

STUDIO DE POLI VENEZIA

LA FIDEIUSSIONE BANCARIA E LA
FIDEIUSSIONE AI SENSI DEL D.LGS. 122/2005

Prof. Avv. Matteo De Poli
Convegno SuperPartes
«Finanziamenti e Garanzie»
Montecchio Maggiore, 19 ottobre 2018

STUDIO DE POLI
VENEZIA

LA FIDEIUSSIONE BANCARIA

COME SI PRESENTA...

«Il Garante si obbliga a versare a prima richiesta quanto dovuto dal Debitore, nei limiti dell'ammontare massimo garantito, anche in caso di opposizione dello stesso, qualora il predetto Debitore manchi o soltanto ritardi nell'adempimento anche di uno solo degli obblighi contrattualmente assunti, con espressa rinuncia da parte del Garante di avvalersi del beneficio della preventiva escussione di cui all'art. 1944 c.c., della facoltà di opporre le eccezioni di cui all'art. 1945 c.c. e della liberazione di cui all'art. 1955 c.c. In deroga a quanto stabilito dall'art. 1939 c.c., la presente fideiussione rimarrà valida ed efficace anche in caso di nullità od invalidità dell'obbligazione principale garantita».



Dunque, essa è quella garanzia che contiene le seguenti **clausole**:

- il suo pagamento deve avvenire a «semplice richiesta» del garantito, anche in caso di opposizione del debitore principale (ma v. anche la slide n. 8)
- la validità delle obbligazioni di garanzia non risente della invalidità dell'obbligazione principale;
- il garante non può rifiutare il pagamento opponendo eccezioni relative al rapporto garantito;

LA FIDEIUSSIONE BANCARIA:

A) SI DISTACCA DAL MODELLO DI «ACCESSORIETÀ» EX ART. 1936 C.C.

Cass. Civ., Sez. I, 25 agosto 2017, n. 20397

«Nel contratto autonomo di garanzia, improntandosi il rapporto tra il garante e il creditore beneficiario a piena autonomia, il garante non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che essa dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento»;

La nullità della pattuizione di interessi ultralegali non si comunica sempre al contratto autonomo di garanzia, «atteso che detta pattuizione – eccezion fatta per la previsione di interessi usurari – non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto neanche l'anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 c.c. e 120 del D.Lgs. n. 385 del 1993».

B) HA UNA FUNZIONE DIVERSA DALLA FIDEIUSSIONE

Trib. Roma, Sez. XVI, 21 febbraio 2018, n. 3928.

«Il contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'assoluta identità, anche qualitativa, tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante).»

C) CONSENTE AL GARANTE SOLO L'ESERCIZIO DELL'*EXCEPTIO DOLI*

Trib. Monza, Sez. I, 5 luglio 2016, n. 1914.

L'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal rapporto principale consente astrattamente al garante l'esercizio dell'*exceptio doli* formulabile solo nel caso in cui la richiesta di pagamento sia *prima facie* abusiva o fraudolenta.

Il garante, però, non può limitarsi ad allegare circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore **ma deve far valere una condotta abusiva del creditore**, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della vicenda, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui. In particolare, nel contratto autonomo di garanzia, al garante non è consentito opporre al creditore eccezioni fondate sul rapporto principale, salvo l'*exceptio doli*,

D) RENDE INAPPLICABILE LA NORMATIVA CODICISTICA, E.G. L'ART. 1957 C.C.

1. Cass. Civ., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947.

Al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma dell'art. 1957 c.c., sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria, instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma.

CONTINUA: SUL RAPPORTO TRA LA CLAUSOLA «PAGAMENTO A PRIMA RICHIESTA» E L'ART. 1957 C.C.

Cass. Civ., Sez. I, 9 agosto 2016, n. 16825.

La deroga all'art. 1957 c.c. non può ritenersi implicita laddove sia inserita, all'interno del contratto di fideiussione, una clausola di «pagamento a prima richiesta», o altra equivalente,

- perché la disposizione è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore che può essere considerata meritevole di tutela anche quando tale collegamento sia assente,
- perché una tale clausola non ha rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come «contratto autonomo di garanzia» o come «fideiussione», potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia, infine, a clausole il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957 c.c., esonerando il creditore dall'onere di proporre l'azione giudiziaria.

Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento «a prima richiesta» incompatibile con l'applicazione dell'art. 1957 c.c., spetta al giudice di merito accertare la volontà in concreto manifestata dalle parti con la sua stipulazione.

IN CONCLUSIONE: LA FIDEIUSSIONE BANCARIA È UN CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA, E NON UNA FIDEIUSSIONE, ED È COMUNQUE VALIDA

Trib. Firenze, Sez. III, 2 gennaio 2018, n. 4.

In materia di garanzie personali, l'elemento caratterizzante del contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione è l'assenza dell'accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione principale, essendo esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola posta dall'art. 1945 c.c. In sostanza, mentre il contratto autonomo di garanzia è finalizzato a tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, nella fideiussione il fideiussore garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui, attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante. Nel caso di specie, avente a oggetto il pagamento di una fornitura e la controversa interpretazione di una polizza fideiussoria stipulata con una banca a garanzia dell'affare, le espressioni usate nel documento, quali pagamento «a semplice richiesta scritta», o «senza necessità di alcuna prova» e «senza poter opporre eccezioni o contestazioni di sorta», hanno portato il tribunale a ritenere che le parti hanno inteso svincolare l'obbligazione principale da quella di garanzia.

...MA, L'AUTONOMIA PRIVATA TROVA TALUNI LIMITI

Trib. Roma, Sez. XIII, 21 febbraio 2018, n. 3929.

Sotto il profilo funzionale, il regime «autonomo» del *Garantievertrag* trova un limite quando:

- le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia ovvero al rapporto garante/beneficiario;
- il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito;
- la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta

LA FIDEIUSSIONE AI SENSI DEL D.LGS. 122/2005

LA FONTE NORMATIVA

D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210

- *Art. 1 Definizioni*
- *Art. 2 Garanzia fideiussoria*
- *Art. 3 Rilascio, contenuto e modalità di escussione della fideiussione*
- *Art. 5 Applicabilità della disciplina*

LA *RATIO*

Trib. La Spezia, 9 giugno 2016, n. 477

La *ratio* della disciplina di cui al D.Lgs. 122 del 2005 è di tutelare gli acquirenti di immobili da costruire dal rischio che, **nel lasso di tempo intercorrente tra la stipula di un contratto preliminare e la stipula del definitivo**, l'intervenuta situazione di crisi del promittente venditore possa impedire l'acquisto della proprietà da parte dell'acquirente e, al contempo, fargli perdere le somme già versate in anticipo.

L'OBBLIGO DI GARANZIA FIDEIUSSORIA

- Si applica ai contratti aventi ad oggetto il **trasferimento non immediato** della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.
- Impone al «costruttore» di procurare il rilascio e consegnare all'acquirente una fideiussione, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento.
- Per le società cooperative, l'atto equipollente a quello ora indicato consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa.

LE PARTI DEL RAPPORTO PRINCIPALE: L'«ACQUIRENTE»

Per «**acquirente**» si intende la **persona fisica** che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa

CONTINUA: IL «COSTRUTTORE»

Per «**costruttore**» si intende l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi, sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi.

LA CONDIZIONE DI ATTIVAZIONE DELLA GARANZIA: LO «STATO DI CRISI»

Per «**stato di crisi**» si intende la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto:

- ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero
- a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa.

L'OGGETTO DEL CONTRATTO: GLI «IMMOBILI DA COSTRUIRE»

Per «**immobili da costruire**» si intendono gli immobili:

- per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare, ovvero
- per i quali la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

NATURA DEL GARANTE E CONTENUTO DELLA GARANZIA

La fideiussione può essere rilasciata:

- da una banca,
- da un'impresa esercente le assicurazioni, ovvero
- da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni.

IL CONTENUTO DELLA GARANZIA

La garanzia deve prevedere:

- l'impegno alla restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata;
- la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944, secondo comma, c.c.;
- l'escutibilità, verificatesi le condizioni di cui al comma 3, a **richiesta scritta** dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

ESECUTIBILITÀ E TERMINE DI PAGAMENTO

- **Escutibilità:** a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi del costruttore.
- Nel caso di pignoramento immobiliare l'acquirente deve avere comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto
- Nelle ipotesi di sottoposizione a procedura concorsuale, il curatore non deve avere comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare.
- **Pagamento:** entro trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di pagamento.
- **Morosità:** vanno pagate anche le spese sostenute dall'acquirente per il recupero del credito, oltre i relativi interessi.

CESSAZIONE DELL'EFFICACIA DELLA GARANZIA

L'efficacia della fideiussione cessa al momento del **trasferimento** della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione.

CONSEGUENZE DEL MANCATO O INESATTO RILASCIO DELLA GARANZIA E ABUSIVA DOMANDA DI NULLITÀ

In caso di mancato o inesatto rilascio della garanzia consegue la **nullità** del contratto che può essere fatta valere solo dall'acquirente (nullità relativa)

Trib. Teramo, 14 ottobre 2015, n. 1378: deve ritenersi manifestamente abusiva la richiesta di nullità del contratto preliminare avanzata dalla parte acquirente qualora i fatti dimostrano che essa abbia avuto un comportamento poco corretto.

L'esercizio abusivo della facoltà di invocare la nullità del contratto per liberarsi dal vincolo contrattuale può essere desunta da:

- esplicita rinuncia alla fideiussione che, seppur non ammessa dalla legge, è in grado di ingenerare un incolpevole affidamento in capo al venditore costruttore;
- manifestazione della volontà di recedere dal contratto preliminare;
- non dichiarata intenzione di volersi avvalere della nullità del preliminare;
- assenza di una situazione di crisi in capo al venditore.

CONTINUA: CONSEGUENZE DEL MANCATO O INESATTO RILASCIO DELLA GARANZIA

Trib. Monza, Sez. I, 20 gennaio 2015, n. 185 : la disciplina di cui all'art. 2 D.Lgs. n. 122/2005 è inderogabile dalle parti. L'irrinunciabilità della polizza fideiussoria in oggetto si ricava dalla dizione letterale dell'art. 2, il quale si riferisce espressamente all'obbligo del costruttore di rilasciarla e non già, semplicemente, al diritto dell'acquirente di riceverla, sanzionando espressamente la violazione di tale obbligo con la nullità dell'intero contratto che, come noto, costituisce una tipica ipotesi di nullità di protezione.

Trib. di Padova, Sez. II, 10 gennaio 2013.

Il mancato rilascio della fideiussione comporta la nullità del contratto. Il predetto vizio può essere fatto valere dall'acquirente, in quanto unico soggetto a ciò contrattualmente legittimato, prima della conclusione del trasferimento immobiliare, verificandosi, in difetto, la decadenza dall'eccezione di invalidità del negozio.

LA FIDEIUSSIONE BANCARIA E LA FIDEIUSSIONE AI SENSI DEL D.LGS. 122/2005

STUDIO DE POLI – VENEZIA

Venezia, Via Antonio Lazzari 5 – Mestre 30174

Vicenza, Contrà San Marco 25 – 36100

prof.depoli@studiodepoli.it

www.studiodepoli.it

STUDIO DE POLI
VENEZIA