Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) TENELLA SILLANI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) DENOZZA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) FERRARI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) DI NELLA	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore FERRARI PIERPAOLO

Seduta del 19/03/2019

FATTO

La cliente afferma quanto segue:

- in data 12.05.2008 la madre ha rilasciato una fideiussione *omnibus* in favore della propria sorella;
- in seguito alla morta della madre (avvenuta in data 13.02.2017), la cliente e il fratello, in qualità di eredi legittimi, sono succeduti nel rapporto di fideiussione;
- la Banca ha concesso alla garantita vari mutui ipotecari: tuttavia la situazione economica di quest'ultima si è nel tempo aggravata, tanto da vederla costretta a chiedere la sospensione del pagamento delle rate per entrambi i finanziamenti in essere;
- successivamente, con atto del 16.10.2013 intervenuto a distanza di neanche sei mesi dalla sospensione dei pagamenti per gli altri due rapporti, alla garantita veniva concesso un ulteriore mutuo di € 31.000,00;
- l'intermediario non ha informato la garante, peraltro affetta da malattia neurologica, della concessione del nuovo mutuo, pertanto ha agito con colpa grave.

Nelle controdeduzioni, l'intermediario sostiene quanto segue:

- in data 10.04.2007 la garantita stipulava un contratto di mutuo fondiario di €

120.000,00 della durata di 96 rate mensili;

- in data 19.05.2008 la defunta ha stipulato una fideiussione *omnibus* in favore della sorella, titolare dei mutui, fino alla concorrenza di € 65.000,00 "*per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta Banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite*";
- in data 27.02.2009 veniva stipulato dalla garantita un altro contratto di mutuo ipotecario di € 64.760,75 da rimborsare in 96 rate mensili;
- in data 16.10.2013 è stato concesso alla garantita un ulteriore mutuo di € 31.000,00 della durata di dieci anni;
- non è vero che la concessione del terzo mutuo è avvenuta in presenza di un aggravamento delle condizioni patrimoniali della mutuataria, tanto che il rapporto risulta in regolare ammortamento;
- con cadenza annuale la Banca ha inviato alla garante le comunicazioni relative alla fideiussione, specificando l'ammontare delle esposizioni garantite;
- a seguito del decesso della garante, i figli le sono subentrati nel rapporto di fideiussione e con comunicazione dell'11.05.2017 hanno esercitato il diritto di recesso dalla stessa: la Banca, dunque, ha comunicato l'entità dell'esposizione complessiva;
- l'art. 5 del contratto di fideiussione prevede l'onere per il garante di tenersi informato in merito alle condizioni patrimoniali del debitore, dunque nessuna carenza informativa può essere addebitata alla Banca.

DIRITTO

Con riguardo all'applicazione del principio dell'onere della prova e al concetto di vicinanza della prova nel procedimento dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario, si richiama la decisione n.7716/17 del Collegio di Coordinamento: […] "per decidere alfine 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.). In tal senso si è già espresso il Collegio di Coordinamento con la decisione n.10929 del 15 dicembre 2016, nella quale sono stati tra l'altro precisati i limiti cognitivi dell'ABF ("definiti dalla domanda formulata dalla parte ricorrente e dalle argomentazioni di segno contrario, addotte dalla parte resistente, senza che l'arbitro possa esaminare situazioni fattuali diverse da quelle rappresentate dalle parti interessate"). E quindi sui principi chiaramente enunciati con quella decisione non è necessario tornare per ribadirli. In questa sede si rende invece opportuna qualche ulteriore osservazione sulle ricadute pratiche delle regole generali del processo civile nel procedimento abf, di cui vanno pure valorizzate alcune particolarità.
[…] Quanto poi 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. Va ricordato però che il rigore di tale regola è stato attenuato già dalla giurisprudenza ordinaria per non pregiudicare la tutela processuale dei diritti (art.24 Cost.), attraverso l'applicazione del criterio della c.d. vicinanza della prova, secondo il quale il rischio per la mancata dimostrazione di un fatto rimasto incerto nel giudizio deve essere addossato alla parte che si sarebbe dovuta trovare nelle migliori condizioni per provarlo (Cass., 28.2.2013, n.5025). 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. Tuttavia non va sottaciuto 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 secondo cui i contratti bancari devono essere redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti (Cass., 12.9.2016, n.17923). I quali, ove non abbiano ricevuto il documento o ne abbiano perduto il possesso, possono comunque ottenerlo facendone richiesta alla banca ai sensi dell'art.119 TUB e, nel caso di richiesta inevasa, possono se del caso acquisirlo nel corso del procedimento per ordine del Giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c., applicabile analogicamente avanti all'Arbitro Bancario.
Sulla base di quanto finora illustrato, deve concludersi perciò che il ricorrente che non sia comunque riuscito a fornire la prova dei fatti (costitutivi) rilevanti e controversi posti a base della domanda, non può risultare vittorioso, sempreché alla carenza probatoria non abbia sopperito l'altra parte o non sia marginalmente applicabile a carico della resistente il criterio di vicinanza della prova, ove specificamente giustificato dalla ineguaglianza dei contendenti nelle "concrete" possibilità di accesso al documento (sul punto v. la decisione del Collegio di Napoli, n.6597/2013; e le decisioni del Collegio di Roma nn. 7106/2015 e 7139/2015). Stabilire però quando questo esito si realizzi non è possibile in astratto e dunque spetta ai singoli Collegi risolvere prudentemente la singola controversia alla luce dei principi dinanzi ricordati.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
FLAVIO LAPERTOSA