

## COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) ORLANDI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SPENNACCHIO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(MI) TINA	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore ORLANDI MAURO

Nella seduta del 20/01/2015 dopo aver esaminato:

- il ricorso e la documentazione allegata
- la relazione della Segreteria tecnica

### FATTO

Espone la ricorrente di aver, il 1° settembre 2011, sottoscritto con un'impresa edile un contratto preliminare di compravendita di un immobile da costruire su un terreno di proprietà della predetta impresa edile. L'inizio dei lavori di costruzione dell'immobile era fissato per il mese di ottobre 2011, mentre la stipulazione del contratto definitivo sarebbe avvenuta "*indicativamente*" entro il mese di gennaio 2013, dopo che la ricorrente avesse provveduto al versamento integrale del prezzo di acquisto. Tale prezzo era fissato in euro 230.000,00, di cui euro 5.000,00 da corrispondere alla stipulazione del contratto preliminare "*a titolo di caparra confirmatoria*" (si disponeva che l'IVA sul predetto importo sarebbe stata versata al momento della stipula del definitivo), euro 15.000,00 + IVA da corrispondere entro il 5 settembre 2011 "*a titolo di acconto*" e infine euro 210.000,00 + IVA da corrispondere alla stipulazione del contratto definitivo "*a titolo di saldo, anche con l'intervento dell'istituto mutuante*". L'impresa edile, inoltre, si impegnava a consegnare alla ricorrente una fidejussione rilasciata a garanzia delle somme versate. Il contratto preliminare di compravendita veniva quindi registrato in data 13 settembre 2011 (doc. 1). In adempimento del contratto preliminare di compravendita, la ricorrente corrispondeva all'impresa edile, a mezzo assegno bancario, i seguenti importi: euro 5.000,00 in data 1° settembre 2011 a titolo di caparra confirmatoria, euro 15.600,00 in data 5 settembre 2011



a titolo di acconto ed euro 2.080,00 in data 5 novembre 2012, a titolo di ulteriore acconto. Rispettivamente in data 5 settembre 2011 e in data 5 novembre 2012 l'impresa edile emetteva fatture dichiarando l'avvenuto versamento degli acconti.

In data 25 febbraio 2013, l'intermediario convenuto rilasciava alla ricorrente una fidejussione a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte dall'impresa edile in favore della ricorrente stessa in seguito alla stipulazione del contratto preliminare di compravendita. Il periodo di validità della fidejussione era 25 febbraio 2013 – 31 dicembre 2013. L'importo massimo garantito era di euro 22.680,00.

L'impresa edile non ultimava l'immobile. Nel luglio 2013, la ricorrente contattava telefonicamente l'intermediario e otteneva conferma del fatto che il premio della fidejussione era stato pagato e, pertanto, essa doveva ritenersi valida ed operante.

La ricorrente, in seguito ad una verifica presso l'archivio ufficiale delle CCIAA, apprendeva dell'esistenza di protesti in capo all'impresa edile per euro 340.699,76, *“con un susseguirsi negativo da dicembre 2012 ad oggi”*. Con raccomandata del 22 novembre 2013, ne dava comunicazione all'intermediario convenuto, aggiungendo che la predetta impresa non aveva ancora proceduto alla stipula dell'atto notarile di compravendita dell'immobile. In seguito a visura camerale effettuata in data 10 dicembre 2013, la ricorrente apprendeva inoltre che l'impresa edile, in data 25 novembre 2013, aveva presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo e che, in data 29 novembre 2013, il Tribunale aveva concesso il termine di 60 giorni per la presentazione della proposta di cui all'art. 161 LF. In data 12 dicembre 2013, la ricorrente, a mezzo procuratore, presentava domanda di escussione della fidejussione. In data 20 gennaio 2014, l'intermediario riscontrava negativamente il ricorso, precisando che l'impresa edile non aveva *“mai prestato ipoteca a favore della scrivente società su beni propri o di terzi del valore perlomeno pari alla garanzia prestata. Pertanto, tenuto conto di quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 10 delle condizioni generali di garanzia disciplinanti l'atto di fidejussione in oggetto, non essendosi avverata tale condizione sospensiva”* declinava la richiesta di pagamento. In data 4 aprile 2014, il curatore comunicava alla ricorrente che l'impresa edile era stata dichiarata fallita in data 10 marzo 2014 e la invitava a presentare domanda di ammissione al passivo.

Non ritenendo ammissibile che una fidejussione *“non venga onorata per cause non imputabili certamente al beneficiario della polizza, il quale, pur chiedendo, non poteva certamente avere notizie sull'avverarsi dell'art. 10 ultimo comma appellato [dall'intermediario] per il non pagamento, tenuto conto delle disposizioni in materia di privacy”*, la ricorrente si rivolgeva all'ABF.

L'intermediario risulta contumace.

La ricorrente formula la seguente domanda: *“chiedo il vostro intervento e parere in quanto non è secondo me ammissibile che la fidejussione non venga onorata per cause non imputabili certamente al beneficiario della polizza”*.

## DIRITTO

In primo luogo, pare al Collegio che la ricorrente chieda l'accertamento dell'esigibilità e la correlativa escussione della fideiussione. Tale sembra l'unico senso razionale della formulazione della domanda, la quale fa seguito alla richiesta stragiudiziale di escussione, cui la banca ha dato risposta negativa.

Nel merito, vengono in rilievo due profili. Da un lato, la validità della fideiussione, resa da una confidi; d'altro lato, l'eventuale inesigibilità della garanzia per mancato avveramento d'una condizione sospensiva.



Muoviamo dal tema della validità. L'intermediario appartiene ai c.d. confidi, iscritti nella sezione dell'elenco generale ai sensi dell'art. 155, comma 4, del T.U. bancario. Giova rammentare che il tema è affrontato anche nella *nota della Banca d'Italia del 7 ottobre 2011 – Chiarimenti in materia di rilascio di garanzie*, la quale chiarisce che *“i confidi iscritti ai sensi dell'art. 155, comma 4, del TUB nell'apposita sezione dell'elenco generale, possono svolgere esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi che consiste nella “prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie” volta a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese associate al credito di banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario (art. 13, comma 1, del D.L. n. 269/2003 convertito nella L. n. 326/2003) nonché attività connesse e strumentali. A tali operatori è pertanto vietato l'esercizio di prestazioni di garanzie diverse da quelle indicate e, in particolare, nei confronti del pubblico, nonché l'esercizio delle altre attività riservate agli intermediari finanziari”*. *“Su tali operatori la Banca d'Italia svolge la sola attività di censimento e di riscontro, nella fase di accesso, dei requisiti previsti dalla legge; essi sono espressamente sottratti all'applicazione delle disposizioni del Titolo V del TUB relative agli intermediari finanziari e la loro operatività non è sottoposta al regime di vigilanza prudenziale della Banca d'Italia”*. Si tratta, dunque, di stabilire se l'abusiva stipulazione di garanzia in favore di un terzo implichi la nullità del contratto. Con riguardo al profilo dell'invalidità virtuale da abuso, reputa il collegio di aderire alla chiara giurisprudenza della Cassazione civile, sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725 secondo cui *“in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. nullità virtuale), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art.6, l. n. 1/1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (...); in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità”*. Tale indirizzo è, peraltro, coerente con il generale divieto di venire *contra factum proprium*, sicché in ogni caso non parrebbe ammissibile per il garante far valere la nullità di un contratto che egli stesso ha stipulato. Sicché il contratto deve reputarsi valido ed opponibile al garante.

Neppure sindacabile, in questa sede, appare il profilo dell'esigibilità per mancato avveramento della condizione. L'ultimo comma dell'art. 10 del contratto di fidejussione 25 febbraio 2013 prevede che *“il contraente – ossia il debitore principale (ndr) – si obbliga a prestare garanzie ipotecarie a favore delle Società sui beni, anche di terzi, del valore perlomeno equivalente alla garanzia prestata, che non spiega alcun effetto giuridico fino all'avvalersi di tale condizione”*. Anche a voler interpretare questa non perspicua clausola come condizione sospensiva, appare precluso al collegio di valutare la inesigibilità dell'obbligazione di garanzia in difetto di specifica *exceptio* del debitore, al quale ultimo è demandato in via esclusiva di far valere le cause di inesigibilità in giudizio.

Si tratta qui non già di un vizio strutturale del titolo, il quale è rimesso alla rilevanza officiosa del giudice; bensì di una semplice causa di inesigibilità, la quale non incide sulla validità del titolo e rifluisce perciò nel generale principio dispositivo del processo.



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

In difetto di eccezione di parte (l'intermediario risulta contumace), il Collegio non può d'ufficio rilevare cause di mera inesigibilità. Ne discende che allo stato la garanzia deve reputarsi efficace ed opponibile al garante.

### **PER QUESTI MOTIVI**

**Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma prevista dalla 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 alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
FLAVIO LAPERTOSA