

## IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- |   |  |
|---|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro                    | Presidente (Estensore)                                 |
| - Prof. Avv. Emanuele Cesare Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia                  |
| - Avv. Maria Elisabetta Contino                 | Membro designato dalla Banca d'Italia                  |
| - Prof. Avv. Nicola Rondinone                   | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario |
| - Prof. Avv. Andrea Tina                        | Membro designato dal C.N.C.U.                          |

nella seduta del 29 gennaio 2013, dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica

### FATTO

Nel proprio ricorso all'ABF il ricorrente lamenta la mancata escussione della fideiussione prestata dal Convenuto a favore di una società risultata inadempiente agli obblighi contrattualmente assunti e poi fallita. In particolare, evidenzia che il resistente non ha mai dato alcun riscontro alle numerose comunicazioni inviategli per la soddisfazione del credito.

Pertanto il Ricorrente chiede all'ABF l'accertamento del proprio diritto nei confronti del Convenuto.

Il convenuto non ha dato riscontro al primo reclamo che risulta da esso ricevuto in data 18.06.2012; mentre il reclamo successivo del 20.08.2012 è tornato al mittente per "*compiuta giacenza*".

Mancando l'evidenza dell'invio del ricorso all'Intermediario da parte del Ricorrente, la Segreteria tecnica ha provveduto - ex Sez. VI, § 1. comma 5 - alla trasmissione dello stesso (nota n. 1019404/12 del 30.11.2012) all'indirizzo risultante dall'elenco generale di cui all'art. 106 - Sezione ex art. 155, comma 4 - T.U.B. (cd. Confidi minori) e confermato dalla visura camerale. Tale comunicazione è tornata al mittente con causale "*destinatario irreperibile*".

### DIRITTO

In riferimento al ricorso in esame il Collegio è chiamato a decidere quale sorte debbano avere i ricorsi rivolti ad un intermediario che sia divenuto irraggiungibile.

I termini essenziali di tale tematica sono dati da un lato dal rispetto del principio del contraddittorio che nelle sua portata generale guida anche le decisioni dell'ABF; dall'altro lato si debbono tener presenti in primo luogo il carattere obbligatorio, per gli intermediari, dell'adesione al sistema ABF, carattere imposto dalla norma primaria espressa nell'art. 128-bis, c. 1°, TUB; ed in secondo luogo le chiarificazioni circa la posizione del sistema



ABF nell'ordinamento generale apportate dalla Ord. n. 218 del 21 luglio 2011 della Corte Costituzionale.

A quest'ultimo riguardo giova ricordare come la Corte abbia chiarito che i Collegi dell'ABF difettano dei requisiti soggettivi ed oggettivi tipici, come enucleati da costante giurisprudenza costituzionale, che denotano l'esercizio della potestà giurisdizionale.

Ciò implica che il sistema formale delle notificazioni processuali, e quindi anche le regole specifiche di cui all'art. 140 c.p.c., non sono direttamente applicabili al procedimento avanti l'ABF.

In riferimento alla regola fondativa di cui al 1° comma dell'art. 125-bis TUB che impone agli intermediari l'obbligo di partecipazione al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela, si deve osservare come sia agevole dedurre che istituendosi *ex lege* un reticolo di rapporti obbligatori, il sottrarsi mediante la irreperibilità, o la mancata collaborazione, agli obblighi di leale partecipazione al sistema ABF si configura come inadempimento ed una regola generale dell'ordinamento giuridico prevede che l'inadempiente non possa trarre vantaggio dal proprio inadempimento.

Si deve quindi constatare che il sistema ABF non è un sistema di amministrazione della *jurisdictio*, è però un sistema obbligatorio per gli intermediari che si giustifica in riferimento alla sicura possibilità che legge conformi l'esercizio dell'attività di impresa - nel caso di impresa di intermediazione bancaria o finanziaria - anche nella dimensione dei rapporti di ogni impresa con il suo mercato e la sua clientela essendo tale dimensione niente affatto estranea alla nozione di impresa e di attività economica. Pertanto, se non configurabile, almeno in termini generali, un obbligo per la parte destinataria di una notifica processuale di rendersi reperibile, ciò non vero nel caso di partecipazione obbligatoria ad un sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie con la clientela, perché in questo secondo caso si tratta di una obbligazione *ex lege* o *ex contractu*, o, meglio, da una integrazione *ex lege* del contratto, ma che in ogni caso inerisce ad un rapporto giuridico preesistente tra l'intermediario ed il cliente, ed è ovvio che nell'adempimento delle obbligazioni ciascuna parte deve comportarsi secondo le regole della correttezza, giusta la regola fondamentale di cui all'art. 1175 c.c.

Pertanto è esigibile dal partecipante al sistema ABF l'adempimento di quanto deriva dall'obbligo di correttezza e buona fede e non solo di quanto le norme, primarie e secondarie, che reggono il sistema stesso specificatamente prescrivono.

Ciò posto, è da osservare però che la situazione di irreperibilità constatata mediante gli avvisi di mancato recapito dell'agente postale non dimostra di per sé sola la condotta inadempiente dell'intermediario. E' necessaria un'analisi più approfondita.

Al riguardo giova richiamare quanto stabilito dalla Corte di Cassazione in riferimento alla, per certi versi analoga, anche se non direttamente applicabile, materia delle notificazioni processuali. In tale ambito la Corte di Cassazione ha opportunamente istituito una distinzione tra l'ipotesi in cui dall'avviso di ricevimento e dalle annotazioni che l'agente postale vi appone quando lo restituisce al mittente, può emergere che la missiva non sia stata consegnata per trasferimento o decesso del destinatario o per qualsivoglia altra causa da cui si desuma che l'atto non è pervenuto nella sfera di conoscibilità di lui; e le ipotesi in cui dai medesimi documenti non emergano ragioni ostative alla presunzione che la stessa sia pervenuta nella sfera di conoscibilità del destinatario.

Tale distinzione appare particolarmente opportuna quando si tratti di valutare non la validità di un atto di notificazione, ma l'adempimento di un obbligo di comportarsi secondo correttezza, perché l'impossibilità di ricevere notizia del recapito di una missiva, come nel caso di trasferimento o di decesso, vale evidentemente come causa di estinzione dell'obbligazione di collaborare lealmente al funzionamento del sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Viceversa quando non si evidenzino alcuno degli anzi detti



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

fatti ostativi al perfezionarsi della ricezione, la irreperibilità dell'intermediario destinatario non vale a privare il cliente mittente dei suoi diritti ad ottenere da un Collegio ABF l'accertamento richiesto.

Ciò posto, si deve dire che sotto il profilo sostanziale un Collegio dovrebbe essere accecato per non comprendere che nel caso di specie si è di fronte ad una entità che sta facendo del suo rendersi uccel di bosco l'unica ed antiggiuridica ragione per non onorare le garanzie rilasciate.

Può essere dubbio che in tale situazione l'accertamento richiesto dal ricorrente possa ricevere una qualche efficacia, ma ciò non è motivo per negare l'esistenza di un diritto che le circostanze complessive del caso rendono di palmare evidenza.

### **PQM**

**Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l'intermediario è tenuto a onorare la garanzia fideiussoria.**

**Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e al ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
ANTONIO GAMBARO