

LA PRESCRIZIONE UTILIZZO EXTRA FIDO: ATTO, FATTO O NEGOZIO GIURIDICO?

di GIAMPAOLO MORINI

SOMMARIO: 1. Prescrizione: *dies a quo* nella giurisprudenza. 2. Onere della prova e onere di allegazione: una scelta non ancora chiara. 3. La prova dell'affidamento. 4. Utilizzo extra fido: atto, fatto o negozio giuridico?

1. Prescrizione: il *dies a quo* nella giurisprudenza

L'omessa produzione in giudizio del contratto di conto corrente e di quello, ad esso collegato, di apertura di credito in favore della stessa correntista, non rende la domanda generica ed indeterminata e non comporta quindi la nullità dell'atto: la questione, tuttavia appare in giurisprudenza tutt'altro che chiara

Per poter ben inquadrare il complicato tema della prescrizione nei contratti bancari, occorre riprendere le fila della **Cass. Civ., Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418 ripercorrendo, quelli, che almeno per me, sono i passaggi salienti**: 3.2. *Occorre considerare che, con tutta ovvietà, perché possa sorgere il diritto alla ripetizione di un pagamento indebitamente eseguito, tale pagamento deve esistere ed essere ben individuabile. Senza indulgere in inutili disquisizioni sulla nozione di **pagamento** nel linguaggio giuridico e sulla sua assimilazione o distinzione dalla più generale nozione di **adempimento**, appare indubbio che il **pagamento, per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato, debba essere tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte di quel medesimo***

soggetto (il solvens), con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (l'accipiens); e lo si può dire indebito - e perciò ne consegue il diritto di ripeterlo, a norma dell'art. 2033 c.c. - quando difetti di una idonea causa giustificativa.

Al punto 3.3. le SSUU escludono in modo deciso (*...difficilmente possa essere condiviso il punto di vista*) che nelle ipotesi di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c., **il dies a quo del decorso della prescrizione possa essere individuato nella data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati dalla banca al correntista.**

Per la Cassazione, l'annotazione in conto può solo incrementare o ridurre il saldo, ma ***in nessun modo si risolve in un pagamento***, in quanto ***non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo in favore della banca.***

Infatti, dato il carattere unitario del rapporto di conto corrente, che vede il sorgere dell'obbligazione coincidere con la chiusura del medesimo, il contratto da prendere di riferimento ai fini della prescrizione è **il contratto di apertura di credito bancario, regolato in conto corrente.**

Secondo gli artt. 1842 e 1843 c.c., l'apertura di credito si attua mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l'intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità eseguendo versamenti che gli consentiranno poi eventuali ulteriori prelievi entro il limite complessivo del credito accordatogli.

Alla luce del contratto di apertura di credito, le SSUU pongono due scenari, il primo: *pendente l'apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, pare indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. In tal caso, qualora la restituzione abbia ecceduto il dovuto a causa del computo di interessi in misura non consentita, l'eventuale azione di ripetizione d'indebito non potrà che essere esercitata in un momento successivo alla*

chiusura del conto, e solo da quel momento comincerà perciò a decorrere il relativo termine di prescrizione.

Nel secondo scenario la Cass. contempla l'ipotesi più complessa, seppur più frequente: *Qualora, invece, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca.*

Pare evidente che in questo scenario si sono compiute operazioni "extracontrattuali" tali da escludere che possano essere configurate come mere annotazioni; ciò accadrà, prosegue la Corte, ... *qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere.*

Dunque tutti i versamenti eseguiti dal cliente su un conto passivo ma entro il limite dell'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito **non hanno né lo scopo né l'effetto di soddisfare la pretesa della banca medesima di vedersi restituire le somme date a mutuo, credito al momento, non ancora scaduto né esigibile, bensì quello di riespandere la misura dell'affidamento utilizzabile nuovamente in futuro dal correntista¹.**

¹ Si riporta un passaggio della sentenza: L'accennata distinzione tra atti ripristinatori della provvista ed atti di pagamento compiuti dal correntista per estinguere il proprio debito verso la banca, opportunamente richiamata anche nell'impugnata sentenza della corte d'appello, è ben nota alla giurisprudenza (che ne ha fatto applicazione in innumerevoli casi, a partire da Cass. 18 ottobre 1982, n. 5413 sino a tempi più recenti: si vedano, ad esempio, Cass. 6 novembre 2007, n. 23107; o Cass. 23 novembre 2005, n. 24588). Pur se elaborata ad altri fini, detta distinzione non può non venire in evidenza anche quando si tratti di stabilire se è o meno configurabile un pagamento, asseritamente indebitato, da cui possa scaturire una pretesa restitutoria ad opera del solvens; pretesa che

In definitiva tutte le operazioni compiute entro i limiti dell'affidamento sono e restano annotazioni prive del requisito del pagamento ... *perché non soddisfa il creditore ma amplia (o ripristina) la facoltà d'indebitamento del correntista.*

A questo punto, la Corte specifica che l'influenza che sul saldo passivo del conto hanno gli interessi illegittimamente addebitati *si traduce in un'indebita limitazione di tale facoltà di maggior indebitamento, ma non nel pagamento anticipato di interessi.*

La Corte spiega che potrà parlarsi di pagamento, *soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto.*

Diversamente, i versamenti effettuati oltre i limiti dell'affidamento assumeranno la funzione di pagamento e come tale determina un proprio *dies a quo* per il decorso della prescrizione, principio già espresso dalla **Cass. 13 aprile 2005, n. 7651:...** *il termine di prescrizione inizia a decorrere non dalla data della decisione che abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella del pagamento stesso.*

Al termine del punto 3 le SSUU esprimo pertanto il seguente principio di diritto: *“Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.”*

è soggetta a prescrizione solo a partire dal momento in cui si può affermare che essa sia venuta ad esistenza.

2. Onere della prova e onere di allegazione: una scelta non ancora chiara.

La giurisprudenza di legittimità ha assunto posizioni diverse, almeno sino alla sentenza Corte di Cassazione a SU del 13 giugno 2019, n. 15895.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto inammissibile una eccezione di prescrizione formulata in modo del generico, che non distingue le rimesse sul solutorie da quelle ripristinatorie, tuttavia, **la stessa Cassazione ha anche precisato che l'esistenza di un contratto di affidamento deve lasciar presumere la natura ripristinatoria delle rimesse**, spostando sulla banca l'onere di allegare e provare quali sono, le rimesse solutorie; una tale impostazione consentirebbe al correntista un adeguato esercizio del diritto di difesa sul punto (come ritenuto da Cass., n. 4518/2014; Cass., n. 20933/2017; Cass., n. 12977/2018; Cass. civ. n. 33320 del 2018).

Diversamente altra parte della giurisprudenza (Cass., 14576/2007; Cass., n. 28282/2011; Cass., n. 1064/2014; Cass., n. 15799/2016; Cass., n. 4372/2018) **esclude, che sia la banca a dover fornire specifica indicazione delle rimesse solutorie cui è applicabile la prescrizione, attribuendo al giudice il compito di accertare quali sono le rimesse non qualificabili come “pagamenti” nel senso sopra chiarito; orientamento che troverebbe, peraltro, coerenza con la Cass., Sez. Un., 10955/2002, secondo la quale la banca, ha il solo onere di allegare l'elemento costitutivo della eccezione di prescrizione estintiva approfittando dell'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio – e di manifestare la volontà di profittare dell'effetto connesso a quella eccezione: non graverebbe, invece, su di essa anche l'onere «di indicare direttamente o indirettamente (cioè attraverso specifica menzione della durata dell'inerzia) le norme applicabili al caso di specie, l'identificazione delle quali spetta al potere-dovere del giudice».**

Su tale ultimo inciso, peraltro, si richiama la Cassazione civile, sez. VI, 04 Marzo 2021, n. 5887. Pres. Ferro. Est. Dolmetta: *Secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza di questa Corte, il correntista che agisce in via di ripetizione è tenuto a fornire la prova che talune delle somme percepite*

dalla Banca, come appostate sul conto a debito del cliente, siano prive di una valida causa debendi.²

Dunque, i versamenti effettuati dal correntista all'interno di un conto corrente con affidamento (artt. 1842 e 1843 c.c.) saranno qualificabili come pagamenti solo quelli che hanno avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca il che si può verificare in due casi: quando non sussiste alcun affidamento; quando viene superato il limite affidato.

Sul punto appare chiara la **Cassazione Civile, sez. VI, sent. n. 14958 del 14/7/2020³**: *Se il correntista, nel corso del rapporto, abbia 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 risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. E questo accadrà ove si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'affidamento: non così in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere. In base ai principi richiamati, è necessario dunque distinguere i versamenti solutori da quelli ripristinatori della provvista: giacché solo i primi possono considerarsi **pagamenti nel quadro della fattispecie di cui all'art. 2033 c.c.**; con la conseguenza che la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitato decorre, per tali versamenti, dal momento in cui le singole rimesse abbiano avuto luogo. I versamenti ripristinatori, invece non soddisfano il creditore ma ampliano (o ripristinano) la facoltà d'indebitamento del correntista: **sicché, con riferimento ad***

² In tal senso: Cass., n. 24948/2017; Cass. 8 marzo 2001, n. 3387; Cass. 3 marzo 1998, n. 2334; Cass. 28 luglio 1997, n. 7027; Cass. 18 dicembre 1995, n. 12897; con riguardo all'onere probatorio circa la mancanza della causa debendi, più di recente: Cass. 14 maggio 2012, n. 7501; Cass. 11 ottobre 2010, n. 22872

³ IL CASO.IT:

http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime_publicate/23967/Tutte#gsc.tab=0

essi, di pagamento potrà parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia percepito dal correntista il saldo finale, in cui siano compresi interessi non dovuti: per essi, quindi, la prescrizione decorre dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Il che è quanto dire che ai fini della prescrizione assumerà rilievo anche la rimessa (solutoria) con cui il correntista ripiana l'esposizione debitoria maturata in ragione del rapporto di affidamento oramai cessato

Le SU del 13 giugno 2019, n. 15895 hanno inoltre chiarito che **non compete alcorrentista allegare la mancata effettuazione di versamenti solutori, trattandosi di un fatto negativo, estraneo alla fattispecie costitutiva del diritto azionato**⁴.

L'adempimento dell'onere di allegazione da parte dell'attore muta a seconda che questi agisca per far valere in giudizio diritti autodeterminati⁵ o eterodeterminati⁶; il convenuto,

⁴ Cass. n. 288119 del 20174

⁵ Per “diritto **autodeterminato**” si intende il diritto individuabile in base alla *sola indicazione del relativo contenuto quale rappresentato dal bene che ne forma l'oggetto* (Cass., 23 febbraio 2017, n. 4681); inoltre, individuazione prescinde dal titolo d'acquisto allegato ed è motivata in relazione alla natura unica ed irripetibile della situazione sostanziale dedotta. Per la Cass., Sez. II Civile - Sentenza 17 novembre 2014, n.24400: *I diritti autodeterminati sono quelli la cui individuazione prescinde dal titolo d'acquisto allegato ed è motivata in relazione alla natura unica ed irripetibile della situazione sostanziale dedotta; al contrario, l'identificazione dei diritti eterodeterminati è in funzione dello specifico fatto storico contrattualmente qualificato, sicché la causa petendi si risolve nel riferimento concreto a quel fatto specifico che è affermato ed allegato come costitutivo, e che perciò possiede una specifica attitudine a individuare il diritto fatto valere in giudizio. Per Cassazione civile, sezione seconda, sentenza del 31.3.2014, n. 7502: sono quelli la cui individuazione prescinde dal titolo d'acquisto allegato ed è motivata in relazione alla natura unica ed irripetibile della situazione sostanziale dedotta; lì dove, invece, l'identificazione dei secondi è in funzione dello specifico fatto storico contrattualmente qualificato, sicché la causa petendi si risolve nel riferimento concreto a quel fatto specifico che è affermato ed allegato come costitutivo, e che perciò possiede una specifica attitudine a individuare il diritto fatto valere in giudizio. Elaborata allo scopo di fissare i limiti entro cui la domanda può essere modificata senza incorrere nel divieto della mutatio libelli, detta distinzione scioglie una risalente antitesi fra titolazione e sostanziazione della causa petendi. La deduzione dei diritti autodeterminati dipende, infatti, da un puro meccanismo di designazione legale (titolazione, appunto), che consente di collegare la pretesa alla norma invocata senza la mediazione dei fatti storici su cui si fonda l'acquisto del diritto; fatti, al contrario, da cui i diritti eterodeterminati traggono senso e contenuto*

diversamente, dovrà distinguersi a seconda che si sia in presenza di **eccezioni in senso stretto** che deve essere esclusivamente rilevato dalla parte, o **in senso lato**, rilevabili anche d'ufficio dal giudice: l'ipotesi della prescrizione estintiva, per la **Cass. civ. S. UU. sent. n. 10955 del 2012** è una tipica **eccezione in senso stretto**.

Trattandosi, dunque, l'eccezione di prescrizione, una eccezione in senso stretto, ne derivache **la parte che ha interesse a sollevarla sarà gravata unicamente dall'onere di allegare tale inerzia dichiarando di volerne profittare**.

Le SU del 13 giugno 2019, n. 15895 hanno dunque affermato il seguente principio di diritto: **l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che**

(sostanziazione, appunto) perché solo attraverso essi prende corpo il rapporto giuridico che ne è all'origine. Nelle azioni relative ai diritti autodeterminati, quali la proprietà e gli altri diritti reali di godimento, la causa petendi si identifica, dunque, con i diritti stessi e con il bene che ne forma l'oggetto. Essendo vana ai fini dell'individuazione della domanda, l'allegazione dei fatti o degli atti da cui dipende il diritto vantato è necessaria soltanto per provarne l'acquisto. Il cui modo (sia esso un fatto o un atto) integra a livello processuale un fatto secondario che in quanto tale è dedotto unicamente in funzione probatoria del diritto vantato in giudizio. Se dedotto già nell'atto introduttivo, il modo d'acquisto non per questo assume valenza di fatto principale, giacché quest'ultimo si identifica con il diritto autodeterminato e non con altro. Nell'attività di qualificazione o di riqualificazione dei fatti controversi, il giudice incontra il limite, derivante dall'art. 112 c.p.c., di non modificare il petitum e la causa petendi della domanda, vale a dire di non attribuire alla parte attrice un effetto di giudicato sostanziale diverso da quello richiesto. Pertanto, ove sia domandato l'accertamento di un diritto autodeterminato, come la proprietà o altro diritto reale, identificandosi tale effetto con lo stesso diritto vantato e non con il contratto che sia stato dedotto per provarne l'esistenza, il giudice non può a cagione dell'interpretazione di tale contratto attribuire alla parte attrice un diritto reale diverso da quello oggetto della pretesa.

Il giudice di merito, nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda, non è condizionato dalle espressioni adoperate dalla parte, ma deve accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non esclusivamente dal tenore letterale degli atti ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalla medesima parte e dalle precisazioni da essa fornite nel corso del giudizio, nonché dal provvedimento concreto richiesto, con i soli limiti della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e del divieto di sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella proposta. Il relativo giudizio, estrinsecandosi in valutazioni discrezionali sul merito della controversia, è sindacabile in sede di legittimità unicamente se sono stati travalicati i detti limiti. (Cass., n. 13602/2019). In tal senso anche Cassazione civile, sez. VI, 04 Marzo 2021, n. 5887

abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie.

3. La prova dell'affidamento.

A questo punto è opportuno riprendere la giurisprudenza che si è occupata della prova inerente all'esistenza dell'affidamento.

Nella sentenza del **Tribunale Padova, 31 Agosto 2018. Est. Maria Antonia Maiolino⁷** si legge: *La mancata produzione in giudizio del contratto non impedisce di ricavare aliunde la prova documentale dell'esistenza dell'affidamento concesso dalla banca al correntista ricorrendo, come nel caso di specie, all'estratto conto scalare dal quale risulta l'addebito di interessi "entrofido" ed "extrafido".*

La Cass. 5887/2021, precisa ulteriormente che, è *improprio e scorretto - così si è rilevato in particolare - considerare gli estratti conto come "veicolo di una prova legale" di fatti, che invece sono suscettibili di prova libera, cioè dimostrabili anche mediante argomenti di prova ed elementi indiretti che compete al giudice di merito valutare nell'ambito del suo prudente apprezzamento* (Cass., n. 29190/2021).

Se è vero che, ai fini della eccezione di prescrizione, la banca non ha l'onere di indicare puntualmente i versamenti solutori, **perché questi potranno essere ricostruiti con CTU contabile**, è però vero che la stessa ha l'onere di sollevare l'eccezione di prescrizione in modo corretto e coerente con il corredo istruttorio disponibile in giudizio in quanto, solo se l'eccezione è formulata in modo corretto,

⁷IL CASO.it: <http://bancheclienti.ilcaso.it/sentenze/ultime/20488>

sulla base della stessa potrà essere correttamente formulato il quesito al CTU.

Appare evidente che per valutare l'eccezione di prescrizione con riferimento ai versamenti effettuati su di un conto affidato, la distinzione tra versamenti di natura solutoria e versamenti di natura ripristinatoria presuppone che sia nota oltre all'esistenza anche il relativo ammontare.

In conclusione, dimostrata l'esistenza di un affidamento, la soglia numerica, oltre la quale i versamenti diventano solutori e cessano di essere meramente ripristinatori **può essere individuata per relationem attraverso le chiusure periodiche dove è possibile leggere o comunque determinare i numeri e per essi gli scaglioni dei tassi di interesse**: la classica distinzione tra tassi entro i limiti del fido e extra fido o comunque nominati negli estratti conto, potranno rappresentare non solo un indizio grave preciso e concordante sulla esistenza dell'affidamento, fatto che unito alla continuità nel tempo dell'affidamento può condurre il giudice a presumere l'esistenza a monte di un affidamento, ma anche la sua consistenza.

La Corte di Cassazione - VI sez. civ. - sentenza del 04-02-2020 fa ordine in merito all'onere della prova dell'affidamento; la Corte in relazione all'onere della prova ex art. 2697 c.c. gravante sul correntista e sulla banca ha distinto differenti ipotesi, già note in giurisprudenza.

La ricostruzione dei movimenti di dare – avere deve avvenire attraverso i relativi estratti, a partire dalla data dell'apertura del conto corrente *“sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri presuntivi od approssimativi”*⁸.

Tuttavia, la Suprema Corte ha anche chiarito che *non consegue necessariamente, né tanto meno in modo automatico, l'inferenza che ne vuole ritrarre il ricorrente, per cui il cliente dovrebbe sempre e comunque produrre tutti gli estratti conto relativi all'intero svolgimento*

⁸Cass. n. 21597/2013 e Cass. n. 20693/2016; sulla stessa linea: Cass. n. 9365/2018).

temporale del conto (Cassazione civile, sez. VI, 04 Marzo 2021, n. 5887).

Sempre la sentenza 5887/2021 chiarisce *che il giudice del merito deve in ogni caso valutare la possibilità che la prova dell'indebito sia desumibile aliunde, in maniera diversa dagli estratti conto, come già sopra ricordato, il giudice integrare la prova offerta dal correntista; nel caso, pure con mezzi di cognizione disposti d'ufficio, come la CTU, alla quale il giudice può ricorrere quando la prova dei movimenti del conto, che sia prodotta dal correntista, non risulti completa, ma comunque tale da consentire al CTU di operare il calcolo delle competenze trimestrali*⁹.

Nell'azione giudiziale per l'accertamento del saldo e la ripetizione delle somme indebitamente riscosse dall'istituto di credito, l'attore dovrà farsi carico della produzione degli estratti contocosi da assolvere all'onere di provare sia gli avvenuti pagamenti che la mancanza di *causa debendi*.

Premesso, che come specificato dalla Cass. 5887/2021, l'attore può decidere di limitare il periodo su cui levare le contestazioni, qualora, non opti per tale scelta, laddovela documentazione del rapporto appaia lacunosa e incompleta, **il giudice può integrare la prova carente anche con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare con la consulenza contabile, utilizzando, per la ricostruzione dei rapporti di dare e avere, il saldo risultante dal primo estratto conto, in ordine di tempo, disponibile e acquisito agli atti**¹⁰.

Sarà dunque possibile procedere alla ricostruzione del dare /avere anche attraverso altre prove documentali **o argomenti di**

⁹Nella sentenza 5887/2021: cfr., in specie, Cass., n. 31187/2018; Cass., n. 29190/2020; si veda, altresì, la pronuncia di Cass., n. 30822/2018, la quale - al di là della imperfetta sintesi approntata dall'Ufficio del Massimario - ha in realtà puntualizzato che, in caso di produzione parziale degli estratti, il calcolo dei rapporti di dare e di avere decorre "dalla data della posta iniziale a debito annotata sul primo estratto conto disponibile" e dalla misura data da questo saldo, senza alcun previo azzeramento dello stesso

¹⁰Cfr. Cass. 31187/2018.

prova desunti dalla condotta processuale tenuta dal correntista o dalla banca¹¹.

Invero dovrà tenersi distinta l'ipotesi in cui è il correntista ad agire da quello in cui invece è la banca a richiedere il pagamento del saldo debitorio risultante dal rapporto di affidamento risolto.

Quindi, se è il correntista ad agire, si dovranno **elaborare i conteggi partendo dal primo saldo debitore documentato**: in mancanza di elementi utili che consentano di affermare che il debito del cliente, nel periodo non documentato, fosse inesistente o inferiore o che addirittura, in quel periodo, fosse maturato un credito per il cliente, dovrà assumersi come dato di partenza per le rielaborazioni delle successive operazioni il saldo iniziale, a debito e quindi sfavorevole allo stesso attore, **risultante dal primo degli estratti conto acquisiti in giudizio**.

Qualora, invece, sia la banca a procedere per il recupero del credito, salvo quanto affermato in merito **all'estratto-conto che non costituisce l'unico mezzo di prova attraverso cui ricostruire le movimentazioni del rapporto**, sarà la banca a dover produrre l'intera serie degli estratti conto, in difetto, i conteggi dovranno essere rielaborati considerando pari a zero il saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti¹² (principio del cd. saldo zero).

4. Utilizzo extra fido: atto, fatto o negozio giuridico?

In definitiva, il correntista attore, dovrà provare l'esistenza di un affidamento che rappresenterà la soglia entro la quale le rimesse potranno definirsi ripristinatorie; per quelle che eccedono tali limiti le rimesse assumeranno, invece la natura di pagamenti, e pertanto la contestazione dell'eventuale

¹¹Cass. n. 9526/2019; V. anche Cass., I, n.11543/2019, secondo cui alla mancata produzione degli estratti conto si può sopperire diversamente a seconda che il correntista sia convenuto o attore. Nella prima ipotesi può impiegare ulteriori mezzi di prova volti a fornire indicazioni certe e complete.

¹²Cass. 11543/2019.

superamento, dovrà avvenire entro i 10 anni dalla sua esecuzione e di ciò dovrà darne prova il correntista attore.

Tuttavia sul punto merita fare una considerazione: **dal momento che in realtà non è il correntista ad utilizzare somme non concesse in affidamento o che superano il limite dello stesso, ma è la banca a concedere tale utilizzo (in quanto l'alternativa sarebbe il furto o la rapina!), come possono, i versamenti, ritenersi pagamenti anziché rimesse? Vero, che gli usi consentiti dalla banca in assenza di affidamento o oltre lo stesso non trovano la loro fonte normativa negli artt. 1842 e 1843 c.c., ma è veramente corretto ritenere che la concessione da parte della banca di un utilizzo oltre fido sia privo di causa?**

Secondo la teoria della **causa in concreto**, deve riconoscersi agli **interessi** perseguibili dalle parti, un **assetto dinamico e concreto**, dunque le parti, possono adottare schemi predeterminati dalla legge o crearne di nuovi, purché **meritevoli di tutela**.

Dunque se è vero che per le operazioni extra fido non potrà farsi riferimento agli artt. 1842 e 1843 c.c., è pur vero che la **concessione spontanea da parte della banca di utilizzo oltre fido, seppur in modo occasionale, fosse anche unico, non può essere di per sé privo di causa; visto dalla prospettiva del debitore, a quest'ultimo non potrà né attribuirsi una condotta illecita né in mala fede, ma assumerà la sola funzione giuridica di richiesta di utilizzo extra fido alla quale potrà seguire un rifiuto o un assenso da parte della banca. Non si vedono, dunque ragioni, per cui al caso di specie non dovrebbe applicarsi l'art. 1322² c.c.***Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico; nonché l'art. 1326 c.c.: Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.*

Infatti, l'operazione di addebito su conto corrente di una posta che supera il limite del fido non può essere considerato né un atto né un fatto giuridico, dal momento che perché ciò avvenga è necessario il consenso della banca: l'uso extra fido non potrà dunque che ritenersi un negozio

giuridico seppur atipico, sul quale il sindacato del giudice non potrà che rivolgersi alla liceità emeritevolezza.

Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia non si vede come il giudice possa escludere la sussistenza della meritevolezza dal momento che **la scelta della banca rientra nei parametri dell'autonomia contrattuale**: insomma, se consentire ad un correntista l'uso di disponibilità oltre il limite concesso è ritenuto illegittimo, c'è da **chiedersi se ciò non sia responsabilità della banca** che ha prestato il proprio consenso all'operazione e allo stesso tempo **viene da chiedersi quale giudizio dovrebbe darsi ad una semplice richiesta (implicita) da parte del correntista (perché solo di ciò trattasi)**, dal momento che lo stesso non può certo da solo disporre di somme senza il consenso della banca!

La tesi testé esposta potrebbe trovare conforto nella sentenza della **Cassazione Civile, Sez. I, 22 novembre 2017, n. 27836 - Pres. Dogliotti, Rel. Genovese: 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., abilita la Banca d'Italia, su conforme delibera del CICR, a stabilire che «particolari contratti» possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta «in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto» deve essere inteso nel senso che l'intento di agevolare «particolari modalità della contrattazione» non comporta - 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, nel «contratto madre», delle condizioni economiche a cui sarà assoggettato il «contratto figlio».**

Seppur la sentenza si conclude con il non riconoscimento di un contratto di affidamento per *facta concludentia*, c'è da chiedersi, se il negozio giuridico che sorge nel momento in cui la banca autorizza l'uso di somme eccedenti l'affidamento (o a affidamento inesistente), non trovi, proprio nel *contratto madre* una sua regolamentazione.

È infatti noto che nei contratti di affidamento sono previste (normalmente) le condizioni economiche non solo relative

all'utilizzo dell'affidamento **ma anche per i casi in cui siano superati i limiti dell'affidamento stesso.**

Non a caso esiste una Commissione di Istruttoria Veloce, così come i tassi c.d. extra fido: ma se tali condizioni esistono come si possono ritenere privi di pattuizione?

Insomma, se l'utilizzo extra fido non è riconosciuto come fondato su negozio giuridico ma come **atto giuridico, allora viene da chiedersi se sia lecito l'applicazione di tassi, costi e commissioni che di per sé non dovrebbero neppure esistere.**

Appare evidente che è proprio l'esistenza di condizioni economiche, giustamente più onerose per l'utilizzo extra fido, a dover far ritenere che nel momento in cui la banca autorizza l'utilizzo extra fido, tra le parti si perfeziona un negozio giuridico, che se non lo si vuole denominare fido di fatto, è pur sempre un negozio frutto dell'incontro della volontà tra le parti, negozio, che purtuttavia (o forse per caso) è **pure disciplinato nel contratto madre.**

Per esempio la **Cass. Civ., Sez. I, 5 marzo 2020, n. 6195 ha posto in risalto la circostanza che** il contratto di conto corrente (che normalmente contiene anche le condizioni economiche per il trattamento delle poste a debito) ***non ha solo la valenza di un elemento istruttorio, ma pure di fatto probatorio, tanto più meritevole di considerazione quanto più si rifletta che, benché all'epoca della stipulazione del contratto di che trattasi la L. 17 febbraio 1992, n. 154 avesse previsto l'adozione della forma scritta per tutti i contratti bancari, le note istruzioni della Banca d'Italia consentano l'adozione di una forma scritta attenuata allorché l'apertura di conto trovi previsione nel contratto di conto corrente.***

Se si riconosce, dunque che l'utilizzo extra trova la sua fonte in un negozio giuridico, allora tutti i versamenti fatti in conto corrente non potranno che ritenersi ripristinatori, con la precisazione che il ripristino resterà limitato a quello contrattualizzato (contratto madre) non costituendo l'accordo sull'utilizzo extra fido una espansione di quello originario che è solo temporanea e valida caso per caso.

Quanto sopra troverebbe, peraltro, posto nella disciplina delle obbligazioni, si pensi all'art. 1183 ed in particolare nel suo primo precetto: ***Se non è determinato il tempo in cui la***

prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente.

Proprio tale norma porta ad una riflessione: nel momento in cui il correntista è autorizzato a superare il limite del fido, la banca non dovrebbe subito costituirlo in mora o assegnargli un termine per il rientro? Infatti non bisogna dimenticare che l'art. 1184 stabilisce che: *Se per l'adempimento è fissato un termine, questo si presume a favore del debitore, qualora non risulti stabilito a favore del creditore o di entrambi.*

È evidente che per l'utilizzo extra fido non è previsto alcun termine di rientro, pertanto dovrà essere il creditore a richiedere il pagamento. Sulla base di tale assunto dovrebbe essere la banca a dover dimostrare di aver richiesto al correntista il pagamento dell'extrafido, alla luce del fatto che il termine *si presume a favore del debitore.*

In conclusione, se i versamenti eseguiti in presenza di un uso extra fido vengono configurati come pagamenti, pagamenti che in assenza di richiesta da parte della banca non dovrebbero essere esigibili per il combinato disposto degli art. 1183 e 1184 c.c., e che sono frutto di un'azione unilaterale della banca che addebita in conto la posta corrispondente all'extra fido, essi, non verrebbero degradati da atti giuridici fatti giuridici?

Infine se la tesi esposta fosse valida: la prescrizione decorrerebbe contro la banca e non il correntista, e dovrebbe essere la banca a interrompere il termine prescrizionale con la richiesta di pagamento: in difetto tutti i versamenti, anche quelli extra fido dovranno essere ritenuti ripristinatori e non solutori, con la precisazione, ovviamente che l'autorizzazione all'uso extra fido non provocherà l'espansione del fido contrattualizzato (contratto madre).