non è che la rappresentazione contabile di un diritto, non un diritto a*

---

<sup>15</sup> Così testualmente: *“Il presupposto dell'esigibilità del credito relativo al capitale utilizzato ultrafido e dei relativi interessi, necessario per giustificare la stessa distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie, collide insanabilmente con l'art. 1852 c.c. il quale, derogando per il conto corrente bancario al disposto di cui all'art. 1823 c.c. per il conto corrente in generale, esclude l'esigibilità del saldo creditorio per l'istituto di credito sino alla chiusura del rapporto di conto corrente. Ne discende che in costanza di rapporto di conto corrente, non potendo configurarsi un credito esigibile per la banca neppure con riferimento al capitale e agli interessi ultra-fido, non possa mai riscontrarsi una rimessa solutoria, idonea a far decorrere il termine prescrizionale dalla data della sua annotazione. Per tali ragioni, quindi, deve ritenersi che i principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 24418/2010, quanto meno sino al 14.4.2016 con riferimento agli interessi anatocistici (ossia dall'entrata in vigore della versione attuale del secondo comma dell'articolo 120 T.U.B.), non possono operare e che, pertanto, la prescrizione del diritto di ripetizione di indebito relativamente agli addebiti illegittimi in conto corrente decorra sempre e comunque dalla data di chiusura del rapporto”*.

*sé; allorché il titolo (generalmente negoziale) alla base di quel diritto viene dichiarato nullo oppure viene annullato, rescisso o risolto, viene meno il diritto stesso, e conseguentemente la nuova realtà giuridica trova una nuova rappresentazione contabile”.*

*Ergo, l’operazione di rettifica sul conto non può considerarsi soggetta a un termine predefinito, dal momento che essa è strettamente connessa e subordinata all’esito dell’azione di nullità, imprescrittibile ex art. 1422 c.c.: la rettifica, dunque, sarà sempre ammessa, senza limiti di tempo.*

Tale principio è stato condiviso da **Tribunale Milano sentenza n. 9213 dell’11 novembre 2021, Est. Stefani**: *“Tuttavia va ricordato che, ai sensi dell’art. 1422 c.c., l’azione di nullità è imprescrittibile e l’inefficacia degli addebiti generati dai contratti nulli non è altro che il riflesso contabile di quel vizio e quindi si sottrae alla prescrizione (v. in questo senso Cass. n. 3858 1/2021)”*; nonché da **Corte d’Appello di Brescia, sentenza n. 292 del 10 marzo 2021, Rel. Trezza**: *“Manifestamente infondata è, altresì, l’eccezione di prescrizione. Ai sensi dell’art.1422 c.c. l’azione di accertamento della nullità delle clausole dei detti contratti di conto corrente non soggiace a prescrizione. Il diritto alla ricostruzione dell’esatto dare/avere non è autonomo rispetto al diritto a far valere dette nullità. L’annotazione nel conto non è, invero, altro che la rappresentazione contabile di un diritto, non un diritto a sé; pertanto, allorché il contratto alla base di quel diritto venga dichiarato nullo, viene meno il diritto stesso e, per l’effetto, la nuova realtà giuridica trova una diversa corrispondente rappresentazione contabile” e “la condanna ‘ad accreditare’ statuita dal Tribunale altro non è che accertare il corretto saldo del c.c. L’azione proposta dalla società appellata non incorre, pertanto, in alcuna prescrizione”.*