

LA RICHIESTA DELLA DOCUMENTAZIONE EX ART. 119 T.U.B. NEL CORSO DEL PROCESSO

di Laura Colombo

Cassazione Civile, Sez. I, 11 maggio 2017, n. 11554.

Contratti bancari – Trasparenza – Domanda di consegna documentazione ex art. 119 TUB in corso di causa – Ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. – Ammissibilità

Il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente, ai sensi dell'art. 119 del Testo Unico Bancario, può essere esercitato anche in corso di causa, senza necessità di una preventiva richiesta in via stragiudiziale, con qualunque mezzo sia ritenuto idoneo allo scopo, anche mediante un ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. Tale potere è infatti strumento di protezione del cliente, e non deve essere sottoposto a limitazioni se non a quelle previste dall'art. 119 TUB.

1. Il caso.

La decisione della Suprema Corte qui in esame trae origine da una sentenza del Tribunale di Modena, poi confermata anche in secondo grado, con la quale era stata respinta la domanda di ripetizione dell'indebito avanzata da una struttura ospedaliera nei confronti di una banca, domanda volta alla restituzione di somme corrisposte a titolo di interessi anatocistici, per la mancata prova del *quantum* della pretesa attorea.

A dire della Corte d'Appello di Bologna, in particolare, non poteva trovare accoglimento la richiesta di esibizione della documentazione relativa al conto corrente, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., avanzata dalla struttura ospedaliera nei confronti della banca, ed ammessa invero in sede istruttoria avanti il Tribunale. La Corte territoriale rilevava infatti che la richiesta di esibizione documentale può essere accolta solo quando il richiedente non

disponga di altro strumento o modalità per accedere ai relativi documenti. E nel caso di specie tale documentazione rientrava nella disponibilità della parte istante, poiché il correntista aveva a disposizione il potere previsto dall'art. 119, comma quarto del Testo Unico Bancario, ossia il potere di richiedere direttamente alla banca la documentazione relativa alle singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Potere che non era stato esercitato anteriormente alla proposizione del giudizio *de quo*.

La struttura ospedaliera ricorreva dunque nei confronti della banca avverso la sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Bologna. In particolare, per quanto qui interessa, il motivo di impugnazione si sostanzia nella affermazione della legittimità della richiesta dell'ordine di esibizione avanzata dalla ricorrente, e censurata dalla Corte d'Appello: l'art. 119 del Testo Unico Bancario, infatti, a dire del ricorrente, consente al correntista di richiedere alla banca la documentazione afferente al rapporto in qualunque momento, dunque non solo prima della proposizione del giudizio, ma anche in corso di causa, ed anche per mezzo di richiesta rivolta al giudice ai sensi degli artt. 210 e 212 c.p.c..

La Corte di Cassazione ha accolto il motivo di impugnazione, affermando che l'art. 119, comma quarto del Testo Unico Bancario non prevede alcuna limitazione all'esercizio del diritto da parte del cliente, né (i) di tipo processuale, per cui il diritto dovrebbe essere fatto valere antecedentemente alla fase di svolgimento giudiziale dei rapporti tra banca e cliente: il potere di richiesta di documentazione può dunque essere esercitato anche durante lo svolgimento del giudizio, beninteso nei confini della fase istruttoria; né (ii) di tipo formale, per cui il potere può essere esercitato con ogni mezzo che risulti idoneo allo scopo, anche transitando attraverso il giudice.

Il diritto del cliente di ottenere la documentazione ai sensi dell'art. 119 TUB, afferma la Suprema Corte, è infatti strumento fondamentale all'interno della normativa di trasparenza del Testo Unico. Ed in quanto diritto di natura squisitamente sostanziale, non può essere sottoposto a limitazioni di tipo processualistico o formale, salve naturalmente le restrizioni previste dall'art. 119 stesso, pena la trasformazione da "*strumento di protezione del cliente [...] in strumento di penalizzazione del medesimo*".

2. L'esigenza del cliente di recupero della documentazione inerente i propri rapporti bancari.

La questione da cui muove la sentenza in esame riguarda la nota esigenza, in capo al cliente di un istituto di credito, di ottenere tutta la documentazione relativa al rapporto intrattenuto nel corso degli anni tra il cliente stesso e la banca.

Tale necessità può sorgere, come nel caso di specie, nel momento in cui il cliente decida di agire in giudizio nei confronti dell'istituto di credito per la ripetizione delle somme che egli ritiene di avere versato indebitamente. La panoramica delle fattispecie è vasta, spaziando dal caso di interessi ultralegali in mancanza di specifica convenzione, a quello di interessi anatocistici o usurari, all'invalidità della commissione di massimo scoperto, alle variazioni unilaterali del contratto operate in spregio delle forme di cui all'art. 118 del Testo Unico Bancario, e via dicendo.

Il bisogno del cliente di reperire la documentazione completa assume una duplice declinazione: da un lato, risponde alla necessità di ricostruzione del rapporto intercorso nel tempo, spesso negli anni, con la banca. E ciò potrebbe verificarsi sia ai fini della verifica dell'effettivo rispetto da parte della banca delle norme regolatrici della materia, in ottica anche di valutazione preventiva rispetto alla proposizione dell'azione giudiziale, sia ai fini del calcolo degli importi versati nel corso del tempo, eventualmente indebiti, e che in tal caso dovranno essere restituiti. È noto a tal proposito che il contratto di conto corrente bancario, diversamente dal conto corrente ordinario, prevede una struttura tale per cui è la banca, anche in virtù della professionalità che la contraddistingue ⁽¹⁾, ad essere onerata della tenuta della contabilità e dei documenti inerenti al rapporto. La normativa di trasparenza contenuta nel Testo Unico Bancario certamente pre-

⁽¹⁾ La banca è senz'altro tenuta a conservare le scritture contabili nel noto limite decennale, ai sensi dell'art. 2220 c.c..

È tenuta altresì a conservare tutta la documentazione inerente le singole operazioni compiute nel limite del decennio, ai sensi dell'art. 119 del Testo Unico Bancario, oltre che a conservare copia di tutti i contratti e tutta la documentazione relativa ai rapporti ancora in corso, anche al di là del predetto limite temporale, nel rispetto dell'elevato *standard* di diligenza che la caratterizza, nonché del dovere di "*sana e prudente gestione*" previsto dall'art. 5 del Testo Unico Bancario.

vede degli obblighi volti all'attenuazione dell'asimmetria "strutturale" che caratterizza questo rapporto banca-cliente ⁽²⁾. Tra questi, ad esempio, i requisiti di forma previsti dall'art. 117 TUB, secondo il quale il contratto deve essere redatto per iscritto con la consegna di una copia al cliente, ovvero gli obblighi previsti dall'art. 119 TUB, che impone alla banca l'invio periodico di una comunicazione relativa all'andamento del rapporto e degli estratti conto ⁽³⁾. Nonostante tali disposizioni, il cliente può tuttavia, per qualsiasi ragione, avere perduto la relativa documentazione, non averla ricevuta o non averla conservata, ed essere pertanto bisognoso, come nel caso in esame, di recuperarla.

D'altro canto, l'esigenza di reperire la documentazione relativa al proprio rapporto bancario risponde anche, da un punto di vista processuale, alla necessità di assolvere l'onere probatorio posto in capo al correntista: colui che agisce per la ripetizione delle somme, infatti, deve provare i fatti posti a fondamento della propria domanda, secondo le regole ordinarie di ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), naturalmente applicabili anche al caso di specie (salvo i possibili correttivi di cui si dirà *infra*). E ciò si realizza attraverso la produzione in giudizio, da parte del cliente, del contratto di conto corrente, e di tutti gli estratti conto ad esso relativi, dalla sua apertura in avanti, senza soluzione di continuità. Ove il correntista non adempia a tale onere probatorio, le conseguenze non potranno che essere a lui sfavorevoli ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Si tratta di una caratteristica comune ai cc.dd. "contratti di impresa", ove le parti sono naturalmente poste in situazione di disparità. Cfr., a tal proposito, A.A. Dolmetta e U. Malvagna, «*Vicinanza della prova*» e *contratti d'impresa*, in *Aper-tacontrada online Riflessioni su società, diritto, economia* e A.A. Dolmetta e U. Malvagna, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2014, 659.

⁽³⁾ Si veda in questo senso la decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, emessa il 12 giugno 2017.

⁽⁴⁾ Le conseguenze possono portare al rigetto della domanda attorea (cfr., *ex multis*, Trib. Cagliari 11 gennaio 2017, reperibile su www.ilcaso.it), oppure alla mancata applicazione, a suo favore, del criterio del c.d. "saldo zero": come noto questo criterio consente il calcolo di quanto dovuto nei rapporti banca-cliente a partire dalla data del primo estratto conto disponibile, rideterminando il rapporto tra le parti partendo da un saldo, a tale data, pari a "zero". Tale criterio è applicato dalla giurisprudenza nel caso in cui la banca agisca nei confronti del correntista per il pagamento, ad esempio, del saldo negativo di conto corrente, e in tale sede non adempia al proprio onere probatorio. Ove invece sia il correntista ad agire nei confronti della banca, la giurisprudenza (si veda da ultimo Cass. 11 gennaio 2017,

Sorge quindi la delicata questione delle modalità con cui il cliente possa (ri)entrare in possesso della documentazione a lui necessaria.

3. Il ruolo dell'art. 119, comma quarto del Testo Unico Bancario

Come frequentemente accade, ai fini del recupero e della produzione in giudizio del materiale probatorio inerente il rapporto controverso, nel caso deciso dalla Corte di Cassazione il correntista attore presentava istanza di esibizione documentale ai sensi dell'art. 210 c.p.c..

La questione dell'ammissibilità, in questi casi, dell'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.* è invero dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

A parere di un primo orientamento, adottato anche dal Tribunale di Modena nel giudizio *de quo*, la banca non potrà sottrarsi all'ordine di esibizione solo quando il correntista abbia fatto tutto ciò che era in suo potere per ottenere la documentazione a lui necessaria secondo gli strumenti a lui offerti dalla legge. Ciò seguendo l'interpretazione maggioritaria dell'art. 210 c.p.c., secondo cui l'ordine di esibizione è considerato uno strumento istruttorio ufficioso e residuale, utilizzabile soltanto quando la prova del fatto non sia acquistabile altrimenti ⁽⁵⁾. In particolare, come anticipato *supra*, si ritiene che la normativa del Testo Unico Bancario preveda una serie di diritti in capo al cliente come l'obbligo di forma scritta e di consegna del contratto *ex art. 117 TUB*, o l'invio periodico degli estratti conto *ex art. 119 TUB*, tramite i quali il correntista entra in possesso di tutti i documenti relativi ai propri rapporti bancari. Ed anche ove li avesse perduti, il Testo Unico Bancario fornisce al cliente, all'art. 119,

n. 500, reperibile su www.iusexplorer.it) tende a non fare applicazione del beneficio del "saldo zero", stabilendo che il dovuto sia calcolato, ad esempio, a partire dal saldo dell'ultimo estratto conto prodotto in giudizio dal cliente.

Peraltro, questi criteri trovano applicazione, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, anche ove si tratti di una domanda di accertamento negativo del debito.

⁽⁵⁾ L'interpretazione giurisprudenziale tende a considerare tali richieste come una sorta di espediente del correntista volto a sopperire alla mancanza di produzione documentale, e ad eludere così l'onere probatorio sullo stesso incombente.

comma quarto, il potere di richiedere alla banca la documentazione relativa a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni: *“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”*. Tramite questi strumenti, il cliente ha il dovere di acquisire diligentemente, in via stragiudiziale o comunque prima dell’inizio dell’azione, tutta la documentazione necessaria per rispondere alle già esaminate esigenze ⁽⁶⁾. Non è dunque ammesso sopperire ad eventuali lacune nell’adempimento dell’onere probatorio da parte dell’attore tramite un ordine di esibizione nei confronti della banca convenuta ⁽⁷⁾. Ove, al contrario, il correntista abbia richiesto in via preventiva la consegna della documentazione ai sensi dell’art. 119

⁽⁶⁾ Di questo parere Cass. 12 settembre 2016, n. 17923; Cass. 4 aprile 2016, n. 6511, dove si legge: *“il richiamato [...] 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 TUB, secondo cui, in materia bancaria, "I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti."”* ed anche Cass. 7 maggio 2015, n. 9201, *“era onere degli allora appellanti fornire l'estratto conto zero tanto più ove si tenga conto che tale estratto conto era necessariamente stato inviato ex lege ai correntisti i quali ne avevano o ne avevano avuto la disponibilità avendone altresì l'onere di conservazione e sotto tale profilo gli stessi erano in posizione paritaria rispetto alla banca sotto il profilo della possibilità di produrre il documento”*. Le decisioni sono reperibili su www.iusexplorer.it.

⁽⁷⁾ Tale interpretazione è seguita da V. Pisapia, *L'onere della prova nel contenzioso in materia di rapporti di conto corrente bancario*, in Dirittobancario.it; e da F. Dell'Anna Misurale e G. Dell'Anna Misurale, *La Cassazione boccia l'applicazione del saldo zero nell'azione di accertamento negativo promossa dal correntista*, in *Riv. dir. banc.*, Dirittobancario.it, 9, 2015. In giurisprudenza, si vedano in tal senso Cass. 4 aprile 2016 n. 6511, reperibile su www.iusexplorer.it; Trib. Cosenza 16 febbraio 2017; Trib. Modena 7 marzo 2017; Trib. Monza 20 luglio 2016; Trib. Padova 29 maggio 2016; App. Napoli 15 luglio 2015; Trib. Taranto 15 aprile 2015; Trib. Oristano 4 dicembre 2014; App. Cagliari 11 giugno 2014; Trib. Pescara 4 ottobre 2007; Trib. Barcellona P.G. 13 ottobre 2006; App. Cagliari 6 giugno 2014, reperibili su www.ilcaso.it.

TUB, e la banca si sia mostrata inadempiente, allora quest'ultima dovrà legittimamente subire l'ordine di esibizione ⁽⁸⁾.

Vi è, tuttavia, anche un diverso orientamento, che prende le mosse da un'interpretazione valorizzatrice delle norme poste a protezione del cliente dell'istituto di credito ed in particolare, nel caso che ci occupa, dell'art. 119 TUB. Tale orientamento acquisisce una sfumatura più ampia, ove collocato nel dibattito relativo alla valorizzazione del principio di vicinanza della prova. Nel contesto dei c.d. contratti d'impresa, infatti, vi è una parte contrattuale dotata di una professionalità particolare, e soggetta a doveri caratterizzanti il corretto agire d'impresa. Nell'ambito dei contratti bancari questi doveri sono ad esempio la conservazione della documentazione relativa ai rapporti intrattenuti con i clienti prima della loro chiusura, il rispetto delle norme di trasparenza stabilite dal Testo Unico Bancario, e tutti quei doveri compresi in quello più ampio di sana e prudente gestione (art. 5 TUB). È quindi ragionevole pensare che, per i contratti ancora pendenti e per quelli chiusi da non più di dieci anni, la banca conservi tutta la documentazione ad essi inerente. Si tratta di un principio volto a valorizzare l'assetto sostanziale, più che quello formale - o formalistico - della realtà dei fatti ⁽⁹⁾.

L'art. 119, comma quarto TUB è espressione di questo principio di vicinanza della banca alla documentazione, e consente dunque al cliente di poterla recuperare con facilità ⁽¹⁰⁾. La richiesta, inoltre, non deve essere titolata in alcun modo. E la banca, anche per rispetto del canone della buona fede oggettiva, è tenuta a fornirla.

⁽⁸⁾ Si vedano, in via esemplificativa, Trib. Sassari 20 febbraio 2017; Trib. Milano 3 marzo 2016; Trib. Teramo 4 dicembre 2015; Trib. Napoli 16 ottobre 2007, reperibili su www.ilcaso.it.

⁽⁹⁾ Tale orientamento di ritrova in Dolmetta e Malvagna, «*Vicinanza della prova*» e *contratti d'impresa*, cit. e in Dolmetta e Malvagna, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, cit.

⁽¹⁰⁾ L'art. 119, comma quarto TUB ha la funzione di permettere al cliente di recuperare con “*relativa facilità – quanto (per trascuratezza, negligenza, disinteresse, disordine o altro) – egli abbia perduto*”. Cfr. A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 108.

Questa natura di “*dovere di protezione consistente nel dare supporto documentale al cliente*”⁽¹¹⁾ è un dovere di natura squisitamente sostanziale⁽¹²⁾. Ciò implica che, secondo questa impostazione, abbracciata anche dalla Corte di Cassazione, nulla ne vieti l’esplicazione durante il processo, ovvero mediante gli atti processuali stessi. E tra questi rientra l’ordine di esibizione *ex art.* 210 c.p.c.⁽¹³⁾. Del resto l’art. 119 TUB costituisce una sorta di ordine di esibizione stragiudiziale, cui la banca non può rifiutarsi di adempiere, pena la violazione dell’obbligo previsto *ex lege*.

4. Le possibili conseguenze processuali della mancata consegna dei documenti ai sensi dell’art. 119, comma quarto del Testo Unico Bancario.

Alla luce dell’orientamento da ultimo esposto, ed abbracciato dalla Suprema Corte con la sentenza in esame, è doveroso interrogarsi, a questo punto, in merito alle conseguenze della violazione, da parte della banca, del dovere di consegna dei documenti (sia in violazione diretta dell’art. 119, comma quarto TUB, sia in contrasto con l’obbligo di tenuta delle scritture contabili *ex art.* 2220 c.c.).

Nel caso in cui il cliente dimostri di aver legittimamente richiesto alla banca i documenti relativi al proprio rapporto, senza

⁽¹¹⁾ Cfr. ancora Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 108

⁽¹²⁾ Ovvero anche di natura “*pre-processuale*”, come affermato da A.A. Dolmetta e U. Malvagna, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (I. il saldo zero)*, in *Riv. dir. banc.*, Dirittobancario.it, 15, 2014.

⁽¹³⁾ Fanno applicazione di tale principio ed ammettono l’ordine di esibizione, ad esempio, Trib. Palermo 23 maggio 2011; Trib. Latina 19 giugno 2007; App. Milano 17 ottobre 2006. Afferma la natura sostanziale del diritto previsto dall’art. 119 TUB anche Trib. Padova 20 ottobre 2016. Tutte le decisioni sono reperibili su www.ilcaso.it.

Anche Cass. 15 marzo 2016, n. 5091, reperibile su www.iusexplorer.it, ammette l’ordine di esibizione nei confronti dell’istituto di credito, ove non vi sia contestazione in merito al rapporto controverso e dunque nemmeno in merito all’esistenza della documentazione relativa alla gestione dello stesso.

ottenere riscontro, oppure ricavandone solo risposte insoddisfacenti o documentazione incompleta ⁽¹⁴⁾, ciò non potrà infatti rimanere privo di conseguenze, anche processuali ⁽¹⁵⁾. E ciò sia nel caso di richiesta di consegna pre-processuale, sia nel caso di mancata ottemperanza ad un ordine di esibizione giudiziale.

Il comportamento non collaborativo da parte della banca potrà essere considerato come fonte di argomento di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. ⁽¹⁶⁾.

Il rifiuto di consegnare la documentazione (probatoria) potrebbe infatti essere interpretato dal giudice, alla luce di quanto

⁽¹⁴⁾ Ciò che non si verifica con scarsa frequenza. Da un lato, infatti, i clienti degli istituti di credito sono poco avvezzi all'esercizio del potere in questione. Oltre a questa scarsa familiarità, la casistica riporta anche un uso a volte improprio del diritto di richiesta di documentazione: ciò può accadere quando, in via esemplificativa, il correntista chieda alla banca che gli sia fornita tutta la documentazione afferente il rapporto nel corso degli anni. L'art. 119, comma quarto del TUB fa infatti riferimento a "*documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni*". Il presupposto (al di là del limite temporale) risiede quindi nel fornire i requisiti minimi di identificazione dell'operazione per cui si richiedono informazioni. Al contrario non rispettano la disposizione normativa le richieste eccessivamente generiche (Cfr. in via esemplificativa Cass. 15 marzo 2016, n. 5091 che richiama Cass. 12 maggio 2006, n. 11004).

Non bisogna dimenticare, peraltro, che nel momento in cui il cliente agisce in via giudiziale nei confronti della propria banca, subentra un ulteriore elemento, che è quello della rappresentanza tecnica: l'avvocato non può non conoscere, e di conseguenza, fare buon utilizzo del diritto di ottenere la documentazione a richiesta. Difatti, procedura che regolarmente si verifica (o che dovrebbe verificarsi) è che il legale del correntista, nell'ottica della tutela giudiziale delle pretese del cliente dell'istituto di credito, faccia richiesta *ex art. 119 TUB* per ottenere tutti i documenti inerenti il rapporto controverso.

Dal lato invece degli istituti di credito, l'esercizio del potere *ex art. 119 TUB* non sempre viene incoraggiato. Oltre ad atteggiamenti dilatori, di inerzia, ovvero di rifiuto, da parte delle banche, si pongono anche casi di attribuzione in capo al cliente di spese ulteriori rispetto alle mere spese di copia, le uniche che possano essere previste ai sensi della norma del Testo Unico (cfr. *ex multis* le decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, n. 2609 del 10 marzo 2017 e Collegio di Napoli, n. 6465 del 15 luglio 2016).

⁽¹⁵⁾ "*I casi della mancata tenuta delle scritture contabili, ovvero del mancato (soddisfacente) riscontro della richiesta ex art. 119 TUB, rappresentano infatti casi di vicinanza, per così dire, «qualificata», siccome rispondente a specifiche previsioni normative: per cui sarebbe irragionevole, se non altro, pensare che l'imprenditore bancario possa venire a trarre un utile processuale dalla loro violazione*". Cfr. Dolmetta e Malvagna, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario*, cit., 9.

⁽¹⁶⁾ In tal senso, Dolmetta e Malvagna, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario*, cit.. Ma anche Dell'Anna Misurale e Dell'Anna Misurale, *La Cassazione boccia l'applicazione del saldo zero*, cit..

In giurisprudenza, si vedano Trib. Sassari 20 febbraio 2017; Trib. Cagliari 31 maggio 2014, reperibili in www.ilcaso.it.

detto in merito al ruolo ed alla professionalità della banca, come un tentativo di nascondere elementi a lei contrari in sede processuale. Si tratterebbe in primo luogo di una violazione del principio di buona fede, declinato poi nel processo come dovere di lealtà, ai sensi dell'art. 88 c.p.c. (17).

E a ciò si aggiunga che la banca non potrà rimediare alla mancata consegna di documentazione al cliente mediante la sua successiva produzione, per intero o di parti mancanti della stessa, in giudizio. Si tratterebbe, in fin dei conti, di un *venire contra factum proprium* (18).

Torna in aiuto il principio della vicinanza della prova: “*il contributo della vicinanza si limita, qui, a fornire la traccia di una lettura e applicazione un poco «sostanziale» e non brutalmente meccanicistica della norma dell'art. 2697 c.c., condotta mediante il ricorso agli strumenti della presunzione semplice e dell'argomento di prova*” (19). Non vi sarà, cioè, un'inversione delle regole legali di attribuzione dell'onere della prova, per cui sarà sempre il correntista attore ad essere onerato della prova delle proprie pretese. Tuttavia, il comportamento della banca ben potrà essere fonte di presunzioni e fondare, con il medesimo valore di tutti gli altri elementi di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c., il convincimento del giudice (20).

(17) Dell'Anna Misurale e Dell'Anna Misurale, *La Cassazione boccia l'applicazione del saldo zero*, cit., 5.

(18) In tal senso si veda Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 108-109.

(19) Cfr. Dolmetta e Malvagna, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario*, cit., 9.

Secondo l'opinione di Dell'Anna Misurale e Dell'Anna Misurale “*Vi è da chiedersi se possa essere questo il punto di riemersione di un possibile ruolo del criterio di vicinanza della prova: ove la prossimità alla fonte dell'attore è impedita da un comportamento illegittimo del convenuto, il detto comportamento può giustificare il porre a carico di quest'ultimo le conseguenze della mancata allegazione documentale di cui era onerato il primo*” (Dell'Anna Misurale e Dell'Anna Misurale, *La Cassazione boccia l'applicazione del saldo zero*, cit., 5-6). Non potrà arriversi, a parere degli Autori, ad un'inversione della regola ordinaria di distribuzione dell'onere probatorio, fino ad applicare il criterio del saldo zero anche ove, in un caso come quelli in esame, sia il cliente a non aver portato la prova della propria pretesa. Si tratterebbe, infatti, non tanto di un'applicazione del principio di vicinanza della prova quanto di una sorta di sanzione punitiva.

(20) Il principio è ben espresso da Trib. Cagliari 31 maggio 2014, reperibile in www.ilcaso.it, ove si legge: “*L'art. 116 cpc consente al giudice di desumere argomenti di prova dal contegno tenuto dalle parti nel corso del processo e, quindi,*

L'Arbitro Bancario Finanziario, nella recente decisione del Collegio di Coordinamento del 12 giugno 2017, ha sposato quest'orientamento, affermando che, anche nei procedimenti davanti a tale organismo, ove l'intermediario non ottemperi al suo dovere di collaborazione, tale atteggiamento permette all'Arbitro di *“trarre “argomenti” di prova favorevoli alla tesi del ricorrente, in applicazione dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e in necessario collegamento con le risultanze istruttorie già acquisite”*, assimilando peraltro tale atteggiamento non collaborativo alla mancata ottemperanza ad un ordine del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. ⁽²¹⁾.

v'è da chiedersi se per tale via possano desumersi argomenti di prova dall'inoservanza dell'ordine di esibizione e, ancor più specificatamente, se possa ritenersi che il rifiuto nell'esibizione possa considerarsi come ammissione del fatto.

La risposta è negativa.

L'art. 116 cpc al secondo comma prevede che il giudice nella valutazione del materiale probatorio può desumere argomenti di prova dal contegno delle parti.

L'argomento di prova, com'è noto, offre soltanto elementi di valutazione di altre prove e, quindi, non può costituire l'unico fondamento per ritenere provato un fatto.

L'interpretazione della norma nei termini esposti, peraltro conforme a quella offerta dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. nn. 8310 del 2002 e 17076 del 2004), porta, dunque, ad escludere che in assenza di elementi di prova concernenti il solo rifiuto della Banca convenuta di esibire i contratti (scritture di cui peraltro la stessa attrice avrebbe dovuto avere la disponibilità) possa essere in concreto equiparata all'ammissione del fatto che le diverse clausole contrattuali oggetto dell'azione di nullità avessero il contenuto indicato dall'attrice”.

⁽²¹⁾ L'Arbitro fa applicazione del criterio di vicinanza della prova, quale attenuante della rigidità della regola della ripartizione dell'onere probatorio, nella prospettiva di garantire una *“tutela sostanziale rapida ed efficace”* dei diritti del consumatore, ma mai prescindendo dalla reale situazione effettiva delle parti: l'applicazione di detto principio non può trarre semplicistica legittimazione dalla disparità economica delle parti. Ove infatti la condizione esistente tra banca e cliente è di virtuale asimmetria nella possibilità di accesso alla documentazione, non va dimenticato che la legge prevede già dei correttivi, quali le regole previste dagli artt. 117 e 119 del Testo Unico, come già rilevato *supra*. Avendo ben chiara questa prospettiva, l'Arbitro valorizza il potere concesso al cliente di richiesta della documentazione bancaria ai sensi dell'art. 119 TUB, ed ammette, in caso di richiesta inevasa, l'emissione da parte di un giudice dell'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*

Tali questioni sembrano, peraltro, *“by-passate”* nell'ambito della procedura di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di intermediazione finanziaria, recentemente entrata in funzione. Il regolamento dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie prevede infatti, all'art. 11, comma quarto, il dovere per l'intermediario di produrre, in sede di deduzioni in replica al ricorso presentato dal cliente, *“tutta la documentazione afferente il rapporto controverso”*. La questione dell'onere probatorio viene, in fin dei conti, assai sfumata. Ove infatti il cliente dell'intermediario non produca, per qualsivoglia motivo, i contratti o gli estratti conto posti a fondamento delle proprie pretese, sarà l'intermediario, per

Ciò che l'ABF non ammette d'altro canto è che tale comportamento si possa tradurre nel rendere incontrovertibili tutti i fatti allegati dal ricorrente *“a fronte di un principio generale desumibile dall'art. 115 c.p.c., che sottrae all'onere probatorio i soli fatti “non specificamente contestati” dal convenuto costituito.*

E deve parimenti escludersi che tale obbligo di cooperazione possa tradursi nella inversione della distribuzione dell'onere della prova che incombe su chi avanza una pretesa, giacché a un esito così grave e contrario a principi fondamentali del diritto, civile e processuale, avrebbe potuto pervenirsi solo in presenza di una chiara e speciale disposizione derogatoria del principio di uguaglianza delle parti nel processo”.

Infine, seguendo questa impostazione, la conseguenza ultima dell'inadempimento da parte della banca al proprio obbligo previsto *ex lege* sarà che il correntista, non avendo ottenuto la documentazione richiesta, potrà far valere la nullità del contratto per mancanza di forma ai sensi dell'art. 117 TUB ⁽²²⁾.

Tutto ciò è volto a porre l'accento, è chiaro, sulla dimensione effettiva dei rapporti che intercorrono tra l'istituto di credito ed il cliente, alla luce dei predetti doveri caratterizzanti l'impresa bancaria.

5. Conclusioni.

In conclusione, la recente pronuncia della Suprema Corte è senz'altro rilevante nella panoramica del dibattito qui riassunto.

assolvere al proprio obbligo di natura procedurale, a doverli produrre. Con tutte le conseguenze che ne conseguono in materia di vizi afferenti la documentazione che l'intermediario, secondo la diligenza professionale che lo caratterizza, dovrebbe conservare nella sua completezza.

⁽²²⁾ Si veda per questa ipotesi Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari.*, cit., 108-109. Per un esempio in giurisprudenza, si veda Trib. Sassari 20 febbraio 2017, reperibile su www.ilcaso.it, nonché la decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, n. 388 del 18 gennaio 2013. Utile menzionare anche la decisione del Collegio di Roma, n. 3952 del 23 novembre 2012. La decisione dell'ABF, Collegio di Napoli, n. 6241 del 7 luglio 2016 non ammette invece la sanzione della nullità in conseguenza alla violazione dell'obbligo di consegna della documentazione: data la non contestazione, nel caso concreto, dell'esistenza del rapporto contrattuale, il Collegio reputa *“più appropriata”* la sanzione risarcitoria.

La Corte di Cassazione propone infatti una risoluzione del contrasto giurisprudenziale e dottrinale in merito alle possibilità di esercizio del diritto sancito dall'art. 119, comma quarto del Testo Unico, operandone una valorizzazione e sottolineandone, si ripete ancora una volta, la natura di diritto sostanziale, che prescinde dalla veste formale e dalla fase processuale o meno.

Adottando poi uno sguardo più ampio, anche alla luce di quanto detto in merito alla possibile applicazione del principio di vicinanza della prova e delle sue declinazioni, la decisione ben si colloca all'interno dell'orientamento più favorevole alle ragioni di tutela del cliente di un istituto di credito, nella prospettiva ultima del superamento di ogni elemento che si potrebbe definire, in conclusione, formalistico.