

n. 12/2016

Milano, luglio 2016

L'AMMISSIBILITÀ DI C.T.U. ESPLORATIVA E DELL'ACQUISIZIONE DI ULTERIORE DOCUMENTAZIONE
DA PARTE DEL PERITO.

Commento critico alla sentenza n. 5091 della Corte di Cassazione depositata il 15 marzo 2016.

1. Il *thema decidendum*.

Con la sentenza n. 5091 del 15 marzo 2016, la Corte di Cassazione ha affrontato il tema dell'inammissibilità per esploratività della CTU e dell'acquisizione di ulteriore documentazione da parte del perito, in un giudizio di accertamento negativo di credito e ripetizione dell'indebito.

Nel caso *de quo*, in entrambi i giudizi di merito le domande sono state dichiarate **infondate**, perché *“gli attori non avevano prodotto alcuna prova delle pattuizioni impugnate, dell'andamento dei conti, dei tassi di interesse applicati, delle spese e delle commissioni, ma si erano limitati a richiedere inammissibilmente una consulenza contabile e un'esibizione documentale con finalità meramente esplorative”*.

Con ricorso in Cassazione, i clienti hanno dunque lamentato vizi di motivazione e violazione delle norme di diritto, contestando la mancata ammissione della c.t.u. ed il rigetto della richiesta di esibizione di documenti.

Preme sottolineare che nel caso in analisi sono stati prodotti in giudizio *“documenti attestanti l'esistenza dei conti correnti, anche se mancanti delle condizioni regolative del*

rapporto, e della documentazione relativa ad alcuni conti, sia pure limitata a brevi periodi di tempo. E questa documentazione non viene considerata irrilevante, bensì solo insufficiente”. Non risulta invero chiaro se gli attori avessero prodotto la documentazione contrattuale, così chiedendo di accertare la mancata pattuizione di talune condizioni e la conseguente illiceità dei relativi addebiti, o se si siano limitati a produrre altra documentazione bancaria da cui i giudici abbiano dedotto l'esistenza del conto.

Tuttavia, pare certo che la produzione degli estratti conto sia avvenuta in maniera incompleta, così impedendo di verificare compiutamente gli addebiti¹.

¹ Si ricorda che per l'accoglimento dell'azione di ripetizione è tradizionalmente necessario fornire la prova dei pagamenti e dell'assenza di causa degli stessi: nel contenzioso bancario si tratta quindi di verificare l'applicazione, ossia l'addebito, di somme non previste dal contratto. Se, da un lato, la prova dell'indebito deve essere fornita tramite la produzione del contratto e la verifica dell'assenza della clausola (il c.d. accertamento negativo di cui è onerato l'attore, giusta Cass. Civ. n. 9201/2015), dall'altro lato, la prova dell'addebito deve essere

Risulta infine fondamentale evidenziare come la Corte non abbia indicato se il cliente avesse o meno formulato istanza ex art. 119 TUB *ante causam*.

*

2. La motivazione della sentenza.

In diritto, la Corte ha affermato che avrebbe *"natura esplorativa ... la consulenza finalizzata alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati dalla parte che li allega (Cass., sez. 1°, 5 luglio 2007, n. 15219...), non la consulenza intesa a ricostruire l'andamento di rapporti contabili non controversi nella loro esistenza"*.

A sostegno la Corte cita un precedente (Cass. Civ., sez. 3, 14 febbraio 2006, n. 3191), in cui sono state ritenute ammissibili le indagini esplorative se *"l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche"*; in tali casi sarebbe addirittura *"consentito al c.t.u. ... di acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti"*, ma ciò soltanto se si tratta *"di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza"*, mentre non è possibile ove si tratti *"di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse"*.

Considerando quindi che l'istanza ex art. 210 c.p.c. sarebbe esplorativa, e così inammissibile, solo qualora la parte istante non deducesse "elementi sulla effettiva esistenza del documento e sul suo

fornita con la produzione in giudizio degli estratti conto del rapporto e la loro analitica indicazione.

contenuto per verificarne la rilevanza in giudizio", e ritenendo inoltre che, ai sensi dell'art. 119 TUB, la Banca deve fornire almeno annualmente gli estratti conto al Cliente, il quale ha altresì *"il diritto di ottenere 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"*, la Corte è giunta a ritenere ammissibile la c.t.u. e la richiesta di esibizione dei documenti formulata.

*

3. Un risultato non corretto rispetto alle premesse in diritto ed al precedente giurisprudenziale citato.

Evidentemente la Corte ha tradito le proprie premesse, arrivando ad una conclusione con esse incompatibile.

In primis, la verifica - quantomeno a campione - dell'indebita applicazione di clausole non previste dal contratto, essendo possibile dalla mera lettura degli estratti conto, è difficilmente ricomprensibile fra gli accertamenti delle "situazioni di fatto" effettuabili "soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche".

Difatti, la c.t.u. dovrebbe essere limitata alla verifica della correttezza della liquidazione - preventivamente effettuata dall'attore - delle somme addebitate dalla Banca, oppure, quantomeno, alla loro semplice quantificazione.

Tuttavia, ciò che sbalordisce è che la sentenza abbia ritenuto ammissibile l'ordine di esibizione degli estratti conto, ritenendo che il loro contenuto rientri fra i *"fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza"*, e non

- come parrebbe ovvio - nei “fatti e situazioni ... posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti”, in quanto l'accertamento dell'addebito sul conto corrente risulta proprio uno dei fatti oggetto di prova che l'attore ha l'onere di dimostrare²!

Del resto, nel precedente citato in sentenza (Cass. Civ. n. 3191/2006), la c.t.u. era volta alla verifica di una sottoscrizione apocrifia, in cui il giudice aveva autorizzato l'acquisizione del documento originale, poiché in giudizio ne era stata prodotta una semplice fotocopia; non essendo in contestazione la corrispondenza fra originale e fotocopia, ma solo la falsità della firma, il documento originale non andava dunque a sopperire ad alcun onere probatorio, essendo invece relativo ad un fatto accessorio rientrante *“nell'ambito strettamente tecnico”*.

Parimenti, il riferimento agli artt. 210 c.p.c. e 119 TUB può solo avvalorare l'inammissibilità della richiesta documentale in corso di causa.

² Così, ex multis, Trib. Roma, 13.04.2016, n. 7449 (dott. Basile), ove il Giudice ha rigettato le domande della cliente ritenendo che la *“parte attrice nel presente giudizio di accertamento negativo (oltre che di ripetizione dell'indebito per il rapporto chiuso), avrebbe dovuto fornire, in assolvimento del principio sulla ripartizione dell'onere della prova sancito dall'art. 2967, primo comma, c.c., la dimostrazione dei fatti costitutivi delle proprie pretese mediante la produzione in giudizio degli estratti conto analitici e scalari integrali del rapporto: documenti contenenti la dettagliata annotazione dei movimenti e dei tassi applicati tempo per tempo indispensabili per la verifica delle poste contestate”*.

La documentazione contrattuale è infatti nella piena disponibilità del cliente³, in quanto, *ab origine*, sussiste l'obbligo di consegnare copia della documentazione contrattuale al cliente e di inviare almeno annualmente gli estratti conto; allo stesso modo, in corso di rapporto, il cliente può ottenere la documentazione – seppur con il limite decennale – ai sensi dell'art. 119 comma 4 TUB.

D'altronde, tale considerazione è una delle ragioni che escludono l'applicazione del c.d. principio di vicinanza della prova per invertire l'onere probatorio e porlo in capo alla Banca; difatti, **come affermato da una pronuncia della Suprema Corte immediatamente successiva a quella in commento:** *“non può aderirsi all'interpretazione (...) secondo cui, in ragione del principio di prossimità o vicinanza della prova, doveva essere la Banca a fornire la documentazione che la cliente non aveva avuto cura di conservare (...) la parte ricorrente è una società di capitali che, a sua volta (...) aveva il dovere, prima ancora che l'onere, di conservare la documentazione richiesta alla controparte (...) infine, non hanno pregio le censure (contenute nel quinto mezzo di cassazione) con le quali si lamenta il mancato accertamento dell'esistenza di clausole anatocistiche vietate attraverso l'ammissione di una CTU di tipo contabile, così facendosi residuare l'onere documentaristico sulle spalle della Banca convenuta; che, infatti, in disparte l'inammissibilità di censure alla negazione di un mezzo istruttorio escluso dal primo*

³ Nella giurisprudenza di merito, su tutte, Trib. Milano, 12.05.2015, n. 5957 (dott. Ferrari), e Trib. Pescara, 04.10.2007 (dott. Falco).

giudice, 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 sopra già percorse" (Cass. Civ., sez. 6, 4.04.2016, n. 6511). Dunque, essendo il principio di vicinanza della prova una "eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione", tale principio "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".

La disponibilità della documentazione potrebbe quindi venire meno solo qualora sia dimostrato l'inadempimento della Banca ai suddetti obblighi di consegna⁴.

In altre parole, il cliente dovrebbe contestare in primis la mancata consegna della documentazione contrattuale in sede di stipula ed il mancato invio periodico degli estratti conto, nonché, in secundis, l'inadempimento di una richiesta ex art. 119 TUB ante causam⁵.

⁴Ex multis, Trib. Roma, 13.04.2016, n. 7449 (cit.) ha ritenuto inammissibile l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. in quanto sarebbe volto ad invertire l'onere probatorio; infatti, "stante il diritto sostanziale attribuito ... dall'art. 119, comma 4, TUB ... è evidente che nel caso in cui il correntista - attore non produca la documentazione contabile a sostegno della domanda, né tanto meno dimostri di aver avanzato, prima del giudizio, richiesta alla banca di acquisizione della detta documentazione contabile ..., senza aver ricevuto riscontro o avendo avuto un diniego alla detta richiesta, tale carenza probatoria non può essere colmata mediante l'ordine di esibizione".

⁵Tra l'altro, a conferma di quanto sopra, si consideri che, in caso di mancato adempimento

Tuttavia, come già rilevato, nel caso in commento la Corte non ha chiarito se sia stata formulata istanza ex art. 119 TUB, pertanto, in mancanza di specifica motivazione, si può ben escludere la portata innovativa della pronuncia, altrimenti in contrasto con i precedenti della stessa Corte (come Cass. Civ. n. 1484/2014)⁶, nonché con quanto dalla stessa letteralmente affermato, laddove ritiene che "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., sez. 1^a, 5 luglio 2007, n. 15219, n. 598314)".

Ad ogni modo, dalla disponibilità della documentazione deriva l'inammissibilità sia (i) della c.t.u. che (ii) dell'ordine di esibizione, in quanto:

(i) il cliente avrebbe potuto, e dovuto, verificare e quantificare preventivamente l'indebitato, per cui una c.t.u. sul punto sarebbe volta alla mera ricerca dell'esistenza stessa di tali fatti, *id est* esplorativa.

dell'istanza ex art. 119 TUB sarebbe possibile per il cliente ottenere un decreto ingiuntivo per consegna ex art. 633 c.p.c..

⁶In base a tale sentenza, non è "ammissibile, attraverso l'ordine ex art. 210 cod. proc. civ., superare le preclusioni processuali, ... né aggirare l'onere incombente sulla parte di fornire le prove che essa sia in grado di procurarsi e che non può pretendere di ricercare mediante l'attività del giudice".

(ii) *“per antica e mai mutata giurisprudenza della S.C. (cfr. sent. n. 2056/72), «il potere conferito al giudice dall’art. 210 cod. proc. civ. ... deve essere tenuto distinto dall’onere di produzione di documenti che grava sulla parte tenuta a fornire la prova, e può essere esercitato solo quando detta parte non possa, senza l’esibizione, assolvere con altro mezzo l’onere probatorio. Conseguentemente l’ordine di esibizione non può avere ad oggetto un documento posseduto anche dalla parte che propone la relativa istanza» [potendolo produrre autonomamente n.d.r.]”* (Trib. Roma, ordinanza del 4 aprile 2016, dott. Mannino, presidente sez. 3)⁷.

*

4. Consigli applicativi.

La sentenza in oggetto, contraria alla migliore giurisprudenza di merito formatasi⁸, ma anche all’orientamento maggioritario della S.C. stessa (da ultimo riconfermato con la sentenza n. 6511/2016 sopra citata), probabilmente ben si presterà a motivare la richiesta di ammissione di c.t.u. (evidentemente esplorative) da parte dei clienti attori.

⁷ Così anche Cass. Civ. n. 19475/2005: *“in base all’indiscusso indirizzo di questo Giudice di legittimità (Cass., n. 149/2003; Cass., n. 9514/99; Cass., n. 9715/95), all’actio ad exhibendum la parte non può fare ricorso (e, quindi, non può essere ordinata dal giudice l’esibizione di un documento di una parte o di un terzo) allorquando l’interessato può di propria iniziativa acquisirne una copia e produrla in causa”*.

⁸ Per una più approfondita disamina della giurisprudenza di merito, si rimanda integralmente al contenuto della Newsletter M&F n. 9/2016, che ha già compiutamente affrontato l’argomento.

Tuttavia, mentre in assenza di anomalie è sempre preferibile adempiere – fermo il limite decennale – ad un ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. o in corso di c.t.u., dall’altro lato, ove la produzione in giudizio degli estratti conto o della documentazione contrattuale esponga ad un elevato rischio restitutorio, è bene tenere presente che l’ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. rivolto ad una parte del processo non è assistito dalla possibilità di essere eseguito coattivamente⁹; pertanto, il comportamento della parte che rifiuti l’esibizione avrà un mero valore indiziario, liberamente valutabile dal giudice ai sensi dell’art. 116 c.p.c.¹⁰.

Si prevede infine che la sentenza possa essere strumentalmente utilizzata, soprattutto nella parte in cui cita il precedente del 2006 (Cass. Civ. n. 3191/2006), a sostegno della richiesta di ammissione di c.t.u. anche nelle cause in materia di usura, supportate dalle oramai ben note (ed infondate) “perizie econometriche”.

In tali casi l’ammissione di c.t.u. avrebbe una natura doppiamente esplorativa, in quanto volta sia alla ricerca dei pagamenti

⁹ Al contrario, il mancato adempimento ad una richiesta ex art. 119 TUB (formulata *ante causam*) potrebbe comportare l’irrogazione della sanzione amministrativa da parte della Banca d’Italia di cui all’art. 144, co. 3 bis TUB.

¹⁰ Nel caso in cui non vi siano ulteriori argomenti di prova concorrenti a sostegno, i fatti costitutivi su cui si basa l’azione di accertamento negativo e ripetizione dell’indebito non possono considerarsi provati per il solo mancato adempimento dell’ordine (così in merito, Trib. Cagliari, 31.05.2014, dott. Tamponi).

avvenuti (e da restituire), che alla verifica dell'illiceità degli addebiti, ossia il superamento del tasso soglia da parte del TEG; difatti, le perizie di parte prodotte dai clienti tendono generalmente (*rectius* sempre) a ricostruire il TEG del rapporto con metodologie differenti da quelle previste dalla Banca d'Italia; pertanto, in tali casi l'attore non dimostrerebbe preventivamente neppure l'illiceità degli eventuali addebiti, che verrebbe quindi demandata al c.t.u..

Dott. Massimo A. Genevini
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Milano

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.