

Civile Ord. Sez. 6 Num. 23611 Anno 2019

Presidente: SCALDAFERRI ANDREA

Relatore: DOLMETTA ALDO ANGELO

Data pubblicazione: 23/09/2019

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 8301-2018 proposto da:

FALLIMENTO N. 712/2013 CONSORZIO DI GARANZIA SOCIETÀ
COOPERATIVA ARL, in persona del Curatore, elettivamente
domiciliato in _____)

_____ ; che lo rappresenta e
difende;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO ZENITH SPA, in persona del Curatore pro
tempore, elettivamente domiciliato in _____)

_____ ;

- controricorrente -

avverso il decreto n. 484/2018 del TRIBUNALE di ROMA,
depositato il 02/02/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 14/05/2019 dal Consigliere Relatore Dott. ALDO ANGELO DOLMETTA.

FATTO E DIRITTO

1.- Il Fallimento della s.p.a. Zenith ha chiesto di essere ammesso al passivo fallimentare della soc. coop. Consorzio di Garanzia. Ha titolato la richiesta in una fideiussione prestata a suo favore (con la diversa denominazione di Greci Geremia & Figli s.p.a. in concordato preventivo) dalla società cooperativa *in bonis* a garanzia dell'adempimento di prestazioni derivanti da un contratto estimatorio.

2.- Il giudice delegato ha respinto la richiesta, rilevando in particolare che l'istante «fonda la propria domanda di ammissione al passivo sulla fideiussione rilasciata dalla fallita. La stessa, invero, risulta priva dei requisiti di legge in quanto emessa da società non inserita nell'albo speciale di cui all'art. 107 TUB, rivestendo la qualità di confidi di 1° livello. Il Consorzio di garanzia, infatti, non annovera nella propria compagine sociale altri confidi, non poteva fornire garanzie fideiussorie a soggetti esterni al consorzio e i soli beneficiari delle garanzie rilasciate dalla società *in bonis* potevano essere unicamente banche ovvero intermediari autorizzati a concedere finanziamenti (cfr. art. 13 d.l. n. 269/2003). Conseguentemente, alla luce della rilevanza pubblica dell'albo in questione e, pertanto, del mancato inserimento del consorzio all'interno di esso, era nella facoltà dei soggetti beneficiari verificare autonomamente la sussistenza dei requisiti di legge, che in tali circostanze, si ribadisce, risultano del tutto assenti».

3.- Il Fallimento della s.p.a. Zenith ha presentato opposizione ex art. 98 ss. legge fall. avanti al Tribunale di Roma. Che la ha accolta con decreto depositato in data 2 febbraio 2018, così ammettendo al passivo il relativo credito.

4.- Ha osservato in particolare il Tribunale che «nella denominazione sociale in calce alla polizza fideiussoria si legge chiaramente: "Consorzio di Garanzia ... (*omissis*) ... consorzio per la garanzia mutualistica di fidi bancari e fideiussioni ai propri consorziati regolarmente autorizzato dalla Banca d'Italia»; che la fideiussione assunta dal Consorzio verso la s.p.a. faceva seguito a un contratto all'uopo stipulato con il Consorzio dal debitore principale (e parte del contratto estimatorio), che al medesimo risultava associato; che, in ragione delle sue caratteristiche, il Consorzio di Garanzia «non era obbligato all'iscrizione nell'albo speciale»; che, «in ogni caso, trattandosi di rilascio di fideiussioni a garanzia di crediti tra provati, quel che rileva è che la concessione delle fideiussione sia indicata nell'oggetto sociale. Nel caso di specie emerge dalla visura camerale che "nell'esercizio dell'attività di garanzia collettiva dei fidi possono essere prestate garanzie personali e reali"».

5.- Avverso questa decisione ha presentato ricorso per cassazione il Fallimento del Consorzio di Garanzia, affidandolo a due motivi.

Ha resistito, con controricorso, il Fallimento della Zenith.

6. Entrambe le parti hanno pure depositato memorie.

7.- I motivi di ricorso sono stati intestati secondo i termini qui in appresso riportati.

Primo motivo: «violazione e/o falsa applicazione delle norme di diritto e, in particolare, degli artt. 106 e 107 TUB, dell'art. 13

comma 1 d.l. n. 269/2003, convertito nella legge n. 326/2003 e dell'art. 155 comma 4 TUB».

Secondo motivo: «violazione e/o falsa applicazione delle norme di diritto e, in particolare, degli artt. 106 e 107 TUB, dell'art. 13 comma 1 d.l. n. 269/2003, convertito nella legge n. 326/2003 e dell'art. 155 comma 4 TUB, nonché dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.».

8.- Con questi motivi, il ricorrente assume, in sostanza, che il Consorzio di Garanzia è stato «iscritto nella sezione dell'elenco generale ai sensi dell'art. 155 comma 4 TUB» (come vigente all'epoca dei fatti in questione), rientrando così nell'ambito dei c.d. confidi «minori»; che i «soli beneficiari delle garanzie rilasciate dai confidi minori possono essere unicamente banche ovvero altri intermediari autorizzati a concedere finanziamenti»; che i «contratti sottoscritti tra privati (quale la fideiussione) così come l'oggetto sociale del Consorzio di Garanzia non possono in alcun caso surrogarsi e/o derogare alle norme inderogabili di cui al richiamato quadro normativo»; che perciò la fideiussione in questione «non è valida/efficace, non è idonea a provare l'esistenza del credito e, soprattutto, non è opponibile al Fallimento» del Consorzio; che la diversa ricostruzione del Tribunale romano si manifesta, oltretutto, «contrario alla *ratio*» della normativa sopra richiamata, nonché ai principi stabiliti nell'art. 12 preleggi.

9.- In relazione ai contenuti del ricorso proposto, il Collegio osserva che la recente pronuncia di Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760 ha affermato che «è nullo per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418 comma 1 cod. civ (c.d. nullità "virtuale"), il contratto di deposito a risparmio concluso con soggetto professionalmente dedito all'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ma privo

dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 TUB, stante la rilevanza del requisito soggettivo nella struttura dei contratti bancari, nei quali una delle parti è individuata indefettibilmente in una banca, e degli interessi pubblici sottesi alla riserva dell'attività bancaria alle imprese autorizzate, la cui tutela non può restare affidata esclusivamente alle sanzioni penali».

10.- Osserva altresì il Collegio che, peraltro, la fattispecie decisa dalla pronuncia n. 4760/2018 e quella qui in esame non risultano, tra loro, propriamente sovrapponibili.

La fideiussione non è un contratto «indefettibilmente bancario», né tale la considera il codice civile. La stessa non risulta corredata di una disciplina negoziale *ad hoc* allorché uno dei suoi contraenti sia una banca o altro soggetto autorizzato dal TUB, fuori che per le regole di trasparenza (titolo VI del TUB), che peraltro qui non vengono in rilievo. Per il resto, la disciplina legislativa di questa figura è identica tanto che la fideiussione sia prestata da una banca, quanto da un altro soggetto; e non diversamente avviene – è pure da aggiungere – nel caso in cui creditore garantito dalla fideiussione risulti essere una banca.

D'altro canto, seppur in via strettamente correlata al rilievo appena evidenziato, è anche da riscontrare che la fideiussione non propone – a differenza della figura del deposito bancario, che è stata oggetto di esame da parte della decisione di Cass., n. 4670/2018 – alternative negoziali di possibile conversione della fattispecie giudicata nulla: per la fideiussione risultando *a priori* non possibile, per l'appunto, il transito da peculiare negozio bancario a negozio di diritto comune, che in materia di deposito (da una parte, l'art. 1834; dall'altra, l'art. 1872 cod. civ.) è stato evidenziato da questa pronuncia.

★

11.- Fermato questo aspetto, va ora segnalato che, in materia di nullità virtuale ex art. 1418 comma 1 cod. civ. («il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente»), la giurisprudenza di questa Corte non ha mancato di sottolineare l'esigenza di procedere ad attente verifiche in ordine all'individuazione del rimedio da applicare in relazione alle svariate fattispecie che, in proposito, vengono a presentarsi: nella comune finalità di perseguire l'interesse pubblico, le norme imperative dando in effetti vita a un'amplessissima gamma di articolazioni strutturali e di specificità funzionali.

In questa prospettiva sono da ricordare, tra le altre, le sentenze di Cass., 12 ottobre 1982, n. 5270; di Cass., 1 agosto 1987, n. 6668; di Cass., 26 settembre 2016, n. 19196, per cui la formula normativa dell'art. 1418 comma 1 «impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche nel caso di inosservanza del precetto, abbia consentito la validità del negozio predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma».

Come pure sono da richiamare, pur sempre in via solo indicativa, le pronunce di Cass., 14 dicembre 2010, n. 25222; di Cass., 26 novembre 2007, n. 24623, per cui la nullità per violazione di norma imperative «va esclusa», oltre che «quando risulta prevista una diversa forma di invalidità», anche «quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi».

Nel solco di questa prospettiva e svolgendo le indicazioni così fornite, non appare inopportuno segnalare, poi, pure l'esigenza di verificare che il rimedio negoziale della nullità (con il bagaglio disciplinare assegnatole in via generale e comune dalla normativa di legge) risulti effettivamente coerente con la

finalità di interesse pubblico che la norma imperativa, che venga presa in apposita considerazione, intende specificamente perseguire.

12.- Con specifico riferimento alla fideiussione rilasciata dal Confidi in questione risulta perciò importante verificare, da un lato, il complesso delle conseguenze sanzionatorie, di tipo non negoziale, che lo svolgimento di attività non autorizzata - quale, *in thesi*, il rilascio indiscriminato di fideiussioni da parte di confidi autorizzato a prestarle solo a banche e intermediari finanziari - è per sé destinata a importare in capo al soggetto impresa e ai gestori della stessa.

Dall'altro, pure si deve verificare se la funzione dell'autorizzazione prevista dalla normativa TUB si spinga sino al segno di importare la nullità dei singoli atti negoziali che siano espressione attuativa dello svolgimento della non autorizzata attività. O se, invece, l'applicazione di un simile rimedio non venga in concreto a confliggere proprio con gli interessi per la cui tutela è stato prescritto il detto meccanismo autorizzatorio: quale in specie quello al corretto e ordinato svolgimento del mercato, pure a proposito della posizione dei destinatari diretti delle prestazioni offerte dalle imprese (al riguardo, non sembrerebbe da trascurare il significato che - sotto il profilo sistematico - potrebbe essere riconosciuto alla norma dell'art. 167 d.lgs. n. 209/2005, codice delle assicurazioni private, che, per il caso di «contratto di assicurazione stipulato da impresa non autorizzata», prevede una «nullità» che «può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato» e una disciplinata impernata, da un lato, sulla necessaria «restituzione dei premi pagati» e, dall'altro, sulla «non ripetibilità degli indennizzi e delle somme

eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati»).

13.- Posti lo spessore e la delicatezza dei problemi così segnalati, il Collegio rileva, ai sensi dell'art. 380 *bis*, comma 3, cod. proc. civ., di non potere ravvisare evidenze decisorie tali da consentire la definizione del ricorso presso la c.d. sezione filtro. Lo stesso deve pertanto essere avviato alla discussione in pubblica udienza, presso la sezione che è tabellarmente competente.

P.Q.M.

La Corte dispone la rimessione del ricorso alla pubblica udienza della Sezione Prima.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sesta Sezione, addì 14 maggio 2019.