

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	IX
<i>Premessa</i>	XI

CAPITOLO 1

LA POSIZIONE DEL FIDEIUSSORE

1. La figura del fideiussore	1
2. Differenza tra fideiussore e terzo datore	1
3. La causa della fideiussione	2

CAPITOLO 2

LE TUTELE CONVENZIONALI E CODICISTICHE A FAVORE DEL FIDEIUSSORE

1. Introduzione	7
2. Il diritto di recesso del fideiussore	8
2.1. Il recesso convenzionale	8
2.2. Il termine di efficacia del recesso	10
2.3. Le problematiche successive al recesso	12
2.4. Casistica giurisprudenziale	17
3. Il rilievo del fideiussore	22
3.1. L'azione cautelare di rilievo: limiti ed estensione	22
3.2. Condizioni per l'azione di rilievo	23
4. La liberazione <i>ex art. 1955 c.c.</i> per fatto del creditore	27
4.1. Il pregiudizio giuridico quale presupposto rilevante per la liberazione del fideiussore <i>ex art. 1955 c.c.</i>	27
4.2. Considerazioni sulla casistica giurisprudenziale	31
5. La liberazione del fideiussore prevista dall' <i>art. 1956 c.c.</i>	35
5.1. L'intervento della legge sulla trasparenza bancaria e la novella dell' <i>art. 1956 c.c.</i>	35
5.2. Gli elementi che il fideiussore deve addurre per richiedere la liberazione. Onere della prova	38
5.3. La necessità o meno dell'autorizzazione per la concessione di nuovo credito	49

5.4.	La posizione del fideiussore che risulta amministratore o socio della società garantita. La posizione del fideiussore coniuge del debitore.	50
5.5.	La natura sanzionatoria dell'istituto, la buona fede e le conseguenze della liberazione del fideiussore.	53
5.6.	Ulteriori considerazioni e disamina giurisprudenziale	59
6.	La liberazione prevista dall'art. 1957 c.c.	66
6.1.	La <i>ratio</i> della norma e la natura solidale dell'obbligazione	66
6.2.	La rinunzia preventiva e la deroga alla disposizione dell'art. 1957 c.c.	68
6.3.	La tempestiva e concreta proposizione di "istanze" contro il debitore. Il fallimento del debitore	70

CAPITOLO 3

**LA MODULISTICA UTILIZZATA DALLE BANCHE
E LA REGOLAMENTAZIONE CONTRATTUALE IN DEROGA
ALLE PREVISIONI DEL CODICE**

1.	Le Norme Bancarie Uniformi.	73
2.	I testi dei contratti di fideiussione	74
3.	L'esame delle clausole del modello ABI.	76

CAPITOLO 4

**L'INTERVENTO LEGISLATIVO DEL 1992 IN TEMA
DI TRASPARENZA BANCARIA**

1.	Premessa.	83
2.	La modifica dell'art. 1938 c.c.	83
3.	L'integrazione dell'art. 1956 c.c.	84

CAPITOLO 5

**LE ISTRUZIONI DELLA BANCA D'ITALIA IN MERITO ALL'EROGAZIONE
DEL CREDITO. LE CONSEGUENZE DELL'ABUSIVA CONCESSIONE
DEL CREDITO SULL'OBBLIGAZIONE DEL FIDEIUSSORE**

1.	La Banca d'Italia impone alle banche comportamenti prudenti	87
2.	La conoscenza del cliente e del rischio	88
3.	La valutazione delle garanzie offerte	88
4.	Il principio della sana e prudente gestione del credito	89
5.	L'abusiva concessione del credito	90
6.	L'abusiva concessione del credito nella giurisprudenza	94
7.	Le ripercussioni dell'abusiva concessione del credito sul fideiussore.	96

CAPITOLO 6

**IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA
NEI RAPPORTI TRA FIDEIUSSORE E BANCA**

1. Buona fede, correttezza e liberazione del fideiussore.	101
2. Le indicazioni sul comportamento della banca	105
3. Considerazioni sulle indicazioni della giurisprudenza	123

CAPITOLO 7

**LA QUALIFICAZIONE DEL FIDEIUSSORE
QUALE CONSUMATORE O PROFESSIONISTA**

1. Il fideiussore come professionista “di rimbalzo”	141
2. Il <i>revirement</i> giurisprudenziale	142
3. L’indagine sul rapporto contrattuale.	143
4. La tutela del fideiussore consumatore	145
5. Valutazione della qualità di consumatore con riferimento al contratto di fideiussione qualificato astratto	147

CAPITOLO 8

LA FIDEIUSSIONE E LA NORMATIVA ANTITRUST

1. Le indagini della Banca d’Italia sul testo di fideiussione emanato dall’ABI nel 2003. Il parere dell’Autorità Garante della concorrenza e del Mercato.	155
2. Il Provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2.05.2005	157
3. Le conseguenze dei provvedimenti del 2005	159
4. La modifica successiva dei testi fideiussori	162
5. La nullità del contratto di fideiussione limitata alle sole clausole oggetto di intesa anticoncorrenziale. Declino della tesi della nullità totale. Le decisioni della Suprema Corte	163
6. Le pronunzie di segno contrario di alcuni giudici di merito che sanciscono la nullità dell’intero contratto di fideiussione	166
7. La competenza ad esaminare le eccezioni avanzate nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo	167
8. Gli elementi che il fideiussore ha l’onere di allegare e provare.	168
9. Il risarcimento del danno	170
10. La normativa Antitrust e la fideiussione astratta	173
11. La normativa Antitrust ed il provvedimento della Banca d’Italia nell’ipotesi in cui l’obbligo fideiussorio sia riportato in un contratto di mutuo	173
12. Giurisprudenza rilevante in materia di fideiussione e normativa antitrust.	175
12.1. Giurisprudenza di legittimità	175
12.2. Giurisprudenza di merito	183

CAPITOLO 9

**IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA E
LE ECCEZIONI PRECLUSE AL FIDEIUSSORE**

1. Le critiche dell’Autorità Antitrust ed il diverso avviso della Banca d’Italia. 213
2. La giurisprudenza tra fideiussione e garanzia autonoma. 215

CAPITOLO 10

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. I principi consolidati in materia di tutela del fideiussore 225
2. E in materia di liberazione del fideiussore. 226

Indice analitico 233

INTRODUZIONE

Il lavoro è stato avviato tra la fine del 2019 e il 2020, prima ancora che il sistema fosse colpito da una pandemia di inimmaginabile vastità e conseguenze.

Si è aperto un periodo di profonda crisi economica che interessa, con conseguenze in precedenza imprevedibili, il sistema bancario, già da tempo gravato da una mole di crediti deteriorati.

È pur vero che negli ultimi anni sono state perfezionate operazioni per alleggerire i bilanci con cessioni di crediti incagliati ed in sofferenza e con imponenti cartolarizzazioni.

Queste operazioni non hanno determinato alcuna variazione relativamente al credito: il debitore rimane esposto e deve adempiere ai suoi obblighi di restituzione ed il fideiussore deve rispondere verso il terzo cessionario dei propri impegni di garanzia.

La situazione si è, però, di recente aggravata e le banche, anche per riprendere la loro funzione istituzionale nell'erogare credito, hanno perfezionato altre ed importanti operazioni di smobilizzo dei crediti di dubbia recuperabilità.

È già iniziata una triste stagione per il recupero dei crediti acquistati e gli addetti al lavoro sono ben consapevoli che oltre le normali trafale giudiziarie, vanno sommate le proroghe previste in questo periodo per le azioni esecutive, già iniziate o da iniziare.

Il fenomeno porterà ad escludere dal mercato molti soggetti a suo tempo affidati, al contempo si può ragionevolmente prevedere che le procedure concorsuali saranno numerose.

Di conseguenza, la banca creditrice, ovvero un suo avente causa, molto spesso saranno consapevoli che il recupero del proprio credito nei confronti del debitore potrà avvenire solo in moneta fallimentare e/o nella percentuale concordataria.

Tale situazione imporrà di verificare la possibilità di escutere le garanzie a suo tempo acquisite.

Il patrimonio del fideiussore rimarrà, molto spesso, l'unica reale e consistente possibilità di recupero.

I garanti, in questo contesto, sono destinati ad essere escussi, ma con l'ulteriore penalizzazione di aver scarse possibilità nel poter utilmente agire in regresso verso il debitore principale.

Le nostre considerazioni sulla tutela di cui il fideiussore potrà giovare sono, dunque, argomento di grande attualità.

Di contro, il creditore, quale che sia, banca o cessionario del credito, dovrà verificare, prima di agire contro il garante, che l'erogazione del credito sia stata curata con diligenza.

L'esame della giurisprudenza già avutasi nell'ampio contesto delle cessioni dei crediti deteriorati ha evidenziato che il contenzioso si è creato tra due soggetti non pienamente a conoscenza degli avvenimenti relativi alla fase dell'erogazione del credito, il cessionario che ha preso in carico una situazione già deteriorata ed il fideiussore che potrebbe, anche se non sempre, essere del tutto all'oscuro di come si sono svolti i pregressi rapporti creditizi.

La delicatezza di questa situazione investirà l'intero comparto giudiziale e si è certi che le esperienze finora acquisite potrebbero risultare non sufficienti.

In questa nuova, difficile e complicata stagione il ricorso ai principi generali di buona fede e di solidarietà si palesa sempre più primario ed imprescindibile al fine di approntare una adeguata e bilanciata tutela a tutti i soggetti coinvolti e soprattutto al fideiussore.

Febbraio 2021

PREMESSA

L'istituto della fideiussione è argomento trattato da illustri Autori ed ha trovato sintesi nel monumentale trattato di MICHELE FRAGALI del 1968 ⁽¹⁾.

Successivamente sono stati pubblicati testi importanti da vari studiosi, fra i quali si possono richiamare i lavori del GIUSTI ⁽²⁾, del RAVAZZONI ⁽³⁾ e dell'ANGELICI ⁽⁴⁾.

Negli anni più recenti, la dottrina ⁽⁵⁾ ha pubblicato interessanti interventi nonché commenti alle pronunzie più rilevanti.

Va anche richiamato l'importante lavoro del BOZZI ⁽⁶⁾, che tratta con approfondimento i vari aspetti dell'istituto, sia sul piano dottrinale sia su quello giurisprudenziale.

Tale breve *excursus* rende palese quale vivo interesse vi sia tuttora sull'argomento, anche per i suoi rilevanti risvolti economici, riguardanti una pluralità di soggetti.

Tanto che, con particolare riferimento alla questione relativa al rapporto fra fideiussione e normativa antitrust, sono stati pubblicati diversi lavori, alcuni a sostegno delle tesi favorevoli ai garanti, altri per

⁽¹⁾ Pubblicato nell'ambito del *Commentario del Codice Civile*, Bologna, e anche in *Enciclopedia Diritto*, vol. XVII.

⁽²⁾ GIUSTI, *La Fideiussione ed il mandato di credito*, in *Trattato Cicu*, Giuffrè, Milano 1998.

⁽³⁾ RAVAZZONI, *La fideiussione*, ristampa Milano 1981.

⁽⁴⁾ ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. priv.*, P. Rescigno (diretto da), Torino, 1985, XII.

⁽⁵⁾ LONGO, *Fideiussione e garanzie atipiche: come liberarsene o ridurre l'entità del debito*, *Altalex* 2019; FRANCESCHETTI, *Fideiussione*, in *Altalex* 2016; CIPRIANI e CAZZETTA, *Le clausole 'in deroga' nella fideiussione*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2018; BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2011; GRIPPO e VALIGNANI, *I nuovi modelli ABI di fideiussione*, Torino, 2007; Salanitro, *Le fideiussioni bancarie*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1984.

⁽⁶⁾ BOZZI, *La fideiussione*, Torino, 2013.

limitare la portata dalla normativa antitrust, escludendo l'ipotesi di una nullità totale dei testi delle fideiussioni che riportano al loro interno le clausole incriminate dalle Autorità di vigilanza (7).

Il presente lavoro nasce dalla considerazione che la posizione del fideiussore, definito “responsabile senza debito” — ed in quanto tale meritevole di una peculiare tutela con il richiamo al concetto di *favor fideiussionis* (8) — è, sul piano effettuale, depotenziata, alla luce dei principi dettati dalla giurisprudenza e degli schemi contrattuali utilizzati dalle banche, predisposti dalle stesse banche su moduli standard (la c.d. forma fideiussoria contrattuale).

Ciò non di meno la posizione della banca — nei casi nei quali l'istruttoria in sede di erogazione del credito e il comportamento nel corso del rapporto non siano stati condotti secondo il principio della sana e prudente gestione — potrebbe essere attaccata, con il rischio per la banca di perdere la garanzia acquisita.

Quindi si potrebbe affermare che l'ordinamento prevede una tutela generalizzata a favore del fideiussore ma, al contempo, che sul piano dell'attuazione pratica simile tutela si rivela spesso poco efficace.

Tale affermazione va verificata alla luce delle pronunzie, sul tema, dei Giudici di merito e di legittimità.

L'analisi deve partire dal codice civile che, nell'intento di tutelare il garante di un debito altrui, detta norme di ostacolo a pretese del creditore che si palesino non giustificate o, al limite, non corrette. Il riferimento è agli artt. 1955, 1956 e 1957 del codice civile; vanno, in tale ottica, menzionati anche il generale rimedio del recesso del fideiussore; nonché l'istituto del cd. “rilievo” previsto dall'art. 1953 c.c..

Storicamente va evidenziato che nel 1992 il legislatore, consapevole della situazione di soggezione nella quale si trovavano i clienti delle banche, ed anche dello squilibrio che connotava *in peius* la posizione del fideiussore, è intervenuto sulla trasparenza nei rapporti bancari, imponendo al sistema una più pregnante tutela della clientela.

(7) Sull'argomento ci sia premesso richiamare i nostri recenti interventi sulla rivista *Magistra* del 26.10.2018, del 05.06.2019 e da ultimo quello del 30.9.2019 a commento della pronunzia della Corte Suprema del 26.09.2019, n. 24044.

(8) Invero la giurisprudenza di merito richiama il principio sul piano probatorio per affermare che l'eccezione del fideiussore impone alla banca la dimostrazione del suo diritto: ben poca cosa!

Con particolare riferimento alla fideiussione, il legislatore è intervenuto introducendo l'art. 10 della l. n. 154/1992: tale norma ha imposto un limite massimo all'impegno fideiussorio *omnibus* per obbligazioni future ed ha integrato la disciplina dell'art. 1956 c.c., inserendo l'ultimo comma.

Successivamente, nel 2005, il legislatore con il c.d. codice del consumatore (d.lgs. n. 206/2005), ha predisposto ulteriori tutele in favore del fideiussore, in particolare ha previsto l'inefficacia di diritto di alcune clausole c.d. abusive.

Nell'ottica della tutela del fideiussore è anche rilevante la legge Antitrust n. 287/1990.

Tale normativa, vietando le intese tese a limitare la concorrenza anche tra istituti finanziari e/o bancari, ha assunto rilievo proprio per la posizione del fideiussore: la Banca d'Italia, quale organo di vigilanza, ha ritenuto che alcune clausole, presenti nel testo fideiussorio distribuito alle banche aderenti dall'ABI nel 2003, potevano essere considerate frutto di intese anticoncorrenziali ove applicate in modo uniforme dalle banche consociate, con ricadute c.d. "a valle" sulla validità del singolo contratto tra banca e fideiussore.

Ancora, non va pretermessa l'importanza, nell'esaminare il fenomeno, che riveste il generale principio della correttezza e della buona fede nella stipula e nell'esecuzione del negozio fideiussorio ⁽⁹⁾.

La fideiussione difatti è caratterizzata dalla presenza di due soggetti: il garante ed il creditore garantito.

Tali soggetti, di tutta evidenza, hanno interessi contrastanti.

Il creditore garantito, che originariamente è una banca o un istituto più latamente finanziario, si propone di ottenere dal fideiussore un impegno forte e facilmente azionabile in caso di inadempimento. Cerca, pertanto, di superare le tutele previste per il fideiussore dall'ordinamento. A tal fine utilizza un testo contrattuale contenente specifiche deroghe alle norme codicistiche contemplanti ipotesi di liberazione del garante.

Il fideiussore, per contro, vorrebbe ottenere obbligazioni poco stringenti e dalle quali liberarsi facilmente.

Risulta, dunque, necessario analizzare le clausole contrattuali derogative delle norme a garanzia del fideiussore e verificarne la validità.

⁽⁹⁾ Invero il principio viene spesso richiamato in giurisprudenza, ma la prova di un comportamento contrario a buona fede della banca non è agevole, con conseguente carenza di tutela per il fideiussore.

Inoltre, nella pratica può accadere che la banca abbia concesso, per ragioni diverse, credito a soggetti inaffidabili ⁽¹⁰⁾ ed il fideiussore non abbia apprestato una concreta difesa.

L'analisi, pertanto, deve passare dal piano astratto della tutela prevista dal legislatore al piano concreto delle effettive possibilità per il fideiussore di difendersi in giudizio.

Dall'esame delle molteplici pronunzie della giurisprudenza deriva una considerazione di ordine generale — considerazione che sarà confermata nella trattazione dei vari argomenti: le questioni che il difensore del fideiussore può sollevare non sono di pronta e facile soluzione, pertanto devono essere portate all'esame del Giudice con dovizia di prove a sostegno della domanda formulata dal medesimo fideiussore, in modo di evitare pronunzie di rigetto fondate sulla carenza probatoria (ad avviso di chi scrive, il peggiore esito possibile); invero la parte creditrice potrà agevolmente contrastare le contestazioni non provate ovvero superficiali.

Recentemente, alla luce delle pronunzie che hanno riconosciuto al fideiussore estraneo all'attività del garantito la qualifica di consumatore e di quelle che hanno richiamato il principio di solidarietà a favore del fideiussore, si sono aperti nuovi varchi per la difesa dei garanti.

In conclusione, questo scritto vuole approfondire di quali tutele può avvalersi il fideiussore e come le stesse possano essere attuate: si tratta di materia mutevole e delicata, che non sempre ha trovato puntuali riscontri giudiziari.

La tesi, che si tenterà di corroborare con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, parte da una evidente considerazione: il fideiussore è per definizione un contraente debole, che tenta di far valere le sue eccezioni nei confronti della parte creditrice, contraente forte.

Va ricercato, pertanto un giusto equilibrio ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Il grave fenomeno del progressivo aumento degli incagli e delle sofferenze fanno pensare che non è stato valutato attentamente il merito creditizio dell'affidato, sebbene la Banca di Italia abbia imposto al sistema creditizio indagini approfondite in sede di istruttoria delle pratiche e il dovere di monitorare di continuo lo svolgersi del rapporto, a difesa del risparmio e dei terzi.

⁽¹¹⁾ Si tenga conto che un fideiussore, soprattutto se estraneo alla società affidata, avrà gravi difficoltà a dimostrare eventuali comportamenti non corretti della banca che ha erogato il credito.