



Le fidejussioni bancarie: le attenzioni da osservare nella sottoscrizione

Il presente lavoro si propone di evidenziare gli aspetti di maggiore criticità che il sottoscrittore di una fidejussione bancaria deve osservare per evitarne di subirne spiacevoli conseguenze future.

Tali considerazioni divengono necessarie nel momento in cui, come spesso accade, le banche propongono uno schema di fidejussione, noto come schema ABI, che limita in misura sensibile la tutela prevista dal Legislatore.

Pur nella consapevolezza che spesso le condizioni del debitore da garantire sono critiche rispetto al sistema bancario, esistono spazi di negoziazione che possono essere percorsi al fine di limitare quanto più possibili i rischi del fidejussore.

Nel lavoro verranno, quindi, esaminate le principali divergenze tra la normativa civilistica e lo schema ABI, fornendo alcune possibili soluzioni operative nell'ottica di una migliore gestione del rischio.

Normativa civilistica e schema ABI

Il Legislatore civilistico ha disciplinato le fidejussioni agli artt. 1936 e seguenti del codice civile. Tale disciplina, pur orientata alla tutela del creditore, ha comunque voluto definire in modo preciso i limiti di responsabilità del fidejussore, prevedendo un insieme di norme che tali responsabilità restringono nel tempo e nello spazio.

La fidejussione viene a costituire la forma più tipica di garanzia personale ed interessa una molteplicità di possibili fattispecie ma quella che qui si vuole analizzare è la garanzia prestata a favore di un istituto di credito, come collaterale di un rapporto bancario sottostante che vede in una impresa il soggetto debitore.

Tale scelta si motiva sia a seguito dell'ampia diffusione sul mercato e tale da interessare un gran numero di imprese di piccole e medie dimensioni sia per le criticità che le fidejussioni bancarie pongono in assoluto e rispetto alla normativa civilistica.

Prima di addentarci nell'analisi degli aspetti tecnici è necessaria una premessa per inquadrare meglio la fattispecie che si vuole analizzare.

La richiesta di una fidejussione viene presentata dalla banca a garanzia di strumenti di finanziamento ritenuti molto rischiosi e per i quali non sono possibili forme diverse di garanzie reali (ipoteca, pegno e altri privilegi).

Si tratta, quindi, delle aperture di credito in conto corrente e dei finanziamenti "autoliquidanti" concessi ad aziende a proprietà chiusa, normalmente riconducibile ad una o poche persone fisiche che vengono appunto chiamate a garantire personalmente l'esposizione debitoria a breve dell'azienda.

Nella prassi, la maggior parte delle fidejussioni viene prestata a garanzia della prima tipologia di finanziamenti, anche note come linee a revoca, poiché l'autoliquidante costituisce per la banca un secondo rischio essendo il primo obbligato il cliente dell'azienda affidata mentre quest'ultima viene chiamata a rispondere solamente per l'insoluto.

Ai fini di consentire la maggiore efficacia possibile della garanzia a tutela del credito delle banche, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha definito uno schema di fidejussione che in prima istanza era da ritenersi vincolante per i singoli istituti di credito ma che, a seguito dell'intervento dell'Autorità antitrust, è divenuto solamente uno schema consigliato per le banche che vi possono derogare ove lo ritenessero opportuno.

Poiché lo schema ABI nasce con l'intento specifico di garantire le banche ed il loro credito, le clausole che in esso sono contenute limitano la portata della disciplina civilistica con riferimento alla tutela del fidejussore che risponde in misura maggiore e per un periodo più lungo di tempo.

Nel seguito del presente lavoro verranno analizzate le "deroghe" maggiormente critiche alla disciplina civilistica cercando di interpretarne il significato dal punto di vista pratico ovvero esaminandone le conseguenze rispetto all'impresa/debitore ed al proprietario/fidejussore.

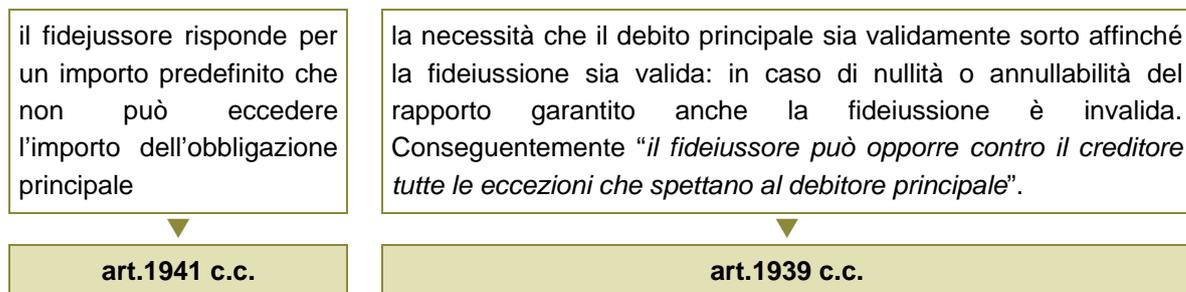
Le principali deroghe pattizie e la loro efficacia

Secondo l'art.1936 c.c.:

"è fideiussore colui che obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui. La fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza."

Ne deriva, pertanto, che il contratto interviene fra il terzo garante e la banca (valido anche se l'impresa non è a conoscenza o al limite contraria) ed il suo oggetto è collegato a un debito che trova la sua documentazione nei rapporti tra la banca stessa e l'obbligato principale, ovvero l'impresa.

Ne deriva, quindi, la natura accessoria della fidejussione che implica i seguenti punti:



In merito a questi aspetti si pone una prima criticità rispetto al contratto delineato dallo schema ABI poiché in esso si richiede al fidejussore di derogare all'art.1939 c.c. sia per quanto riguarda la validità della fidejussione sia per la possibilità del fidejussore di opporre eccezioni alla banca.

Pur in presenza di una dottrina ondivaga, la giurisprudenza non ha avuto dubbi a ritenere lecita la rinuncia preventiva a far valere l'invalidità dell'obbligazione principale, tranne nell'ipotesi di nullità del rapporto principale per illiceità del medesimo (se ad esempio la banca avesse finanziato operazioni illegali).

La conseguenza operativa per il fidejussore è che, a seguito della richiesta della banca, *intanto paga* senza potersi difendersi sollevando eccezioni quali ad esempio anatocismo od usura che rimangono possibili ma solamente in capo al debitore. L'aggressione del patrimonio dell'imprenditore è evitabile solamente *a priori*, non accettando la clausola di deroga specifica all'art.1939 c.c..

Come notato sopra, la responsabilità del fidejussore deve essere limitata nel tempo e nello spazio; tuttavia, lo schema ABI prevede la c.d. fidejussione omnibus che viene prestata:

"per l'adempimento di qualsiasi obbligazione verso l'Azienda di Credito, dipendente da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite al debitore garantito, quali ad esempio aperture di credito, aperture di crediti documentari, anticipazioni su titoli o su merci, sconto di cambiali o documenti, rilascio di garanzia a terzi, deposito cauzionali, riporti, compravendita titoli e cambi".

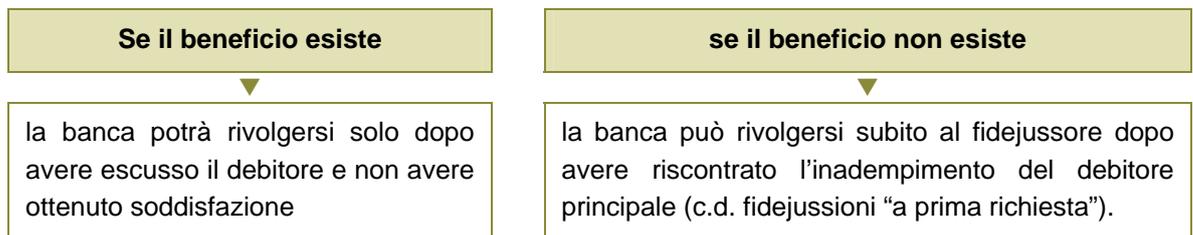
In pratica, tale clausola estende la responsabilità del fidejussore a tutti i rapporti di credito in essere tra il debitore e la banca senza limiti di importo e senza limiti temporali.

La giurisprudenza ormai consolidata riconosce la validità e l'efficacia della fideiussione omnibus, ma alla luce del principio sancito dall'art.1346 c.c. secondo cui l'oggetto del contratto deve essere, a pena di nullità, determinato o determinabile, non sono ammissibili fidejussioni fornite per importi non determinati o non determinabili.

🍷 Sono quindi legittime le fidejussioni che si estendono alla totalità dei rapporti di crediti ma non quelle che non predefiniscono nell'ammontare la responsabilità del fidejussore.

La fideiussione è un'obbligazione di natura sussidiaria ovvero tale per cui è l'inadempimento del debitore garantito e quindi l'esigibilità dell'obbligazione principale a costituire il presupposto del potere di esigere l'attuazione dell'obbligazione da parte del terzo garante (art.1948 c.c.).

La natura sussidiaria di una fideiussione non deve essere confusa con il *beneficium excussionis* ovvero le modalità attraverso le quali la banca può richiedere l'adempimento al fidejussore.



Naturalmente lo schema ABI non prevede il beneficio ed essendo liberamente definibile dalle parti, tale clausola è accettabile e normalmente difficilmente negoziabile nel rapporto con la banca che sulla "prima richiesta" mostra rigidità. Chiaramente ove all'assenza del beneficio, si accompagni l'impossibilità di opporre eccezioni, il rischio in capo al fidejussore viene largamente aumentato.

L'articolo 1956 c.c. sostiene che:

"il fideiussore per una obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito".

Il Legislatore ha ritenuto di tutelare il fidejussore nell'ipotesi che il creditore (la banca nel nostro caso) anche contando sulla garanzia in essere, ha continuato a finanziare l'azienda pur essendo nota una situazione di difficoltà.

Lo schema ABI prevede una deroga all'art.1956 c.c. nel senso che:

"il fideiussore avrà cura di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore, e in particolare, di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con l'Azienda di credito".

Tale deroga è accettabile in capo al fidejussore solamente ove la capacità di informarsi esista veramente (ad esempio il fidejussore è proprietario dell'impresa debitrice, più dubbio se fosse socio non amministratore di una società); nelle altre situazioni tale clausola dovrà essere rinegoziata con la banca.

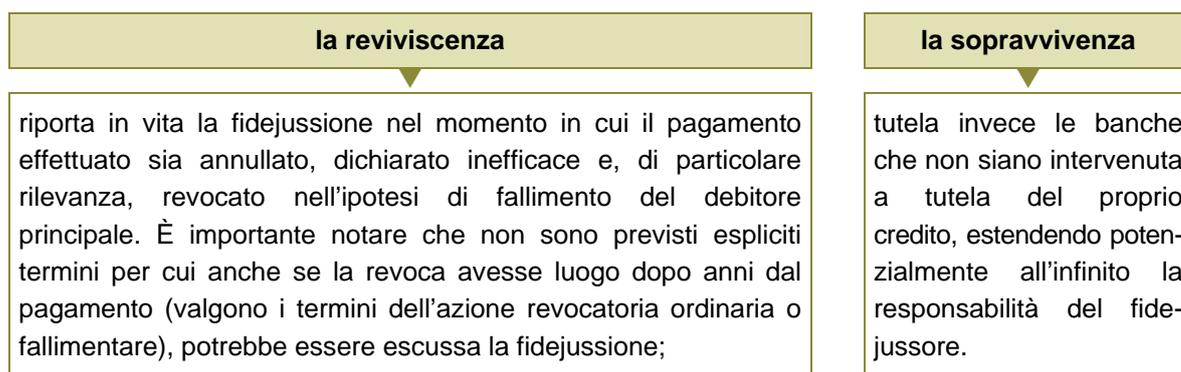
Rimangono da considerare due deroghe di particolare significatività, la reviviscenza e la sopravvivenza della fideiussione.

L'art.1957 c.c. tutela la responsabilità nel tempo del fidejussore stabilendo che la liberazione del fideiussore ha luogo se il creditore, entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, non ha proposto le sue istanze contro il debitore e non le ha con diligenza continuate.

Al contrario la **reviviscenza** della fidejussione consiste nella previsione, contenuta nello schema ABI, per cui il fideiussore si impegna a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo.

La **sopravvivenza** presuppone, invece, che i diritti derivanti alla Banca dalla fidejussione restino integri fino alla totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'art.1957 c.c. che risulta così esplicitamente derogato. È opinione comune che l'art.1957 c.c. sia derogabile, e la soluzione deve essere senz'altro condivisa poiché quella disciplinata da tale articolo è una decadenza e per principio generale ai termini della decadenza si può validamente rinunciare per concorde volontà delle parti interessate.

Le conseguenze operative sono chiaramente individuabili:



Nuovamente si pone nell'ipotesi di accettazione delle clausole suddette una notevole espansione del rischio in capo al fideiussore.

L'esercizio del recesso e la relativa responsabilità

Tranne situazioni, in verità, non frequenti, la fidejussione concede al fideiussore la facoltà di recedere dal contratto, dandone opportuna comunicazione scritta alla banca (PEC, Racc A/R).

Il funzionamento operativo del recesso non è però di semplice comprensione e pone una molteplicità di problemi applicativi.

Esempio

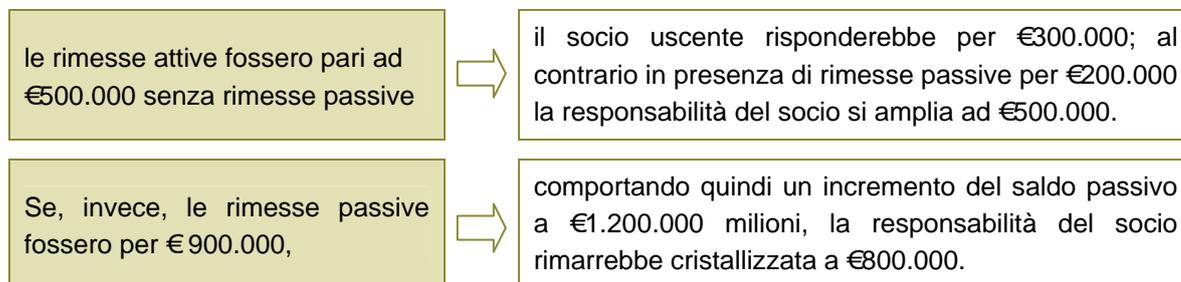
Si ipotizzi che i tre soci abbiano rilasciato una fidejussione per un milione ciascuno a favore della società. Successivamente uno dei tre soci cede la propria quota uscendo dalla compagine societaria. Per effetto della cessione, la fidejussione non è revocata ma continua ad esistere fino a quando il socio uscente non ne avrà dato opportuna comunicazione alla banca. Il socio uscente non è liberato dalla sua responsabilità per effetto della revoca, a meno che il creditore non vi abbia acconsentito ma continua a rispondere nei limiti del debito della società al momento nel quale la revoca ha effetto.

Si supponga che la fidejussione sia stata prestata a fronte di una linea a revoca e che al momento della revoca il saldo debitorio nei confronti della banca sia pari a euro 800.000. Tale importo viene a costituire l'importo massimo al quale il socio uscente potrà essere chiamato a rispondere. L'orizzonte temporale dipende dall'eventuale deroga, analizzata sopra, dell'art.1957 c.c.

Tuttavia, fermo restando il limite massimo di responsabilità, non è detto che il socio uscente verrà effettivamente a rispondere per € 800.000 poiché se l'impresa ha avuto rimesse attive sul conto, l'importo a carico del socio uscente ne viene corrispondentemente ridotto.

La Suprema Corte si è però più volte espressa¹⁴ nel senso di ritenere rilevanti anche le rimesse passive ad aumento dell'importo che può essere richiesto al socio uscente. In pratica, l'interpretazione giurisprudenziale è nel senso di ritenere le rimesse attive non come rimesse solutorie del debito verso la banca ma più semplicemente come incassi che consentono di ricostituire la possibilità di utilizzare l'affidamento bancario e la volontà di usufruire di tale beneficio è dimostrata dalla presenza di rimesse passive.

Ricapitolando, se, nell'esempio precedente:



Dal punto di vista operativo, questa situazione apre uno spazio di responsabilità, potenzialmente all'infinito del socio uscente (o in qualunque altro caso di revoca) senza che quest'ultimo possa di fatto intervenire sulla politica finanziaria della società e con seri dubbi sulla possibilità di ottenere informazioni sufficienti per valutare lo stato di insolvenza della società stessa.

Per uscire da questa situazione si rendono possibili le seguenti opzioni:

1. ottenere la "liberatoria" dalla banca, operazione spesso ardua da realizzare;
2. estinguere il debito a fronte del quale è stata prestata la garanzia dei soci e ricostituirne uno nuovo, eventualmente presso altro istituto di credito se la fidejussione è di tipo omnibus. Ovviamente sul nuovo debito le garanzie saranno prestate solamente dai soci che rimangono nella compagine.

Alcune indicazioni per la negoziazione di una fidejussione

Da quanto precede, risulta chiaro che la sottoscrizione di una fidejussione secondo lo schema ABI comporta una rilevante estensione dei rischi in capo al fidejussore rispetto alla disciplina prevista dal Legislatore.

Lo schema ABI, però, non è vincolante per le banche che possono derogarvi sia a favore del fidejussore sia restringendone ulteriormente la tutela.

🍷 È, però, importante notare che lo spazio per la negoziazione con la banca esiste e sarà tanto maggiore quanto più è difendibile la posizione debitoria sottostante dell'impresa.

Ovviamente, come in ogni negoziazione, sarà necessario trovare un punto di equilibrio che contempererà le esigenze della banca e del fidejussore. In particolare, i seguenti punti sono normalmente "accettabili" da parte della banca:

1. l'ampliamento dei termini in deroga dell'art.1957 c.c. può essere negoziato poiché la tutela è, di fatto, a fronte di un'inefficienza della banca e, quindi, avrà una minore forza contrattuale;
2. il verificarsi congiuntamente dell'assenza di beneficio di escussione e della possibilità di opporre eccezioni comporta il rischio per il fidejussore che la banca ottenga molto rapidamente un titolo esecutivo. Si vengono a creare notevoli difficoltà in particolare quando esse siano, ad esempio, previste a garanzia di un concordato preventivo. Esistono qui spazi per contenere il rischio su almeno uno dei due profili, più frequentemente lavorando sul mantenimento della tutela dell'art.1939 c.c.;

¹⁴ Cass. n.9349/1992, Cass. n.6473/1998, Cass. n.5316/2004, Cass. n.7515/1998.

3. la sottoscrizione di una fidejussione omnibus in molte situazioni non è facilmente discutibile con la banca, tuttavia può essere oggetto di negoziazione l'importo garantito che dovrà essere opportunamente commisurato ed evitare che la responsabilità del fidejussore non si estenda in misura irragionevole, di fatto annullando ogni rischio per la banca;
4. la sottoscrizione della fidejussione riduce comunque il rischio per la banca, conseguentemente lo spread incluso nel tasso applicato dovrà essere ridotto.

In sintesi, emerge un quadro chiaro che evidenzia come la tutela del fidejussore deve avvenire a priori quando il contratto viene negoziato e non successivamente, al momento dell'escussione, quando le leve concretamente utilizzabili sono molto più ridotte.