

Con ordinanza n. 15033 dell'11 maggio 2022, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha esaminato la questione dell'onere della prova gravante sul correntista in caso di omessa produzione della documentazione bancaria prima dell'introduzione del giudizio di ripetizione di indebitito.

La premessa da cui muovere si riassume in ciò, che, in tema di ripetizione di indebitito opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (Cass. 27 novembre 2018, n. 30713; con specifico riguardo alla ripetizione in materia di conto corrente bancario: Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948). Il principio trova applicazione anche ove si faccia questione dell'obbligazione restitutoria dipendente dalla (asserita) nullità di singole clausole contrattuali: infatti, chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'*accipiens* l'azione di indebitito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta (Cass. 14 maggio 2012, n. 7501).

Sul tema della vicinanza della prova, poi, la Suprema Corte ha già avuto modo di osservare, in relazione al criterio della c.d. vicinanza della prova che, è senz'altro vero che la ripartizione dell'onere della prova deve tenere conto, oltre che della distinzione tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio, riconducibile all'art. 24 Cost. ed al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'agire in giudizio, della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova. Tale criterio, per il limite concettuale che è ad esso immanente, non può essere però invocato ove ciascuna delle parti acquisisca la disponibilità della prova (documentale) su cui si dibatta (il che accade, almeno di regola, nel caso di stipula di contratti bancari); né il principio in questione può semplicisticamente esaurirsi nella valorizzazione della diversità di forza economica dei contendenti. Ed è utile rilevare, da ultimo, come la mancata conservazione dello scritto trovi rimedio nell'art. 2724, n. 3, c.c., che ammette la prova testimoniale ove lo stipulante abbia senza colpa perduto il documento che gli forniva la prova (Cass. 13 dicembre 2019, n. 33009).

In effetti, il principio di vicinanza della prova, che trova la sua compiuta formulazione nel pensiero di un filosofo inglese del diciannovesimo secolo, e che però è rimasto sostanzialmente silente, nel nostro ambito, fino all'inizio del terzo millennio (il riferimento è a Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533), possiede in sé un'attitudine demolitrice della regola generale stabilita, sulla scorta di una tradizione millenaria, dall'articolo 2697 c.c.: nella costruzione filosofica cui si è fatto cenno, infatti, la «procedura naturale» fondata sul criterio di vicinanza della prova si pone quale alternativa, non quale completamento, alla «procedura tecnica» riassunta nella formula *onus probandi*, ecc., regola che riflette, come è stato detto da un'antica dottrina, il principio di eguaglianza civile, in forza del quale ciascuna delle parti deve provare i fatti che allega a sostegno del proprio assunto. Il quesito in ordine al rapporto tra l'articolo 2697 c.c. e principio di vicinanza della prova, allora, meriterebbe, in astratto, un approfondimento volto a chiarire se tale principio si sostituisca a quello *onus probandi incumbit ei qui dicit*, o se invece persegua il diverso e più limitato scopo, in particolari contesti in cui occorra garantire il diritto alla prova, di correggere il funzionamento della norma basilare, qualora la regola ordinaria non possa funzionare, perché renderebbe impossibile alla parte di provare il proprio diritto.

Sicché occorrerebbe chiarire quando la regola della vicinanza possa soppiantare quella tradizionale. Ma, certo è che il principio che precede non può essere invocato per il fatto che la banca non avesse ottemperato, *ante causam*, alla richiesta di consegna di documentazione ai sensi dell'art. 119 del testo unico bancario; non può esserlo: sia per una assorbente ragione fattuale, e cioè per il fatto che, come si è in precedenza osservato, dal ricorso non si comprende che cosa il correntista avesse chiesto, impregiudicata la questione, sulla quale questa Corte non risulta al momento essersi pronunciata, in ordine all'interpretazione del precetto normativo laddove si riferisce al rilascio di «copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni»; sia per il fatto che la violazione dell'art. 119, D.L.vo 1° settembre 1993, n. 385 (T.U. bancario) da parte della banca non reagisce sul riparto dell'onere

probatorio di cui all'articolo 2697 c.c., ma legittima il correntista ad avvalersi in giudizio dell'ordine di esibizione di cui all'articolo 210 c.p.c. (Cass. 13 settembre 2021, n. 24641), che, ove non ottemperato, conferisce al giudice, ai sensi del secondo comma dell'articolo 116 c.p.c., di trarre argomenti di prova a carico, nella massima ipotizzabile latitudine, della parte che non si sia attenuta all'ordine.

Riferimenti Normativi:

- art. 24 Cost.
- art. 2697 c.c.
- art. 116 c.p.c.
- art. 210 c.p.c.
- art. 119, D.L.vo 1° settembre 1993, n. 385 (T.U. bancario)