

Assetti “moderni” della prova dell'apertura di credito: riflessioni “pratiche” alla luce del chiarimento intervenuto dalla Cassazione

di AVV. GLORIA NATICCHIONI

Ordinanza commentata: **Cassazione Civile, 24 gennaio 2024, n. 2338, Pres. Acierno, Rel. Mercolino***

I. Il caso all'origine di queste note sparse

Lo spunto di queste riflessioni, mi è stato offerto da un'ordinanza di rimessione in istruttoria da parte di un Tribunale che - in una (infelicissima) causa in primo grado, incagliata da ben 12 anni in una CTU per la quantificazione del credito del correntista, azionato a valle di un'azione di nullità di clausole contrattuali di una trentennale apertura di credito regolata su più conti correnti (di cui la banca in via riconvenzionale ha azionato il saldo negativo di chiusura) - ha nuovamente rimesso sul ruolo, stavolta per effetto delle due ben note “sentenze-trattato” delle Sezioni Unite in tema di consulenza tecnica d'ufficio (la n. 3086/2022 e la sua “gemella” n. 6500/2022).

La rimessione in istruttoria è stata occasionata dal principio di diritto enunciato dalle dianzi citate sentenze gemelle riguardante i “*super-poteri*” acquisitori (di recente peraltro fortemente limitati, come si vedrà *infra*) in sede di esame contabile da parte del CTU, estesi anche

a documenti diretti a provare i fatti principali.

Quale sia il nesso tra detta ordinanza di rimessione in istruttoria e la pronuncia della Suprema Corte qui in commento (Cass. n. 2338/2024) è presto detto: nel caso che occasiona le presenti riflessioni l'istruttoria, nello specifico l'esame contabile ex art. 198 c.p.c., era stato limitato dal Giudice ai soli rapporti “contrattualizzati”, ossia quelli per i quali era presente in giudizio il contratto in forma scritta, ritenendo detta forma, necessaria anche ai fini della prova dell'esistenza di un affidamento.

Successivamente all'interpretazione nomofilattica circa i poteri di acquisizione del CTU in sede di esame contabile, il Tribunale (seguendo quella che si rivelerà una “falsa pista”, su cui *infra*) è ritornato sui propri passi per verificare l'eventualità di un'acquisizione da parte del CTU dei contratti mancanti (nella specie risalenti al 1981!).

Questo, secondo la (non condivisibile) tesi dell'ordinanza di rimessione in istruttoria, per la quale in mancanza del documento contrattuale, non sarebbe dimostrata l'apertura di credito con conseguente impossibilità di estendere il

ricalcolo alla porzione di rapporto sguarnita della “copertura” della forma scritta (nella specie il quindicennio che va dal 1981 fino al 1996).

Appare ora forse più chiaro che, se il Tribunale avesse ragionato secondo le coordinate ermeneutiche (peraltro non nuove) contenute in Cassazione n. 2338/2024, che ha messo in luce come la nullità derivante dal mancato rispetto della forma scritta del contratto bancario è una nullità di protezione della parte debole contrattuale (ossia il cliente bancario) e, in quanto tale incontra il limite della conformità del rilievo “*al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l’azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall’orbita della tutela*”, non sarebbe stato affatto possibile ritenere insussistente una apertura di credito (e quindi escludere dal ricalcolo l’anzidetto quindicennio), per il solo fatto dell’assenza in causa di un contratto in forma scritta relativo a quel periodo.

Quanto sopra, avrebbe certamente giovato alla ragionevole durata del processo (oramai una mera chimera per gli sfortunati correntisti che da 12 anni agognano alla sentenza).

Non solo. Questo dimostra anche che il contenzioso bancario, spesso si complica e si dilunga inutilmente (in un affastellarsi di consulenze e chiarimenti) a causa di equivoci su aspetti di fondo, sui quali la Suprema Corte interviene purtroppo a distanza di anni e (non raramente) dopo pronunce della stessa non coerenti con il particolare ambito che questo contenzioso investe.

Sarà quindi di seguito fatto un breve *excursus*, senza alcuna pretesa di esaustività, su alcuni dei perni fondamentali intorno ai quali ruotano le controversie bancarie e sulla rilevanza (ed il merito) della pronuncia qui in commento.

II. La prima pietra miliare: sul *dies a quo* della decorrenza della prescrizione dell’azione di ripetizione delle somme illegittimamente addebitate dalla banca

La partita decisiva nell’ambito del contenzioso bancario la si gioca indubbiamente sul piano dell’onere della prova e, nonostante la cruciale rilevanza di questo aspetto, gli orientamenti della Suprema Corte sono stati mutevoli e, per questo, disorientanti.

Tuttavia, da tempo (almeno a decorrere da SSUU n. 24418/2010) una certezza si staglia netta: la nota distinzione tra rimesse ripristinatorie e solutorie¹, nonché il diverso *dies a quo* della decorrenza prescizionale, nell’un caso la chiusura del conto, nell’altro la singola annotazione in conto, che discende dal fatto di essere il conto assistito o meno da un’apertura di credito e, in caso di sussistenza del fido, dall’essere il versamento *intra* o *extra* fido². Detta distinzione si fonda sul presupposto per il quale, nell’ambito dell’azione di ripetizione d’indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. da parte del correntista nei confronti della banca, non può ipotizzarsi una decorrenza della prescrizione se non da quando sia intervenuto un atto di pagamento (avente natura solutoria) che il correntista-attore ritiene essere indebito.

Ne consegue che è dirimente individuare la natura dei versamenti effettuati in corso di rapporto dal correntista e, a tale scopo, il distinguo è determinato dalla sussistenza o meno dell’apertura di credito in conto corrente e dalla individuazione del limite dell’affidamento. Ciò, in quanto muta il *dies a quo* di decorrenza del termine ordinario decennale ai fini prescrittivi che, nell’ipotesi in cui il conto sia affidato ed il limite di affidamento non sia stato superato, decorre dalla data di chiusura del conto, e non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, in quanto in tal caso i versamenti hanno avuto solo una funzione ripristinatoria della provvista. Diversamente, laddove il conto non

sia assistito da un'apertura di credito, oppure il limite dell'affidamento sia stato oltrepassato, la prescrizione decorre allora dalle singole annotazioni in conto corrente, avendo avuto i versamenti in detta ipotesi la funzione solutoria, ossia di veri e propri pagamenti.

III. L'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca: valida anche se generica

In questo contesto, nel decennio successivo al 2010, vi era uno scenario controverso circa le modalità con le quali la Banca convenuta dovesse sollevare l'eccezione di prescrizione. Si sono fronteggiati due distinti orientamenti al riguardo: il primo, fondato sulla presunzione della natura ripristinatoria delle rimesse nel contratto di apertura di credito poneva a carico della banca l'onere di allegare e di provare quali fossero le rimesse di natura solutoria; con la conseguenza che, a fronte della formulazione generica dell'eccezione, indistintamente riferita a tutti i versamenti intervenuti sul conto in data anteriore al decennio a ritroso dalla data di proposizione della domanda, il giudice non poteva supplire all'omesso assolvimento di tali oneri, individuando d'ufficio i versamenti solutori. (in questo senso Cass. 4518/2014; 20933/2017; 28819/2017; 1297/2018; 17998/2018).

Questo orientamento era figlio di un approccio rigorista della Suprema Corte in materia di eccezione di prescrizione, che affondava le sue radici (cfr. Cass. 16326/2009) nel più generale principio secondo il quale, l'eccezione di prescrizione (in quanto eccezione in senso stretto) deve sempre fondarsi su "fatti" allegati dalla parte e, il debitore che la solleva, ha l'onere di allegare e provare "il fatto" che, permettendo l'esercizio del diritto, determina l'inizio della decorrenza del termine ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., restando escluso che il giudice potesse accogliere l'eccezione sulla base di un "fatto" diverso di quello allegato dalla parte (in questo senso più di recente Cassazione

n. 15991/2018)³. Quel che era certamente nelle prerogative del giudice, atteneva all'individuazione del regime prescrizione applicabile (se ordinario o breve) in quanto ritenuta *quaestio iuris*, sulla quale il giudice non era vincolato alla prospettazione della parte. Diversamente, quanto all'individuazione del "fatto" da cui far decorrere l'inizio del termine prescrizione, il giudice doveva attenersi alla prospettazione della parte, non potendo peraltro nemmeno accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso, pur rinvenuto dagli atti di causa depositati ad altri fini dalle parti.

Di contro, una parte della giurisprudenza riteneva invece non necessario ai fini della valida proposizione dell'eccezione, che la banca indicasse specificamente le rimesse prescritte, né il relativo "dies a quo", emergendo la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti dagli estratti-conto, della cui produzione in giudizio è onerato il cliente, sicché la prova degli elementi utili ai fini dell'applicazione della prescrizione è nella disponibilità del giudice che deve decidere la questione (in questo senso, Cass. 18144/2018; 4372/2018; 18581/2017; 2660/2019).

Comenoto, con la sentenza a SSU Un. 15895/2019, la Suprema Corte ha risolto il contrasto sposando questo secondo orientamento⁴ ed affermando il principio di diritto secondo il quale l'eccezione in questione deve considerarsi correttamente formulata, e quindi anche ammissibile, sulla base della sola allegazione dell'inerzia del titolare e della conseguente volontà di avvalersene, senza necessità di indicare specificatamente le rimesse solutorie.

Pertanto, l'assetto attuale – e si crede oramai definitivo – è quello che la banca convenuta dal correntista nell'azione di ripetizione può limitarsi ad eccepire la prescrizione allegando l'inerzia del titolare, dichiarando di volerne profittare.

In questo quadro è evidente che, nei rapporti ultradecennali, la dimostrazione della sussistenza

dell'apertura di credito è fondamentale e tale onere incombe sul correntista-attore.

IV. I riflessi dell'interpretazione di SSUU 15895/2019 sulla condotta processuale della banca e il "falso problema" della mancata prova scritta del contratto di apertura di credito

La rivoluzione che la sentenza a Sezioni Unite del 2019 ha compiuto è destinata a ripercuotersi su molti giudizi pendenti nei gradi di merito, dove spesso la banca, avuto il via libera all'eccezione generica, adotta la strategia processuale di contestare l'esistenza dell'apertura di credito, affermando sostanzialmente che tutte le rimesse avrebbero avuto funzione solutoria. Ciò accade in quei giudizi nei quali il compendio probatorio (come nel caso che ho citato in partenza) risulta privo del contratto di apertura di credito e questo accade sia relativamente a contratti risalenti nel tempo, anteriori all'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria (come nel caso citato in apertura), sia a contratti che invece sono *post* legge n. 154/1992, quindi sorti nel vigore della norma che impone la forma scritta dei contratti bancari (salvo specifiche eccezioni che possono essere contemplate dal CICR).

Questa problematica ha visto diversi approcci che innescano diversi meccanismi, anche in base all'epoca del rapporto: secondo un risalente e consolidato orientamento giurisprudenziale, per il rapporto di apertura di credito anteriore alla legge sulla trasparenza bancaria, non esistendo all'epoca l'obbligo della forma scritta, la prova del contratto può essere data per presunzioni ed essa è ricavabile dagli stessi estratti conto (in ragione della rinvenienza negli stessi di diversi tassi di interesse, intra ed extra fido, della presenza di commissione di massimo scoperto) o anche dalle segnalazioni in Centrale dei Rischi, visto che tali segnalazioni presuppongono normalmente un rapporto di credito a favore del segnalato.

Di recente una parte della giurisprudenza di

merito (tra cui il caso citato in apertura) ha ritenuto di poter affrontare il tema di questa carenza probatoria, sfruttando i principi di diritto recentemente espressi dalle sentenze gemelle di SSUU 3086 e 6500 del 2022 che, in tema di esame contabile, hanno aperto al CTU la possibilità di acquisire documenti anche diretti a provare fatti principali.

Senonché, a distanza di circa un anno da quelle due pronunce a SSUU, la Prima sezione Civile della Suprema Corte (con l'ordinanza n. 5370/2023, poi confermata anche da ord. n. 5440 del 29 febbraio 2024), proprio temendo che la CTU divenisse sostanzialmente il luogo ove la parte incorsa in decadenza potesse eluderne le conseguenze, ha precisato che il potere di acquisizione del CTU nell'ambito dell'esame contabile ex art. 198 c.p.c. di documenti anche diretti a dimostrare fatti principali può avvenire "sul presupposto condizionante" del (doppio) consenso delle parti (del resto espressamente richiesto dall'art. 198 c.p.c., sia per la disamina da parte del CTU di atti non prodotti in causa sia per la menzione all'interno dell'elaborato peritale).

Occorre anche dire, per completezza, che il consenso delle parti è sì presupposto condizionante per l'acquisizione ma, la parte che ne volesse eccepire la mancanza, è in ogni caso onerata dal farlo nella prima difesa utile successiva all'acquisizione, trattandosi di nullità in questo caso relativa della CTU, sanata qualora la parte che volesse far valere l'assenza del proprio consenso non lo rilevi appunto immediatamente.

Così precisato e ristretto il principio in questione, porterebbe a dire che al riguardo si è fatto "molto rumore per nulla", dal momento che è evidente che una delle due parti in causa avrà sempre interesse a negare il proprio consenso all'acquisizione di un documento che potrebbe giovare alla controparte, sicché si reputa assai arduo che il CTU, sia pure con i super-poteri ex art. 198 c.p.c., possa incidere in senso ampliativo

del compendio documentale acquisito entro le barriere preclusive del deposito documentale.

A questo punto, come si può ben capire, la strada prescelta dal Tribunale di cui all'ordinanza di rimessione in istruttoria citata in apertura, si prospetta come una "falsa" pista, nel senso che, nel contesto di uno dei temi più rilevanti del contenzioso bancario, è evidente che la banca, anche qualora il CTU dovesse rinvenire i contratti di apertura di credito non presterà mai un consenso all'acquisizione e, quindi, il cliente bancario non può certo sperare in un soccorso istruttorio da parte del CTU i cui poteri di acquisizione restano comunque subordinati e condizionati dal consenso delle parti.

V. La constatazione della "cifra" del regime giuridico della nullità protezionistica bancaria in Cass. 2338/2024 e la risoluzione del problema della prova dell'apertura di credito

Con l'ordinanza n. 2338/2024, la Suprema Corte ha tuttavia fatto chiarezza e posto in luce il vero tema alla base del contenzioso bancario che è quello della nullità di protezione, che si distingue dalla nullità classica ed è caratterizzata da un "rilevabilità ristretta" essendo consentito il rilievo al solo soggetto in favore del quale opera tale nullità contrattuale ed essendone, al contempo, subordinata la rilevabilità officiosa alla verifica da parte del giudice dell'utilità del rilievo per la parte protetta, nonché alla intenzione di tale parte di avvalersene.

In altri termini, la *species* della nullità di protezione, in particolare quella che opera nel diritto bancario (la categoria della nullità di protezione è infatti eterogenea e qui non è possibile né interessa dar conto di tutte le diverse tipologie che l'ordinamento prevede) è funzionale a rafforzare la posizione del cliente bancario (in quanto contraente debole) e non può mai arrecare un "vulnus" né sostanziale né processuale allo stesso.

Premesso che nelle nullità protezionistiche

coincidono tanto l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e del mercato, quanto quello privatistico ed individuale della tutela del contraente debole, la *ratio* della nullità di protezione bancaria, muove dall'assunto dell'asimmetria di forza contrattuale tra banca e cliente, che si ripercuote in un sostanziale soggiacere del cliente alla banca, o meglio alle condizioni economico-giuridiche dettate dalla stessa, che non sono frutto di una negoziazione su un piano paritario. Per questo, il minimo riequilibrio che il sistema prevede è che la banca debba offrire strumenti durevoli di chiarezza e trasparenza al cliente perché questi possa non solo ben comprendere su cosa si forma l'oggetto della pattuizione, ma anche verificarne in corso di rapporto il rispetto da parte della banca.

La pronuncia n. 2338/2024 della Suprema Corte, che in quanto perfettamente calata nel "microsistema" delle nullità di protezione non è rivoluzionaria, ha tuttavia il non trascurabile merito di fornire all'interprete una constatazione autorevole del fatto che le nullità di protezione nel settore bancario sono poste a tutela del cliente e, pertanto, la legittimazione a rilevare tale nullità, o anche solo a giovarsene in termini di ricaduta processuale sull'onere della prova, è totalmente preclusa alla banca.

Sul punto, conviene affidarsi alle parole della pronuncia che è magistralmente argomentata: << ... in tema di nullità negoziali questa Corte ha affermato che la rilevabilità d'ufficio si estende anche a quelle c.d. di protezione, in quanto configurabili, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza eurounitaria (cfr. Corte di Giustizia UE, sent. 4/06/2009, in causa C-243/08, Pannon), come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle prime, risultando le stesse volte a tutelare interessi e valori fondamentali che trascendono quelli del singolo, quali il corretto funzionamento del mercato e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica (cfr. Cass., Sez. Un., 12/12/2014, n. 24242 e 26243). Tale principio è stato ritenuto applicabile anche ai

contratti bancari, in relazione ai quali è stato affermato che la nullità prevista dall'art. 117, commi primo e terzo, del D.Lgs. n. 385 del 1993 per l'ipotesi in cui il contratto non sia stato stipulato in forma scritta si configura come una nullità di protezione, rilevabile anche d'ufficio, stante l'inequivocabile disposto dell'art. 127, comma secondo, del D.Lgs. n. 385 cit. (cfr. Cass., Sez. I, 6/09/2019, n. 22385). E' stato tuttavia precisato che, caratterizzandosi le nullità di protezione "per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti)", la rilevazione officiosa delle stesse, in mancanza della quale risulterebbe frustrata o comunque sminuita la funzione di tutela del bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole, incontra il limite della conformità del rilievo "al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela" (cfr. Cass., Sez. Un., 12/12/2014, n. 26242)>>.

Dunque, il tema della prova dell'apertura di credito nelle cause di ripetizione d'indebito bancario, sembra aver raggiunto il suo corretto epilogo, proprio sulla base della particolare operatività della nullità protezionistica correlata al difetto di forma scritta del contratto bancario.

Si auspica che per il futuro, non vi saranno più equivoci al riguardo, essendo più che certa la non condivisibilità di tutte quelle eventuali pronunce di merito che dovessero persistere, ai fini dell'accoglimento dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca, nel ritenere insussistente l'apertura di credito e conseguentemente qualificare come solutorie le rimesse affluite sul conto corrente, in ragione della esclusiva circostanza della mancata prova

della stipulazione del contratto in forma scritta, affermandone la nullità, per difetto del requisito di cui all'art. 117, comma primo, del D.Lgs. n. 385 del 1993.

Evidente che, qualora ciò accadesse, il giudice si porrebbe in contrasto con l'interesse del correntista, che non potrà pertanto vedersi rigettare la domanda, sulla base di una assenza di affidamento sul conto e della correlata conseguenza di ritenere solutorie tutte le rimesse, con l'effetto di far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni in conto, anziché dalla data (più recente) di chiusura del conto. Si dovrà consentire, invece, al correntista di ottenere anche la restituzione degli importi illegittimamente addebitati o corrisposti in epoca anteriore al decennio che precede la domanda, sulla base della più ampia possibilità di offrire la prova dell'affidamento anche attraverso quei mezzi diversi dal contratto, che sono rinvenuti dalla giurisprudenza negli estratti conto e nei riassunti scalare (e nelle annotazioni ivi rinvenibili di commissioni di massimo scoperto) nel reiterato adempimento da parte della banca di ordini di pagamento anche in assenza di provvista, nella segnalazione del rapporto in Centrale dei Rischi della Banca d'Italia, tutti elementi che dimostrano la concessione di credito, nella forma del fido, da parte della banca al cliente e per i quali, pertanto, le rimesse devono ritenersi ripristinatorie.

Infine, va anche precisato che, non è affatto impossibile rilevare il limite dell'affidamento attraverso questi documenti, posto che è esperienza comune che proprio dagli estratti conto e dai riassunti scalare, si rilevino i tassi applicati dalla banca intra ed extra fido, per cui, attraverso la disamina delle movimentazioni e dei tassi applicati, è possibile anche individuare tempo per tempo il limite dell'affidamento.

Facendo tesoro delle chiarificazioni sopra riportate, vi sono tutti gli elementi per chiudere il cerchio intorno alla questione della prescrizione dell'azione di ripetizione d'indebito correlata alle nullità bancarie.

Note:

- * [Ordinanza disponibile sul sito internet di Centro Anomalie Bancarie all'indirizzo: https://centroanomaliebancarie.eu/wp-content/uploads/2024/02/1892-Cass.-Civ.-24.1.24-n.-2338.pdf](https://centroanomaliebancarie.eu/wp-content/uploads/2024/02/1892-Cass.-Civ.-24.1.24-n.-2338.pdf)
- 1. [Coniata in origine dalla giurisprudenza in tema di revocabilità delle rimesse sul conto corrente dell'imprenditore poi fallito, ex art. 67 L. Fall. \(nel testo antecedente la modifica apportata dal D.L. n. 35 del 2005\) e valorizzata poi nell'ambito che qui interessa proprio da Cass. SSUU 24410/2010 in quanto ritenuta un parametro valido al fine di stabilire, anche, la configurabilità di un pagamento, asseritamente indebito e, quindi, idoneo ad ingenerare una pretesa restitutoria in favore del correntista.](#)
- 2. [Va detto che la pronuncia intervenne il 2 dicembre 2010 e, subito a minare la certezza derivante dall'assetto da essa scaturito, ci pensò il legislatore con il famigerato decreto Milleproroghe \(D.L. n. 225/2010, art. 2 comma 61, convertito in L. 10/2011\) emanato a pochi giorni di distanza dalla pubblicazione di detta sentenza, secondo cui l' art. 2935 c.c. andava interpretato in chiave "filobancaria", ossia nel senso che "la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione sul conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione", norma che è stata, opportunamente, dichiarata illegittima dalla Consulta con sentenza n. 78 del 2012.](#)
- 3. [Peraltro a questo orientamento si era uniformata gran parte della giurisprudenza di merito, tra cui Corte di Appello di Milano 8.04.2013; Tribunale di Prato, sentenza 313 del 1° marzo 2013; Corte d'Appello di Lecce, sentenza 39 del 23 gennaio 2012; Tribunale di Pisa, sezione distaccata di Pontedera, sentenza n. 98 del 2012; Tribunale di Benevento, ordinanza del 29 luglio 2011; Tribunale di Brindisi, sezione distaccata di Fasano, ordinanza ex art. 186-quater c.p.c., depositata in data 17 novembre 2011, emessa nel giudizio R. G. 370/06; Tribunale di Teramo, sentenza n. 1154 del 15 novembre 2011.](#)
- 4. [Poco importa se, a dire il vero, le SSUU, nel comporre il contrasto agganciano la decisione ad un precedente, sempre a Sezioni Unite del 2002 \(n. 10955/2002\) che, in realtà, atteneva alla diversa questione della possibilità per il giudice di accogliere l'eccezione di prescrizione sulla base di un "regime" - non di un "fatto" - diverso da quello indicato dalla parte.](#)