



PROFILI PROCESSUALI DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE NEI CONTRATTI BANCARI: RIFLESSI SULL'ONERE DELLA PROVA NEI GIUDIZI DI RIPETIZIONE D'INDEBITO OGGETTIVO

di Gloria NATICCHIONI*.

This contribution deals with the issue of the burden of filing the banking contract in judgments for the recovery of objective undue payments initiated by the customer. In particular, the orientation expressed in 2018 by the United Sections on the validity of single-signature contracts (financial, but also banking) suggests a rethinking of the traditional jurisprudential orientation inclined to require the account holder to deposit the contract, on the basis of the application of the more general guideline according to which even in cases of negative assessment, the burden of proof rests with the plaintiff. The Court of Cassation, has already reduced the extension of this orientation, excluding it for the cases in which the bank customer/claimant attaches the verbis tantum conclusion of the contract. This contribution, inspired by an order of June 2022 of the Supreme Court on the subject of differences in the banking contractual nullity regime before and after the Consolidated Law on banking, aims to show how, starting from the “functional” perspective of the written form of banking contracts, it must always consider the burden of production of the contract incumbent on the bank.

fascicolo 1/2023

*Avvocata del Foro di Roma, specializzata in materie di diritto civile e commerciale, in procedure di natura imprenditoriale, bancaria, giuslavoristica, appaltistica, privata e pubblica.

Rivista di Diritto del Risparmio

*Profili processuali della nullità di protezione nei contratti bancari: riflessi sull'onere della prova nei giudizi di ripetizione d'indebito oggettivo.**

di Gloria NATICCHIONI**

This contribution deals with the issue of the burden of filing the banking contract in judgments for the recovery of objective undue payments initiated by the customer. In particular, the orientation expressed in 2018 by the United Sections on the validity of single-signature contracts (financial, but also banking) suggests a rethinking of the traditional jurisprudential orientation inclined to require the account holder to deposit the contract, on the basis of the application of the more general guideline according to which even in cases of negative assessment, the burden of proof rests with the plaintiff. The Court of Cassation, has already reduced the extension of this orientation, excluding it for the cases in which the bank customer/claimant attaches the verbis tantum conclusion of the contract. This contribution, inspired by an order of June 2022 of the Supreme Court on the subject of differences in the banking contractual nullity regime before and after the Consolidated Law on banking, aims to show how, starting from the “functional” perspective of the written form of banking contracts, it must always consider the burden of production of the contract incumbent on the bank.

Gennaio

Fascicolo 1/2023

*Contributo approvato dai referee.

**Avvocata del Foro di Roma, specializzata in materie di diritto civile e commerciale, in procedure di natura imprenditoriale, bancaria, giuslavoristica, appaltistica, privata e pubblica.

Abstract

This contribution deals with the issue of the burden of filing the banking contract in judgments for the recovery of objective undue payments initiated by the customer. In particular, the orientation expressed in 2018 by the United Sections on the validity of single-signature contracts (financial, but also banking) suggests a rethinking of the traditional jurisprudential orientation inclined to require the account holder to deposit the contract, on the basis of the application of the more general guideline according to which even in cases of negative assessment, the burden of proof rests with the plaintiff. The Court of Cassation, has already reduced the extension of this orientation, excluding it for the cases in which the bank customer/claimant attaches the verbis tantum conclusion of the contract. This contribution, inspired by an order of June 2022 of the Supreme Court on the subject of differences in the banking contractual nullity regime before and after the Consolidated Law on banking, aims to show how, starting from the “functional” perspective of the written form of banking contracts, it must always consider the burden of production of the contract incumbent on the bank.

Questo contributo affronta il tema dell'onere di deposito del contratto bancario nei giudizi di ripetizione d'indebito oggettivo azionati dal cliente. In particolare, l'orientamento espresso nel 2018 dalle Sezioni Unite sulla validità contratti monofirma (finanziari, ma anche bancari) suggerisce un ripensamento del tradizionale orientamento giurisprudenziale incline ad imporre al correntista il deposito del contratto, sulla base dell'applicazione del più generale indirizzo secondo il quale anche nelle cause di accertamento negativo, l'onere della prova incombe sull'attore. La Corte di cassazione, ha già ridimensionato l'estensione di questo orientamento, escludendolo per le ipotesi in cui il cliente bancario/ attore, alleggi la conclusione “verbis tantum” del contratto. Il presente contributo, prendendo spunto da un'ordinanza del giugno 2022 della Suprema Corte in tema di differenze nel regime di nullità contrattuale bancaria ante e post T.U.B., si prefigge di mostrare come, muovendo dalla prospettiva “funzionale” della forma scritta dei contratti bancari, debba ritenersi sempre incumbente sulla banca l'onere di produzione del contratto.

Profili processuali della nullità di protezione nei contratti bancari: riflessi sull'onere della prova nei giudizi di ripetizione d'indebito oggettivo.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fattispecie esaminata in Cassazione 19298/2022. Il primo grado ed il ribaltamento dell'esito in appello. – 3. La soluzione “differenziata” per i contratti ante e post TUB adottata dalla Suprema Corte. – 4. L'attuale assetto giurisprudenziale sull'onere della prova. – 5. Le conseguenze derivanti dal regime di nullità dei contratti bancari sull'onere della prova nelle cause di ripetizione di indebitto oggettivo.

1. Premessa.

Non si può certo abbandonare al caso o a pronunce giurisprudenziali tralattizie, almeno fin quando sia possibile, un tema così delicato quale quello dell'onere della prova nei giudizi di ripetizione dell'indebito oggettivo attivati da quei clienti del sistema bancario che, per molti anni, abbiano visto i loro conti ripetutamente gravati da varie e diverse voci passive per interessi ultralegali, anatocismo e commissioni varie, senza pattuizioni scritte sufficientemente determinate o determinabili.

L'argomento, molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza, sembra aver trovato da ultimo un certo “accomodamento” che, tuttavia, non pare soddisfacente (almeno a modesto parere della scrivente) in quanto prescinde da quelle naturali conseguenze correlate allo speciale regime della forma scritta dei contratti bancari così come previsto dalla legge sulla trasparenza (L. n. 154/92, poi confluita nel D.lgs. 385/1993 contenente il Testo Unico Bancario, cd. T.U.B.).

Lo spunto per riprendere questo argomento mi è stato fornito da un'interessante ordinanza del giugno 2022 della Suprema Corte (n. 19298/2022 Prima Sezione Civile, Presidente De Chiara, Relatore Vella), nella quale si tracciano i confini delle diverse nullità dei contratti bancari nel regime ante e post TUB.

2. La fattispecie esaminata in Cassazione 19298/2022. Il primo grado ed il ribaltamento dell'esito in appello.

Brevemente occorre fare un cenno alla singolarità della controversia approdata innanzi alla Corte di legittimità, le cui alterne sorti, in primo, secondo e terzo grado, sono significativamente segnate dalla collocazione temporale sia dei contratti, che dei vari pronunciamenti giurisdizionali che li hanno riguardati.

La fattispecie concerneva due rapporti bancari (un conto corrente di corrispondenza ed un conto anticipi), uno del 1991 (quindi sorto nel regime ante T.U.B.) e l'altro del 2005 (post T.U.B.).

La domanda, risalente al 2007 ed incardinata davanti al Tribunale di Napoli a rapporti ancora in essere, aveva per oggetto la rideterminazione dei saldi e la restituzione dell'indebitato oggettivo versato, previo accertamento della nullità delle clausole inerenti agli interessi ultralegali, la capitalizzazione trimestrale, le commissioni di massimo scoperto, spese e remunerazioni varie non pattuite.

In esito alla produzione delle due schede contrattuali ad iniziativa dell'istituto di credito, prive di sottoscrizione *ex lato banca*, veniva pertanto sollevata eccezione di nullità dei due contratti "monofirma".

Il primo grado si concludeva nel 2012 con esito vittorioso per parte attrice. Il Tribunale partenopeo, rilevato che il contratto di conto corrente del 1991, pur non essendo assoggettato all'obbligo di forma scritta *ad substantiam*, difettava tuttavia del requisito della "determinazione" per iscritto degli interessi ultralegali, previsto dall'art. 1284 comma 3 c.c., considerato altresì che la scheda negoziale del 2005 era carente della firma della banca e la produzione in giudizio del contratto non poteva costituire valido equipollente della forma scritta¹ (richiesta *ad substantiam ratione temporis*), dichiarava la nullità dei contratti e, sulla scorta della ricostruzione giudiziale dei rapporti, condannava la banca a restituire € 408.358,07, più interessi.

¹ Sia perché prodotta in giudizio da un soggetto diverso dall'originaria banca stipulante, sia perché la controparte aveva preventivamente revocato il consenso così impedendo il perfezionamento del contratto.

La Banca interponeva gravame e la Corte d'Appello partenopea, con sentenza del 2017, ribaltava l'esito del giudizio ritenendo perfettamente validi i contratti, sulla scorta di due argomentazioni.

Per un verso, è stato affermato che la sottoscrizione del contratto ben può esser sostituita da comportamenti concludenti (quali la reiterata esecuzione del contratto mai disconosciuto); per altro verso, acclarato che la nullità derivante da violazione della forma scritta nei contratti bancari è una “nullità di protezione”, rivolta a tutelare il cliente che possa aver ricevuto pregiudizio da una mancanza di adeguata ponderazione e valutazione di un testo scritto, ne è stata tratta la conseguenza che la mancata sottoscrizione da parte della banca (ossia della parte “che non deve esser protetta”) non può “innescare” il meccanismo della nullità a regime speciale.

Affermata la validità dei contratti, la Corte d'Appello ha quindi rideterminato il quantum della condanna considerando il conteggio del CTU che manteneva fermi i tassi applicati dalla banca, riducendolo alla minor somma di € 186.603,31.

3. La soluzione “differenziata” per i contratti ante e post TUB adottata dalla Suprema Corte.

Ricorre in Cassazione (nel 2017) la società, o meglio il Fallimento nelle more intervenuto che, in particolare con il secondo motivo di ricorso (parzialmente accolto), offre alla Suprema Corte l'occasione per puntualizzare le differenze tra le nullità contrattuali ante e post T.U.B. Con detta doglianza il fallimento ha contestato la pronuncia di merito laddove ha ritenuto la sottoscrizione della banca inessenziale per la validità del patto sugli interessi ultralegali, invocando, fra l'altro, il dettato dell'1284 comma 3 c.c. per il quale gli interessi superiori alla misura legale necessitano sempre della pattuizione scritta.

Di rilievo è certamente sottolineare che il ricorso si è sviluppato nell'arco temporale del “prima, durante e dopo” le note sentenze delle Sezioni Unite riguardanti i contratti “monofirma” di intermediazione finanziaria (nn. 898, 1200, 1201 e 1653 del 2018), i cui principi sono stati estesi ai contratti bancari (cfr. ex multis Cass. n. 22776/2018 e n.

12959/2018). Dunque “in corso d'opera” il ricorrente ha dovuto confrontarsi con l'indirizzo inaugurato dalle suddette Sezioni Unite e, pertanto, con la memoria precedente la trattazione del ricorso in Camera di Consiglio, pur dando atto che “il neoformalismo della legislazione di settore (T.u.i.f. e T.u.b.) possa essere qualcosa di diverso dal formalismo classico da impostazione codicistica”, ha tuttavia sostenuto (tesi poi smentita dalla Suprema Corte) che anche per la scrittura monofirma del 2005, la clausola sugli interessi ultralegali necessitasse della firma della banca, dal momento che “ragioni ultraindividuali” sorreggono la prescrizione di cui al terzo comma dell'art. 1284, al quale peraltro il legislatore del 1992/93, non ha inteso derogare introducendo le norme sulla trasparenza bancaria.

Questo argomento non viene condiviso dalla Suprema Corte, che accoglie solo in parte detto motivo e non si fa sfuggire l'occasione per operare il necessario distinguo tra le nullità dei contratti bancari nei regimi ante e post TUB, nonché per riaffermare la specialità della “nullità di protezione” (azionabile solo dal contraente debole in cui favore essa è prevista ex art. 127 comma 2 TUB) rispetto alla nullità per difetto di forma scritta *ad substantiam* prevista dall'art. 1350 cod. civ. per i contratti ad “equilibrio simmetrico”. Premesso che prima della legge sulla trasparenza bancaria non era previsto un onere di forma scritta né *ad probationem*, né *ad substantiam*, la S.C. rimarca che, in detto regime, per la pattuizione sugli interessi ultralegali occorre adeguarsi alla regola di cui all'art. 1284 comma 3 cod. civ. circa l'obbligo di determinazione per iscritto, pena l'applicazione degli interessi nella ridotta misura legale.

Quindi, pur essendo, nel 1991, il contratto di conto corrente bancario un contratto a forma libera, tuttavia la pattuizione degli interessi ultralegali poteva e doveva avvenire solo con atto scritto, necessariamente sottoscritto da entrambe le parti, del quale si ammetteva però la possibilità che la firma non fosse sulla stessa scrittura, ma (secondo una prassi del settore bancario) anche in scritture separate, secondo lo schema del contratto tra assenti².

² Sul punto l'ordinanza richiama Cass. 25631/2017 e Cass. SSUU 9775/2022 in tema di contratti stipulati dalla P.A.

Giova evidenziare che riguardo a questa prassi, l'ordinanza non manca di sottolineare che essa «sconta fenomenologicamente il rischio di un cliente scorretto che non produca in giudizio l'esemplare in suo possesso per negare che esso sia mai stato firmato, tanto da potersi apprezzare (come già osservato da Cassazione 10447/2017) una diversità “sociologica” rispetto alla nullità codicistica, tipica dei contratti aventi ad oggetto beni immobili, di cui all'art. 1350 c.c.»³.

La logica e condivisibile conclusione cui approda la Suprema Corte, dopo un argomentato iter⁴, è che il nuovo approccio nomofilattico inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2018, che consente di ritenere assolto il requisito della forma scritta anche al contratto firmato dal solo cliente, è riservato soltanto ai contratti sorti nel regime introdotto con la legge n. 154 del 1992, stante la peculiarità della nullità di protezione.

Dunque, la Suprema Corte cassa in parte qua la sentenza della Corte d'appello partenopea, per quanto riguardante il contratto ante TUB, non potendosi in tal caso invocare l'approdo ermeneutico delle Sezioni Unite del 2018, posto che il regime antecedente alla legge sulla trasparenza bancaria resta assoggettato all'obbligo della forma codicistica per il patto sugli interessi ultralegali, secondo lo schema classico di cui all'art. 1350 cod. civ.

4. L'attuale assetto giurisprudenziale sull'onere della prova.

³ Sul punto si ritiene utile riportare un passaggio dell'ordinanza interlocutoria (Cassazione 10447/2017) che rimise la questione dei contratti finanziari monofirma alle SSUU, richiamata più volte dalla pronuncia qui in commento, che a questo riguardo così si esprimeva: «Si aggiunga altresì che, qualora la banca avesse sottoscritto la sua copia e consegnato la stessa al cliente, conservando la copia firmata da quest'ultimo, sarebbe non difficile, per il cliente scorretto, non produrre comunque in giudizio detto esemplare in suo possesso e negare sia mai stato firmato: si apprezza qui la differenza “sociologica” con la nullità della tradizione codicistica, tipica dei contratti aventi ad oggetto beni immobili, di cui all'art. 1350 c.c., dove la prassi appena descritta viene posta in essere nella realtà degli affari proprio sul presupposto - secondo *l'id quod plerumque accidit* - di un interesse dell'altro contraente a dedurre non la nullità, ma, al contrario, l'esistenza e la validità del contratto, chiedendone l'esecuzione».

⁴ L'ordinanza nel suo percorso motivazionale non manca di ricordare anche il superamento di quell'orientamento che riteneva la produzione in giudizio del documento dalla parte che non lo aveva sottoscritto quale valido succedaneo della sottoscrizione (orientamento poi circoscritto significativamente negli effetti, riconoscendosi la “sanatoria” solo con effetti ex nunc, con conseguente persistenza della nullità per tutto il periodo antecedente al deposito in giudizio).

Al cospetto di questa pronuncia, emerge allora un ulteriore profilo, apparentemente distante, ma in realtà strettamente legato alle peculiari modalità in cui va declinata la questione della nullità del contratto bancario, che riguarda su quale delle due parti in causa debba ricadere l'onere di produzione dei contratti nelle controversie bancarie aventi per oggetto la domanda del cliente-correntista di ripetizione d'indebito oggettivo. Come noto, in materia vi è copiosa giurisprudenza che, impone al correntista il deposito del contratto, affermando che anche nelle cause di "accertamento negativo" l'onere della prova non si inverte, spettando sempre all'attore fornire la prova dei propri assunti e, dunque, versare in causa i titoli contrattuali⁵.

Detto orientamento, secondo cui l'attore correntista in ripetizione d'indebito sarebbe⁶ onerato, oltre che del deposito dei relativi estratti conto, anche di quello del contratto (di conto corrente, e/o di apertura di credito e/o di anticipazioni su fatture ecc. ccc.), di recente è stato delimitato nel senso che, nell'ipotesi in cui il correntista abbia sollevato eccezione di inesistenza dei testi contrattuali e, dunque, di mancato rispetto della forma scritta è la banca onerata del deposito del contratto⁷.

⁵ Tra le sentenze di merito più rappresentative di questo orientamento si riporta Tribunale di Roma n. 11999/2019 che in motivazione afferma: «Con riferimento al conto corrente ordinario n. (...) è bene premettere che nei giudizi promossi dal "cliente" (correntista) per far valere la nullità di clausole contrattuali o l'illegittimità degli addebiti, in vista della ripetizione di somme richieste dalla Banca in applicazione delle clausole nulle o, comunque, in forza di prassi illegittime, grava senz'altro sulla parte attrice innanzitutto l'onere di allegare in maniera specifica i fatti posti alla base della domanda e, in secondo luogo, l'onere di fornire la relativa prova. Sotto quest'ultimo profilo, in ossequio alle regole generali in tema di onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., il correntista che intenda far valere il carattere indebito di talune poste passive - assumendo che le stesse siano il portato dell'applicazione di interessi o altre competenze fondate su clausole nulle o addirittura prive di previsione negoziale - ha lo specifico onere di produrre non solo il contratto costituente il titolo del rapporto dedotto in lite, ma anche tutti gli estratti conto periodici dalla data di avvio del rapporto, al fine di verificare sia il contenuto delle clausole contrattuali asseritamente nulle, sia l'effettiva applicazione delle poste indicate come indebite. Tale regime probatorio deve ritenersi applicabile non soltanto alle azioni di ripetizione di indebito promosse dal cliente (cfr. *ex multis*, Cass. 14 maggio 2012, n. 7501), ma anche alle azioni di accertamento negativo (Cass. Civ. Sez. I, 7 maggio 2015, n. 9201)».

⁶ Si usa il condizionale in quanto tale orientamento, alla luce di quel che sta per dirsi, non è comunque condivisibile.

⁷ Ciò a partire da Cassazione n. 24051/2019, secondo cui «...quanto alle singole clausole, se è vero che anche nelle azioni di accertamento negativo l'onere della prova incombe sull'attore, tuttavia quanto ai fatti negativi (nella specie, inesistenza di convenzione scritta di interessi ultralegali e di previsione contrattuale sufficientemente specifica di commissioni di massimo scoperto) trova applicazione il principio di vicinanza o inerenza della prova, che ribalta l'onere sul convenuto». Tra le pronunce di merito in questo senso, si distingue per la "schiettezza" motivazionale, Tribunale di Pavia n. n. 719 del 18.04.2019. Il principio è altresì ribadito in Cassazione n. 6480/2021.

Dunque, allo stato, per la sola ipotesi in cui il correntista abbia sollevato eccezione di mancato rispetto della forma scritta, allegando che il contratto è stato concluso "*verbis tantum*", la giurisprudenza è approdata alla conclusione (piuttosto scontata) che l'onere di produzione del contratto in tal caso spetta alla banca. Per tutte le altre ipotesi, resterebbe quindi fermo il principio generale per il quale anche nelle cause di accertamento negativo l'attore è onerato della prova del proprio assunto e, quindi, nelle cause di ripetizione d'indebito oggettivo bancario fondato sulla nullità delle pattuizioni contrattuali inerenti agli interessi ultralegali, commissioni varie e spese, il correntista (fuorché nell'eccezione suindicata) è ritenuto onerato della produzione del titolo contrattuale.

5. Le conseguenze derivanti dal regime di nullità dei contratti bancari sull'onere della prova nelle cause di ripetizione di indebito oggettivo.

Questo assetto, tuttavia, non pare essere convincente, ove si tenga conto proprio delle argomentazioni elaborate dalle Sezioni Unite del 2018⁸ sulla validità dei contratti monofirma nel regime post TUB.

Dato per acquisito che la disciplina dei contratti bancari e quella dei contratti d'investimento sono identiche e che, entrambe, sono ispirate dalla finalità di protezione del contraente debole (cliente della banca), le quattro sentenze a Sezioni Unite del 2018⁸ fissano dei canoni interpretativi circa la "natura" della nullità che si rinviene in questa materia.

Canoni destinati a fornire indicazioni imprescindibili per il Giudice circa l'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione delle cause riguardanti nullità bancarie (tant'è che molte cause pendenti in materia bancaria innanzi alla Suprema Corte, sezione prima, furono rinviate a nuovo ruolo proprio nell'attesa della pronuncia delle Sezioni Unite⁹).

⁸ Ci si riferisce sempre alle note pronunce a SSUU nn. 898, 1200, 1201 e 1653 del 2018 in tema di contratti di investimento finanziario, pienamente recepite dalla prima sezione civile della Corte di cassazione in pronunce riguardanti contratti bancari, tra cui *ex multis* Cassazione ord. n. 22776 del 25 settembre 2018.

⁹ Tra cui vedasi ord. n. 22776/2018.

Tenendo in debito conto il mutamento di panorama, avutosi dapprima con la legge n. 154/1992 e poi con il d.lgs. 385/1993, ossia il T.U.B., le Sezioni Unite si sono poste in una prospettiva teleologicamente orientata secondo la quale, l'obbligo di forma non è elemento strutturale dell'atto ma dovere di comportamento posto a carico del professionista¹⁰ (alla cui violazione il legislatore espressamente riconnette la nullità relativa), avente lo scopo di documentare la somministrazione di determinate informazioni al cliente. Quanto sopra sulla scorta del principio di "trasparenza", che vivifica la legislazione in materia bancaria e finanziaria e si articola in tre canoni: a) informazione del contraente debole; b) completezza degli elementi essenziali dell'operazione; c) forma scritta del contratto.

L'obbligo di chiarezza e di completezza dell'informazione contrattuale imposto alla banca giustifica l'obbligo integrativo di consegna di copia del documento negoziale al cliente, concepito appunto a salvaguardia dell'interesse della parte debole ad avere duratura conoscenza del contenuto del rapporto bancario.

¹⁰ Quanto sopra emerge dai seguenti passaggi motivazionali (cfr. Sent.n. 898/2018, pag. 13): «Il vincolo di forma imposto dal legislatore (tra l'altro composito, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativo, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità. Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessari ai fini della validità del contratto-quadro. Ed infatti, atteso che, come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma ex art. 1325 n. 4 c.c., va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati..Si impone a questo punto un'ulteriore osservazione: tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura, e l'art. 2702 c.c., rende chiaro come la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, valga ad attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto. Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione.».

In questa prospettiva, le Sezioni Unite hanno quindi ritenuto irrilevante la sottoscrizione dell'intermediario, mentre assume preponderante importanza la consegna al cliente di un esemplare del documento contrattuale¹¹.

Si è in possesso - a questo punto - di tutti gli elementi per giungere alle conclusioni in tema probatorio, relativamente al soggetto a cui carico deve essere posto l'onere di produzione del contratto. La giurisprudenza citata in apertura - che onera il cliente della produzione del titolo contrattuale nelle cause di ripetizione d'indebito oggettivo bancario - non può conciliarsi con i principi enunciati dalle Sezioni Unite, che mostrano come la “redazione per iscritto” del contratto e la correlata consegna di un esemplare di esso al cliente, sono requisiti rappresentativi “di un comportamento” (dell'intermediario) non essendo affatto indifferente l'effettivo rispetto di tale condotta, che si ripercuote sul rispetto o meno del vincolo di forma scritta *ad substantiam* e, secondo regole generali, deve essere dimostrato dalla parte obbligata a tenere tale comportamento, ossia dalla banca¹² (ciò anche in base ai principi generali in tema di onere della prova sanciti da Cass. civ. Sez. Unite, 30-10-2001, n. 13533).

Difatti, è ben possibile che la banca, dopo avere redatto il contratto e raccolto la firma del cliente, non gliene abbia rilasciato copia. Sicchè il cliente potrebbe essere – proprio a causa dell'inadempimento della banca – nell'impossibilità di versare in atti il titolo contrattuale.

Visto da questa angolazione, l'orientamento giurisprudenziale che impone al cliente il deposito del contratto laddove agisca per la declaratoria della nullità contrattuale e per la ripetizione d'indebito, frustra la finalità di protezione prevista dalla legge in favore del

¹¹ Si legge ancora in Cass. 898/2018 (pag. 15): «Nella ricostruzione che qui si è offerta, inoltre, la previsione della nullità, azionabile solo dal cliente, in caso di inosservanza dei requisiti di forma della redazione per iscritto e della consegna dell'esemplare alla parte, si palesa quale sanzione per l'intermediario, ben armonizzandosi nello stesso contesto del D.lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario, e rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione...».

¹² Si veda in rete Altalex Contratti Bancari Monofirma, ove in chiusura dell'articolo è appunto specificato che «È quindi ragionevole prevedere che, dopo la decisione delle SS.UU., il contenzioso si sposterà sulla prova o meno dell'avvenuto assolvimento da parte della banca dell'obbligo di consegna del documento contrattuale al cliente, normativamente previsto». Nonchè sempre in rete, l'articolo “Validità dei contratti c.d. monofirma, ma è necessaria consegna della documentazione contrattuale al cliente”, a cura dell'avv. Francesca Greblo, ove si legge in chiusura: «<<In giudizio dunque la banca oltre a produrre copia del contratto sottoscritto dalla cliente dovrà dare la prova di aver consegnato copia della documentazione contrattuale al cliente.>>».

contraente debole, essendo evidente che le Banche, in un simile contesto, sarebbero incoraggiate a non consegnare copia del contratto al cliente, procurandosi il futuro vantaggio di "disarmare" il cliente rispetto a contestazioni contrattuali. Poichè, invece, nella condivisibile prospettiva interpretativa delle Sezioni Unite, appare cruciale la dimostrazione dell'adempimento dell'obbligo di consegna del contratto al cliente, è la banca che – nei giudizi incardinati dal cliente per la ripetizione d'indebito oggettivo a fronte di nullità di protezione ex artt. 117 e 127 TUB - deve dimostrare di essersi attenuta agli obblighi comportamentali impostigli dalla legge, non solo versando in atti il titolo contrattuale, ma anche dimostrando che di detto titolo una copia è stata consegnata al cliente (la cui inosservanza è severamente sanzionata con la nullità contrattuale rilevabile dal solo cliente).

È appena il caso, poi, di dire che con le Sezioni Unite del 2014 n. 26242 e 26243, a loro volta pronunciate per completare un iter iniziato già con le SU n. 14828 del 2012, è stata superata ogni pregressa tesi restrittiva in ordine al rilievo d'ufficio della nullità contrattuale, affermando non solo che la nullità deve rilevarsi d'ufficio anche nei casi in cui si sia agito presupponendo la validità del contratto, ma anche il dovere di rilevare d'ufficio l'esistenza di una causa di nullità diversa da quella dedotta dalla parte. (cfr. Sez. U, Sentenza n. 26242 del 2014 e Cass. 22179/2015). Ciò, vale anche per le nullità di protezione come chiarito dalle Sezioni Unite del 2014.

A quanto pare, finora, questi fondati argomenti, non hanno trovato spazio nell'ambito delle varie sentenze che hanno affrontato la questione dell'onere della prova nei giudizi in questione, sentenze che appaiono pertanto criticabili. Se è vero che l'ordinamento processuale impone in generale l'onere della prova alla parte che agisce in giudizio per rivendicare un diritto (e che tale onere resta invariato anche nelle cause di accertamento negativo), resta tuttavia il fatto che nel settore bancario, l'ordinamento, per un verso impone al contraente forte per antonomasia (ossia la banca) una determinata condotta a tutela di un obbligo informativo in favore della parte debole del rapporto (redazione scritta e consegna di copia del contratto), per altro verso sanziona l'inosservanza di questa condotta con la nullità di protezione (espressamente rilevabile d'ufficio ex art. 127 comma 2 TUB).

Ne consegue che, l'assenza del contratto tra i documenti di causa, non può mai essere un aspetto che si riverbera in danno della parte protetta, nemmeno sotto il profilo del mancato assolvimento dell'onere della prova, poiché in tal caso la tutela prevista dalla nullità di protezione diventerebbe un boomerang contro la parte debole contrattuale.

In conclusione, l'unica impostazione coerente con il particolare regime di nullità dei contratti bancari e con il potere-dovere del Giudice di rilevare d'ufficio ogni forma di nullità contrattuale (ivi incluse quelle di protezione) è che la parte onerata della produzione del contratto bancario anche nel giudizio incardinato dal cliente per rivendicare la restituzione di somme indebitamente pagate alla banca è sempre e solo quest'ultima.