

COLLEGIO DI COORDINAMENTO

composto dai signori:

(CO) MASSERA	Presidente
(CO) LAPERTOSA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(CO) MARINARI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(CO) RUPERTO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(CO) TINA	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore ESTERNI - RUPERTO

Nella seduta del 03/02/2016 dopo aver esaminato:

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

FATTO

Col ricorso introduttivo del procedimento, la ricorrente ha affermato:

- di aver sottoscritto, in data 15.04.2014, in qualità di beneficiaria, un contratto con il quale l'intermediario resistente assumeva l'obbligo di garantirla per la somma massima di Euro 32.500 nel caso di inadempimento del terzo conduttore di un immobile di sua proprietà;
- di aver escusso la garanzia in data 8.10.2014, a seguito dell'inadempimento del terzo al contratto di locazione;
- che l'intermediario, in data 28.10.2014, rifiutava di adempiere al contratto sostenendo che esso non si sarebbe mai perfezionato, o comunque si sarebbe risolto a causa del mancato adempimento, da parte della beneficiaria (ora ricorrente), agli obblighi

e agli oneri previsti dagli artt. 6 e 8 del contratto di garanzia;

- che le clausole previste dall'art. 8 del contratto di garanzia sarebbero nulle o inefficaci in quanto vessatorie e non accettate espressamente ai sensi dell'art. 1341 c.c.;
- che, in ogni caso, la natura degli oneri di comunicazione posti a carico del beneficiario della garanzia avrebbe imposto al garante (l'intermediario resistente) di avvertire il beneficiario della necessità di adempiervi dopo la sottoscrizione del contratto;
- che, di conseguenza, l'intermediario è tenuto ad adempiere al contratto, corrispondendogli la somma di 32.500 Euro.

L'intermediario ha affermato nelle controdeduzioni:

- che intende sottoporre la controversia insorta con la ricorrente al Giudice Ordinario;
- che, a tal fine, ha promosso un procedimento di mediazione presentando una domanda presso un organismo di mediazione;
- che, di conseguenza, il procedimento pendente avanti l'ABF deve essere dichiarato improcedibile.

L'intermediario non ha invece proposto difese nel merito.

Il Collegio di Milano, nella riunione del 1° dicembre 2015, ha rilevato: **(i)** il problema di stabilire se questo Arbitro possa pronunciarsi nel merito di una controversia sottoposta al suo giudizio anche quando l'intermediario fosse sì iscritto nel relativo elenco (o albo) al giorno della presentazione del ricorso, ma nelle more del giudizio sia stato poi cancellato (come accaduto in questo caso); e **(ii)** la difformità di orientamenti emersi nei Collegi ABF in ordine alla validità ovvero alla invalidità-nullità del contratto di garanzia concluso da un confidi in violazione dei limiti che la disciplina di settore pone alla sua operatività. Ha quindi rimesso l'esame del ricorso al Collegio di Coordinamento.

DIRITTO

Occorre evidenziare, in linea preliminare, che il confidi resistente è stato cancellato dall'elenco dei confidi minori in data successiva alla presentazione del ricorso di cui qui si tratta. Tale ultima circostanza consente di affermare la procedibilità del ricorso, atteso che

il momento rilevante a tali fini è quello della data di presentazione del ricorso e della sussistenza, a tale data, dell'iscrizione del convenuto in uno degli albi di cui agli artt. 13, 114-bis, 114-septies TUB o negli elenchi di cui agli articoli 106, 107 TUB (nel testo previgente alla riforma introdotta con D. Lgs. n. 141/2010). Il Collegio territoriale rimettente dubita, invero, in ordine alla condivisibilità di detta soluzione in quanto, rispetto agli intermediari cancellati, non si darebbe la possibilità di ottenere una “*pronuncia utiliter data e concretamente opponibile*”. Sennonché la perdurante responsabilità dell'intermediario già dà ragione dell'attuale sottoposizione a questo procedimento, che si innesta nell'ambito dei sistemi di conciliazione e mediazione di cui al d.lgs. 28/2010.

Sempre in linea preliminare, occorre prendere in esame anche l'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dall'intermediario, stante l'avvenuta instaurazione, ai sensi del d.lgs. n. 28/2010, di un procedimento di mediazione, su istanza dello stesso intermediario.

L'eccezione non merita accoglimento per le seguenti ragioni.

A norma delle “*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*”, “*Non possono altresì essere proposti ricorsi inerenti a controversie rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge (ad esempio, decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28) promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito*” (Sezione I, art. 4), e “*Il Collegio, d'ufficio o su istanza di parte, dichiara l'interruzione del procedimento qualora il ricorrente, in relazione alla medesima controversia, comunichi di aver promosso o di aver aderito a un tentativo di conciliazione o mediazione ai sensi di norme di legge*” (Sezione VI, art. 2).

Ciò premesso, risulta dall'esame dell'istanza versata in atti dalla resistente che la domanda diretta ad avviare il procedimento di mediazione è stata presentata in un momento successivo rispetto al deposito del ricorso introduttivo del presente procedimento. Di talché, la interruzione del procedimento dinanzi all'ABF richiede che il ricorrente comunichi di aver promosso – egli stesso – la mediazione ovvero di avere prestato adesione alla mediazione avviata dalla controparte. Condizioni, queste, che non

si sono verificate nel caso di specie, o di cui, comunque, non v'è prova. Invero, la condotta tenuta dalla ricorrente, che, a fronte della circostanza dedotta dall'intermediario, ha evidenziato che il proprio ricorso all'ABF è stato proposto anteriormente alla domanda di mediazione e che i due procedimenti, nella materia in questione, sono alternativamente esperibili, a scelta delle parti, muove in senso contrario all'adesione.

Nel merito, la questione si incentra sulla circostanza che, non essendo stata adempiuta l'obbligazione garantita mediante la fideiussione rilasciata dal confidi resistente, la ricorrente esige il pagamento della relativa indennità.

Si pone tuttavia il problema preliminare della validità del contratto di fideiussione di cui si tratta, essendo tale validità il presupposto di ogni domanda tesa a ottenere l'adempimento delle obbligazioni che ne derivano.

A tale proposito, si deve anzitutto rilevare che l'intermediario resistente era iscritto nell'elenco dei confidi previsto dall'art. 112, 1° comma, t.u.b. (e già dal previgente art. 155, 4° comma, t.u.b.).

L'art. 112, 1° comma, t.u.b., statuisce che i confidi esercitano *«in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali»*. Ai sensi dell'art. 13 (*Disciplina dell'attività di garanzia collettiva dei fidi*), 2° comma, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326, *«I confidi, salvo quanto stabilito dal comma 32, svolgono esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi e dei servizi a essa connessi o strumentali, nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legge»* (sottolineature aggiunte). Il comma 32 del predetto articolo di legge si riferisce ai confidi iscritti nell'elenco speciale di cui al previgente art. 107 t.u.b., oggi corrispondente all'albo degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b.: esso non rileva pertanto ai fini del presente giudizio, dato che, come si è già rilevato, l'intermediario resistente era iscritto invece nell'elenco dei confidi previsto dall'art. 112, 1° comma, t.u.b. (e già dal previgente art. 155, 4° comma, t.u.b.).

Secondo i *Chiarimenti in materia di rilascio di garanzie* resi il 7 ottobre 2011 dalla Banca d'Italia, *«[...] 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 [...], 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».

Ne consegue che ai confidi è vietato dalla legge di rilasciare una fideiussione a garanzia dei canoni di locazione dovuti da un consorzio. Tale garanzia, infatti, è oggettivamente finalizzata non già a favorire l'accesso al credito, bensì a garantire i diritti contrattuali del locatore.

Nella fattispecie, l'intermediario resistente ha agito in un ambito che gli era precluso dalla legge, con potenziale rilevanza della sua condotta ai fini della configurabilità del reato di abusiva attività finanziaria ex art. 132 TUB. Oggetto della controversia è, infatti, un rapporto di garanzia individuale (e non collettiva) connesso ad un contratto di locazione (e non di credito) prestato a favore di un soggetto non bancario.

Ciò posto, occorre interrogarsi in ordine alle conseguenze che la violazione di tali norme comporti sul piano civilistico, con particolare riguardo alla validità della garanzia rilasciata dal confido resistente. Del resto, si tratta di un rilievo officioso cui il Collegio è sicuramente abilitato nel caso di specie, dal momento che, come s'è anticipato, la questione della validità del titolo contrattuale costituisce un presupposto logico necessario per potere eventualmente dichiarare l'intermediario tenuto ad adempiere l'obbligazione da esso derivante.

In effetti, nella giurisprudenza dei Collegi ABF è emersa difformità di indirizzi.

Secondo un primo orientamento, conseguenza della inosservanza dei limiti che la legge impone all'operatività dei confidi non può che essere la nullità del contratto concluso in violazione, quale è la fideiussione che la ricorrente vuole giustappunto qui azionare. Si evidenzia al riguardo che la *"conclusione di un contratto rientrante nell'ambito di un'attività riservata da parte di un soggetto che non è autorizzato al suo svolgimento, infatti,*

determina necessariamente la nullità di quel contratto ex art. 1418 c.c. (cons. Cass. 7 marzo 2001, n. 3272; e, per un caso analogo a quello in esame, Collegio di Milano, decisione n. 1896 del 28 marzo 2014). Non potendo il contratto nullo dispiegare alcun effetto, non è evidentemente possibile dichiarare l'intermediario tenuto al suo adempimento" (così, Collegio di Roma, dec. 8139/2014).

Il diverso e opposto orientamento richiama invece la giurisprudenza della Cassazione civile, sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 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",* oltre al più generale principio del 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, con la conseguenza che detto contratto deve reputarsi valido e opponibile al garante (v. Collegio di Milano, dec. 1893/2015).

L'esame deve muovere dall'art. 1418, primo comma, cod. civ., a norma del quale la nullità (virtuale) riguarda il contratto *"contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente"*. L'invalidità del negozio postula dunque un duplice passaggio logico, poiché l'indagine deve toccare: in primo luogo, il carattere imperativo del precetto violato

mediante la conclusione del contratto; e, in secondo luogo, eventuali previsioni che valgano a escludere la sanzione della nullità.

Sotto il primo punto di vista, pur non essendo necessario indugiare sul controverso rapporto tra imperatività e inderogabilità, occorre, ciò nondimeno, appuntare l'attenzione su alcuni 'indici' rivelatori del carattere imperativo di una norma, quali, per esempio, la strumentalità al perseguimento dell'interesse pubblico ovvero la medesima inderogabilità di essa.

Non acquista rilevanza decisiva, sotto questo punto di vista, la circostanza che la conclusione del contratto possa integrare una fattispecie di illecito penale, atteso che detta eventualità non importa, di per sé sola, la invalidità del negozio, specialmente là dove l'accordo non incida direttamente sulla *ratio* del precetto penale.

L'esigenza cui il carattere imperativo della norma è funzionale merita qualche attenzione in più poiché il tema si lega strettamente con l'inciso "*salvo che la legge disponga diversamente*" di cui all'art. 1418, primo comma, cod. civ. La deroga alla nullità virtuale, infatti, non si esprime in una espressa clausola di 'salvezza' del contratto concluso in violazione della norma imperativa. Del resto, se così fosse, la nullità (nei casi non coperti dalla deroga espressamente prevista) sarebbe testuale e nemmeno varrebbe interrogarsi sulla imperatività del precetto.

Alla 'salvezza' del negozio, invece, può giungersi sulla scorta di ulteriori indici normativi, di talché la nullità andrebbe esclusa ogni qualvolta la legge assicuri la effettività della norma imperativa violata (ossia il soddisfacimento della specifica *ratio* di essa) mediante rimedi diversi rispetto alla invalidità del negozio.

Come è stato già osservato, i limitati ambiti di operatività riconosciuti ai confidi danno ragione dei controlli meno incisivi, cui essi sono soggetti, rispetto non solo alla vigilanza prudenziale che caratterizza l'attività bancaria in senso stretto, ma anche a quella relativa agli intermediari finanziari. A fronte di ciò e, in particolar modo, del divieto di rilasciare garanzie a beneficio del pubblico, la invalidità del contratto, la cui contrarietà alle norme imperative anzidette tende ad approssimare finanche la impossibilità giuridica dell'oggetto (e dunque la nullità 'strutturale'), non sembra trovare idonea alternativa nelle sanzioni

penali ovvero – come è accaduto nel caso di specie – nel successivo provvedimento di ritiro dell'iscrizione comminato al confidi.

Del resto, le ragioni poste a supporto dell'orientamento che postula la perdurante validità del contratto non sono del tutto convincenti e, pertanto, paiono superabili.

Esse, invero, ruotano intorno alla distinzione tra regole di comportamento e regole di validità e alle ben note sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007, rese dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Esse concernono la violazione di regole (inderogabili) di comportamento, con particolare riguardo ai doveri di protezione e di informazione nella fase prenegoziale ed esecutiva. Ipotesi affatto diversa dalla speciale capacità richiesta dalla legge per la stessa conclusione del negozio. Né si potrebbe ridurre i limiti operativi imposti ai confidi dalla disciplina di settore a mero dovere di informare il cliente sul superamento del limite. Se, infatti, una tale condotta valesse a escludere la invalidità del contratto, si finirebbe per trasformare una norma da imperativa a dispositiva, frustrando la stessa esigenza di tutela del beneficiario della garanzia che invece è alla base degli anzidetti limiti operativi. Del resto, se è vero – come insegna la giurisprudenza della Cassazione – che l'inosservanza di doveri comportamentali è fonte di responsabilità anche nel caso di validità del contratto successivamente concluso, è altrettanto vero che la responsabilità precontrattuale ex art. 1338 cod. civ. presuppone, e non supera, la invalidità del negozio.

Inoltre, si deve rilevare che le sentenze delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, alle quali esplicitamente si ispira il descritto orientamento di taluni Collegi ABF, chiariscono che *«l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità del disposto dell'art. 1418, 1° comma, c.c. è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono sicuramente ricomprese anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalla legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge*

eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni – se così può dirsi – ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo».

Alla luce di quanto sin qui osservato, si deve pertanto ritenere che, ai sensi dell'art. 112, 1° comma, t.u.b., fosse vietato all'intermediario resistente, in quanto iscritto nell'elenco dei confidi previsto dall'art. 112, 1° comma, t.u.b. (e già dal previgente art. 155, 4° comma, t.u.b.), di stipulare il contratto di fideiussione oggetto del presente giudizio. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c., tale contratto è stato stipulato in violazione di una norma imperativa ed è pertanto affetto da nullità.

Nella delineata prospettiva, non può tuttavia trascurarsi di considerare che l'accertata nullità si rifletterebbe in un ingiusto pregiudizio per la ricorrente, il quale perderebbe il diritto all'indennizzo per una violazione di norme, perpetrata attraverso la stipulazione del contratto, cui egli non ha dato causa.

Pertanto, ad avviso del Collegio, l'affidamento riposto dalla ricorrente nella validità del contratto appare meritevole di un'incisiva tutela. E tale non sarebbe quella, ricavabile dal diritto comune, conseguente a un'eventuale domanda risarcitoria (peraltro non proposta dalla ricorrente), la quale, ai sensi dell'art. 1338 c.c., rileverebbe alla stregua di ipotesi di responsabilità da *culpa in contrahendo* e potrebbe pertanto tenere indenne il creditore garantito soltanto dalla lesione del c.d. interesse negativo, con un risarcimento che, in un caso come quello di specie, sarebbe prossimo allo zero.

A una tutela dotata di maggior grado di effettività può invece giungersi facendo ricorso al canone applicativo della *analogia iuris*. Non è infatti estranea al nostro ordinamento giuridico l'esistenza di un principio, ormai reputabile come generale, disciplinante la nullità contrattuale, che ne limita l'accertamento ai casi in cui da quest'ultimo non riverberino conseguenze pregiudizievoli nella sfera giuridica del contraente che a quella nullità non ha dato causa.

Tale esigenza di particolare tutela ha ispirato l'introduzione nel nostro sistema, a partire dagli novanta dello scorso secolo, delle così dette nullità di protezione, orientate principalmente alla salvaguardia degli interessi del consumatore, ma, più in generale, del contraente che, rispetto al rapporto instaurato, viene a trovarsi, incolpevolmente, in una condizione deteriore.

Il rimedio della nullità, infatti, comporta l'accertamento della inefficacia *ab origine* dell'atto viziato, il quale si considera come se non fosse mai stato stipulato, con conseguenze, quali la ripetibilità dei pagamenti eseguiti o l'inesigibilità delle prestazioni pattuite dalle parti, spesso pregiudizievoli per uno dei contraenti, che avrebbe interesse di gran lunga maggiore all'esecuzione del contratto piuttosto che all'accertamento della sua inefficacia *ab origine*.

Nel quadro delle regole da cui sembra potersi ricavare il principio generale dianzi enunciato, sembra potersene individuare in particolare una che, ad avviso del Collegio, rivela una *ratio* agevolmente adattabile al caso di specie. Infatti, l'art. 167 del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 209/2005), a fronte della invalidità più radicale sancita nel comma 1, ai sensi del quale «È nullo il contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata o con un'impresa alla quale sia fatto divieto di assumere nuovi affari», stabilisce, nel comma 2, che «La nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato [...]». Pur nella consapevolezza della diversità dello strumento tecnico-normativo con cui, nelle due ipotesi (servizi bancari e finanziari, assicurazioni), si giunge alla pronuncia invalidante, trattandosi di nullità virtuale nel primo caso, testuale nel secondo, ad avviso del Collegio non sembra potersi negligere l'identità di *ratio* che, sotto il profilo dell'interesse ad agire, accomuna le due ipotesi, attesa l'esigenza imprescindibile di assicurare una tutela effettiva al contraente, il quale alla nullità non ha dato causa, rispetto alla sua controparte, autrice della violazione della norma imperativa invalidante il negozio concluso.

Nella cennata prospettiva, la tutela invocata dalla ricorrente, che, ben lungi dall'agire per la nullità, chiede l'adempimento della prestazione oggetto del contratto, presupponendo quindi la sua validità, appare meritevole di considerazione e non può che condurre

all'accoglimento della domanda.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente l'importo di euro 32.500,00, oltre interessi legali dalla data del reclamo al saldo.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e alla parte ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MAURIZIO MASSERA