

CORTE D'APPELLO DI BARI

SECONDA SEZIONE CIVILE

PROGETTO “PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI”

OGGETTO: ONERE DELLA PROVA NEI RAPPORTI DI CONTO CORRENTE.

SOMMARIO: 1.INTRODUZIONE – 2.ONERE DELLA PROVA NELL’AZIONE DI RIPETIZIONE DELL’INDEBITO – 3.ORDINE DI ESIBIZIONE DEGLI ESTRATTI CONTO: COME GLI ARTICOLI 210 C.P.C. E 119 T.U.B SI CONCIGLIANO – 4.ONERE DELLA PROVA NELL’AZIONE DI ACCERTAMENTO NEGATIVO – 5.ONERE DELLA PROVA NEL PROCEDIMENTO MONITORIO - 6.PRECISAZIONI CIRCA LA PROVA DEL CONTRATTO DI CONTO CORRENTE.

RIFERIMENTI NORMATIVI:

- art. 2697 c.c. “Onere della prova”;
- art. 210 c.p.c. “Ordine di esibizione alla parte o al terzo”;
- art. 119, comma 4, d.lgs n. 385/1993 (T.U.B.).

1. INTRODUZIONE

La disciplina della prova nel processo civile ha fonte sia nel codice civile, agli artt. da 2697 a 2738, sia nel codice di procedura civile, agli artt. da 115 a 118 e da 191 a 266. Ai sensi dell’art. 2697 c.c. “chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.”

È evidente la ratio della norma: mettere il giudice in condizione di decidere anche laddove vi fosse assenza di sufficienti prove dei fatti, evitando pronunce non liquet; di conseguenza, è comprovato ritenere che la regola dell’art. 2697 c.c. spieghi la sua operatività in un momento ben preciso del giudizio quale è quello della decisione,

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

operando in funzione della verifica finale da parte del giudice circa l'esistenza o meno di prove idonee a dimostrare i fatti giuridicamente rilevanti.

Dunque, secondo i comuni canoni sanciti dall'art. 2697 c.c., sarà colui che fa valere un diritto ad essere gravato dall'onere di provare i fatti posti a fondamento della pretesa azionata in giudizio.

Scopo del presente elaborato è quello di illustrare, secondo gli orientamenti della Corte d'Appello di Bari - Seconda Sezione Civile, in che modo il principio suesposto dell'onere probatorio trova applicazione rispetto ai rapporti di conto corrente.

2. ONERE DELLA PROVA NELL'AZIONE DI RIPETIZIONE DELL'INDEBITO.

Quando il correntista, previa contestazione delle risultanze del saldo di conto corrente a lui sfavorevole, intenda agire per la ripetizione dell'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., è tenuto a dimostrare i fatti costitutivi della *condictio indebiti*, vale a dire la nullità del titolo e l'avvenuta annotazione delle poste contestate, e quindi ha l'onere di produrre¹:

- il contratto di conto corrente, per dimostrare che esso contiene la pattuizione di clausole invalide (come ad es. l'anatocismo nel calcolo degli interessi passivi) o la mancata convenzione per iscritto, così come richiesto dalla legge (art. 1284 cc e 117 TUB), di talune condizioni poi applicate al contratto (ad es., il tasso d'interesse ultralegale, le commissioni di massimo scoperto);
- gli estratti conto integrali del rapporto di conto corrente, quale documento contenente la dettagliata indicazione dei movimenti del rapporto indispensabili alla verifica delle poste che sono state addebitate e accreditate in conto e quindi alla determinazione del saldo finale.

A quest'ultimo proposito, è opportuno puntualizzare che la Corte d'Appello di Bari – Seconda Sezione Civile, uniformandosi al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, ritiene non accoglibile la domanda ogni qual volta sia mancata la produzione degli estratti conto dalla data di insorgenza del rapporto

¹ Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, sentenza n. 1324/2016 Giudice estensore: Presidente Dott. E. Di Leo; Corte d'appello di Bari, Seconda Sezione Civile, sentenza n. 1016/2015 Giudice estensore: Presidente Dott. E. Di Leo. *Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.*

(anche se risalente ad oltre un decennio anteriore, atteso che non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile ex art. 2220 cc con quello di prova del proprio credito) impedisca di verificare la giustificazione contabile del saldo richiesto.

La ragione di una simile conseguenza si individua nella circostanza secondo cui la ricostruzione integrale del conto corrente necessita di essere condotta sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni registrate sullo stesso nel corso del suo svolgimento, non potendo essere validamente surrogata da criteri presunti, approssimativi o equitativi quali, ad esempio, il c.d. saldo zero.

Resta ferma, tuttavia, la possibilità di ottenere la rielaborazione parziale del conto partendo dal saldo intermedio indicato nel più remoto degli estratti conti inviati dalla banca, del quale l'attore in ripetizione non contesti le risultanze, sempre che produca in giudizio tutti gli estratti e i conti scalare successivi a quel saldo, senza soluzione di continuità e fino alla chiusura del conto².

Tale principio trova riscontro nella pronuncia della Suprema Corte che, confermando la decisione della Corte d'Appello di Trieste (465/2012), nella parte motiva afferma che in mancanza di prova, gravante sugli appellanti, circa l'onere probatorio in ordine al saldo zero era necessario provvedere al calcolo degli interessi per cui vi era causa partendo dal primo estratto conto prodotto dagli appellanti.³

3. ORDINE DI ESIBIZIONE DEGLI ESTRATTI CONTO: COME GLI ARTICOLI 210 C.P.C. E 119 T.U.B SI CONCILIANO.

Posta la tesi secondo cui l'onere probatorio della pretesa avanzata dal correntista che agisca nei confronti dell'istituto bancario per ottenere la restituzione di somme indebitamente versate gravi in capo all'attore che, come consolidata giurisprudenza

² Corte d'appello di Bari, Seconda Sezione Civile, sentenza n. 426/2018 Giudice estensore: Presidente Dott. E. Di Leo; Corte d'appello di Bari, Seconda Sezione Civile, sentenza n. 1490/2017 Giudice estensore: Presidente Dott. E. Di Leo; Corte d'appello di Bari, Seconda Sezione Civile, sentenza n. 289/2015 Giudice estensore: Dott.ssa C. Noviello.

³ Corte di Cassazione, Sezione I, sentenza n. 9201/2015 Giudice estensore: Dott. V. Ragonesi.

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

ha ribadito di recente⁴, dovrà avere cura di produrre in giudizio gli estratti conto indispensabili alla ricostruzione dell'andamento del rapporto, è doveroso porre l'attenzione sulle previsioni di cui agli artt. 119 t.u.b. e 210 c.p.c.

Come è noto, l'art. 119 d. Lgs. n. 385/93 riconosce in capo al correntista il diritto di ottenere dall'istituto bancario copia di tutta la documentazione attinente il rapporto: unico limite a tale diritto si individua nel disposto di cui all'art. 2220 c.c. circa il dovere di conservazione delle scritture contabili per il periodo di un decennio.

A ben vedere, tuttavia, sul punto gli Ermellini hanno avuto modo di chiarire che la banca – in virtù del principio secondo cui le parti devono tenere un comportamento leale e corretto, potendo il Giudice trarre dallo stesso argomento di prova ex art. 116 c.p.c. – non può avvalersi del suddetto limite temporale ogni qual volta il decennio maturi in pendenza di giudizio, dopo la richiesta di esibizione della documentazione in oggetto avanzata nei suoi confronti e prima che il Giudice provveda sulla istanza istruttoria.

Lo strumento processuale utilizzabile per ottenere copia della documentazione è costituito dall'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.

L'orientamento consolidato della Corte d'appello di Bari, seconda sezione civile, da sempre si è uniformato al filone giurisprudenziale ritenente inammissibile la richiesta di ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. che fosse stata avanzata dal correntista con finalità meramente esplorativa e soltanto nel corso del giudizio di ripetizione di indebito, senza avere prodotto alcun documento a sostegno della domanda né offerto prova del contegno ostruzionistico eventualmente tenuto dalla banca convenuta che abbia impedito al cliente di conseguire la documentazione necessaria a fornire prova del proprio credito, giudizialmente azionato ex art. 2033 c.c.

Questa Corte ha sempre avuto cura di puntualizzare nelle proprie pronunce l'opportunità di disattendere la richiesta dell'attore che, pur nel rispetto dei termini di maturazione delle preclusioni istruttorie ex art. 183 c.p.c., avesse prodotto in giudizio solo una minima parte degli estratti conto per poi chiedere - con riferimento ai restanti documenti, necessari ai fini della dimostrazione del fatto costitutivo della

⁴ Cassazione, Sezione VI, sentenza n. 24948/2017 Giudice estensore: Dott. M. Falabella.

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

pretesa restitutoria - l'emissione dell'ordine di esibizione nei confronti della banca.

In altri termini, il Collegio ha sempre inteso seguire l'orientamento della Suprema Corte secondo cui lo strumento istruttorio di cui all'art. 210 c.p.c. doveva intendersi avente carattere eccezionale e residuale, essendo utilizzabile soltanto quando la prova del fatto non fosse acquisibile *aliunde* e l'iniziativa fosse esente da finalità esplorative⁵; in tale prospettiva, dunque, il Collegio si è sempre orientato nel ritenere che l'esibizione non potesse essere ordinata allorché l'istante avrebbe potuto di propria iniziativa acquisire i documenti in questione⁶.

Trattandosi di documentazione direttamente accessibile alla parte istante si è, poi, esclusa la eventualità che la documentazione potesse essere acquisita dall'ausiliario del giudice nel corso della c.t.u. non essendo quest'ultima un mezzo di prova né, tanto meno, una *relevatio ab onere probandi*. Essa è essenzialmente un ausilio di natura tecnica per la valutazione delle risultanze di causa, quelle risultanze che sono e devono essere il frutto delle allegazioni e delle prove delle parti sicché l'attività del c.t.u. e l'esercizio dei suoi poteri si devono uniformare a tale principio.

La consulenza, infatti, non rientra nella disponibilità delle parti, ma è rimessa al potere discrezionale del giudice, il quale esattamente deve escluderla ogni qual volta si avveda che la richiesta della parte tende a supplire, con la consulenza, la deficienza della prova o a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provate.

Essa può avere ad oggetto non solo l'incarico di valutare i fatti accertati (cosiddetto consulente deducente) ma anche quello di accertare i fatti stessi (cosiddetto consulente percipiente); ciò, tuttavia, si verifica solamente in ipotesi di situazioni oggettive rilevabili esclusivamente con il concorso di determinate cognizioni tecniche, non potendo in nessun caso la consulenza d'ufficio avere funzione

⁵ Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza n. 24188/2013 Giudice estensore: Dott. A. Filabozzi.

⁶ Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza n. 1371/2002 Giudice estensore: Dott. G. Mammone;

Cassazione, Sezione I, sentenza n. 149/2003 Giudice estensore: Dott. M. R. Morelli;

Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza n. 5908/2004 Giudice estensore: Dott. L. Vigolo;

Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza n. 10043/2004 Giudice estensore: Dott. N. Capitanio;

Cassazione, Sezione III, sentenza n. 20104/2009 Giudice estensore: Dott.ssa M. M. Chiarini;

Cassazione, Sezione III, sentenza n. 9522/2012 Giudice estensore: Dott. F. De Stefano;

Cassazione, Sezione II, sentenza n. 1266/2013 Giudice estensore: Dott. E. Vincenti;

Cassazione, Sezione II, sentenza n. 1456/2013 Giudice estensore: Dott. C. A. Proto.

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

sostitutiva dell'onere probatorio delle parti, pena la nullità della stessa per violazione del principio del contraddittorio, con conseguente mancanza di qualsiasi valore probatorio, anche indiziario dei relativi accertamenti⁷

Quanto sopra detto a proposito della eccezionalità dell'ordine di esibizione, merita un ripensamento alla luce del nuovo orientamento del Supremo Collegio,⁸ a cui la Corte d'Appello di Bari, si è uniformata nelle ultime pronunce⁹: in particolare, il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente intervenuto tra gli stessi, deve ritenersi esercitabile, ai sensi del comma 4 dell'art.119 del testo unico bancario, anche in corso di causa e a mezzo di qualunque modo si mostri idoneo allo scopo, e quindi anche attraverso l'art.210 c.p.c.

4. ONERE DELLA PROVA NELL'AZIONE DI ACCERTAMENTO NEGATIVO.

Mentre nell'indebito oggettivo – ove l'elemento della fattispecie costitutiva del diritto alla ripetizione è rappresentato sia dall'avvenuto pagamento che dall'inesistenza del vincolo giuridico idoneo a giustificarlo ovvero dal successivo venir meno della *causa debendi* – l'attore in ripetizione deve indicare specificamente e tempestivamente le ragioni per le quali il pagamento è qualificabile come indebito, provandone le relative circostanze, nelle azioni di accertamento negativo proposte in relazione strumentale all'eventuale ripetizione di indebito i principi generali sull'onere della prova trovano applicazione indipendentemente dalla circostanza che la causa sia stata instaurata dal debitore, rimanendo, quindi, a carico del creditore le conseguenze della mancata dimostrazione degli elementi costitutivi della pretesa.¹⁰

Detta interpretazione è l'unica possibile alla luce del disposto di cui all'art. 2697 c.c.: intendere l'inciso normativo “*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*” nel senso che sia colui che prende

⁷ Cassazione, Sezione III, sentenza n. 1020/2006 Giudice estensore: Dott. L. A. Scarano; Cassazione, Sezione VI, ordinanza n. 3130/20113 Giudice estensore: Dott. G. Bandini.

⁸ Cassazione, Sezione I, sentenza n. 11554/2017 Giudice estensore: Dott. A. A. Dolmetta;

⁹ Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, Sentenza n. 208/2018 Giudice estensore: Dott. S. Grillo; Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, Sentenza n. 2047/2017 Giudice estensore: Dott. S. Grillo.

¹⁰ Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, Sentenza n. 1389/2015 Giudice estensore: Dott.ssa C. Noviello. Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, Sentenza n. 887/2018 Giudice Ausiliario estensore: Avv. L. Nota.

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

l'iniziativa di introdurre il giudizio ad essere gravato dell'onere, contrasterebbe, infatti, con la stessa lettera della disposizione, poiché l'attore in accertamento negativo non fa valere il diritto oggetto dell'accertamento giudiziale ma, al contrario, ne postula l'inesistenza; è il convenuto, invece, che virtualmente o concretamente fa valere tale diritto, essendo la parte controinteressata rispetto all'azione di accertamento negativo.

È convinzione della Corte che una considerazione complessiva delle regole di distribuzione dell'onere della prova di cui ai due commi dell'art. 2967 c.c. (che, come osservato in dottrina, può essere considerato specificazione del più generale principio secondo cui l'onere della prova deve gravare sulla parte che invoca le conseguenze per lei favorevoli previste dalla norma), conferma che esse sono fondate non già sulla posizione della parte nel processo, ma sul criterio di natura sostanziale relativo al tipo di efficacia, rispetto al diritto oggetto del giudizio e all'interesse delle parti, dei fatti incidenti sul medesimo.

Dunque, nell'ambito delle azioni di accertamento negativo del credito bancario i principi generali sull'onere della prova operano indipendentemente dalla circostanza che la causa sia stata instaurata dal correntista-debitore, sicché deve ritenersi che siano a carico della banca-creditrice, convenuta in accertamento, le conseguenze della mancata dimostrazione degli elementi costitutivi della pretesa gravando sul convenuto titolare dell'asserito diritto - nonché aggressore sostanziale - l'onere di allegazione e di prova dei fatti costitutivi del diritto negato.

Infatti, come evidenzia la giurisprudenza di merito più avvertita, l'attore in accertamento negativo (il correntista) non fa valere il diritto oggetto dell'accertamento giudiziale, ma al contrario ne postula l'inesistenza, ed è invece il convenuto (la banca) che virtualmente o concretamente fa valere tale diritto, essendo la parte controinteressata rispetto all'azione di accertamento negativo.

Deve ritenersi, dunque, che secondo il più recente indirizzo della Corte di Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, in tema di riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché sia

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

convenuto in giudizio di accertamento negativo.¹¹

5. ONERE DELLA PROVA NEL PROCEDIMENTO MONITORIO.

La regola secondo cui l'onere della prova incombe su colui il quale si affermi creditore vale anche per i giudizi che si svolgano a seguito di opposizione a decreto ingiuntivo.

Il giudizio monitorio, come è noto, presenta la peculiarità secondo cui l'opponente è attore solo in senso formale e, viceversa, l'opposto è formalmente convenuto ma sostanzialmente attore, nel senso che dovrà provare la fondatezza della pretesa creditoria oggetto del decreto ingiuntivo opposto.

L'opposizione, dunque, vale solo ad invertire l'onere di instaurazione formale del contraddittorio, senza influire né modificare la posizione delle parti circa l'onere probatorio.

Posta tale considerazione e tenuto conto dell'interpretazione suesposta dell'art. 2697 c.c., vien da sé ritenere che il creditore-opposto sarà gravato dall'onere di provare il proprio credito; infatti, l'istituto di credito che, all'esito di un giudizio monitorio si trovi ad essere parte convenuta in un giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, non perde il proprio interesse a recuperare la somma ingiunta e, quindi, a far valere il diritto che ne è alla base.

È bene precisare che la circostanza secondo cui il correntista non abbia formulato rilievi in ordine alla documentazione prodotta nel procedimento monitorio da parte della banca non comporta che possa ritenersi provato il credito con la conseguenza che l'istituto di credito – in quanto attore in senso sostanziale nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo – ha l'onere di produrre tutti gli estratti conto, a partire dall'apertura del rapporto, affinché possa procedersi alla rideterminazione del saldo finale mediante la ricostruzione - imposta dall'accertata nullità delle clausole prevedenti tassi d'interesse ultralegali non validamente pattuiti, capitalizzazione trimestrale degli stessi ed altre condizioni economiche illegittime - dell'intero

¹¹ Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, Sentenza n.487/2018 Giudice estensore: Dott. M. Sansone.

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

andamento del rapporto; ne deriva, dunque, che laddove la banca non provveda a dar prova dei movimenti a debito ed accredito relativi all'intero rapporto, alcun ammontare, neppure a mezzo di c.t.u., potrà essere liquidato per mancanza di prova.¹²

6. PRECISAZIONI CIRCA LA PROVA DEL CONTRATTO DI CONTO CORRENTE.

Prima dell'introduzione della legge n. 154/1992 e del D. lgs 385/1993, in forza dei quali è stata prevista l'obbligatorietà della forma scritta *ad substantiam* per i contratti bancari, era ben possibile che l'apertura di un rapporto di conto corrente bancario avvenisse in assenza di contratto scritto, benché nel rispetto della previsione imperativa di cui all'art 1284 c.c., secondo cui l'applicabilità di interessi in misura ultra legale intanto era possibile in quanto gli stessi fossero stati convenuti, appunto, in forma scritta.

Ebbene, a fronte di situazioni in cui si prospetta la mancata sottoscrizione di pattuizioni scritte, molti si interrogano su come debba ritenersi distribuito l'onere probatorio.

Secondo l'orientamento della Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, l'onere di provare che le affermazioni asserenti la carenza di pattuizioni siano infondate incombe sulla banca: questa, chiarisce il Collegio¹¹, quand'anche convenuta, è l'unica interessata a provare che l'operatività di talune condizioni praticate, facilmente desumibili dagli estratti conto, abbia fonte legittima in appositi contratti scritti e sottoscritti da parte del correntista, pena la nullità delle relative pattuizioni.

Dunque, fornita la prova, mediante gli estratti conto, dell'esistenza tra le parti del contratto di conto corrente e delle condizioni praticate dalla banca e dedotta la illegittimità degli addebiti di voci non pattuite, non può ritenersi gravare sul correntista l'onere di documentare un contratto contenente clausole che si assumono

¹²Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, Sentenza n. 934/2013 – Giudice estensore: Presidente Dott. E. Di Leo – confermata dalla Suprema Corte di Cassazione civile, I sezione, con sentenza n. 15148/2018 Giudice estensore: Dott.ssa L. Nazzicone.

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

non sottoscritte.

Bari, 27.07.2018

Elaborato a cura della Dott.ssa Rosa Pignatari – Tirocinante ai sensi dell’art. 73 D.L. 69/2013 presso la Corte d’Appello, Seconda Sezione Civile – nell’ambito del progetto “prevedibilità delle decisioni”.

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.