
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Onere probatorio ex art. 2967 c.c.: vale anche per i fatti negativi.

In conformità del principio di cui all'art.2967 c.c. anche i fatti negativi quando costituiscono il fondamento del diritto che si vuol far valere in giudizio debbono essere provati dall'attore come i fatti positivi. La prova dei fatti negativi non inverte infatti l'onere della prova ma quando sia desumibile da uno specifico e positivo fatto contrario deve essere data attraverso la dimostrazione di questo.

Tribunale di Monza, sezione terza, sentenza del 23.11.2015

...omissis...

Con atto di citazione ritualmente notificato "xx., nonché xxx quale presunto fideiussore, conveniva in giudizio xxx assumeva di aver intrattenuto per alcuni anni con xx vari rapporti commerciali, fra cui due rapporti di conto corrente distinti dal n. (...) e chiedeva la declaratoria di nullità/invalidità dei contratti stipulati con la banca e, per l'effetto la condanna della stessa alla restituzione di tutte le somme indebitamente incassate, per aver applicato tassi di interesse superiori alla soglia usura, per illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi, per illegittimo addebito delle commissioni di massimo scoperto, per spese fisse di chiusura periodica.

Instauratosi il contraddittorio la xxxx. chiedeva il rigetto della domanda.

In primo luogo va sottolineata la carenza di legittimazione attiva della signora Lo. Pe. in proprio, la quale dichiarava di agire quale fideiussore dell'attorea società, senza in alcun modo dimostrare tale sua qualifica.

Ciò posto va esaminata la richiesta di esibizione dei contratti bancari stipulati dalle parti e di tutta la documentazione collegata.

Istanza istruttoria palesemente infondata.

In particolare, costituisce ius receptum il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui non può essere ordinata, in relazione al disposto dell'art. 210 c.p.c. , l'esibizione in giudizio di un documento di una parte o di un terzo, allorché l'interessato può di propria iniziativa acquisirne una copia e produrla in causa.

Con specifico riguardo alla documentazione bancaria, sussiste il diritto del correntista, ex art. 119, comma 4, T.U.B., di ottenere dall'istituto bancario, a proprie spese, la consegna di copia della documentazione relativa a ciascuna operazione registrata sull'estratto conto nell'ultimo decennio, indipendentemente dall'adempimento del dovere di informazione da parte della banca e anche dopo lo scioglimento del rapporto; tale diritto si configura come un diritto sostanziale autonomo, la cui tutela è riconosciuta come situazione giuridica finale e non strumentale, ragione per cui, per il suo riconoscimento, non assume alcun rilievo l'utilizzazione che il cliente intende fare della documentazione, una volta ottenuta.

Stante, quindi, il diritto sostanziale ex art. 119, comma 4, TUB riconosciuto al correntista di chiedere e ottenere dalla banca tutta la documentazione contabile inerente al rapporto, è evidente che nel caso in cui il correntista - attore non produca la documentazione contabile a sostegno della domanda, né tanto meno dimostri di avere avanzato, prima del giudizio, richiesta alla banca, ai sensi della citata norma, di acquisizione della detta documentazione contabile e di non avere ricevuto riscontro o di avere avuto un diniego alla detta richiesta, tale carenza probatoria non può essere colmata mediante l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. rivolto alla banca e avente a oggetto la documentazione contabile inerente al rapporto bancario.

Ciò premesso va sottolineato come il CTU, nel corso delle indagini peritali, rilevava la carenza -fra gli atti di causa- della documentazione indispensabile per poter procedere e, stante l'opposizione ex art. 198 cod. proc. civ. della convenuta a procedere all'integrazione documentale, informava il giudice circa l'impossibilità di adempiere al mandato.

A tal proposito va sottolineato come non è dato addivenire ad una esibizione officiosa della documentazione da sottoporre alla valutazione del c.t.u., ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ. , per sopperire all'inerzia della parte nel dedurre mezzi di prova, potendo tale potere discrezionale del giudice essere esercitato solo se la prova del fatto che si intende dimostrare non sia acquisibile aliunde, non anche per fini meramente esplorativi.

Ed inoltre, qualora la consulenza d'ufficio fosse richiesta per acquisire documentazione che la parte avrebbe potuto produrre, l'ammissione da parte del giudice comporterebbe lo snaturamento della funzione assegnata dal codice a tale istituto e la violazione del giusto processo, presidiato dall'art. 111 Cost. , sotto il profilo della posizione paritaria delle parti (Cass. 18 gennaio 2013 n. 1266).

L'azione promossa deve qualificarsi come tipico giudizio di accertamento: nel caso di specie, si chiede infatti dichiararsi la nullità/invalidità dei contratti di conto corrente o

di apertura di credito o delle singole clausole degli stessi stipulato dalle parti, attinenti la determinazione degli interessi ultralegali, il criterio di calcolo dall'interesse anatocistico, l'applicazione della provvigione di massimo scoperto....etc, con conseguente condanna della banca alla ripetizione delle somme indebitamente incassate.

In conformità del principio di cui all'art.2967 c.c. anche i fatti negativi quando costituiscono il fondamento del diritto che si vuol far valere in giudizio debbono essere provati dall'attore come i fatti positivi (Cass. 17 ottobre 92 n.11432 e 28 novembre 92 n. 12746, 10 .3.86 n.1614, 22.10.76 n.3741). La prova dei fatti negativi non inverte infatti l'onere della prova ma quando sia desumibile da uno specifico e positivo fatto contrario deve essere data attraverso la dimostrazione di questo (così Cassazione 20 febbraio 98 n.1790).

In definitiva l'onere probatorio previsto dall'art.2697 c.c. non subisce deroghe allorchè concerne fatti negativi che ove non possano essere provati direttamente possono essere dimostrati con la prova del fatto positivo contrario.

La giurisprudenza del Supremo Collegio, ribadendo il principio che l'onere probatorio previsto dall'art.2697 c.c. non subisce deroga allorchè concerne la prova di fatti negativi afferma che, ove questi non possano essere provati direttamente, possono essere dimostrati con presunzioni le quali a loro volta, se di regola sono basate sulla prova dei fatti positivi contrari al fatto negativo, possono fondarsi sulla prova di fatti positivi che, per quanto non esattamente contrari a quello negativo, siano pur tuttavia idonei a norma dell'art.2729 c.c. a far desumere il fatto negativo (Cassazione 20.5.93, n.5774, Cassazione 13 febbraio 1998, n.1557 afferma tale principio della utilizzabilità della presunzione nella prova del fatto negativo a proposito della ripetizione dell'indebito allorchè la prova dell'inesistenza della causa solvendi riguardi solo il pagamento effettuato in eccedenza rispetto al dovuto).

In tema di ripetizione dell'indebito di cui all'art.2033 c.c., in ossequio ai richiamati principi in materia di distribuzione dell'onere probatorio, grava sull'attore l'onere di fornire la prova de fatti costitutivi del diritto alla ripetizione dell'indebito che sono non solo l'avvenuto pagamento (eventualmente in eccedenza quando l'indebito è costituito dalla differenza del pagato rispetto al dovuto) ma anche l'inesistenza della causa solvendi e del nesso causale tra il versamento e la mancanza di debito e cioè che il pagamento è stato effettuato in adempimento di quell'insussistente rapporto o in eccedenza rispetto al dovuto.

La prova dell'inesistenza della causa solvendi integra un elemento costitutivo della domanda di ripetizione dell'indebito oggettivo e come tale va provato da colui che agisce, principio che vale allorchè si assume, come nel caso di specie che non l'intero pagamento ma solo una parte di esso è indebita.

In quest'ultimo caso incombe ugualmente all'attore l'onere di provare i presupposti dell'indebito pagamento di cui chiede la restituzione e che quindi una parte della somma pagata non era dovuta: la prova del difetto di causa solvendi può consistere nella prova che il pagamento è stato ricevuto in maniera eccedente e , che per tale eccedenza, è privo di causa solvendi.

In tal caso la prova del difetto di causa solvendi si desume dalla difformità quantitativa rispetto ad un obbligo esistente.

In definitiva provato il fatto positivo del pagamento e dell'ammontare effettivamente dovuto, da detti fatti positivi ancorchè non esattamente contrari a quello negativo da provare, il difetto della causa solvendi per l'eccedenza, si desumerà, in via presuntiva ex art.2729 c.c. cioè il fatto negativo contrario della mancata giustificazione del pagamento per l'eccedenza.(Cass. 22872/2010; Cass. 384/2007) Nel caso in cui il correntista agisca in ripetizione, previo accertamento positivo del presunto credito

vantato nei confronti della banca, è sull'attore che grava l'onere di dimostrare, ai sensi dell'art. 2697, comma 1, c.c. , il fondamento della sua pretesa.

Nell'azione di ripetizione di indebitto, l'inesistenza del credito della banca deve qualificarsi non come fatto impeditivo della pretesa azionata dal correntista - il cui onere probatorio incomberebbe, allora sì, sul convenuto, ai sensi dell'art. 2697, co. 2 c.c. -, ma piuttosto come fatto costitutivo della pretesa attorea - il cui onere grava, secondo la regola generale di cui all'art. 2697, co. 1 c.c. , su chi fa valere in giudizio il diritto.

Come accennato nel caso di specie il CTU che, in relazione al quesito a lui sottoposto al punto 1 ("effettui ogni conteggio con verifica giorno per giorno e con decorrenza dalla data di apertura del conto, ovvero dal saldo risultante alla data dell'estratto di C/C più risalente prodotto dal correntista) ha rilevato l'assenza tra la documentazione agli atti delle parti degli estratti conto evidenzianti il dettaglio dei singoli movimenti intervenuti per tutto il periodo considerato ad eccezione di quelli del mese di Marzo e Giugno 2012, oltretutto l'assenza del prospetto scalare per il primo e per il secondo trimestre 2001, per i mesi di gennaio, febbraio, aprile e maggio 2012 ed ha sottolineato, di non poter procedere al conteggio "giorno per giorno" delle rilevanze di cui ai punti dall'1 al 6 e alla determinazione del saldo finale di cui al punto 7 del quesito indicato dalla S.V. Ill.ma se non limitatamente alle due mensilità di marzo e giugno 2012, senza i dettagli mancanti dei movimenti e senza gli scalari per i periodi individuati.

L'omessa produzione da parte dell'attore degli estratti conto non consente al Tribunale adito di conoscere gli addebiti ed accrediti riportati negli estratti conto relativi al periodo di vigenza del contratto, né di vagliare in definitiva l'assenza di giustificazione "contabile e negoziale" del saldo finale maturato a debito del correntista in pendenza dell'efficacia dell'originario titolo contrattuale, né di depurare quel saldo dagli anatocismi passivi asseritamente invalidamente conteggiati dalla B., dagli interessi asseritamente superiori al tasso soglia o dalle somme incassate a titolo di cms. Ne deriva il rigetto della domanda.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo nei valori medi dello scaglione di riferimento.

p.q.m.

Il Tribunale di Monza, definitivamente pronunciando nella causa promossa xxxxxx proprio nei confronti di xxx così provvede:

- a) rigetta la domanda;
- b) condanna xxxxxxxx a rimborsare a xxx le spese del giudizio che liquida in complessivi Euro 9.030,00 oltre spese generali (15%) ed oneri di legge.

Così deciso in Monza, il 18 novembre 2015.

Depositata in Cancelleria il 23 novembre 2015.