
ONERI DI ALLEGAZIONE ED ONERI PROBATORI NEL CONTENZIOSO BANCARIO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE AZIONI DI NULLITÀ E DI RIPETIZIONE PER INDEBITO

Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.6, 1 DICEMBRE 2017, pag. 757

Francesco De Santis

Classificazioni: BANCA (Istituti di credito) - Arbitro Bancario Finanziario

Sommario: 1. Piano e ragioni dell'indagine. — 2. Oneri di allegazione nelle domande “eterodeterminate” ed “autodeterminate”. — 3. Rilevanza processuale delle nullità del contratto di conto corrente. — 4. Riconoscimento del debito e relevatio ab onere probandi. La problematica dell'efficacia processuale nei confronti del debitore principale della ricognizione di debito fatta dal garante — 5. Gli oneri probatori gravanti sulla banca ed i mezzi di prova utilizzabili (estratto di saldaconto, estratti conto). La problematica dell'efficacia processuale verso il garante dell'estratto non contestato dal correntista. — 6. Obbligo di rendiconto e prova processuale dell'invio degli estratti conto. — 7. Gli oneri della prova della domanda di accertamento negativo del credito bancario. — 8. La prova processuale del superamento del tasso d'interesse ultralegale. — 9. La prova processuale del superamento del tasso-soglia (iura novit curia). — 10. I mezzi officiosi di discovery: a) l'ordine di esibizione. In particolare: l'ordine di esibizione avente ad oggetto la documentazione richiesta in corso di causa ex art. 119 TUB — 11. (segue). b) la consulenza tecnica d'ufficio.

1. Scopo del presente scritto è di procedere ad una ricognizione dei temi (e dubbi) processuali più ricorrenti, che sorgono in relazione alle controversie in materia bancaria (con particolare riferimento, ma non solo, alle azioni per ripetizione di indebito promosse dal cliente).

La materia attiene ad un duplice profilo, legato, da un lato, alla corretta esplicazione degli oneri allegativi (in specie con riguardo all'allegazione della *causa petendi*), e, dall'altro lato, alla ripartizione, nel giudizio, degli oneri probatori fra intermediario e correntista/cliente.

È frequente nell'odierna prassi giudiziaria trovarsi di fronte al seguente programma allegativo, *hinc et inde* prospettabile ad opera delle parti (1).

La banca introduce l'istanza monitoria per il recupero del credito da finanziamento, in tutto o in parte non pagato, provato mercé l'esibizione di un estratto di saldaconto; il provvedimento monitorio viene sovente munito della clausola di provvisoria esecutività; il cliente (correntista, affidato) propone l'opposizione al decreto ingiuntivo, articolando, in cumulo subordinato o alternativo, una serie di eccezioni e di domande riconvenzionali (2), con le quali chiede (oltre alla revoca del decreto e della sua provvisoria esecutività, perché il credito non sussiste e comunque non è provato) che siano accertate e dichiarate, tra le tante possibili, le seguenti nullità: della clausola di determinazione degli interessi ultralegali; della clausola che prevede l'applicazione della cd. commissione di massimo scoperto (CMS), nonché delle valute e spese; del tasso d'interesse usurario.

Il tutto con la conseguente condanna dell'opposta alla riduzione e/o restituzione di quanto indebitamente percepito, oltre (se del caso) al risarcimento del danno subito dall'opponente per non avere potuto disporre di maggiori risorse finanziarie nell'attività d'impresa, nonché per la violazione di regole di correttezza e buona fede da parte della banca (alla quale sovente si imputa di avere illecitamente effettuato la segnalazione alla centrale rischi presso la Banca d'Italia).

Si farà qui di seguito cenno — senza, ben inteso, alcuna pretesa di esaustività — alle più ricorrenti questioni attinenti al riparto giudiziale degli oneri di allegazione e probatori, anche alla luce dei poteri istruttori del giudice, esercitabili, in particolare, col ricorso ad incisivi strumenti di *discovery*, quali l'ordine di esibizione e la consulenza tecnica d'ufficio.

Corre l'obbligo di precisare che la prospettiva d'indagine qui adottata muove dalla rassegna degli orientamenti del diritto vivente ed è esclusivamente quella processuale, dando per presupposti (se non in relazione a quanto strettamente funzionale all'esame delle questioni processuali) i profili sostanziali degli istituti esaminati.

2. Il primo tema da affrontare attiene all'attribuzione (ed al riparto) degli oneri allegativi e probatori nelle azioni che la banca promuove nei confronti del cliente per il recupero di partite creditorie insolute, ovvero che il cliente promuove nei confronti della banca per far accertare l'inesistenza di debiti, o, ancora, che il cliente introduce (anche in via riconvenzionale, ad esempio nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo *ex art. 645 c.p.c.*) per ottenere la condanna della banca alla restituzione di un indebitato o al risarcimento del danno, ovvero per far dichiarare la nullità del rapporto contrattuale o di una sua clausola.

Siffatte pretese impongono di definire il perimetro dell'onere di allegazione, prima ancora che le regole di riparto degli oneri probatori.

Nella maggior parte delle ipotesi, le succitate azioni assumono la forma delle domande cd. "eterodeterminate", per la cui corretta (e completa) individuazione occorre la specifica allegazione della *causa petendi* (3).

Una domanda giudiziale (che sia di condanna al pagamento del debito o alla restituzione dell'indebitato, ovvero di accertamento negativo del debito) potrebbe risultare generica (ed esporsi come tale al rischio di nullità *ex art. 164, comma 4°, c.p.c.*), se non correlata ad alcuna specifica operazione bancaria: la specificità della domanda va relazionata al suo oggetto e quest'ultimo, nel nostro caso, si identifica nei singoli rapporti dedotti in giudizio, il cui onere di individuazione e di allegazione grava sull'attore (4).

Per contro, come meglio si vedrà *infra*, le domande di nullità negoziale, malgrado abbiano ad oggetto un rapporto contrattuale, si comportano — sotto il profilo dinamico-processuale — alla stregua delle domande cd. "autodeterminate", in quanto postulano l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, onde nessuna *mutatio libelli* sarebbe predicabile in relazione alle singole cause di nullità che l'attore possa dedurre.

In altre parole, la sentenza dichiarativa della nullità di un contratto per un motivo diverso da quello allegato dalla parte corrisponde pur sempre alla domanda originariamente proposta, sia per la *causa petendi* (l'inidoneità del contratto a produrre effetti a causa della sua nullità), sia per il *petitum* (la declaratoria di invalidità e di conseguente inefficacia *ab origine* dell'atto); con la conseguenza (non irrilevante) che, a fronte di una domanda di accertamento e di declaratoria della nullità del contratto, sussiste sempre il potere-dovere del giudice di rilevare anche d'ufficio i diversi motivi di nullità non espressamente allegati dalla parte *ex art. 1421 c.c.*, ma emergenti dagli atti del processo (5).

Anche la domanda avente ad oggetto la declaratoria di nullità del contratto (o di una sua clausola) — per quanto legittimi il giudice a rilevare officiosamente cause di nullità non dedotte dalle parti, ma emergenti *ex actis* — non esime l'attore dall'onere di allegare una o più *causae petendi*, anche in questo caso sotto pena di nullità della domanda *ex art. 164, comma 4°, c.p.c.* (6).

E pure a voler ritenere operante *in subiecta materia* il principio (di matrice storica giuslavoristica) della non contestazione (che la legge n. 69 del 2009 ha espressamente declinato nell'*art. 115, comma 1°, c.p.c.*), con conseguente *relevatio* dell'avversario dall'onere probatorio (7), non vi è dubbio che la parte che lo invoca deve per prima avere ottemperato all'onere processuale, su di lei incombente, di compiere una puntuale allegazione dei fatti di causa (8).

Nella tipologia di controversie che qui ci occupano, ciò non risulta però sempre agevole, considerata la difficoltà di reperire tutta la documentazione, sovente relativa a rapporti correntizi

di lunga durata.

Il problema in questi casi non è tanto di allegazione, quanto di prova, ovvero di disponibilità della documentazione relativa al rapporto controverso.

3. Passando perciò dall'onere di allegazione all'onere della prova, va, a monte di tutto, esaminato il profilo dell'assenza di prova scritta del contratto di apertura di conto corrente.

Su questo terreno, si sovrappongono e si mescolano il regime delle invalidità sostanziali con quello dell'onere della prova e dei poteri (anche officiosi) esercitabili dal giudice nel corso del processo.

Ai sensi dell'art. 117, commi 1° e 3°, del testo unico bancario-t.u.b. (d.lgs. 1 settembre 1983, n. 385 e s.m.i.), i contratti bancari sono redatti per iscritto (9) ed un esemplare è consegnato ai clienti.

Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo, sicché è da ritenersi che la forma scritta è prevista dalla legge *quoad validitatem* (ossia, come si suol dire, *ad substantiam*) (10).

Pertanto, la mancanza di forma scritta per il contratto di apertura del conto corrente comporta la nullità dell'intero rapporto ai sensi dell'art. 117, commi 1° e 3°, t.u.b., con tutti i conseguenti obblighi restitutori, da parte della banca, aventi ad oggetto gli interessi percepiti.

Si è aperta una divaricazione tra la giurisprudenza di legittimità e quella di merito relativamente alla sufficienza, ai fini della prova processuale dell'esistenza del contratto e della sua validità, del modulo con il quale la banca comunica l'intervenuta apertura di un conto corrente, ovvero della copia del contratto firmata dal solo cliente.

Di recente, la Corte regolatrice ha statuito che il modulo con il quale la banca comunica l'intervenuta apertura di un conto corrente si configura, ove privo della sua sottoscrizione, come un mero atto ricognitivo dell'avvenuta stipula di tale contratto ed è, quindi, inidoneo, in mancanza di documenti sottoscritti da entrambe le parti, ad integrare *ab origine* la forma scritta *ad substantiam* richiesta dall'art. 117 t.u.b., a nulla rilevando che la banca l'abbia prodotto in giudizio: ciò sul presupposto che, nei contratti per i quali la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione e, quindi, il perfezionamento del contratto, ma con effetto *ex nunc* e non *ex tunc* (11).

Per contro, secondo l'orientamento (a mio avviso più condivisibile) della giurisprudenza di merito, se il contratto è stato predisposto dalla banca mediante la propria modulistica, l'unica sottoscrizione rilevante è quella del cliente, ove seguita dall'esecuzione del rapporto. La mancanza della sottoscrizione da parte della banca, dunque, non inficia la validità del contratto, in quanto la normativa di cui all'art. 117 t.u.b. si intende fissata a "protezione" del correntista, e le relative formalità devono ritenersi rispettate se il contratto è sottoscritto solo da quest'ultimo. Ciò non implica una deroga alle ordinarie regole civilistiche in materia di conclusione del contratto, poiché il perfezionamento del vincolo contrattuale avviene mediante la manifestazione, da parte della banca, della volontà di dare corso a quelle pattuizioni sottoscritte dal cliente, tramite esternazioni che possono consistere, ad esempio, nella comunicazione degli estratti conto, ovvero nella produzione in giudizio del contratto stesso, che equivale a sottoscrizione (12).

Occorre, tuttavia, aggiungere che dall'alveo dello stesso diritto vivente emergono segnali talvolta non "univoci", se non addirittura "distonici".

La prima sezione civile della Suprema Corte — con riferimento al tema (finitimo a quello che ci occupa) delle nullità "di protezione" (anch'esse derivanti dall'inosservanza della forma scritta) dei

contratti di servizi d'investimento e dei servizi accessori, previste dall'art. 23 del testo unico della finanza-t.u.f. (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e s.m.i.) (13) — ha rimesso alle sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, comma 3°, c.p.c., la questione di massima importanza se la forma scritta del contratto d'investimento esiga, accanto a quella dell'investitore (la cd. firma “di protezione” ovvero “informativa”, per adoperare il lessico della corte) anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario, posto che la sola sottoscrizione dell'investitore (a differenza dell'altra) è sufficiente ad assecondare l'interesse dell'ordinamento alla conoscenza ed alla trasparenza, nonché all'espressione consapevole del consenso da parte del cliente (14).

D'altro canto, nell'ipotesi in cui anche la sottoscrizione della banca fosse requisito di forma *ad substantiam*, « deve porsi la questione se, avendo la nullità effetti *ex tunc*, a sua volta la banca sia legittimata o no a ripetere quanto versato a favore del cliente; o se, a fronte di un uso “selettivo” della nullità, l'intermediario possa eccepire la violazione della buona fede contrattuale, e con quali conseguenze ».

La natura di nullità “di protezione” rivestita dalle invalidità previste dall'art. 117 t.u.b. dischiude altresì, sul piano più strettamente processuale, l'ampio e complesso tema della rilevabilità officiosa (integrale o parziale) di tali nullità, anche nell'ambito del grado d'appello.

Con una coerente e persuasiva decisione, la Corte regolatrice ha recentemente affrontato tali problematiche proprio con riferimento al regime processuale delle nullità del contratto di conto corrente, consegnando agli operatori — sulla scia di un recente autorevole arresto delle sezioni unite (15) — le seguenti indicazioni: *i*) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare d'ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto cd. autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio; *ii*) la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali si estende anche alle nullità cd. “di protezione” (16); *iii*) in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, anche il giudice di appello può (*sc. deve*) procedere ad un siffatto rilievo; *iv*) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne d'ufficio la nullità solo parziale, onde consentire alle parti di proporre un'espressa domanda di accertamento in tal senso.

Ne deriva che — dedotta dall'attore nell'oggetto del giudizio la nullità totale del contratto a mezzo di domanda autoindividuata — sorge il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio l'esistenza di eventuali ulteriori fattispecie di nullità (totale o parziale), anche distinte per titolo da quelle allegate dalle parti, ancorché, all'esito della rilevazione, le parti siano poi libere di mantenere inalterata la domanda originaria.

Ove, poi, sia mancata la rilevazione d'ufficio della nullità in primo grado, il giudice ha pur sempre la possibilità di rilevarla in appello.

In ogni caso, trattandosi di nullità “di protezione”, il rilievo officioso impedisce al giudice di emanare d'ufficio una decisione di nullità che si sovrapponga alla difforme valutazioni della parte.

Stando così le cose, rispetto all'originaria domanda di nullità totale di un contratto di conto corrente bancario, una domanda di nullità parziale può essere per la prima volta introdotta in appello dalla stessa parte, sia in risposta ad un rilievo officioso del giudice, sia anticipando detto rilievo. In tale secondo caso, la domanda di nullità parziale non può essere considerata inammissibile in quanto nuova, « proprio perché la nullità nella logica appena ricordata, può sempre essere rilevata d'ufficio e non è soggetta, quindi, a vincolo preclusivo » (17).

4. Ciò premesso, e passando all'esame di possibili regole sul riparto che consentano di definire, nella controversie che ci occupano, *chi deve provare che cosa*, va premesso che sull'operare delle regole di assegnazione degli oneri probatori può incidere anzitutto la ricognizione di debito relativa al dato fattuale del saldo, ai sensi dell'art. 1988 c.c.

È noto che la ricognizione di debito [che può risultare anche da un comportamento tacito (18)], al pari della promessa di pagamento, non costituisce un'autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto conservativo di un preesistente rapporto fondamentale, realizzandosi, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione meramente processuale della causa, comportante l'inversione dell'onere della prova, ossia l'esonero del destinatario della ricognizione dall'onere di provare la causa o il rapporto fondamentale, mentre resta a carico di colui che ha riconosciuto il debito l'onere di provare l'inesistenza o l'invalidità o l'estinzione di detto rapporto, sia esso menzionato oppure no nella ricognizione di debito. A tal fine non è sufficiente che egli allegghi e dimostri che "altro" rapporto fondamentale è stato estinto, dovendo viceversa provare l'identità di tale rapporto con quello presunto per effetto della ricognizione di debito, non bastando una mera "compatibilità" astratta tra i due titoli (19).

Tale regola è applicabile anche al contenzioso bancario, in specie sotto il profilo degli oneri probatori che gravano sul cliente, il quale abbia riconosciuto il debito verso la banca ad una certa data. Con alcune "postille".

Anzitutto, la giurisprudenza ha chiarito che, in tema di conto corrente bancario, il piano di rientro concordato tra la banca ed il cliente, ove abbia natura meramente ricognitiva del debito, non ne determina l'estinzione, né lo sostituisce con nuove obbligazioni, sicché resta valida ed efficace la successiva contestazione della nullità delle clausole negoziali preesistenti (20).

Ma soprattutto è significativo segnalare che, ancora secondo la giurisprudenza, la ricognizione di debito può offrire elementi di prova anche nei confronti di un soggetto diverso da quello dal quale essa proviene, ove contenga un espresso riferimento al rapporto fondamentale, del quale il primo sia parte, nonché la menzione di fatti da cui possa evincersi, in concorso con altri elementi istruttori, la dimostrazione della pretesa azionata. Sulla base di tale regola, la Corte regolatrice ha recentemente ritenuto immune da censure la sentenza di merito impugnata per cassazione, che aveva condannato il correntista sulla base, oltre che dei contratti di conto corrente intercorsi tra le parti (recanti, tra l'altro, anche l'indicazione del tasso di interessi pattuito per la disponibilità accordata, nonché delle fideiussioni rilasciate in favore della creditrice), di due lettere ricognitive di debito provenienti dai garanti e da cui aveva desunto l'ammontare del debito residuo (21).

La decisione non va, a mio avviso, immune da perplessità, se si considera che — secondo la giurisprudenza della stessa Corte regolatrice — la ricognizione di debito, malgrado non abbia natura giuridica di confessione, neppure se titolata, deve pur sempre provenire da un soggetto legittimato sotto il profilo sostanziale a disporre del patrimonio sul quale incide l'obbligazione dichiarata, trattandosi di un atto avente carattere negoziale (22); e che essa, se effettuata da uno dei debitori in solido, non ha comunque effetto riguardo agli altri, come espressamente previsto dall'art. 1309 c.c.

5. Secondo il diritto vivente, nei rapporti bancari in conto corrente la banca che agisce per il recupero di un credito (ovvero che resiste nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo introdotto dal debitore intimato) deve dimostrare l'entità del proprio credito mediante la produzione degli estratti del conto corrente a partire dall'apertura del conto stesso, onde consentire, attraverso l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere con applicazione del tasso di interesse, di determinare l'ammontare del credito stesso, ove sussistente: se manca la documentazione completa, che consenta di ricostruire la "storia" del conto corrente, la banca è onerata di depositare la documentazione esistente a partire dall'apertura del conto (23).

Siffatto onere si estende, andando a ritroso nel tempo, anche oltre il decennio, perché non si può confondere l'obbligo di conservazione della documentazione contabile con l'onere di fornire prova in giudizio del proprio credito. Perfino la produzione di estratti conto per una frazione temporale unilateralmente individuata dalla banca è radicalmente inidonea ad assolvere l'onere probatorio che sta a suo carico (24).

Occorre fare, a questo riguardo, un'importante precisazione in tema di strumenti di prova del credito a disposizione dell'istituto bancario.

Va, infatti, distinto l'estratto di saldaconto (che consiste nella dichiarazione unilaterale di un funzionario della banca creditrice, accompagnata dalla certificazione della sua conformità alle scritture contabili e da un'attestazione di verità e liquidità del credito), dall'ordinario estratto conto, che è funzionale a certificare le movimentazioni debitorie e creditorie intervenute dall'ultimo saldo, con le condizioni attive e passive praticate dalla banca.

Mentre il saldaconto riveste efficacia probatoria nel solo procedimento per decreto ingiuntivo eventualmente instaurato dall'istituto (25), è noto che, ai sensi dell'art. 1832, comma 1°, c.c., l'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze (26), ed è, conseguentemente, idoneo a fungere da prova anche nel successivo giudizio contenzioso instaurato dal cliente (27).

Superata la fase monitoria, in cui è possibile produrre solo gli estratti conto relativi all'ultima fase di movimentazione del conto (ovvero il saldaconto ai sensi dell'art. 50 t.u.b.), la banca è pertanto tenuta a produrre gli estratti conto a partire dall'apertura del rapporto.

Le regole testé esposte non sembrano immuni da qualche "squilibrio", in specie se rapportate all'efficacia della non contestazione degli estratti conto nei confronti dei terzi.

Da un lato, infatti, si afferma (correttamente) che, nell'ipotesi in cui l'istituto di credito prospetti una ragione di credito verso il fallito, derivante da un rapporto obbligatorio regolato in conto corrente e ne chieda l'ammissione allo stato passivo, ha l'onere, nel giudizio di opposizione allo stato passivo, di dare piena prova del suo credito, assolvendo al relativo onere mediante la documentazione relativa allo svolgimento del conto, e che esso non può pretendere di opporre al curatore, a fronte della posizione di terzo rivestita da quest'ultimo, gli effetti che, in base all'art. 1832 c.c., derivano, ma soltanto tra le parti del contratto, dall'approvazione anche tacita del conto da parte del correntista, poi fallito, e dalla di lui decadenza dalle impugnazioni (28).

Dall'altro lato, ancora secondo la giurisprudenza, qualora sia stata prestata una fideiussione a garanzia di un'apertura di credito bancaria in conto corrente ed il debitore principale, non avendo contestato tempestivamente gli estratti conto inviatigli dalla banca, sia decaduto, ai sensi dell'art. 1832 c.c., dal diritto di impugnarli (29), le risultanze degli estratti conto sono vincolanti anche per il fideiussore, il quale non può pertanto contestare l'ammontare del credito della banca (30).

Senonché, è noto che il fideiussore [a meno che non si tratti di garanzia cd. "a prima richiesta" (31)] garantisce il pagamento del debito, ma, ai sensi dell'art. 1945 c.c., può opporre al creditore tutte le eccezioni "di merito" che spettano al debitore principale: eccezioni la cui permanenza non può essere, a mio avviso, elisa dal mancato esercizio, da parte del debitore sovvenuto, di un mero onere di non contestazione, il quale risolve il contrasto circa l'esistenza del debito non sul piano dell'effettività dei diritti, bensì su quello dell'onere probatorio.

Una parziale attenuazione della rigidità di tali regole è invero rinvenibile nella circostanza che la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto trasmesso da una banca al cliente rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile, ma non sotto quelli della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori dai quali le partite inserite nel conto derivano (32).

6. A questo punto vanno fare alcune precisazioni relative all'obbligo di rendiconto ed alla prova processuale dell'invio, da parte della banca, degli estratti conto (rendiconti) al correntista.

È noto che il conto corrente di corrispondenza è caratterizzato dall'esplicazione di un servizio di

cassa, in relazione alle operazioni di pagamento o di riscossione di somme da effettuarsi, a qualsiasi titolo, per conto del cliente: tale prestazione, fornita dalla banca, costituisce oggetto di un mandato (33).

Secondo la giurisprudenza, il contratto di conto corrente bancario, o di corrispondenza, ha natura di contratto innominato misto, in cui concorrono gli elementi del mandato (che hanno rilievo preminente nella determinazione della sua struttura e disciplina, come si ricava dal richiamo alle norme sul mandato contenuto nell'art. 1856 c.c., per tutte le operazioni regolate in conto corrente) ed elementi di altri negozi (34).

Tanto non basta, tuttavia, a far ritenere che il rendiconto della banca per l'attività prestata in esecuzione del contratto trovi la sua disciplina nella regola posta dall'art. 1712 c.c., secondo cui il mandatario deve senza ritardo comunicare al mandante l'esecuzione del mandato, ed il ritardo del mandante a rispondere dopo aver ricevuto tale comunicazione, per un tempo superiore a quello richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, importa l'approvazione dell'attività gestoria, anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni o ha ecceduto i limiti del mandato (35).

Vero è che in tema di conto corrente bancario ha fondamento applicativo l'art. 1832 c.c. (cui fa rinvio l'art. 1857 c.c.), secondo il quale l'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze.

In passato la giurisprudenza ha statuito che, alla luce della norma civilistica, sia corretto ritenere che l'invio periodico degli estratti conto esaurisca, in relazione al periodo considerato, l'obbligo della banca di rendere il conto al cliente: con la conseguenza che ove questi abbia approvato, anche tacitamente, l'estratto conto ricevuto, non vi sarebbe più titolo per richiedere, in un secondo momento, altre forme di rendiconto relative al medesimo periodo (36).

Più di recente, il diritto vivente è, tuttavia, approdato alla conclusione che la banca non possa considerarsi adempiente all'obbligo di rendicontare al cliente circa l'andamento del rapporto, ove non risulti che abbia trasmesso allo stesso gli estratti conto ad esso relativi. Per tale ragione il rigetto della domanda di accertamento dell'inadempimento da parte del cliente sarà ingiustificato con riferimento ai rapporti per cui non consta, in tutto o in parte, la prova processuale dell'invio degli estratti conto atti a documentare le movimentazioni che con riferimento ad essi si erano determinate (37).

La banca non può altresì sottrarsi all'assolvimento dell'onere di rendicontazione invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché, come sopra si è detto, non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello della prova del credito (38).

7. Passiamo ora ad esaminare le questioni processuali di riparto degli oneri probatori ponendoci nell'ottica del cliente, il quale si opponga alla pretesa della banca: il che, come sopra si è detto, solitamente avviene nella forma della proposizione, anche in via riconvenzionale, di una domanda di accertamento negativo del credito vantato dall'istituto, sovente corredata da una o più domande di condanna della banca ad altro titolo.

La legittimità processuale relativa alla proposizione di una o più domande riconvenzionali è avallata dal costante orientamento del diritto vivente per il quale la relazione di dipendenza della domanda riconvenzionale dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, richiesta dall'art. 36 c.p.c. (che giustifica la trattazione simultanea delle cause, la principale e la riconvenzionale), si configura non già come identità della *causa petendi* (richiedendo, appunto, l'art. 36 un rapporto di mera dipendenza), ma come comunanza della situazione o del rapporto giuridico dal quale traggono fondamento le contrapposte pretese delle parti, ovvero come comunanza della situazione o del rapporto giuridico sul quale si fonda la riconvenzionale con quello posto a base di una eccezione,

così da delinearci una connessione oggettiva qualificata della domanda riconvenzionale con l'azione o l'eccezione proposte (39).

Ebbene, secondo un principio di carattere generale, qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto, e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria, ma proponga una domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte (40), ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese (41).

Ancora per principio generale, l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto (ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato) non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto “fatti negativi”, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, è costitutivo; in tale ipotesi, la relativa prova può essere data mediante la dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (42).

Negli orientamenti più recenti del diritto vivente, tale regola appare tanto più “forte”, quanto più la sua applicazione dia luogo ad un risultato coerente con quello derivante dal principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, riconducibile all'art. 24 cost. (43), nonché al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio (44).

In riferimento alle azioni di accertamento negativo in tema di indebitto, ove l'*accipiens* chieda l'accertamento negativo della sussistenza del suo obbligo di restituire quanto percepito, egli deduce necessariamente in giudizio il diritto alla prestazione già ricevuta, ossia un titolo che consenta di qualificare come adempimento quanto corrispostogli dal convenuto, sicché egli ha l'onere di provare i fatti costitutivi di tale diritto (45).

Venendo al tema qui all'esame, giova premettere che il correntista, che agisce per l'accertamento negativo del credito (ovvero per ottenere la restituzione dell'indebitto), è, al pari della banca, onerato di fornire la prova della fondatezza della propria domanda, producendo l'estratto conto zero, sul presupposto (sovente valorizzato dal diritto vivente) che l'estratto conto, inviato per legge ai correntisti, fa sì che gli stessi si trovino di norma in posizione paritaria rispetto alla banca sotto il profilo della possibilità di produrre il documento (46).

Di talché — una volta che sia stata esclusa, ad esempio, la validità della clausola in base alla quale sono stati calcolati gli interessi — soltanto la produzione degli estratti conto a partire dalla data di apertura del conto corrente consente di pervenire, attraverso l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere con l'applicazione del tasso legale, alla determinazione del debito o del credito della banca, depurato il conto dagli interessi non dovuti. Al medesimo risultato non si può pervenire sulla base del saldo registrato alla data di chiusura del conto e della documentazione relativa all'ultimo periodo del rapporto, dal momento che quest'ultima non consente di verificare gli importi addebitati nei periodi precedenti per operazioni passive e quelli relativi agli interessi, la cui iscrizione nel conto ha condotto alla determinazione dell'importo che costituisce la base di computo per il periodo successivo (47).

È irrilevante, a tal fine, che il saldo iniziale risultante dalla documentazione relativa all'ultimo periodo corrisponda a quello finale riportato negli estratti conto relativi ai periodi precedenti, dei quali non sia stata dedotta l'avvenuta contestazione da parte del correntista, dal momento che, come sopra si è detto, ai sensi dell'art. 1832 c.c., la mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate riguardano gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate, ma non impediscono la formulazione di censure concernenti la validità ed

efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti.

A nulla vale altresì osservare che il correntista abbia contestato, con l'opposizione al decreto ingiuntivo richiesto dalla banca, la somma intimata con riguardo alla sola determinazione degli interessi in misura extralegale, e non anche al capitale corrispondente al saldo passivo del conto alla data di emissione del decreto ingiuntivo. Tale saldo, infatti, essendo la risultante di tutte le contabilizzazioni anteriori del conto, con applicazione di interessi extralegali illegittimi, non può che essere posto nel nulla dalla dichiarata illegittimità degli interessi applicati dalla banca: a tanto consegue, per l'appunto, la necessità di ricostruire integralmente (con onere a carico del correntista) l'andamento del conto corrente, con l'applicazione del tasso legale (48).

Siffatti oneri posti dal diritto vivente a carico del correntista trovano fondamento nella considerazione che le norme vigenti consentono al cliente di ottenere copia della documentazione comprovante la genesi e l'esecuzione del rapporto: l'art. 119 t.u.b. consacra il diritto del correntista (49) a richiedere ed ottenere dalla banca copia di tutta la documentazione contrattuale (50); mentre l'art. 210 c.p.c., come si vedrà *infra* (51), legittima l'adozione di un ordine giudiziale nell'ipotesi in cui la banca non abbia inoltrato la documentazione richiesta dal cliente.

La Corte regolatrice ha precisato che l'art. 119 riconosce al cliente il diritto di ottenere dalla banca la documentazione inerente a tutte le operazioni del periodo a cui il richiedente sia in concreto interessato, nel rispetto del limite di tempo decennale fissato dalla norma, e che comunque non è necessario che il richiedente indichi specificamente gli estremi del rapporto a cui si riferisce la documentazione richiesta in copia, essendo sufficiente che l'interessato fornisca alla banca gli elementi minimi indispensabili per consentirle l'individuazione dei documenti richiesti (quali, ad esempio, i dati concernenti il soggetto titolare del rapporto, il tipo di rapporto a cui è correlata la richiesta ed il periodo di tempo entro il quale le operazioni da documentare si sono svolte) (52).

Sicché il correntista ha diritto di chiedere alla banca anche la documentazione ed il rendiconto relativi ad un rapporto contrattuale la cui esistenza non sia controversa, atteso che « il procedimento di rendiconto di cui all'art. 263 c.p.c. e ss., è fondato sul presupposto dell'esistenza dell'obbligo legale o negoziale di una delle parti di rendere il conto all'altra, facendo conoscere il risultato della propria attività » (53).

8. Nell'ambito della tematica del riparto degli oneri probatori, s'inserisce a giusta ragione la questione della prova processuale degli interessi ultralegali (ossia superiori alla misura legale, ovvero "anatocistici") (54).

Com'è noto, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2000, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 76 cost., l'art. 25, comma 3°, d.lgs. n. 342 del 1999 (il quale aveva fatto salva la validità e l'efficacia, fino all'entrata in vigore della delibera del CICR di cui al comma 2° del medesimo art. 25, delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza), le clausole anatocistiche, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sono disciplinate dalla normativa anteriormente in vigore e, quindi, sono da considerarsi nulle in quanto stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c., ovvero perché basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo: manca, infatti, di quest'ultimo il necessario requisito soggettivo, consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica, per la convinzione che il comportamento tenuto è giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste, o che si reputa debba fare parte dell'ordinamento giuridico (*opinio juris ac necessitatis*) (55).

Pertanto, una volta dichiarata incostituzionale la disposizione retroattiva contenuta nel d.lgs. n. 342 del 1999, per i contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della norma (19 ottobre 1999) la regola non è quella della libera praticabilità della capitalizzazione trimestrale, bensì quella opposta della nullità della relativa clausola.

Per le clausole successive al 19 ottobre 1999, la convenzione avente ad oggetto interessi ultralegali o anatocistici è da ritenersi validamente stipulata solo ricorrendo alla forma scritta, e deve altresì contenere l'indicazione della percentuale del tasso di interesse in ragione di un periodo predeterminato, ai sensi dell'art. 1284, comma 3°, c.c., che è norma imperativa (56).

Tale condizione può dirsi soddisfatta soltanto quando il tasso di interesse è desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante (57).

Sul piano più strettamente probatorio, ne consegue che — quando venga dedotta l'invalidità della clausola contrattuale che stabilisce, in violazione dell'art. 1283 c.c., la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi — è necessario procedere alla ricognizione dell'ammontare dei medesimi fin dal primo trimestre del rapporto intercorso tra banca e cliente, al fine di escludere la detta capitalizzazione ad ogni cadenza temporale contrattualmente predefinita, non potendosi determinare altrimenti l'eventuale saldo passivo residuo dovuto relativo al capitale o, al contrario, quello attivo in favore del cliente. Perciò, la progressiva moltiplicazione dell'ammontare del passivo per effetto della capitalizzazione degli interessi scaduti, sulla quale si producono interessi con identica cadenza cronologica, non consente il calcolo della sorte, sulla base della produzione processuale del solo saldaconto finale o di un estratto riassuntivo ad una certa data, comunque successiva all'instaurazione del rapporto, perché l'importo indicato come iniziale contiene un accumulo d'interessi passivi capitalizzati indeterminabile, senza la verifica periodica degli estratti conto indicativi dell'andamento del rapporto, ed in particolare dell'esistenza e dell'ammontare del passivo fino alla data nella quale è stato fissato il saldo (58).

9. Altra ricorrente questione riguarda la prova processuale del superamento del cd. “tasso soglia”.

Come è noto, ai sensi dell'art. 2, comma 4°, l. n. 108 del 1996, il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono considerati sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* con decreto del Ministero dell'economia e finanze, relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali, con la specificazione che la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore ad otto punti percentuali.

Nella giurisprudenza di merito si è consolidato un orientamento secondo il quale, ai fini della detta prova, sia essenziale (e non surrogabile da mere allegazioni) il deposito di copia dei decreti ministeriali che stabiliscono, tempo per tempo, il tasso soglia anti-usura del quale si assume il superamento, al fine di valutarne l'incidenza sull'andamento del contratto di conto corrente: trattandosi di veri e propri documenti, la loro produzione non può avvenire oltre la scadenza del termine perentorio fissato per la definizione del *thema probandum* (59), e l'onere probatorio che grava sulla parte non può essere alleviato attraverso il ricorso alla consulenza tecnica (60).

Alla base di siffatta affermazione vi è un orientamento della suprema Corte, a tenore del quale la natura di atti meramente amministrativi dei decreti ministeriali rende ad essi inapplicabile il principio *iura novit curia*, di cui all'art. 113 c.p.c., da coordinarsi, sul piano ermeneutico, con il disposto dell'art. 1 delle preleggi (che non comprende, appunto, i detti decreti tra le fonti del diritto), con la conseguenza che, in assenza di qualsivoglia produzione dei medesimi nel corso del giudizio di merito, deve ritenersene inammissibile l'esibizione, anche in sede di legittimità: spetta, dunque, alla parte interessata l'onere della relativa produzione, che non è suscettibile di equipollenti (61).

Tali orientamento non è, a mio avviso, da condividersi, in quanto, in alcuni casi, esso non pare distinguere gli atti amministrativi pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale* da quelli che non lo sono, ad esempio per il fatto di non avere contenuto generale ed astratto, ovvero semplicemente per il fatto di non essere soggetti ad un regime specifico di pubblicità (62).

Per tale via, l'orientamento in questione finisce col sovrapporre un onere probatorio ad un mero onere di allegazione.

Nella giurisprudenza amministrativa è pacifico che la regola *iura novit curia* non opera per gli atti di normazione secondaria non soggetti a pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* o in altre analoghe fonti pubbliche (63), e davvero non si vede per quale ragione il medesimo principio non debba valere anche per il processo civile.

Ma, soprattutto, giova considerare il percorso che la giurisprudenza laburista ha di recente effettuato con riferimento all'onere di produzione giudiziale dei contratti collettivi di lavoro, opportunamente distinguendo tra contratti del pubblico impiego e contratti collettivi di lavoro privato.

Ebbene, secondo la Corte regolatrice, la conoscibilità della fonte normativa si atteggia diversamente a seconda che si versi in un'ipotesi di violazione del contratto collettivo nazionale di lavoro privatistico rispetto a quella in cui le questioni attengano ad un contratto collettivo nazionale del pubblico impiego, atteso che, mentre in quest'ultimo caso il giudice procede con mezzi propri (secondo il principio *iura novit curia*), nel primo caso, il contratto è conoscibile solo con la collaborazione delle parti, la cui iniziativa, sostanziosamente nell'adempimento di un onere di allegazione e produzione, è assoggettata alle regole processuali sulla distribuzione dell'onere della prova e sul contraddittorio (64).

In sostanza, il contratto collettivo del pubblico impiego a cagione del regime pubblicitario a cui è soggetto, non può considerarsi, processualmente parlando, un "fatto" corrente nei rapporti interpretati (come tale soggetto al duplice regime dell'onere di allegazione e di prova), bensì un "fatto pubblico", ovvero notorio, come tale soggetto al mero onere di specifica allegazione.

Per quanto qui ci occupa, non si riesce perciò ad intravedere quali differenze vi siano rispetto al decreto ministeriale determinativo del tasso-soglia.

Ancora sotto il profilo probatorio, va altresì considerato che se, da un lato, il superamento del tasso-soglia fissato con decreto ministeriale è sicuramente indice di usura (anche ai fini civilistici dei quali qui ci occupiamo), non è necessariamente vero il contrario, nel senso che, nell'ipotesi di superamento del tasso-soglia fissato con decreto ministeriale, affinché risulti integrata la fattispecie penale scrutinata dall'art. 644 c.p.c. (con i conseguenti riverberi sul piano civilistico), sono necessari — e vanno dimostrati da chi sostiene il carattere usurario degli interessi — entrambi i presupposti previsti dalla norma: la sproporzione degli interessi convenuti e la condizione di difficoltà economica o finanziaria del mutuatario.

Pertanto, nel contratto di mutuo, quando non risulta superato il tasso-soglia, la nullità *ex art. 1815*, comma 2°, c.c. della clausola di previsione degli interessi, richiede la prova del loro carattere usurario ai sensi dell'art. 644, terzo comma, secondo periodo, c.p., ossia la dimostrazione della sproporzione degli interessi convenuti (con uno squilibrio contrattuale, per i vantaggi conseguiti da una sola delle parti, che alteri il sinallagma negoziale, e per il cui apprezzamento il parametro di riferimento è dato dal superamento del tasso medio praticato per operazioni similari), nonché della condizione di difficoltà economica di colui che promette gli interessi (desumibile non dai soli debiti pregressi, ma dall'impossibilità di ottenere, pur fuori dallo stato di bisogno, condizioni migliori per il servizio del denaro che richiede). La prova di entrambi i presupposti grava su colui che afferma la natura usuraria degli interessi, senza che, una volta accertato lo stato di difficoltà economica, la sproporzione possa ritenersi *in re ipsa*, dovendo comunque dimostrarsi il vantaggio unilaterale conseguito dalla banca (65).

10. Il riparto degli oneri probatori stabilito dalla legge sul piano sostanziale impone, da ultimo, di confrontarsi col tema dell'ammissibilità dell'acquisizione processuale delle fonti di prova allegiate dalle parti onerate in maniera claudicante ovvero insufficiente.

Viene al riguardo in rilievo l'utilizzo di due mezzi officiosi di *discovery*, che, nelle controversie qui considerate, possono rivelarsi tanto pregnanti dal punto di vista dei risultati, quanto “pericolosi” sotto il profilo del rispetto delle garanzie e delle regole processuali, ossia l'ordine di esibizione e la consulenza tecnica d'ufficio.

L'art. 210 c.p.c. prevede che — negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art. 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo (ossia nell'ipotesi in cui tali cose appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa, e purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare il segreto professionale, d'ufficio o di Stato) — il giudice istruttore, su istanza di parte (66), può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo (67). Nell'ordinare l'esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell'esibizione (68).

La norma va letta in correlazione con l'art. 94 disp. att. c.p.c., a mente della quale l'istanza di esibizione deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede.

È principio fermo nel diritto vivente che l'esibizione a norma dell'art. 210 c.p.c. non può in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (69), sicché l'ordine in questione può essere impartito ad una delle parti del processo con esclusivo riguardo ad atti la cui acquisizione al processo sia necessaria, ovvero concernenti la controversia, e, quindi, ai soli atti o documenti specificamente individuati o individuabili, dei quali sia noto, o almeno assertivamente indicato, un preciso contenuto, influente per la decisione della causa (70).

Spetta ovviamente alla parte che invochi l'intervento officioso del giudice allegare e dimostrare l'esistenza di una situazione eccezionale che legittimi l'utilizzo di tali poteri, ovvero l'impossibilità o somma difficoltà di assolvere altrimenti all'onere probatorio (71). In ogni caso, l'ordine di esibizione di un documento non può essere disposto allorché l'interessato può di propria iniziativa acquisirne una copia e produrla in causa (72).

È evidente che l'istanza di esibizione rappresenta uno strumento particolarmente invasivo proprio in tema di contenzioso bancario.

Al riguardo, nei recenti orientamenti del diritto vivente sembrano emergere indicazioni tra loro “distoniche”.

Da un lato, la Corte regolatrice ha statuito che tra gli atti di cui si chiede la specifica esibizione non possono includersi gli estratti conto dei rapporti bancari, quando questi siano genericamente mirati alla ricostruzione della contabilità del rapporto di conto corrente, senza che si ipotizzi specificamente quale sia l'utilità di quella acquisizione ai fini della dimostrazione della domanda giudiziale. La Corte ha altresì precisato che non può aderirsi all'interpretazione secondo cui, in ragione del principio di prossimità o vicinanza della prova, debba essere la banca a fornire la documentazione che la cliente non aveva avuto cura di conservare. Infatti, « il principio di prossimità o vicinanza della prova, in quanto eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione, secondo il principio ancor oggi vigente che impone (*incumbit*) un *onus probandi ei qui dicit non ei qui negat*, deve trovare una pregnante legittimazione che non può semplicisticamente esaurirsi nella diversità di forza economica dei contendenti, ma esige l'impossibilità della sua acquisizione simmetrica, che nella specie è negata proprio dall'obbligo richiamato dall'art. 117 t.u.b., secondo cui, in materia bancaria, i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. L'assunto per cui tale consegna non sarebbe avvenuta, avrebbe dovuto costituire oggetto di una apposita e tempestiva documentata istanza all'Istituto di credito; analoghe considerazioni valgono in relazione agli estratti conto non depositati e mancanti, comunque utili alla ricostruzione dell'andamento del rapporto » (73).

Del pari, l'istanza di esibizione degli estratti conto bancari di soggetti mutuanti, proposta al fine di provare, da parte del mutuatario, l'intervenuta estinzione del mutuo, è inammissibile per genericità, ove essa sia formulata con riferimento ad un certo periodo di tempo senza indicazione di date ed importi versati, giacché l'esigenza di specificità, ai sensi dell'art. 94 disp. att. c.p.c., riveste maggior rilievo allorché si tratti di un ordine di esibizione nei confronti delle banche. Infatti, « posto che condizione di ammissibilità dell'istanza di esibizione è, ai sensi del combinato disposto degli artt. 118 e 210 c.p.c., l'inidoneità a procurare grave danno, la anzidetta richiesta esplorativa determinerebbe, invece, un pregiudizio del diritto alla riservatezza per la divulgazione di notizie estranee alla causa, che gli interessati avrebbero legittimo interesse a mantenere segrete in quanto relative alla propria vita privata » (74).

Dall'altro lato, la Suprema Corte — pronunziatasi di recente circa la problematica del “tempo” (ed, eventualmente, del “termine”) entro il quale il correntista può chiedere alla (ed ottenere dalla) banca una copia della documentazione comprovante la genesi e l'esecuzione del rapporto, ai sensi dell'art. 119 t.u.b. — ha enunciato il seguente principio di diritto: « il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente tra gli stessi intervenuto può essere esercitato, ai sensi del comma 4 dell'art. 119 del vigente testo unico bancario, anche in corso di causa e a mezzo di qualunque modo si mostri idoneo allo scopo ». Quanto al tempo dell'acquisizione giudiziaria, la Corte ha precisato che ciò deve avvenire « in ogni caso, nell'immanente limite di utilità, per il caso di esercizio in via giudiziale della facoltà di cui all'art. 119, che la richiesta si mantenga entro i confini della fase istruttoria del processo cui accede » (75).

Ne deriva, se non ci inganniamo, che nel sintagma « qualunque modo si mostri idoneo allo scopo » non può non rientrare anche l'istanza di ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.* (76), articolata dal correntista dentro il limite preclusivo — o, come lo definisce la corte con espressione sistematicamente spuria, “di utilità” — della seconda (ovvero, se si tratta di prova in replica, della terza) memoria *ex art. 183, comma 6°, c.p.c.*

11. Discorsi non dissimili possono essere fatti con riguardo all'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio (artt. 61 ss., 191 ss. c.p.c.) (77).

La giurisprudenza ha precisato che non è consentito al consulente nominato dal giudice di sostituirsi alla parte, andando a ricercare *aliunde* i dati che devono essere oggetto di riscontro da parte sua, che costituiscono materia di onere di allegazione e di prova (ovvero gli atti e i documenti che siano nella disponibilità della parte che agisce e dei quali essa deve avvalersi per fondare la sua pretesa), e che non gli siano stati forniti, magari acquisendoli dalla parte che non li aveva tempestivamente prodotti, in quanto in questo modo il magistrato verrebbe impropriamente a supplire al carente espletamento dell'onere probatorio, in violazione sia dell'art. 2697 c.c., che del principio del contraddittorio (78).

Il giudice, pertanto, non deve disporre la consulenza ogni qual volta si avveda che la richiesta della parte tende a supplire la deficienza della prova, ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provate (79).

Il corretto espletamento dell'incarico affidato al consulente non comporta alcun potere di “supplenza”, da parte di quest'ultimo, rispetto al mancato assolvimento, da parte dei contendenti, dei rispettivi oneri probatori.

Nondimeno, l'incarico viene legittimamente esercitato nei casi in cui al consulente sia necessario acquisire documenti non prodotti dalle parti, e che tuttavia siano necessari per portare a termine l'indagine richiesta e per verificare sul piano tecnico se le affermazioni delle parti siano o meno corrette. In questo quadro, egli può, nel contraddittorio delle parti, anche acquisire documenti non prodotti e che possano essere nella disponibilità di una delle parti o anche di un terzo, qualora ne emerga l'indispensabilità rispetto all'accertamento di una situazione di comune interesse, nonché

acquisire dati tecnici di riscontro alle affermazioni e produzioni documentali delle parti, pur sempre dovendone indicare la fonte di acquisizione per consentire alle parti di verificarne l'esatto e pertinente prelievo (80).

Uno dei principali modi d'essere del mezzo di prova officioso qui considerato è il cd. "esame contabile", la cui ammissione è riservata dall'art. 198 c.p.c. al giudice, allorché è necessario esaminare documenti contabili e registri. In questa ipotesi, il consulente può — previo consenso di tutte le parti — esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa.

La giurisprudenza si è, tuttavia, peritata di precisare che l'espletamento della consulenza tecnica contabile non va immune da preclusioni, nel senso che si deve escludere l'ammissibilità della produzione tardiva di prove documentali concernenti fatti e situazioni poste direttamente a fondamento della domanda e delle eccezioni di merito, essendo al riguardo irrilevante financo il consenso della controparte: ai sensi dell'art. 198 c.p.c., quest'ultimo può essere espresso soltanto con riferimento all'esame di documenti accessori, cioè utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice (81).

Non hanno, pertanto, fondamento le censure con le quali si lamenta il mancato accertamento dell'esistenza di clausole anatocistiche vietate attraverso l'ammissione di una consulenza contabile, « così facendosi residuare l'onere documentaristico sulle spalle della banca convenuta; la richiesta tende a conseguire sotto altre spoglie, e persino attraverso un'inedita inversione dell'onere della prova, il medesimo risultato che si è negato attraverso le strade già percorse » (82).

Nondimeno, mentre deve ritenersi avere natura esplorativa la consulenza finalizzata alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati dalla parte che li allega, altrettanto non può dirsi (in conformità ai principi generali ai quali si è fatto sopra cenno) per la consulenza intesa a ricostruire l'andamento di rapporti contabili non controversi nella loro esistenza, ma controversi quanto al loro andamento.

È perciò consentito derogare ai limiti sopra illustrati « quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche, essendo in questo caso consentito al c.t.u. anche di acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse » (83).

Note:

(*) Lo scritto trae origine dall'intervento tenuto presso la Corte d'appello di Salerno il 16 maggio 2017, in occasione dell'incontro di studio organizzato dalla Struttura didattica territoriale del distretto di Salerno della Scuola Superiore della Magistratura. Le opinioni sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) presso la Consob, del quale l'autore è componente.

(1) Cfr. la fattispecie concreta disaminata da Trib. Pescara, 6 aprile 2017, n. 497, in *IlCaso.it*, 2017, resa all'esito di un giudizio in cui il piano allegativo, di cui al testo, era stato integralmente dispiegato.

(2) È noto che, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, l'opponente riveste la posizione di convenuto in senso sostanziale e può pertanto utilizzare lo strumento tecnico dell'opposizione ex art. 645 c.p.c. per proporre domande riconvenzionali. L'opposto, dal canto suo, rivestendo la posizione sostanziale di attore, non può avanzare domande diverse da quelle fatte valere con l'ingiunzione, potendo a tale principio derogarsi solo quando, per effetto di una riconvenzionale formulata dall'opponente, la parte opposta si venga a trovare a sua volta in una posizione processuale di convenuto, cui non può essere negato il diritto di difesa, rispetto alla nuova o più ampia pretesa della controparte, mediante la proposizione di una reconventionis, che però, per non essere tardiva, può essere introdotta solo nella comparsa di risposta e non nel corso del giudizio di primo grado (Cass., 30 marzo 2016, n. 6155, ex multis).

(3) Nelle domande cd. “autodeterminate”, « l'individuazione del diritto “affermato” prescinde dal titolo e si motiva in riferimento alla natura unica ed irripetibile della situazione sostanziale, ovvero alla posizione dei soggetti con riferimento ad uno stesso bene, sicché la deduzione di una diversa ragione, anche se basata su differenti circostanze di fatto, non implica un mutamento della domanda. Nelle domande eterodeterminate, invece, l'identificazione è in funzione dello specifico fatto storico contrattualmente qualificato, in quanto tra i soggetti possono intercorrere più rapporti del medesimo contenuto, sicché la causa petendi si risolve nel riferimento concreto a quei fatti specifici che sono affermati ed allegati come costitutivi e perciò individuatori del diritto che si fa valere (Cass., 21 febbraio 1994, n. 1654). Il cambiare o modificare quel fatto costitutivo implica, in definitiva, un mutamento del diritto, e quindi della domanda, con violazione dell'ordinato sviluppo del corso del processo e soprattutto del principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c., nella lettura costituzionalizzata dell'art. 24 Cost.), in quanto la parte evocata in giudizio acquisisce il diritto di difendersi sulla domanda contenuta nell'atto di citazione, concentrando l'attenzione non solo su un determinato petitum, ma anche su una ben precisa e specifica causa petendi » (così Cass., 6 agosto 1997, n. 7267, in motivazione; cfr. anche Cass., 10 ottobre 2003, n. 15142; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1857).

(4) Arg. ex Cass., 20 gennaio 2017, n. 1584.

(5) In questo senso cfr. le note pronunzie di Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 2643, in *Giur. it.*, 2014, 70, con nota di I. Pagni, e 1387 con nota di M. Bove.

(6) Ad esempio, il cliente potrebbe chiedere, in via alternativa, la dichiarazione di nullità della clausola determinativa degli interessi, in quanto ritenuti usurari e/o anatocistici. In questo caso, il giudice deciderà l'una o l'altra domanda verosimilmente sulla base la regola della ragione “più liquida”; diversamente, ove l'attore abbia allegato come causa petendi il solo tasso usurario, il giudice potrebbe (se ne ricorrono le condizioni e se la relativa prova risulta dagli atti) dichiarare d'ufficio la nullità della clausola perché “anatocistica”, e viceversa (sul punto cfr. i successivi par. 8 e 9).

(7) Con le dovute precisazioni, ormai consolidate nel diritto vivente, secondo cui: i) il convenuto è tenuto a prendere posizione, in modo chiaro ed analitico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda, i quali debbono ritenersi ammessi, senza necessità di prova, ove la parte, nella comparsa di costituzione e risposta, si sia limitata a negare genericamente la “sussistenza dei presupposti di legge” per l'accoglimento della domanda attorea, senza elevare alcuna contestazione chiara e specifica (Cass., 6 ottobre 2015, n. 19896); ii) il principio di non contestazione riguarda solo i fatti cd. “primari” — costitutivi, modificativi od estintivi del diritto azionato — e non si applica alle mere difese (Cass., 13 settembre 2016, n. 17966); iii) l'onere di contestazione specifica dei fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, grava unicamente sul convenuto costituito e nell'ambito del solo giudizio di primo grado, nel quale soltanto si definisce irretrattabilmente il *thema decidendum* (cioè i fatti pacifici) ed il *thema probandum* (vale a dire i fatti controversi), sicché il giudice d'appello nel decidere la causa deve aver riguardo ai suddetti temi così come essi si sono formati nel giudizio di primo grado, non rilevando a tal fine la condotta processuale tenuta dalle parti nel giudizio svoltosi innanzi a lui (Cass., 4 novembre 2015, n. 22461). Sul punto si rinvia alle magistrali pagine di M. Taruffo, sub art. 115 c.p.c., in (A. Caratta)-M. Taruffo, *Poteri del giudice*, Commentario del codice di procedura civile diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2011, 483 ss. V. anche C.M. Cea, *La modifica dell'art. 115 e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 271 ss., e, si vis, F. De Santis, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 155 ss.

(8) Cass., 17 febbraio 2016, n. 3023.

(9) Ai sensi del comma 2, il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR) può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.

(10) Giova aggiungere che, secondo quanto prevedono i commi 4 e seguenti dell'art. 117 t.u.b., i contratti indicano il tasso d'interesse ed ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora, e che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti rispetto a quelli pubblicizzati. In caso di nullità si applicano: a) il tasso

nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari, eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto. Infine, la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato; i contratti difformi sono nulli, e resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.

(11) Cass., 3 gennaio 2017, n. 36.

(12) Cfr. ex multis Trib. Ascoli Piceno, 31 gennaio 2017; Trib. Reggio Emilia, 28 aprile 2015; Trib. Napoli, 30 settembre 2014; Trib. Milano, 4 agosto 2014.

(13) Secondo la Corte di cassazione, la nullità per difetto di forma scritta prevista per i contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento attiene esclusivamente al contratto quadro; tale nullità è deducibile dal solo cliente, e la sua rilevanza d'ufficio va coordinata con il principio della domanda: soltanto quando essa si pone come ragione di rigetto della pretesa attorea può essere rilevata dal giudice; qualora, invece, sia il cliente a chiedere la dichiarazione di invalidità, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità da lui enunciate e non può fondarsi su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati (Cass., 31 dicembre 2013, n. 28810).

(14) Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, la quale prospetta il rischio che « il contratto sia, dapprima, a lungo e fruttuosamente eseguito con vantaggio per il cliente, il quale, a fronte di una perdita marginale successiva, si risolva ad impugnarlo per nullità, in ragione della mancata sottoscrizione della banca, senza che a quel punto — ove si segua la tesi della natura ad substantiam della sottoscrizione dell'intermediario medesimo — possa rilevare l'avvenuta proficua esecuzione del contratto, ove pure protratta per molti anni con reciproca soddisfazione delle parti. Si offrirebbe, così, tutela a quel contraente che, maliziosamente abusando di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini, deducesse la nullità del contratto pur eseguito senza contestazioni da entrambe le parti »; il che conduce inevitabilmente a domandarsi se l'investitore « possa già provvedere, consapevole di quella nullità, a convalidare il contratto mediante i comportamenti concretamente tenuti ». Per analoghe considerazioni v. Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 222. Nonostante nella motivazione dell'ordinanza di rimessione si presti espresso ossequio formale al consolidato orientamento della stessa corte, che non ammette equipollenti alla sottoscrizione prevista a pena di nullità ex art. 123 t.u.b. (cfr., da ultima, Cass., 24 marzo 2016, n. 5919), il citato provvedimento potrebbe preludere ad un sonoro revirement del diritto vivente, che non potrebbe non ripercuotersi anche sull'interpretazione delle nullità ex art. 117 t.u.b.

(15) Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 2643, citt.

(16) In questo senso v. anche Cass., 11 ottobre 2016, n. 20446, secondo la quale « la rilevanza officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una species del più ampio genus rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali — quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 cost.) — che trascendono quelli del singolo ».

(17) Cass., 15 febbraio 2016, n. 2910, che così conclude: « la nullità parziale può essere dedotta in primo grado per tutto il corso del processo e sino al momento della precisazione delle conclusioni e che egualmente essa va rilevata dal giudice d'ufficio onde sollecitare il contraddittorio sulla stessa. In simile evenienza la parte può rinunciare alla pretesa originaria per coltivare solo quella di nullità parziale oppure mantenere entrambe le domande. Ma se la nullità parziale non sia stata rilevata in primo grado, la stessa parte può farla valere con l'appello senza incorrere nel divieto dei nova, giacché finanche in appello il giudice può rilevare la nullità suddetta e sottoporla al contraddittorio proprio allo scopo di consentire alla parte interessata di formulare la domanda. E in tal caso, in mancanza di domanda, l'accertamento contenuto nella motivazione della sentenza ed i fini del rigetto della domanda di nullità totale sarebbe idoneo a produrre l'effetto di un giudicato preclusivo con riguardo al profilo (di nullità parziale) deducibile ». Ciò significa che la nullità

parziale « può essere dedotta in primo grado per tutto il corso del processo e sino al momento della precisazione delle conclusioni e che egualmente essa va rilevata dal giudice d'ufficio onde sollecitare il contraddittorio sulla stessa. In simile evenienza la parte può rinunciare alla pretesa originaria per coltivare solo quella di nullità parziale oppure mantenere entrambe le domande. Ma se la nullità parziale non sia stata rilevata in primo grado, la stessa parte può farla valere con l'appello senza incorrere nel divieto dei nova, giacché finanche in appello il giudice può rilevare la nullità suddetta e sottoporla al contraddittorio proprio allo scopo di consentire alla parte interessata di formulare la domanda. E in tal caso, in mancanza di domanda, l'accertamento contenuto nella motivazione della sentenza ed fini del rigetto della domanda di nullità totale sarebbe idoneo a produrre l'effetto di un giudicato preclusivo con riguardo al profilo (di nullità parziale) deducibile ».

(18) Cass., 21 luglio 2016, n. 14993.

(19) Cass., 23 febbraio 2006, n. 4019; Cass., 7 settembre 2016, n. 17716.

(20) Cass., 19 settembre 2014, n. 19792.

(21) Cfr. Cass., 13 ottobre 2016, n. 20689.

(22) Cfr. Cass., 24 aprile 2012, n. 6473; Cass., 28 febbraio 1984, n. 1438; Cass., 21 giugno 1974, n. 1834 (tutti precedenti evocati nella motivazione della sentenza del 2016, di cui innanzi si è detto).

(23) Cass., 7 maggio 2015, n. 9201; Cass., 20 settembre 2013, n. 21597; Cass., 25 novembre 2010, n. 23974. Per vero la Corte regolatrice ha precisato che la pur particolare efficacia degli estratti conto «non consente peraltro di ritenere che gli stessi costituiscano l'unico mezzo di cui la banca possa utilmente avvalersi ai fini della dimostrazione delle operazioni effettuate sul conto corrente, non essendo previste limitazioni al riguardo, e ben potendo desumersi, quindi, la relativa prova dalle schede dei movimenti ovvero da altri atti o documenti idonei ad attestare il compimento dei negozi da cui derivano, nonché il titolo, la natura e l'importo delle operazioni, oltre che, ovviamente, l'annotazione in conto delle relative partite» (Cass., 13 marzo 2017, n. 6384, in motivazione).

(24) Cass., 2 agosto 2013, n. 18541.

(25) L'art. 50 t.u.b. prevede che la Banca d'Italia e le banche possono chiedere il decreto d'ingiunzione previsto dall'art. 633 c.p.c. anche in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido.

(26) Il secondo comma dell'art. 1832 c.c. soggiunge che l'approvazione del conto non preclude il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni, e che l'impugnazione deve essere proposta, sotto pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di ricezione dell'estratto conto relativo alla liquidazione di chiusura, che deve essere spedito per mezzo di raccomandata.

(27) Cass., 19 ottobre 2016, n. 21092; Cass., 25 febbraio 2002, n. 2751.

(28) Cass., 26 agosto 2016, n. 17354.

(29) Come è noto, l'art. 1832, comma 1°, c.c. stabilisce che la contestazione deve avvenire nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze, e che l'impugnazione davanti al giudice deve avvenire entro sei mesi dalla ricezione del documento; dal canto suo, l'art. 119, commi 2° e 3°, t.u.b. prevede che, per i rapporti regolati in conto corrente, l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile; e che, in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento.

(30) Cass., 17 luglio 2003, n. 11200; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234; Cass., 29 ottobre 1998, n. 10808.

(31) Il contratto autonomo di garanzia si caratterizza rispetto alla fidejussione per l'assenza dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'art. 1945 c.c., e dalla conseguente preclusione per il debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo (cfr. Cass., 31 luglio 2015, n. 16213, e tutta la giurisprudenza consolidata dopo la nota conforme pronunzia di Cass., sez. un., 18

febbraio 2010, n. 3947).

(32) Cass., 26 maggio 2011, n. 11626; Cass., 19 marzo 2007, n. 6514; Cass., 18 maggio 2006, n. 11749; Cass., 11 marzo 1996, n. 1978; Cass., 26 febbraio 1999, n. 1668.

(33) Cass., 5 dicembre 2011, n. 25943; Cass., 15 dicembre 1970, n. 2685; cfr. pure Cass., 10 febbraio 1982, n. 815.

(34) Così già Cass., 21 dicembre 1971 n. 3701.

(35) L'approvazione tacita dell'esecuzione del mandato, ai sensi dell'art. 1712 c.c., presuppone la precisa indicazione, nella comunicazione fatta dal mandatario, dell'operazione compiuta al di fuori del mandato, essendo a tal fine necessaria la conoscenza da parte del mandante del superamento dei limiti del mandato (Cass., 19 gennaio 2016, n. 861).

(36) Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in motivazione.

(37) Cass., 20 gennaio 2017, n. 1584, cit.

(38) Cass., 25 novembre 2010, n. 23974. Nel medesimo senso cfr. Cass., 20 gennaio 2017, n. 1584; Cass., 1 dicembre 2016, n. 24546; Cass., 20 aprile 2016, n. 7972; Cass., 18 settembre 2014, n. 19696; Cass., 26 gennaio 2011, n. 1842; Cass., 10 maggio 2007, n. 10692.

(39) Cass., 11 aprile 2016, n. 7070; Cass., 5 giugno 2009, n. 12985.

(40) Sulle caratteristiche processuali dell'azione di accertamento negativo e sulle correlazioni tra domanda di accertamento negativo e domanda riconvenzionale, cfr. le ampie indagini di A. Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, spec. 109 ss., e di C. Cariglia, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.

(41) Cass., 15 febbraio 2007, n. 3374; Cass., 11 gennaio 2007, n. 384.

(42) Cass., 9 giugno 2008, n. 15162.

(43) L'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto « fatti negativi », in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, tanto più se l'applicazione di tale regola dia luogo ad un risultato coerente con quello derivante dal principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, riconducibile all'art. 24 cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizi (così Cass., 6 giugno 2012, n. 9099).

(44) Cfr. Cass., 6 giugno 2012, n. 9099.

(45) Cass., sez. un., 4 agosto 2010, n. 18046 (anche a superamento del dictum di Cass., 17 luglio 2008, n. 19762, secondo la quale nell'applicare le regole di distribuzione dell'onere probatorio poste dall'art. 2697 c.c., occorre dare rilievo non al criterio dell'iniziativa processuale, bensì al criterio di natura sostanziale relativo alla posizione delle parti riguardo ai diritti oggetto del giudizio, laddove, appunto, grava su chi invoca la ripetizione dell'indebito l'onere di dimostrare non solo l'esecuzione del pagamento, ma anche la mancanza di una causa che lo giustifichi). Nel medesimo senso v. Cass., 11 febbraio 2016, n. 2739. Tutte le richiamate pronunzie si riferiscono alla materia dell'indebito previdenziale.

(46) Cass., 7 maggio 2015, n. 9201, cit.

(47) Cfr. Cass., 25 novembre 2010, n. 23974; Cass., 10 maggio 2007, n. 10692. Nel medesimo v. anche Cass., 13 ottobre 2016, n. 13693, la quale ha confermato la sentenza di merito impugnata, che aveva ritenuto non provato l'intero andamento di un rapporto ultraventennale, avendone il correntista, gravato del corrispondente onere per aver agito ex art. 2033 c.c., prodotto, tardivamente, solo alcuni estratti conto in aggiunta a quelli relativi all'ultimo decennio depositati dalla banca, non risultando nemmeno incontroverso il saldo ad una determinata data.

(48) Cass., 20 settembre 2013, n. 21597. In senso apparentemente difforme, v. Cass., 10 settembre 2013, n. 20688, secondo la quale l'accertata nullità delle clausole concernenti la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal correntista non travolge l'intero credito azionato dalla banca in via monitoria, bensì la sola parte di esso riguardante gli interessi così calcolati, imponendo al giudice di provvedere ad un nuovo calcolo degli interessi dovuti.

(49) Il diritto a ottenere copia della documentazione inerente a singole operazioni realizzate negli ultimi dieci anni dal cliente ai sensi dell'art. 119 t.u.b. è riferito alla "parte" titolare del rapporto di conto corrente, che include « tutti i soggetti contitolari del conto », intesi come un « unico centro di interessi »: il diritto di informativa può quindi riguardare le operazioni poste in essere dal cointestatario del conto (cfr. Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario,

decisione n. 5872/2015, ove si è chiarito che all'erede non può essere opposto il diritto alla riservatezza del terzo cointestatario del rapporto, se si considera che l'erede (o il coerede) subentra nella stessa posizione del de cuius, originario titolare del rapporto con l'intermediario; e decisione del medesimo Collegio di coordinamento n. 5856/2015, ove si è chiarito che il cliente ha diritto a ottenere a proprie spese copia della documentazione relativa a singole operazioni effettuate direttamente o dall'altro titolare del conto, senza alcuna omissione a tutela dei soggetti eventualmente coinvolti, i quali non possono qualificarsi come terzi rispetto alle operazioni compiute).

(50) Il comma 4 della norma stabilisce che il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione di tale documentazione.

(51) Cfr. il successivo par. 10.

(52) Cass., 12 maggio 2006, n. 11004.

(53) Cass., 23 luglio 2010, n. 17283.

(54) È noto che, ai sensi dell'art. 1283 c.c., in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi. Inoltre, ai sensi dell'art. 1284, comma 3°, gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto, altrimenti sono dovuti nella misura legale.

(55) Tale è il dettato di Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095. Secondo tale pronuncia, va escluso che il requisito soggettivo sia venuto meno soltanto a seguito delle decisioni della Corte di cassazione che, a partire dal 1999, modificando il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto la nullità delle clausole in esame, perché non fondate su di un uso normativo, dato che la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell'esistenza e del contenuto della regola, non già creativa della stessa, e, conseguentemente, in presenza di una ricognizione, anche reiterata nel tempo, rivelatasi poi inesatta nel ritenere l'esistenza, la ricognizione correttiva ha efficacia retroattiva, poiché, diversamente, si determinerebbe la consolidazione medio tempore di una regola che avrebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero creata.

(56) Come si è detto in precedenza, l'art. 117, comma 6°, t.u.b. prevede altresì che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

(57) Cass., 7 marzo 2017, n. 5609; Cass., 29 gennaio 2013, n. 2072; Cass., 19 maggio 2010, n. 12276. Nel regime anteriore all'entrata in vigore della l. 17 febbraio 1992, n. 154 (recante Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari), abrogata dall'art. 161 t.u.b., la condizione di cui al testo poteva ritenersi soddisfatta anche per relationem, attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché oggettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse.

(58) Cass., 1° dicembre 2016, n. 24546, cit.

(59) Ex multis: Trib. Udine, 7 aprile 2016; Trib. Firenze, 18 luglio 2014; Trib. Pisa, 30 gennaio 2014; Trib. Nola, 9 gennaio 2014; Trib. Ravenna, 6 giugno 2012; Trib. Mantova, 1° dicembre 2009.

(60) Trib. Napoli, 17 giugno 2014; Trib. Vibo Valentia, 18 marzo 2015; Trib. Udine, 30 giugno 2015; Trib. Latina, 28 agosto 2013.

(61) Cfr., con espresso riferimento ai tassi-soglia, Cass., 26 giugno 2001, n. 8742, in Giust. civ., 2002, I, 116. Nel medesimo senso (ma con riferimento ad altre fattispecie), v. Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9941; Cass., 2 luglio 2014, n. 15065; Cass., 26 agosto 2002, n. 12476.

(62) Ad esempio, nella fattispecie considerata dalla pronuncia di Cass., n. 12476/2002, cit., si trattava di decreti ministeriali che avevano imposto vincoli su determinati beni di pregio artistico, assai probabilmente neppure pubblicati nella Gazzetta Ufficiale.

(63) Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018; Cons. Stato, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 1677.

(64) Cass., 16 settembre 2014, n. 19057 (ove si chiarisce altresì che la denuncia di violazione o falsa applicazione dei contratti o accordi collettivi di lavoro è stata aggiunta, dall'art. 2 del d.lgs. n.

40 del 2006, a quella della norme di diritto, cui è stata parificata. Per effetto di tale parificazione processuale, la cassazione, per violazione del C.C.N.L. dà luogo all'enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 384, comma 1°, c.p.c. ed alla decisione della causa nel merito, ai sensi del comma 2°, quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. A tale enunciazione la Corte di legittimità può pervenire anche esaminando altre clausole del c.c.n.l., ovvero attraverso un'interpretazione mediante collegamento con altri contratti collettivi, conclusi in tempi diversi. Detto materiale interpretativo è conoscibile d'ufficio dalla Corte di legittimità solo in quanto ufficialmente pubblicato. Per il resto occorre che la norma pattizia non solo risulti ritualmente acquisita al fascicolo di parte nel giudizio dei merito ma, ove il ricorso per Cassazione si fondi su di essa, che venga anche prodotta in uno con il ricorso medesimo). Nel senso che il contratto collettivo di diritto comune — anche anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006 — in quanto assumibile quale regola di giudizio, si distingue dai semplici fatti di causa e può essere richiesto, senza preclusione e discrezionalmente, d'ufficio dal giudice alle associazioni sindacali, ai sensi dell'art. 425, comma 4°, c.p.c., v. Cass., 12 agosto 2009, n. 18261; Cass., 17 settembre 2008, n. 23745.

(65) Cass., 12 settembre 2014, n. 19282.

(66) L'istanza è sottoposta agli stessi limiti di ammissibilità previsti dall'art. 345 c.p.c. con riferimento alla produzione documentale, con la conseguenza che essa non è ammissibile in grado d'appello in relazione a documenti la cui esibizione non sia stata richiesta nel giudizio di primo grado (Cass., 24 gennaio 2014, n. 1484).

(67) Per un'accurata indagine sui presupposti storico-sistematico-applicativi del mezzo di prova di cui all'art. 210 c.p.c., v. A. Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003. Più di recente v. D. Volpino, sub artt. 210 ss. c.p.c., in M. Taruffo (a cura di), *Istruzione probatoria*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, 185 ss.

(68) L'inosservanza del termine ordinatorio per ottemperare all'ordine di esibizione non comporta l'inutilizzabilità a fini probatori della relativa produzione documentale, non potendosi ravvisare alcuna lesione del diritto di difesa della controparte, la quale, al contrario, è favorita dalla possibilità, mediante l'intervento del giudice, di acquisire al processo un documento o un'altra cosa in possesso di un terzo o dell'altra parte, dovendosi ritenere una diversa soluzione irragionevole in quanto consentirebbe alla parte di rendere inutilizzabile per l'accertamento dei fatti proprio quella documentazione, la cui acquisizione al processo sia stata richiesta dalla sua controparte e ritenuta necessaria dal giudice (Cass., 26 maggio 2014, n. 11671).

(69) Cass., 8 agosto 2006, n. 17948; Cass., 25 maggio 2004, n. 10043.

(70) Cass., 8 settembre 2003, n. 13072.

(71) Cass., 30 dicembre 2009, n. 28047.

(72) Cass., 6 ottobre 2005, n. 19475.

(73) Cass., 4 aprile 2016, n. 6511.

(74) Cass., 23 agosto 2011, n. 17602.

(75) Cass., 11 maggio 2017, n. 11554.

(76) Secondo la S.C., « neppure è da ritenere che l'esercizio del potere in questione sia in qualche modo subordinato al rispetto di determinate formalità espressive o di date vesti documentali; né, tantomeno, che la formulazione della richiesta, quale atto di effettivo esercizio di tale facoltà, debba rimanere affare riservato delle parti del relativo contratto o, comunque, essere non conoscibile dal giudice o non transitabile per lo stesso. Ché simili eventualità si tradurrebbero, in ogni caso, in appesantimenti dell'esercizio del potere del cliente: appesantimenti e intralci non previsti dalla legge e frontalmente contrari, altresì, alla funzione propria dell'istituto ».

(77) La disciplina processuale della consulenza tecnica d'ufficio è stata, di recente, efficacemente ripercorsa da V. Ansanelli, sub artt. 191 ss. c.p.c., in M. Taruffo (a cura di), *Istruzione probatoria* (nt. 67), 9 ss., a cui si fa rinvio anche per l'illustrazione del dibattito autoriale.

(78) Cass., 10 marzo 2015, n. 4729; Cass., 26 novembre 2007, n. 24620. La mancata disposizione della consulenza tecnica d'ufficio da parte del giudice, di cui si asserisce l'indispensabilità, è incensurabile in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione, laddove la consulenza sia finalizzata ad esonerare la parte dall'onere della prova o richiesta a fini esplorativi alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati (Cass., 5 luglio 2007, n. 15219).

(79) Cass., 6 dicembre 2011, n. 26151.

(80) In questo senso v. Cass., 23 giugno 2015, n. 12921; Cass., 7 ottobre 2010, n. 20632; Cass., 28 gennaio 2010, n. 1901.

(81) Cass., 27 aprile 2016, n. 8403; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24549.

(82) Così Cass., 4 aprile 2016, n. 6511, cit.

(83) Cass., 15 marzo 2016, n. 5091; Cass., 14 febbraio 2006, n. 3191.

Utente: CORRADO LOMBARDI

www.iusexplorer.it - 18.03.2018

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156