

**Arbitro Bancario e Finanziario, Coll. Bologna, 21 gennaio 2022, decisione n. 1435, Pres. Marinari, Rel. Pasquariello**

ABF - Principio dell'onere della prova nel procedimento ABF - Il principio di vicinanza della prova - Carenza o insufficienza del materiale probatorio.

(Cod. civ., art. 2697; Cod. Proc. Civ., art. 115)

**La domanda sottoposta al Collegio deve essere rigettata ogni qualvolta manchi una ricostruzione dei fatti che ne costituiscono il fondamento, secondo i generali principi dispositivi in punto di onere della prova ex art. 2697 c.c. Il rischio della mancanza o insufficienza della prova di un fatto rilevante non può che essere addossato alla parte che, avendolo affermato, aveva interesse a dimostrarlo.**

**UNA RIPARTIZIONE “RAGIONATA” DELL’ONERE DELLA PROVA NELL’ARBITRATO BANCARIO FINANZIARIO**

di Francesca Cappuccio\*

SOMMARIO: 1.- Il fatto; 2.- Il principio dell'onere della prova e i suoi temperamenti; 3.- *segue*: Il principio di vicinanza della prova; 4.- La condotta dell'intermediario; 5.- Riparto degli oneri probatori nel procedimento ABF; 6.- Conclusioni.

**1.- Il fatto.**

La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio ha ad oggetto la richiesta di rimborso di un certificato di investimento e contestuale risarcimento dei danni, asseritamente patiti per violazione degli obblighi di corretta gestione del dossier titoli da parte della banca intermediaria.

La parte ricorrente dichiara di essere titolare di un dossier titoli aperto presso la convenuta e di aver acquistato, suo tramite, n. 1000 pezzi di un certificato di investimento estero; di avere, nello stesso giorno, richiesto il rimborso, a cui però la convenuta non ha provveduto.

Ancora, la ricorrente assume che il mancato rimborso avrebbe comportato l'impossibilità di utilizzare il proprio denaro per altri investimenti, sussistendo in tal caso una responsabilità della convenuta per la non diligente e corretta gestione del titolo in custodia.

A seguito di una pronuncia di incompetenza dell'ACF, la questione viene trattata davanti all'ABF di Bologna, ove parte ricorrente chiede il rimborso dei titoli ed un indennizzo per lucro cessante e danno emergente, patito per violazione degli obblighi di corretta gestione del dossier titoli. L'intermediario, invece, non si costituisce in questo procedimento.

Il Collegio rigetta il ricorso sancendo il principio secondo cui “la domanda sottoposta al Collegio deve essere rigettata ogni qualvolta manchi una ricostruzione dei fatti che ne costituiscono il fondamento, secondo i generali principi dispositivi in punto di onere della prova ex art. 2697 c.c. Il rischio della mancanza o insufficienza della prova di un fatto rilevante non può che essere addossato alla parte che, avendolo affermato, aveva interesse a dimostrarlo”.

La pronuncia consente di esaminare la disciplina dell'onere della prova nell'arbitrato bancario e finanziario; il tema merita un attento approfondimento, specie se si considera che l'Arbitro Bancario Finanziario non è stato ancora destinatario di una disciplina organica sulla prova, né tantomeno sulla

ripartizione dell'onere della prova e sui poteri del giudice in ordine agli elementi probatori acquisiti nel corso del procedimento<sup>1</sup>.

D'altra parte, le stesse "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" impongono lo svolgimento di una procedura "semplice e rapida"; Non è contemplata neppure la possibilità di assumere mezzi di prova, né su iniziativa dell'ABF, né delle parti, le quali, al più, possono produrre documenti idonei a convincere il Collegio della veridicità delle proprie affermazioni<sup>2</sup>.

La decisione viene pertanto assunta sulla base di un'istruttoria esclusivamente documentale<sup>3</sup>, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca.

In una tale prospettiva, è indubbio che la "flessibilità procedimentale", che evidentemente connota sistema ABF, è corroborata dall'applicazione di statuizioni di portata generale quali le regole del diritto processuale civile. Quanto detto è stato confermato dalla decisione del Collegio di Coordinamento n. 7716 del 29 giugno 2017, in cui viene stabilito che: "una volta che il ricorso sia stato depurato da eventuali ragioni di preliminarità inammissibilità, per decidere infine sulla fondatezza della domanda non può che farsi applicazione, "in linea di massima" (stante l'assenza di specifici richiami alle norme generali e avuto riguardo alla natura "valutativa" del responso), delle regole fondamentali del processo civile: il principio dispositivo (artt.99 e 115 c.p.c); il principio del contraddittorio (art.101 c.p.c. e 167 c.p.c.) e il principio dell'onere della prova (art.2697 cc.)"<sup>4</sup>.

In altri termini, la summenzionata "flessibilità" deve essere ricondotta e circoscritta all'obiettivo di assicurare una tutela rapida ed effettiva, senza tuttavia con ciò legittimare uno stravolgimento dei principi e delle regole fondamentali del processo civile<sup>5</sup>.

## 2.- Il principio dell'onere della prova e i suoi temperamenti.

Nell'ordinamento processuale civile, il giudice non può denegare giustizia (con la pronuncia del c.d. *non liquet*), essendo questi obbligato a decidere sulle domande che gli vengono proposte in qualsiasi caso, anche in mancanza di prove.

In tale contesto, diventa necessaria una regola di giudizio in grado di orientare la decisione del giudice nell'ipotesi in cui non disponga di prove, al fine di individuare la parte sulla quale grava il c.d. onere della prova, ossia l'onere di provare le circostanze oggetto del giudizio.

---

\*Laureata in Giurisprudenza, presso l'Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> N. Soldati, *La terza riforma dell'arbitro bancario finanziario (abf)*, in *Contratto e impresa*, 2020, 4, 1541.

<sup>2</sup> Sul punto, v. M. Marinari, *La disciplina dell'onere della prova nel procedimento ABF*, in *Le Società*, n. 4, 1 aprile 2018, 489, ove si ipotizza, in linea teorica, l'ammissibilità di dichiarazioni testimoniali scritte, sul modello dei "Written Statement" o degli "Affidavit" previsti in altri ordinamenti, anche se si tratta di un'ipotesi finora non affrontata dalla giurisprudenza dell'ABF.

<sup>3</sup> Parte della dottrina ha affermato che, nell'ambito di una procedura, quale quella di fronte all'Arbitro Bancario Finanziario, tesa alla pronuncia di un parere *pro veritate*, l'onere della prova ricadrebbe interamente sul cliente, cui spetterebbe di provare sia il titolo costitutivo dell'obbligo dell'intermediario, sia l'inadempimento, sia infine l'entità del danno subito. Dovendo rendere un parere *pro veritate*, l'organo decidente, infatti, dovrebbe essere posto in grado di svolgere il proprio incarico indipendentemente dalla difesa del convenuto, non potendo pronunciare la propria valutazione applicando regole processuali che possono determinare una prevalenza a prescindere dall'effettiva ragione o torto. Contro una simile lettura, sembrerebbero però muovere tanto la lettera della delibera del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR) e delle Disposizioni, che pone a carico dell'intermediario l'onere di produrre la documentazione rilevante, quanto la difficoltà di ipotizzare che un meccanismo posto a tutela del risparmio e del risparmiatore possa richiedere al cliente la *probatio diabolica* di dimostrare documentalmente l'inadempimento da parte dell'intermediario (v. L. Bergamini, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione*, in Gabrielli, Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, 460; v., altresì, art. 5, co. 1, delibera CICR).

<sup>4</sup> Cfr., altresì, ABF, Coll. di Coord., 15/12/2016, n. 10929

<sup>5</sup> In tal senso, v. A. Tucci, *L'arbitro Bancario Finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I

Tale regola è disciplinata dall'art. 2697 c.c., che indica al giudice come decidere quando egli non riesca a formare il proprio convincimento sui fatti rilevanti, perché non sufficientemente provati<sup>6</sup>.

In particolare, il primo comma del citato articolo chiarisce che “chi vuol far valere un diritto in giudizio, deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”; l'altra parte potrà limitarsi a negare l'esistenza del diritto oggetto dell'azione e, pur non riuscendo a provare che i fatti costitutivi addotti dall'attore non sono avvenuti, potrà comunque risultare vittoriosa per il sol fatto che non è stata data prova positiva di quelle circostanze di fatto<sup>7</sup>.

Il secondo comma, invece, dispone che “chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”;

in presenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi, spetta dunque al convenuto uno specifico onere probatorio in ordine alla sussistenza di queste circostanze.

Tanto chiarito, è necessario sottolineare che esistono delle ipotesi in cui la regola generale della distribuzione dell'onere della prova sin qui delineata, conosce dei temperamenti<sup>8</sup>.

In primo luogo, l'art. 2698 c.c. contempla la possibilità di deroghe convenzionali all'applicazione dell'art. 2697, ponendo due limiti: che il patto sulla prova riguardi diritti disponibili; che l'inversione o modificazione non renda eccessivamente difficile per le parti l'esercizio del diritto.

Oggetto di simili patti debbono essere diritti disponibili, perché le parti con essi vanno ad incidere sulla disciplina sostanziale, modificando i carichi di prova legati ai reciproci diritti e, indirettamente, influenzando l'attività processuale del giudice.

La ragione del secondo limite è che il legislatore ha voluto tutelare la parte economicamente più debole evitando che convenzionalmente si possa predeterminare la soccombenza di uno dei contraenti.

Ancora, può influire sul funzionamento della regola dell'onere della prova la regola della non contestazione proveniente dalle parti, secondo il nuovo disposto dell'art. 115 c.p.c., co. 1: esso pone a carico della parte contro la quale è proposta la domanda o sollevata l'eccezione, un vero e proprio onere di specifica contestazione; se manca tale contestazione, i fatti allegati dall'altra parte sono ritenuti incontrovertibili e dunque pacifici in funzione della decisione<sup>9</sup>.

La *ratio* del principio di non contestazione, va ricercata nelle esigenze di semplificazione del processo e di economia processuale, o anche, se si vuole, nella responsabilità o autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa<sup>10</sup>.

Altra eccezione alla regola dell'onere della prova è data dalla facoltà del giudice di fondare la propria decisione sulle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, in virtù della deroga sancita dal secondo comma dell'art. 115; esse, che prendono il nome di “fatti notori”, possono essere poste a fondamento della decisione del giudice senza che vi sia la necessità di una prova del loro

---

<sup>6</sup> Ampiamente, sul punto, G.A. Micheli, *L'onere della prova nel processo civile*, Padova, 1966, 4

<sup>7</sup> A tal proposito, la giurisprudenza di Cassazione ha precisato che “Il principio generale di riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. deve essere temperato con il principio di acquisizione, desumibile da alcune disposizioni del codice di rito (quale ad esempio l'art. 245, comma 2 c.p.c.) ed avente fondamento nella costituzionalizzazione del principio del giusto processo, in base al quale le risultanze istruttorie, comunque acquisite al processo, e quale che sia la parte ad iniziative o ad istanza del quale si siano formate, concorrono tutte alla formazione del convincimento del giudice; ne deriva che la soccombenza dell'attore consegue alla inottemperanza dell'onere probatorio posto a suo carico soltanto nell'ipotesi in cui le risultanze istruttorie, comunque acquisite al processo, non siano sufficienti per provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto che si intende far valere in giudizio” (Cass. 15162/2008, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Prova civile*, n. 17)

<sup>8</sup> P. Spaziali e F. Caroleo, *Compendio di diritto processuale civile*, Bari, 2022, 212 ss.; Micheli, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 224 ss.

<sup>9</sup> Sull'argomento, v. Cass. civ., Sez. VI - 3, 23/03/2022, n. 9439; Cass. civ., Sez. VI - 1, 02/03/2022, n. 6799; Cass. civ., Sez. I, 04/11/2021, n. 31837; Cass. civ., Sez. VI - 3, 26/11/2020, n. 26908 (rv. 659902-01)

<sup>10</sup> A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 262 ss.

fondamento, considerato che si tratta di fatti incontestabili, acquisiti con il massimo grado di certezza alle conoscenze della collettività<sup>11</sup>.

### 3.- *segue*: Il principio di vicinanza della prova.

Un' ulteriore ed eccezionale deroga al canonico regime dell'*onus probandi incumbit ei qui dicit*, è rappresentata dal c.d. principio di vicinanza della prova, che costituisce altresì un'evidente ipotesi di "adattamento" del principio generale di cui all'art. 2697 c.c. alle peculiarità del procedimento ABF. Secondo il criterio di elaborazione giurisprudenziale di prossimità della prova, infatti, l'onere probatorio deve essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare<sup>12</sup>.

Sul punto, il Collegio di Coordinamento ha affermato che "detto criterio è teoricamente applicabile anche nel procedimento ABF quale strumento alternativo alla giustizia ordinaria, che deve essere capace di offrire anche allo sprovveduto consumatore, non tenuto all'onere di munirsi dell'assistenza legale, una tutela sostanziale rapida ed efficace dei suoi diritti"<sup>13</sup>.

Sulla scorta di tale riflessione, la Suprema Corte ha precisato che proprio nelle controversie bancarie, e quindi anche nel sistema ABF, il principio di prossimità della prova non può trarre semplicistica legittimazione dalla disparità economica delle parti in quanto la virtuale asimmetria nelle possibilità di accesso alla documentazione di un rapporto contrattuale è legalmente e almeno in parte compensata dalla norma dell'art. 117 del TUB che sancisce la forma scritta dei contratti e l'obbligo di consegnarne copia al cliente<sup>14</sup>.

Sulla base di quanto evidenziato, il Collegio ha concluso nel senso di escludere l'accoglimento delle richieste del ricorrente che non sia comunque riuscito a fornire la prova dei fatti (costitutivi) rilevanti e controversi posti a base della domanda, sempreché alla carenza probatoria non abbia sopperito l'altra parte o non sia marginalmente applicabile a carico della resistente il criterio di vicinanza della

---

<sup>11</sup> Sul grado di certezza richiesto, v. Cass. 16881/2013; Id. 6299/2014: "Secondo la giurisprudenza di legittimità, il ricorso alle nozioni di comune esperienza (fatto notorio), comportando una deroga al principio dispositivo ed al contraddittorio, in quanto introduce nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati, va inteso in senso rigoroso, e cioè come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile; non si possono, di conseguenza, rientrare in tale nozione quegli elementi valutativi che implicano cognizioni particolari, né quelle nozioni che rientrano nella scienza privata del giudice, poiché questa, in quanto non universale, non rientra nella categoria del notorio, neppure quando derivi al giudice medesimo dalla pregressa trattazione di analoghe controversie. In particolare, tra le nozioni di comune esperienza non possono farsi rientrare le acquisizioni specifiche di natura tecnica e quegli elementi valutativi che richiedono il preventivo accertamento di particolari dati come la determinazione del valore di mercato degli immobili, trattandosi di valore variabile nel tempo e nello spazio, anche nell'ambito dello stesso territorio, in relazione alle caratteristiche del bene stesso"

<sup>12</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. VI - 1, Ordinanza, 04/04/2016, n. 6511; cfr. Cass. civ. Sez. I, 8/07/2021, n. 19566; v., da ultimo, Cass. civ., sez. III, 22/04/2022, n. 12910, con la quale la Suprema Corte ha statuito che "il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c. (che impone all'attore di provare i fatti costitutivi del proprio diritto e al convenuto la prova dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto vantato dalla controparte) ma opera allorché le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrono indicazioni univoche per distinguere le suddette due categorie di fatti, fungendo da criterio ermeneutico alla cui stregua i primi vanno identificati in quelli più prossimi all'attore e dunque nella sua disponibilità, mentre gli altri in quelli meno prossimi e quindi più facilmente suffragabili dal convenuto, di modo che la vicinanza riguarda la possibilità di conoscere in via diretta o indiretta il fatto, e non già la possibilità concreta di acquisire la relativa prova."

<sup>13</sup> ABF, Coll. di Coord., 29/06/2017, n. 7716

<sup>14</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. VI - 1, 12/09/2016, n. 17923; v., altresì, Cass. civ., Sez. I, 13/09/2021, n. 24641, con la quale i Giudici di legittimità hanno affermato che "in tema di contenzioso tra istituto di credito e cliente, il diritto di quest'ultimo ad ottenere copia della documentazione bancaria relativa alle operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, previsto dall'art. 119, comma 4, d.lgs. n. 385/1993, non può essere soddisfatto in sede di consulenza tecnica d'ufficio contabile, se il cliente non ha precedentemente formulato la relativa richiesta alla banca e la documentazione riguarda fatti o situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento di domande o eccezioni, devono necessariamente essere provati dalla parte che le ha formulate."

prova, ove specificamente giustificato dalla ineguaglianza dei contendenti nelle “concrete” possibilità di accesso al documento<sup>15</sup>.

#### 4.-La condotta dell’intermediario.

Nel caso oggetto d’esame, il Collegio di Bologna ha rilevato, in via preliminare, che l’intermediario, ritualmente notiziato della presentazione del ricorso, non si è costituito, con conseguente esigenza per il ricorrente di dimostrare i fatti costitutivi posti alla base della propria domanda.

Tale condotta, costituisce inadempimento ai sensi e per gli effetti di cui alle Disposizioni sui sistemi di risoluzione delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (“Pubblicità dell’inadempimento”)<sup>16</sup>; trattasi di un dovere collaborativo dell’intermediario che lo stesso Collegio di Coordinamento ha definito “singolare” e “ben eccedente il limite del dovere di lealtà sancito nell’art. 88 c.p.c.”<sup>17</sup>.

L’impianto procedimentale dell’ABF, infatti, non si limita affatto a consegnare alla parte resistente la facoltà di contraddire bensì imprime a siffatto diritto al contraddittorio altresì natura di specifico obbligo di cooperazione, la cui violazione - ove tale da impedire la risoluzione del ricorso - sconta addirittura la possibilità di assoggettamento della parte non collaborativa alla sanzione estrema della pubblicità del comportamento. Pertanto, la scelta contumaciale della resistente integra il mancato assolvimento di un dovere di cooperazione che, in termini processuali, si traduce nell’implicito ma inequivoco riconoscimento del fatto dedotto dalla ricorrente<sup>18</sup>.

Il Collegio ricorda che il mancato assolvimento di questo dovere “...è sanzionato nelle citate Disposizioni”<sup>19</sup> e mette in rilievo che “...il potere conferito al Presidente del Collegio di rilevare la eventuale incompletezza della documentazione presentata e di fissare un termine per le integrazioni del caso (Sez. VI par. 2) e infine l’affidamento alla Segreteria del compito di svolgere la istruttoria preliminare diretta a valutare la sussistenza dei presupposti per la sottoposizione del ricorso al Collegio (v. art. 6, comma 1, della delibera CICR del 29 luglio 2008 n. 275) costituiscono le tessere di un composito quadro normativo nel quale emerge enfaticamente il rilievo attribuito all’intervento di soggetti diversi dal ricorrente per sanare le eventuali irregolarità o incompletezze del ricorso.

Ma tutto ciò è previsto e compiuto, è bene sottolinearlo, soprattutto allo scopo di eliminare gli ostacoli che impediscano la decisione sul merito (che può anche concretarsi però nel suo rigetto per difetto di prova)...”<sup>20</sup>.

Ad ogni modo, lo stesso Collegio di Coordinamento, chiarisce che l’obbligo di cooperazione dell’intermediario, rispetto alla documentazione rilevante per la decisione, è finalizzato esclusivamente a consentire di pervenire celermente ad una decisione nel merito e non può condurre ad una inversione della distribuzione dell’onere della prova, rendendo non controversi i fatti allegati

---

<sup>15</sup> Cfr. ABF, Coll. Napoli, n. 6597/2013; Id., Coll. Roma nn. 7106/2015 e 7139/2015

<sup>16</sup> Ai sensi delle richiamate *Disposizioni*, “viene resa pubblica, altresì, la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell’intermediario. Tra i casi di mancata cooperazione rientrano, ad esempio, l’omissione o il ritardo nell’invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia, o il mancato versamento dei contributi previsti”.

<sup>17</sup> Cfr. ABF, Coll. Coord., n. 7716/2017, nonché, ABF, Coll. Bologna n. 10551/2018

<sup>18</sup> Cfr. G. Liace, *L’arbitro bancario finanziario*, Torino, 2018, p. 67

<sup>19</sup> V. la Sez. VI, art. 1, ult. comma, secondo il quale “qualora il ritardo o l’assenza della documentazione dovuta dall’intermediario - anche a seguito di eventuali integrazioni da parte della segreteria tecnica - rendano impossibile una pronuncia sul merito della controversia, l’organo decidente valuta la condotta dell’intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione di quest’ultimo allo svolgimento della procedura”, anche ai fini di quanto previsto nel paragrafo 4, secondo il quale “viene resa pubblica, altresì la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell’intermediario, come ‘l’omissione o il ritardo nell’invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia”.

<sup>20</sup> Cfr. ABF., Coll. Coord., n. 7716/2017

dal ricorrente, in spregio ai principi cardine del processo civile e, in particolare, alla regola enunciata dall'art. 115, c.p.c., in merito alla non contestazione specifica dei fatti dalla parte costituita<sup>21</sup>. D'altra parte, se la contumacia dell'intermediario non costituisce, di per sé, condotta rilevante, rispetto alla decisione della controversia, l'atteggiamento non collaborativo o, peggio, ostruzionistico, anche nella fase del reclamo, può fornire al Collegio "argomenti di prova", ex art. 116 c.p.c.<sup>22</sup>. Ciò, tuttavia, non significa che in virtù della contumacia dell'intermediario sia possibile dare per ammesso o dimostrato il fatto costitutivo della domanda, di cui non sia stata fornita la conferma documentale. In altre parole, la mancata cooperazione dell'intermediario - così come la contumacia del convenuto nel processo ordinario - pur potendo concorrere alla formazione del convincimento dell'organo giudicante, non assume significato probatorio in favore della domanda dell'attore, incombendo comunque sul ricorrente la prova della fondatezza della propria domanda<sup>23</sup>.

### 5.- Riparto degli oneri probatori nel procedimento ABF.

Le considerazioni di carattere generale sin qui svolte sono di fondamentale importanza per comprendere la vicenda di cui si è occupato l'ABF nella decisione in epigrafe; l'Arbitro ha infatti rigettato la domanda del ricorrente sulla base della mancata ricostruzione dei fatti che ne costituiscono il fondamento, secondo i generali principi dispositivi in punto di onere della prova, di cui all'art. 2697 c.c.

La questione si fonda sulle conseguenze derivanti dalla carenza o insufficienza del materiale probatorio fornito dal ricorrente, tenuto conto del fatto che l'Arbitro Bancario non può andare alla ricerca della verità, ma deve decidere sulla base dei fatti allegati dalle parti e delle prove fornite per supportarli: quindi nei limiti del tema della decisione e del tema della prova come parametrabile sulla scorta delle rispettive deduzioni e solo di queste<sup>24</sup>.

Non a caso, infatti, l'art. 11, comma 3, del Codice deontologico per i componenti dell'Organo decidente sancisce che "i componenti del Collegio esaminano adeguatamente i fatti e gli argomenti prodotti dalle parti", i quali assumono un proprio rilievo istruttorio già in fase di reclamo<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> V., da ultimo, ABF, Coll. Bologna, 27/05/2022, n. 8362: "...Deve invece escludersi che l'obbligo di cooperazione dell'intermediario ancorché stigmatizzabile e suscettivo di sanzione reputazionale, possa trasformare la sua contumacia nell'equivalente di un atto di costituzione invisibile e muto nel procedimento con l'effetto di rendere indiscriminatamente 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"

<sup>22</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 13/06/2013, n. 14860, la quale ha affermato "...Quel che invece può ammettersi, proprio in virtù del particolare valore attribuito al dovere di cooperazione da parte dell'intermediario nel sistema ABF, è che dalla sua mancata costituzione, ed anche dal suo atteggiamento non collaborativo o ancor peggio ostruzionistico nella fase del reclamo, il Collegio possa 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, mentre nel processo civile la contumacia non rileva di per sé a fini probatori e neppure ai sensi dell'art. 116 c.p.c."

<sup>23</sup> Cfr. Liace, *L'arbitro bancario*, cit. p. 68

<sup>24</sup> Cfr. ABF, Coll. di Coord., dec. n. 7716/2017

<sup>25</sup> Il ricorso, con il quale è formulata la domanda all'Arbitro Bancario, è infatti preceduto necessariamente da una fase interlocutoria diretta tra le parti, attivata da un atto di contestazione denominato "reclamo", che integra una vera e propria condizione di procedibilità, la cui mancanza determina l'inammissibilità del ricorso. "...per reclamo si intende «ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento o un'omissione». Si apre così una fase di negoziazione diretta tra le parti, in cui l'intermediario dialoga con il cliente per superare una delle rispettive posizioni donde si è generata la crisi cooperativa e, in questo modo, prevenire il trasferimento della lite in sede più propriamente giudiziale..." "...Il ricorso deve muovere dalla contestazione avanzata col reclamo (in termini almeno di identità di una vicenda storica, se non di manifestazione di una esatta pretesa giuridica), deve essere sottoscritto dal cliente e deve essere inviato entro dodici mesi dalla presentazione del reclamo. Si tratta di condizioni di procedibilità che, qualora non realizzate, non precludono al cliente di agire ex novo ai sensi dell'art. 128 bis, naturalmente e ancora previo reclamo" (v., sull'argomento, F. Auletta, *Arbitro Bancario Finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Società*, 2011, 86)

Essendo il procedimento ABF a contraddittorio contratto, articolato cioè nello scambio del ricorso e delle controdeduzioni, ha importanza speciale l'esame degli atti e dei documenti acquisiti anche nella necessaria sede propedeutica (anche se nella prassi non manca lo scambio di successive memorie per precisazioni delle deduzioni già svolte o per portare alla cognizione del Collegio eventi rilevanti intervenuti nel corso della procedura), giacché il ricorso deve avere ad oggetto la stessa "questione" esposta nel reclamo, il quale dunque diventa utile strumento interpretativo della domanda presentata col ricorso e flessibilmente qualificata dal Collegio<sup>26</sup>.

È proprio in questa sede che viene in rilievo il summenzionato "dovere di cooperazione" dell'intermediario, il quale deve trasmettere alla Segreteria, nei trenta giorni successivi alla comunicazione del ricorso, la documentazione relativa alla fase di reclamo, unitamente alle proprie controdeduzioni e a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso.

Nel caso di specie, parte resistente, ritualmente notiziata della presentazione del ricorso, non ha presentato le controdeduzioni; ciò, tuttavia, non ha impedito al Collegio di osservare che, nonostante la contumacia dell'intermediario, non è comunque possibile dare per ammesso o dimostrato il fatto costitutivo della domanda di cui non è stata fornita conferma documentale<sup>27</sup>.

A tal uopo vale richiamare il principio espresso dalla decisione del Collegio di Coordinamento n. 7716/2017, la quale costituisce il *punctum saliens* dell'impianto motivazionale della pronuncia in esame, secondo cui "quanto alla prova dei fatti rilevanti (e specificamente contestati), deve convenirsi che poiché l'Arbitro bancario deve decidere secondo diritto (v. Art. 3 della sez. VI delle Disposizioni: la decisione sul ricorso è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, ecc.), e quindi anche in base alla regola di giudizio sancita nell'art. 2697 c.c., il rischio della mancanza o insufficienza della prova di un fatto controverso, non può che essere addossato alla parte che, avendolo affermato, aveva l'interesse a dimostrarlo".

Alla stregua di quanto detto è indubbio che parte ricorrente avrebbe dovuto compiere ogni ragionevole sforzo al fine di dimostrare la sussistenza delle condizioni necessarie all'ottenimento del rimborso dello strumento finanziario in contestazione.

Al contrario, il cliente, non ha fornito specifiche evidenze documentali ed informazioni fattuali, limitandosi a porre a fondamento della propria richiesta un rinvio alle condizioni del "Final Terms", senza aggiungere altri riscontri.

Ne consegue una totale assenza di elementi probatori determinanti ai fini dell'accoglimento dell'istanza, essendo stata preclusa al Collegio ogni possibilità di approfondimento istruttorio in merito alle richieste formulate dal ricorrente<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. ABF, Coll. di Coord., decisione n. 7716/2017

<sup>27</sup> Sul punto, v. Id. n. 7716/2017: "...Il che però non significa che in virtù della contumacia dell'intermediario sia possibile dare per ammesso o dimostrato il fatto costitutivo della domanda, di cui non sia stata fornita la conferma documentale, come ad es. può accadere se il ricorrente propone una domanda ex art. 125 sexies TUB senza dimostrare neppure la estinzione del finanziamento (ove essa non emerga già dalla risposta al reclamo o non sia altrimenti deducibile), onde in detta eventualità la mancata dimostrazione della effettiva estinzione del finanziamento, che non sia almeno suffragata da un principio di prova scritta (e tale non è un semplice conteggio estintivo di incerto finalismo), non essendo per ciò stesso superabile con una integrazione istruttoria, non può che comportare il rigetto della pretesa".

<sup>28</sup> Quanto detto ha esonerato il Collegio di Bologna dall'ulteriore esame, nel merito, della domanda di risarcimento dell'asserito danno lamentato dal ricorrente, non avanzata in sede di reclamo e tuttavia ricompresa nella cognizione di questo Arbitro; il Collegio ha osservato che la stessa era stata in ogni caso formulata in "termini apodittici e restava sguarnita di ogni supporto probatorio nel *quantum*" e "non è stato prodotto da parte del ricorrente alcun supporto documentale a riprova del valore del portafoglio titoli in esame o dello specifico pregiudizio patito".

Sul punto, v. *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, sez. VI, par. 1*, secondo cui "il cliente può chiedere nel ricorso il risarcimento del danno anche quando tale richiesta non sia stata formulata nel reclamo, qualora il danno lamentato sia conseguenza immediata e diretta della medesima condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo".

La motivazione del provvedimento in esame consente una riflessione finale sul c.d. potere di integrazione della prova.

Un cenno particolare merita infatti l'ipotesi, piuttosto frequente, in cui il ricorrente abbia fornito una prova documentale insufficiente (o, più correttamente, incompleta) del diritto affermato.

In linea di principio, una prova insufficiente equivale ad una prova mancante; tale enunciato, tuttavia, va coordinato - nel procedimento ABF - con la non trascurabile regola sancita nell'art. 8 del Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF, il quale prevede che "ove il Collegio ritenga necessaria una integrazione dell'istruttoria, dispone la sospensione del procedimento"<sup>29</sup>.

Premesso che detta sospensione del procedimento è logicamente strumentale all'integrazione dell'istruttoria e che essendo quest'ultima, per sua natura, documentale deve necessariamente risolversi nell'acquisizione di documenti mancanti che siano necessari per la decisione, si pone il quesito se tale disposizione possa tradursi in strumento idoneo per supplire all'inerzia probatoria del ricorrente, quando la prova documentale sia mancante o incompleta<sup>30</sup>.

Ebbene, va escluso che l'integrazione istruttoria possa compensare la prova di un fatto del tutto assente: la possibilità di una surrogazione del Collegio nell'assolvimento dell'onere della prova posto a carico del ricorrente ogniqualvolta si rilevi la carenza di un documento essenziale per la decisione, significherebbe rendere il procedimento ABF strutturalmente inquisitorio (a favore del cliente) e anche prolungato e oggettivamente costoso, in aperta contraddizione con i connotati di rapidità ed economicità (della soluzione delle controversie) cui si è fatto riferimento in questa analisi. Bene ha fatto, dunque, il Collegio di Bologna, a non disporre alcuna integrazione documentale, atteso che si è trovato dinanzi ad una totale carenza e non ad una semplice insufficienza del materiale probatorio fornito dal cliente.

Confinato, allora, il tema in discussione al caso della prova documentale incompleta, la risposta al quesito non può essere draconiana ed astratta, se non altro perché la valutazione della necessità dell'integrazione istruttoria, volta a sopperire a una produzione documentale incompleta, va compiuta caso per caso tenendo conto delle caratteristiche peculiari del procedimento ABF.

Invero, nel caso in cui la parte gravata dall'onere probatorio abbia fornito un riscontro documentale incompleto del fatto affermato, di cui però sia stato fornito un principio di prova scritta, deve ritenersi consentito al Collegio di sospendere il procedimento per disporre l'integrazione dell'istruttoria richiedendo alla parte medesima (o eventualmente all'altra, se in via residuale sia applicabile il criterio di vicinanza) la produzione del documento mancante idoneo a corroborare il riscontro probatorio già acquisito. Questa appare l'interpretazione più ragionevole e bilanciata della norma del Regolamento che si risolve in definitiva nell'attribuzione all'Arbitro bancario di un potere officioso di disporre l'esibizione documentale, del tutto estraneo al codice di rito (ove l'ordine di esibizione è previsto solo su istanza di parte)<sup>31</sup>.

## 6.- Conclusioni.

Ammessa la condivisibilità della decisione sin qui analizzata, risulta comunque essenziale adattare ogni considerazione alle peculiarità che connotano il sistema ABF.

A tal uopo, è doveroso ricordare che i provvedimenti o, più genericamente, le determinazioni dei collegi Abf non sono affatto anche decisorii, per tali, nel diritto processuale civile, intendendosi i provvedimenti (quale che sia la loro forma: sentenze, ordinanze, decreti) idonei ad incidere sui diritti soggettivi delle parti<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Art. 8, comma 3, Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF.

<sup>30</sup> Cfr. Marinari, *La disciplina*, cit., 489

<sup>31</sup> V. Id. *La disciplina* cit., 489

<sup>32</sup> A questi soli provvedimenti merita d'essere estesa la garanzia del ricorso per Cassazione per violazione di legge, che l'art. 111, comma 7, Cost. testualmente appronta per le sentenze e i provvedimenti limitativi della libertà personale.



Le pronunce rese dai collegi ABF, non hanno cioè l'attitudine al giudicato sostanziale, e dunque a "fare stato" tra le parti, i loro successori o aventi causa ex art. 2909 c.c.<sup>33</sup>.

In altre parole, pur potendosi parlare di "giudizio" e di "decisione" dei collegi ABF, tali locuzioni designeranno sempre e solo una mera "funzione logica di giudizio", di natura nel merito solo prognostica, e priva così di qualsivoglia efficacia conformatrice e idoneità al giudicato o comunque a creare situazioni di soccombenza civile o interesse a gravarsi in sede giurisdizionale amministrativa<sup>34</sup>.

In tale contesto, essendo la valutazione *in iure* dell'ABF di tipo meramente prognostico, un mutamento di indirizzo nella giurisprudenza dei collegi - sulla scia di un *dictum* del Collegio di coordinamento, o ancor di più della giurisprudenza togata - potrebbe far sorgere nella parte, che all'esito di un primo procedimento di ABF abbia già riportato un verdetto di virtuale soccombenza, un rinnovato interesse a sottoporre nuovamente la questione al Collegio, per ottenere una prognosi *de eadem re*, orientata però al nuovo filone interpretativo; ne consegue che non si porrà alcun problema di limiti cronologici del giudicato e del loro eventuale superamento per effetto dello *ius novorum* con incidenza sul rapporto di durata<sup>35</sup>.

In definitiva, la pronuncia dell'ABF costituisce la "proposta" di soluzione di una controversia - relativa ad un rapporto bancario/finanziario - che le parti sono libere di accettare o meno, ma che normalmente accettano per via della garanzia di affidabilità derivante dalla essenziale formalizzazione del procedimento, dall'alto grado di attendibilità della soluzione, ricavabile a sua volta dalla composizione dell'organismo, e dalle conseguenze indirette che, in particolare all'intermediario, potrebbero derivare dalla mancata ottemperanza<sup>36</sup>.

Accanto all'impatto reputazionale, vi è anche un meccanismo di "moral suasion" che incide sull'adempimento spontaneo da parte degli intermediari e che va ricondotto alla possibilità che gli esiti dei ricorsi siano valutati nell'esercizio dell'attività di vigilanza esercitata dalla Banca d'Italia, in relazione alla trasparenza e correttezza delle relazioni con la clientela<sup>37</sup>.

Ad ogni modo - e ciò vale anche per la pronuncia oggetto d'analisi - in caso di rigetto del ricorso, la parte soccombente può sempre ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria. Va precisato che detta facoltà non è una prerogativa esclusiva del cliente dell'istituto di credito ma è riconosciuta anche all'intermediario. Ed infatti, in linea con quanto fin qui detto, il ricorso all'ABF, da parte del cliente, non comporta una temporanea o definitiva rinuncia al diritto di azione o una decadenza dall'esercizio del medesimo, poiché il predetto diritto resta impregiudicato<sup>38</sup>.

Ciononostante, non va esclusa l'ipotesi di un'incidenza, più o meno diretta, delle decisioni dell'ABF sulla giurisprudenza<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> C. Consolo - M. Stella, *L'arbitro bancario finanziario e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Società*, 2013, 188; Nello stesso senso, v. Auletta, *Arbitro Bancario Finanziario*, cit., 87 "...Dalla decisione dell'ABF non può derivare, pertanto, alcun nuovo diritto delle parti suscettibile di tutela innanzi all'A.G.O., né alcun corrispondente obbligo di adempimento, con la specifica conseguenza che, qualora l'intermediario non rispetti la delibera dell'ABF, il cliente non può far valere l'inadempimento in quanto tale, nei confronti dell'intermediario, innanzi al giudice o all'arbitro. In breve, l'atto conclusivo del procedimento innanzi all'ABF non produrrebbe alcun effetto giuridico tra le parti (16), a cominciare dagli effetti previsti dall'art. 1372 c.c..."

<sup>34</sup> In senso contrario, v. G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e vigilanza*, Milano, 2012, 333 ss., il quale professa una natura vincolante degli atti con cui i collegi "irrogherebbero" la sanzione reputazionale nei confronti degli intermediari.

<sup>35</sup> Cfr. Consolo - Stella, *L'arbitro*, cit., 195

<sup>36</sup> Cfr. I. A. Caggiano, *L'arbitro bancario finanziario esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, 445 ss.; V. Sangiovanni, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Società*, 2012, 958 ss.; E. Quadri, *L'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010., 317 ss.

<sup>37</sup> M.C. Malara, *Centrale dei rischi e giurisprudenza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *I Contratti*, n. 1, 1 gennaio 2018, 93

<sup>38</sup> Cfr. Liace, *L'arbitro bancario*, cit. p. 103

<sup>39</sup> V., in tal senso, Trib. di Rimini, Sez. unica civile, sentenza del 22 agosto 2011 sulla causa civile iscritta al n. r.g. 3637/2011; v., altresì, Trib. di Bologna n. 21077 del 19 dicembre 2018

Qualora quest'ultima consideri validi gli orientamenti dell'ABF, questo potrebbe ripercuotersi già nel procedimento che si svolge ex art. 128- bis T.U.B., non solo favorendo l'adeguamento dell'intermediario alle decisioni dell'ABF, ma anche contenendo il successivo ricorso al giudice ordinario. Se, infatti, la decisione del Collegio fosse considerata alla stregua di un precedente, gli intermediari sarebbero ancora più incoraggiati ad adeguarsi ai suddetti orientamenti e i clienti potrebbero già farsi un'idea circa il possibile esito di un loro eventuale ulteriore ricorso al giudice ordinario.