

CAPITOLO XVIII  
LE GARANZIE BANCARIE

*Gianluca Sicchiero*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Garanzie tipiche ed atipiche. – 3. Garanzie reali e personali. – 4. La fideiussione ordinaria. – 5. La fideiussione «*omnibus*» ed a prima richiesta. – 6. Il contratto autonomo di garanzia. – 7. La polizza fideiussoria. – 8. La lettera di *patronage*. – 9. Il mandato «*in rem propriam*». – 10. Il pegno e le sue varianti. – 11. Le garanzie finanziarie. – 12. L'ipoteca. – 13. Il mutuo fondiario. – 14. I privilegi speciali. – 15. L'assicurazione del credito.

## 1. Premessa

Per quanto un debitore sia persona onesta e solvibile, può essere coinvolto in vicende imprevedibili o ingovernabili: chi poteva immaginare, il 10 settembre 2001, l'assalto alle torri gemelle del giorno dopo? Chi nel 2008 aveva pronosticato il *default* dei mutui c.d. *sub-prime* negli Stati Uniti d'America o, nel 2016, il *default* di alcune importanti banche italiane?

La funzione delle garanzie ben si comprende, allora, quando si tenga presente proprio il rischio connesso alla capacità del debitore, di pagare al creditore ciò che gli sia dovuto: più sono le possibilità che il credito sia soddisfatto, volontariamente o coattivamente, maggiore è la certezza che quell'operazione economica giunga a compimento.

Ne va evidentemente della capacità del mercato di creare affidamento e, in definitiva, di rendere possibile la circolazione della ricchezza: laddove queste garanzie non sussistano, il prestito viene concesso solo nelle forme fiduciarie del c.d. microcredito, la cui funzione è frutto di un'intuizione geniale e nobile, ma che non sarebbe in grado di sorreggere, da solo, l'economia di un paese.

Il credito, inoltre, è un bene, circola sia singolarmente (art. 1260 c.c.), sia in massa (l. 21 febbraio 1991, n. 52 o nella forma atipica del *factoring*; v. *infra*, cap. XXVI), fino alle forme più sofisticate della cartolarizzazione (l. 30 aprile 1999,

n. 130) ed è evidente che il valore di tale bene cambia: più è garantito e dunque maggiore è la certezza che l'acquirente sarà soddisfatto, maggiore è il prezzo che il cedente può ottenere.

Ancora: il credito va iscritto tra le poste attive del bilancio, ma «secondo il valore di presumibile realizzo» (art. 2426, co. 1, n. 8, c.c.) ed è evidente che quel valore sarà prossimo al 100% se il credito sia assistito da solide garanzie, mentre andrà stimato, con i conseguenti costi, negli altri casi, salva poi la necessità di appostare al passivo un apposito fondo a copertura del rischio della relativa perdita, fondo tanto più elevato quanto minori sono quelle garanzie.

Tanto basta allora per intuire le ragioni per cui le banche, creditori istituzionali, prestano denaro solo in presenza di garanzie affidabili, di cui ora vedremo natura e consistenza.

Occorre però una precisazione: quando si parla di garanzie, non si deve dimenticare che queste riguardano le banche in due sensi diversi, potendo trattarsi delle garanzie che assistono i crediti concessi ai propri clienti e che questi rilasciano a favore della banca oppure, diversamente, quelle che le banche prestano a terzi in qualità di garanti dei propri clienti e quindi a titolo di servizio remunerato reso agli stessi.

Nulla cambia dal profilo del contenuto della garanzia, il quale dipenderà dagli accordi che la riguardano; solo in talune ipotesi vi sono deroghe specifiche alla disciplina generale, quale ad es. la non applicabilità del divieto del patto commissorio ai contratti di garanzia finanziaria prevista dall'art. 6, co. 2, d.lgs. n. 170/2004.

È però opportuno ricordare che la banca che presti garanzie a terzi per conto del proprio cliente, si farà a propria volta garantire da questo.

Infatti nel caso in cui il terzo si avvalga della garanzia ricevuta dalla banca, la stessa si farà ristorare dal proprio cliente (c.d. regresso) ed appunto per essere certa che ciò avvenga, deve poter contare sulle garanzie che le rilascia il suo cliente.

Perché mai, allora, un creditore non si fa garantire direttamente dal proprio debitore, ma chiede che ciò avvenga tramite una banca?

Le ragioni sono molte: anzitutto la banca non rifiuta mai il pagamento, salvo un ordine del giudice, perché è in gioco la sua reputazione; in secondo luogo una banca non “fallisce” pressoché mai (anche se la crisi del secondo decennio di questo secolo ha dimostrato il contrario) e quindi la garanzia dalla stessa prestata è più affidabile anche in termini di certezza.

In tal modo il rischio che la garanzia prestata si possa rivelare inutile, rischio molto alto per le garanzie c.d. personali, si riduce al minimo ed il creditore lo trasla sulla banca, che adotterà appunto le opportune cautele per ridurlo a propria volta al minimo.

Si tratta peraltro di motivi di strategia economica e giuridica e non, come anticipato, di questioni connesse a divieti od obblighi che riguardino la posizione della banca, di garante dei clienti o di creditore garantito.

## 2. Garanzie tipiche ed atipiche

Il codice civile disciplina alcune forme di garanzia (fideiussione, pegno ed ipoteca) e nel passato si è discusso se fosse possibile crearne di nuove. Per qualcuno il principio di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) impone la risposta positiva; secondo altri, invece, ciò non sarebbe possibile, pena la violazione dell'obbligo di eguale trattamento dei creditori (c.d. *par condicio creditorum*: art. 2741 c.c.).

In realtà è lo stesso codice civile a prevedere la possibilità di garanzie atipiche; infatti l'art. 1179 dispone che chi debba prestare una garanzia, senza che sia determinata quale, possa prestare una garanzia personale, reale «*ovvero altra sufficiente cautela*».

Ciò dimostra che le garanzie tipiche non esauriscono le ipotesi di garanzia che si possano prestare e dunque che ne sono ammesse forme atipiche, anche se queste saranno soggette alla verifica di meritevolezza prevista dall'art. 1322 c.c.

Tale verifica, in realtà, ha quasi sempre successo, nel senso che la funzione di garantire un creditore è di per sé meritevole di tutela, perché svolge l'importante ruolo di rendere certo l'adempimento dei debiti, la cui rilevanza ben si intuisce sia riferita alla singola operazione, quanto anche in sede di valutazione macro economica.

Il divieto scatta invece quando il meccanismo posto in essere dai contraenti risulti in concreto diretto a violare una norma imperativa.

Ciò accade ad es. in taluni casi di *lease-back*, cioè in relazione al contratto con il quale un bene viene ceduto ad un soggetto che lo concede poi in *leasing* al venditore (v. *infra*, cap. XXIV). Il più delle volte si tratta di una normale operazione finanziaria, ma in altri casi l'accordo occulta una forma di garanzia che il debitore concede al proprio creditore: trasferendogli un bene in presenza di un debito già esistente (e ciò risulta perché l'acquirente non paga il prezzo). In questo caso se il debito non viene rimborsato – ovvero se il “venditore” che riceve poi il bene in godimento poi non paghi le rate –, il creditore rimarrà proprietario del bene, violando così il divieto di patto commissorio contenuto nell'art. 2744 c.c.

È però evidente che qui non si tratta di vietare le garanzie atipiche, ma di accertare che quella inventata dai contraenti non sia concretamente illecita, esattamente come qualsiasi contratto astrattamente valido, anche una vendita, può

essere utilizzato nella pratica per frodare la legge, con sua conseguente nullità (artt. 1344 e 1418 c.c.).

Si noti poi che l'altro asserito limite alla creazione di garanzie atipiche, ovvero la necessità di salvaguardare la *par condicio creditorum*, è mal invocato se la garanzia provenga da persona diversa dal debitore, perché l'art. 2741 c.c. sancisce l'eguale diritto dei creditori sul patrimonio del debitore, rispetto al quale la garanzia atipica di un terzo non ha rilevanza.

Infatti il creditore che, insolvente il debitore, riesca ad ottenere il pagamento dal terzo, non viola quella regola, proprio perché la stessa si riferisce al concorso sul patrimonio *del debitore* e non di altri. Da questo profilo, a ben vedere, la garanzia di un terzo produce il medesimo effetto di una fideiussione, cioè aggiunge una cautela, ma non tocca in alcun modo il patrimonio del debitore e l'eguale concorso di tutti i creditori, compreso quello che goda della garanzia del terzo, su quei beni. Semmai, da questo profilo, gli altri creditori ne sono avvantaggiati, giacché il creditore che riceva il pagamento da un terzo, concorrerà in misura ridotta o per nulla sul patrimonio del comune debitore.

Qualora invece si tentasse di creare una garanzia atipica che riguardi il patrimonio del debitore, il problema troverebbe una soluzione diversa a seconda dei casi.

Come poi si vedrà, le varie forme di garanzia personale, per quanto diverse dalla fideiussione regolata dal codice civile, non si concretano alla fine in qualcosa di diverso da questa dal profilo sostanziale. Da tempo si ammettono infatti forme di garanzia personale atipica le quali, al pari della fideiussione, non creando una causa di prelazione (art. 2741, co. 2, c.c.), non profilano in alcun modo una questione di lesione della *par condicio creditorum*.

Non sono invece prospettabili garanzie reali diverse dal pegno e dall'ipoteca, in quanto il divieto di patto commissorio sopra ricordato, la regola che impone la pubblicità costitutiva delle garanzie reali sui beni immobili agli effetti dell'opponibilità ai terzi, letta in uno con il principio di tassatività dei diritti reali ed ancora con l'ulteriore principio di tassatività degli atti soggetti a pubblicità costitutiva non consentono, in definitiva, di creare ipotesi diverse di garanzia reale, che tra l'altro non darebbero al creditore forme di tutela maggiore di quelle che tali garanzie già concedono.

In questo senso la c.d. ritenzione atipica, cioè la facoltà concessa talora alla banca di non restituire titoli, ricevuti in garanzia ma non costituiti in pegno (per questo è atipica), finché il debitore abbia adempiuto ai propri obblighi è sì legittima ma non è opponibile ai terzi, che potranno perciò sia rivenderli se a loro ceduti dal debitore sia anche aggredirli se suoi creditori, difettando questo diritto dei requisiti delle garanzie reali proprio per le ragioni appena indicate.

Non è infine possibile dar vita a privilegi di natura volontaria: i privilegi costituiscono infatti una causa di prelazione prevista dalla legge (art. 2745 c.c.) e

tanto basta per negare ingresso a privilegi atipici o pattizi, perché questi si violerebbero il più volte richiamato principio della *par condicio creditorum*.

Diversa è infine l'ipotesi in cui un contratto sia utilizzato a scopo di garanzia.

Esclusa, ancora una volta, la possibilità di violare il divieto di patto commissorio, è però sempre il codice civile a prevedere contratti con funzione di garanzia: ad es. il mandato senza obbligo di rendiconto (art. 1713 c.c.) o conferito anche nell'interesse del mandatario (art. 1723 c.c.), l'anticresi (art. 1960 c.c.) e più in generale, gli atti di destinazione indicati nell'art. 2645-ter c.c.

Tali contratti sono sicuramente ammissibili: laddove non si sia in presenza di patologie che dimostrino l'illiceità del contratto (artt. 1343, 1344 e 1418 c.c.), la circostanza che un contratto sia utilizzato per consentire una maggior sicurezza al creditore, costituirà il motivo che spinge le parti a dargli vita che, come tale, è irrilevante per il diritto (art. 1345 c.c.).

### 3. Garanzie reali e personali

L'intero patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.) costituisce la garanzia generale per il creditore, il quale potrà assoggettarlo ad esecuzione forzata secondo le regole previste dal codice di procedura civile.

È però evidente che il ricavato della vendita di quel patrimonio può essere insufficiente a saldare il debito e quindi uno dei mezzi più semplice per ridurre tale rischio è che il creditore possa contare su più patrimoni, ovvero sui beni di altre persone oltre a quelli del debitore.

La funzione delle garanzie personali è appunto questa: la pluralità di soggetti che rispondano del debito consente una maggior sicurezza sul fatto che, spontaneamente o coattivamente, alla fine il creditore ottenga il pagamento che gli spetti.

Ovviamente il creditore potrà ricevere solo quanto gli spetti: la pluralità di patrimoni non gli consente di cumularli a proprio vantaggio, ma solo di agire su tutti questi fino alla soddisfazione del proprio credito, incluse spese ed interessi, ma non un solo centesimo in più.

Le garanzie personali sono molte nel mondo degli affari ma, in definitiva, solo una nel codice civile, ovvero la fideiussione.

Tuttavia nemmeno questa rappresenta sempre una garanzia concretamente sufficiente: anche il fideiussore può avere un patrimonio insufficiente; in particolare, poi, quando si avvertono i primi segnali di crisi economica o finanziaria, i debitori ed i loro garanti tendono ad occultare i propri beni, rendendo di fatto impossibile un ristoro effettivo per il creditore.

Vi è poi un'ulteriore circostanza che rende spesso insufficiente la garanzia personale: poiché tutti i creditori hanno uguale diritto sul patrimonio del debi-

tore, salve le cause di prelazione (art. 2741 c.c.) e siccome la fideiussione non costituisce una causa di prelazione, il creditore può trovarsi a concorrere assieme a tutti gli altri creditori sui beni dei debitori, fideiussore compreso e non ricevere in definitiva alcunché.

Maggior sicurezza, allora, è conferita proprio da quelle garanzie che attribuiscono una prelazione rispetto agli altri creditori, ovvero pegno su beni mobili ed ipoteca su immobili e mobili registrati: il creditore che goda di queste garanzie sarà infatti soddisfatto con il ricavo della vendita, prima di ogni altro creditore, salve solo alcune ipotesi eccezionali (art. 2748, co. 2, c.c.).

Inoltre le garanzie reali sono munite di “diritto di seguito”, ovvero gravano sul bene anche se il debitore lo venda ad altri: si tratta di una caratteristica fondamentale, perché la responsabilità patrimoniale regolata dall’art. 2740 c.c. indica appunto che il debitore risponde con i propri beni, sicché se li alieni e se il creditore non riesca ad ottenerne la dichiarazione di inefficacia proponendo e vincendo un’azione revocatoria (art. 2901 c.c.), allora rimarrà insoddisfatto.

Vi sono infine ipotesi in cui il creditore riesce ad avere la disponibilità di denaro del debitore e dunque una preferenza di fatto sebbene non una causa di prelazione: ad es. in ipotesi di versamento della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), qualora chi la versi sia inadempiente, l’altra parte potrà trattenere quella somma a risarcimento del danno, senza subire il concorso con gli altri creditori, che si attua sulle somme ricavate dalla vendita dei beni pignorati e non sulle altre.

#### 4. La fideiussione ordinaria

La fideiussione è la garanzia personale prestata da un soggetto diverso dal debitore ed è regolata dagli artt. 1936 ss. c.c.; la fideiussione è valida anche se il debitore garantito ignori l’esistenza della garanzia e d’altronde pare difficile configurare un suo interesse ad opporsi sulla garanzia stessa. Questo significa che una fideiussione è valida anche se il debitore principale non partecipi all’atto costitutivo della garanzia o non la sottoscriva.

La fideiussione è caratterizzata dal c.d. *favor fideiussoris*: una serie di regole impone al creditore molteplici oneri a protezione del fideiussore, come ad es. l’obbligo di attivarsi contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza del debito, pena l’estinzione della fideiussione (art. 1957 c.c.); il divieto di prestare credito al debitore divenuto insolvente se il fideiussore per un’obbligazione ancora da sorgere non lo autorizzi specificamente (art. 1956 c.c.); ancora una volta, l’estinzione della fideiussione se il creditore non abbia conservato al fideiussore stesso i diritti e le garanzie di cui egli godeva verso il debitore e che siano venute meno per causa sua (art. 1955 c.c.).

A ciò s'aggiunga che la fideiussione non può essere prestata a condizioni più onerose del debito garantito (art. 1941 c.c.), ad es. con un saggio di interessi di mora più elevato, mentre se l'obbligazione garantita non sia valida (art. 1936 c.c.) o, detto più correttamente, qualora non esista l'obbligazione perché questa derivi da contratto invalido, allora nemmeno la fideiussione sarà valida.

Ciò spiega perché la prassi abbia creato figure nuove di garanzie personali od abbia modificato concretamente le forme di fideiussione richieste, come si dirà di seguito: spesso, per le modifiche che vengono introdotte rispetto al tipo legale, non si può dire se si sia in presenza di una fideiussione tipica o invece in una atipica.

L'aspetto più importante della fideiussione ordinaria consiste nella solidarietà passiva, verso il creditore, del debitore e del suo garante (art. 1944 c.c.): ciò significa che il creditore potrà agire contro entrambi simultaneamente oppure anche contro il solo garante, se confidi ad es. che questo paghi immediatamente e senza discutere.

Naturalmente il garante avrà poi diritto di regresso verso il debitore garantito (art. 1950 c.c.) e per l'intero pagamento, trattandosi di uno dei casi in cui l'obbligazione (fideiussoria) è stata contratta nell'interesse esclusivo di uno solo dei condebitori (art. 1298 c.c.), cioè del debitore garantito dal fideiussore. Deve però avvisarlo del pagamento che effettua perché se anche il debitore paghi, il fideiussore perde il diritto di regresso (art. 1952 c.c.) e sarà a suo carico l'onere di chiedere al creditore la restituzione dell'importo pagato due volte.

Il fideiussore resta obbligato fino alla scadenza della fideiussione, dalla quale non può liberarsi per propria volontà (art. 1372 c.c.); anche dopo la liberazione è tuttavia tenuto per i debiti sorti durante il periodo di efficacia, anche qualora il creditore li escuta successivamente, salvi gli obblighi previsti dall'art. 1957 c.c.

L'obbligo del fideiussore si prescrive in dieci anni dal giorno in cui si sia verificato l'inadempimento, cioè da quando il creditore possa far valere il proprio diritto (art. 2935 c.c.) e non dal giorno in cui sia stata prestata la garanzia.

Il codice non impone una forma particolare per la fideiussione, dovendo solo risultare una volontà espressa di prestare fideiussione (art. 1937 c.c.), sicché anche la dichiarazione a voce «garantisco io per lui» può considerarsi appunto fideiussione.

Tuttavia va ricordato che i contratti bancari devono assumere la forma scritta a pena di nullità ai sensi dell'art. 117, co. 1 e 3, t.u.b. e siccome la disposizione si applica «alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari» (art. 115 t.u.b.), si può ritenere che l'obbligo di forma scritta a pena di nullità riguardi anche le fideiussioni rilasciate dalle banche a terzi.

La stessa conclusione non vale invece per le fideiussioni rilasciate alle banche dai propri clienti: al di là del fatto che mai una banca si accontenterà di dichiarazioni orali di qualcuno, resta il fatto che se ciò accadesse, poiché la fi-

deieussione del cliente o di terzo non è «attività svolta dalla banca», allora la fideiussione sarebbe valida.

Le banche pretendono normalmente la fideiussione dai soci delle società cui debbano erogare credito: la ragione ben si intuisce ove si consideri che i soci delle società di capitali non rispondono personalmente dei debiti delle società stesse.

Il problema si pone per le società di persone: qui infatti i soci illimitatamente responsabili (cioè tutti salvo gli accomandanti nelle s.a.s.) sono tali appunto perché rispondono personalmente e senza limiti dei debiti sociali e ciò ha fatto ritenere a qualche giudice che in questi casi la fideiussione sia nulla perché priva di causa, cioè di una funzione rilevante.

Non è così ed infatti poi la Cassazione ha infatti cambiato idea.

Anzitutto nelle società di persone il creditore, prima di agire contro il socio, deve – a seconda dei casi, tendenzialmente o obbligatoriamente – provvedere ad escutere prima il patrimonio sociale (art. 2304 e 2315 c.c.), mentre in caso di fideiussione può agire subito contro il socio garante. Inoltre se la società assoggettata a liquidazione giudiziale sia ammessa al concordato (artt. 240 ss. c.c.i.), il creditore mantiene integralmente il proprio diritto verso i fideiussori (art. 248 c.c.i.) e lo stesso vale in caso di ammissione al concordato preventivo (art. 117 c.c.i.), diretto ad evitare la liquidazione giudiziale e per gli accordi di ristrutturazione a vantaggio dei creditori che non abbiano aderito (art. 59 c.c.i.; cfr. però il co. 3).

Dunque la fideiussione prestata dal socio di società di persone per i debiti di questa svolge una funzione meritevole (art. 1322 c.c.) ed è perfettamente valida.

## 5. La fideiussione «*omnibus*» ed a prima richiesta

La quantità di vincoli imposti a tutela del fideiussore appena ricordati spiega la reazione del mondo degli affari nella direzione di garanzie di maggior duttilità e, soprattutto, capaci di assolvere alla loro funzione fondamentale, ovvero di ristorare efficacemente e rapidamente il creditore. È noto infatti che quando il debitore sia inadempiente, il fideiussore che non sia interessato alla propria onorabilità sul mercato tenta in tutti i modi di non pagare o ritardare il momento del pagamento, confidando tra l'altro nell'esagerata ed intollerabile durata dei processi italiani.

Una prima forma di fideiussione un tempo diffusissima nel credito bancario era quella che prevedeva la garanzia per ogni e qualsiasi debito contratto dal garantito verso il creditore, di qualsivoglia natura e di qualsiasi importo, attuale o futuro.

Tale fideiussione era denominata «*omnibus*» per indicare la sua ampiezza pressoché illimitata e sulla sua validità era sorto, alla fine degli anni Ottanta, un

pericoloso contenzioso tra la giurisprudenza della Corte d'Appello di Milano, che ne sanciva ripetutamente la nullità, ad es. per indeterminabilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.) e quella della Corte di Cassazione che, invece, ne ribadiva la validità.

Nel 1992 il legislatore intervenne modificando l'art. 1938 c.c. ed imponendo che nelle fideiussioni per debiti futuri debba essere fissato il tetto massimo della garanzia.

In tal modo si è risolto uno solo dei problemi, cioè quello della conoscenza che il fideiussore abbia, fin dall'inizio, della misura del debito di cui possa essere chiamato a rispondere. Nulla si è detto invece in ordine alla determinabilità dell'oggetto della garanzia, ma tale aspetto del problema non emerge oggi più nelle discussioni, probabilmente in quanto il testo delle fideiussioni richieste dalle banche è attualmente più circostanziato.

Altro problema che si è posto è se il fideiussore possa rinunciare alle protezioni che il codice gli accorda: anche qui i contrasti giurisprudenziali hanno indotto il legislatore a modificare l'art. 1956 c.c. (liberazione per obbligazione futura), inserendo il divieto di rinuncia alla liberazione dalla garanzia nel caso ivi previsto. Tuttavia laddove il legislatore non abbia operato con tali interventi, quelle rinunce sono valide e quindi le fideiussioni oggi richieste dalle banche contemplano, ad es., la rinuncia ai benefici per il fideiussore previsti nel codice civile dagli artt. 1955 (liberazione per fatto del creditore) e 1957 (scadenza dell'obbligazione principale).

Una delle clausole sempre ricorrenti nelle fideiussioni chieste dalle banche a proprio favore, è la c.d. clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni (che da sola non rende atipica la fideiussione).

Tale clausola serve per ottenere dal giudice la provvisoria esecutorietà dell'ordine di pagamento anche in presenza di opposizione del fideiussore e trova la sua legittimità nell'art. 1462 c.c., che la consente salvo il caso in cui il fideiussore contesti la validità del contratto.

Si noti peraltro che questa clausola non vieta le eccezioni ma impone solo che il garante paghi subito e semmai si faccia restituire il pagamento qualora risulti, alla fine del processo, che avesse ragione (*solve et repete*). La funzione è evidente, ovvero di impedire che opposizioni strumentali e dilatorie, diffusissime, impediscano al creditore di recuperare il suo credito.

I giudici accolgono le richieste di sospendere il pagamento della garanzia solo quando vi sia la prova c.d. «pronta e liquida» del dolo del creditore, cioè quando vi sia la dimostrazione certa che, ad es., il debito sia già stato pagato al momento in cui la garanzia sia escussa. È la c.d. *exceptio doli*, ammessa ad es. quando vi sia la prova documentale della palese inesistenza del debito garantito e del conseguente carattere fraudolento della richiesta di pagamento del beneficiario.

Il fatto che le banche utilizzino spesso testi di fideiussioni coincidenti con quello suggerito dall'A.B.I. ha dato vita, di recente, ad un serio contenzioso in evoluzione: la Cassazione ne ha infatti dichiarato la nullità per violazione della disciplina *antitrust* ritenendole esecutive di un'intesa vietata (art. 2 l. n. 287/1990).

## 6. Il contratto autonomo di garanzia

Il mondo degli affari ha introdotto anche in Italia una forma ancora più ampia di garanzia, che viene denominata contratto autonomo di garanzia traducendo il nome che assume nell'ordinamento tedesco (*Garantievertrag*); forme simili sono conosciute da molto tempo negli Stati Uniti (*performance bond, bid bond* ed altre) ed ormai circolano in tutti i settori del commercio e dei servizi.

La particolarità di queste garanzie è di essere slegate dall'obbligazione garantita, nel senso che vengono configurate come valide a prescindere da qualsiasi questione inerente il debito garantito, quand'anche non sussistesse o derivasse da titolo invalido, così derogando, per la fideiussione, a quanto impone l'art. 1939 c.c.; naturalmente tutte queste garanzie prevedono anche l'obbligo di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni.

L'autonomia del contratto consiste in ciò: che il garante deve comunque pagare a richiesta del creditore e se questo abbia escusso senza ragione la garanzia, il garante dovrà farsi restituire le somme pagate dal debitore garantito, spettando al debitore di rivolgersi a propria volta al creditore principale.

Si noti che, per distinguere questa figura dalla fideiussione, non basta che vi sia la clausola che prevede il pagamento a prima richiesta e senza eccezioni, ma occorre proprio che le parti abbiano eliminato il rapporto che lega la garanzia al debito garantito nei termini appena indicati.

Sono ormai più di trent'anni che la giurisprudenza riconosce validità a questi contratti di garanzia, precisando che la loro funzione non è di consentire al creditore di incassare il denaro anche quando non ne abbia diritto, ma solo di apprestare un rimedio particolarmente rapido ed efficiente agli inadempimenti, che sposta l'eventuale riequilibrio dei rapporti al momento finale della lite, se e quando emerge l'illegittima escussione della garanzia.

Anche qui i giudici concedono la sospensione dell'escussione della garanzia solo in presenza di prova pronta e liquida del dolo del creditore.

Stante l'atipicità della garanzia, è possibile pattuire un termine di decadenza perché il creditore la escuta; un tale patto è però valido solo a condizione che non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.), nel senso che il termine per attivarsi non può essere troppo ristretto.

## 7. La polizza fideiussoria

La polizza fideiussoria è una garanzia che ha la forma di assicurazione ed il contenuto di fideiussione e che è regolata, in ambito tributario, dall'art. 38-*bis* del d.p.r. n. 633/1972. È cioè una garanzia rilasciata da una banca o da una società che esercita l'attività assicurativa, la quale chiede al debitore garantito un corrispettivo chiamato premio, come se si trattasse di un'assicurazione e che paga il creditore quando si verifichi il «sinistro», cioè l'inadempimento del debitore garantito.

È un contratto atipico e quindi può essere regolato dalla volontà delle parti anche in deroga alle regole dell'assicurazione o della fideiussione, salvo si tratti di norme imperative.

Il fatto che assuma natura sostanziale di fideiussione, in relazione al rischio che garantisce, ha indotto i giudici a ritenere che il mancato pagamento del premio, al contrario di quanto accade nell'assicurazione vera e propria (art. 1901 c.c.), non impedisca al creditore di chiedere l'indennizzo dal sinistro, cioè di escutere la polizza in caso di inadempimento del debitore.

Ciò comporta che quando il debitore non paghi i premi della polizza, l'assicuratore dovrà attivarsi nei suoi confronti, ma non potrà liberarsi verso il creditore assicurato, esattamente come il fideiussore non può liberarsi dalla fideiussione prima della sua scadenza.

Si ritiene però valida la clausola che, riproducendo l'art. 1896 c.c., stabilisca il diritto dell'assicuratore di esigere il pagamento dei premi, anche se il rischio sia cessato (cioè il debitore abbia pagato), fino a quando non sia stato avvisato del venir meno del rischio.

Anche altre norme relative all'assicurazione non si potranno applicare automaticamente, stante la funzione fideiussoria: ad es. non troverà spazio l'art. 2952 c.c., che fissa in due anni il termine di prescrizione dei diritti nascenti dal contratto di assicurazione, quale è quello di chiedere il pagamento dell'indennizzo.

Si noti che per la validità della polizza, al pari di quanto vale per la fideiussione, non occorre la volontà del soggetto debitore e quindi è efficace anche se il contraente sia persona diversa, purché abbia interesse a stipulare la garanzia.

Nemmeno la volontà del creditore garantito è essenziale alla validità della garanzia: qualora egli resti estraneo, si tratterà di contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.) ed il creditore, per beneficiare della garanzia nei casi previsti dal contratto, potrà limitarsi a comunicare al garante di volersi avvalere della stessa.

## 8. La lettera di *patronage*

La lettera di *patronage* è una forma atipica di garanzia, che si fonda principalmente sulla onorabilità di chi la emette, giacché pur non dando vita ad una fideiussione, vedrà il dichiarante attivarsi perché il debito sia adempiuto, appunto per non perdere il rispetto di cui gode nel mondo degli affari e non rischiare la propria reputazione.

Una banca presta con molta attenzione *patronage* ai creditori dei propri clienti; confida su *patronage* rilasciati per conto dei propri debitori quando provengano da importanti operatori del mercato.

Si conoscono, nella prassi, due forme di *patronage*, debole e forte.

In quello debole il *patronnant* (dichiarante) indica i propri rapporti con il debitore, ad es. una società controllata, la solvibilità di questo, la capacità di far fronte ai debiti e così via. Si tratta in definitiva di una sorta di lettera di presentazione, nella quale non ci si assume alcun obbligo di sorta, ma che il creditore alle volte richiede appunto perché sa che il *patronnant* dichiara fatti sulla cui veridicità può contare, per decidere se erogare o meno il credito.

Nel *patronage* forte, invece, il *patronnant* assume obblighi di comportamento, diversi dall'adempimento al posto del debitore (altrimenti si tratta di una fideiussione), ma comunque di interesse del creditore: dichiara ad es. che non cederà le partecipazioni della società controllata, che in caso di inadempimento si attiverà verso gli amministratori di questa ed altri impegni simili.

La responsabilità del *patronnant* non è mai quella del fideiussore; tuttavia egli risponde sia per la veridicità dei fatti affermati (a titolo di responsabilità extracontrattuale: art. 2043 c.c.) sia degli obblighi che si assume (art. 1218 c.c.), allorché il debitore non adempia ed il creditore sia insoddisfatto.

Va infatti ricordato che le dichiarazioni, anche se non impegnative, possono creare affidamento del creditore sui fatti dichiarati e che l'affermazione di fatti non veri può costituire lesione della libertà contrattuale del creditore ingannato.

Una delle ragioni per ricorrere al *patronage* in luogo della fideiussione, è il vantaggio economico che comporta per chi lo rilascia. La fideiussione costituisce infatti un debito che deve essere appostato a bilancio e coperto da un apposito fondo, giacché vi è pur sempre il rischio di dover adempiere in luogo del debitore garantito; ciò non vale per il *patronage*, perché qui è escluso per definizione che il *patronnant* assuma tale obbligo verso il creditore.

## 9. Il mandato «*in rem propriam*»

Il mandato può essere conferito anche nell'interesse del mandatario (art. 1723, co. 2, c.c.): ad es. se il debitore lo incarichi di riscuotere dei crediti, perché in tal caso il mandatario potrà compensare (art. 1241 c.c.) il proprio credito, con

il debito che sorge verso il mandante, riguardante l'obbligo di consegnargli le somme incassate dai terzi (art. 1713 c.c.).

In questo caso il mandatario assume anche una forma particolare di prelazione, perché il suo diritto di soddisfarsi sui crediti che nascono a favore del mandante in forza degli affari conclusi, sorge «con precedenza sul mandante e sui creditori di questo» (art. 1721 c.c.).

Le banche utilizzano spesso tali meccanismi quando ricevono dal cliente l'incarico di riscuotere suoi crediti, in forza di diversi tipi di operazioni bancarie: ad es. con la c.d. anticipazione su fatture, allorché il cliente, ricevuto dalla banca l'anticipo del credito rappresentato da fatture emesse a propri clienti, la incarichi di incassare tali somme, trattenendole ovviamente a compensazione dell'anticipo e a pagamento della commissione o del costo per l'anticipo stesso. Che poi il meccanismo operativo posto in essere non coincida sempre con le forme giuridiche indicate nei contratti, perché il più delle volte il cliente si limiterà ad avvisare il proprio debitore di pagare la fattura sul proprio conto aperto presso la banca creditrice, non toglie che il contratto vada qualificato come mandato *in rem propriam* in relazione agli effetti giuridici che ne discendono. Ovviamente si potrà dar vita ad un tale contratto anche in relazione a soli specifici crediti individuati analiticamente, come accade in presenza di importi particolarmente rilevanti di somme da incassare.

Il mandato *in rem propriam* non va confuso con la cessione del credito (art. 1260 c.c.): se il cliente avvisi il proprio debitore di aver ceduto alla banca il credito che sorge dalla fattura, si avrà qui appunto una cessione del credito, che assume una disciplina diversa e nella quale, in particolare, la banca diventa la nuova creditrice perché ha acquistato il credito.

Ciò non accade nel mandato *in rem propriam*, perché la banca viene solo incaricata di incassare il credito, senza diventarne titolare e quindi, secondo i giudici, il creditore mandante può validamente cedere a terzi il credito oggetto del mandato: in tal modo, tuttavia, la cessione del credito ad altri costituisce di fatto una causa di revoca del mandato, che quando sia conferito *in rem propriam* è invece irrevocabile.

## 10. Il pegno e le sue varianti

Il pegno è una garanzia reale su beni mobili (art. 2784 c.c.), diritti sui beni mobili o su crediti, che attribuisce una causa di prelazione (art. 2787 c.c.); norme particolari riguardano i titoli di credito (artt. 2014 e 2026 c.c.; art. 23 l.camb.).

Per i beni mobili non esiste una forma di pubblicità che ne documenti l'esistenza: infatti il contratto costitutivo di pegno può descriverli e talora individuarli con esattezza, ma se i beni siano venduti a persona di buona fede, cioè

a chi non conosca l'esistenza del pegno, egli li acquista liberi da ogni garanzia. Per tale ragione la costituzione del pegno si attua mediante consegna dei beni o del documento che incorpora il credito (art. 2801 c.c.), al creditore o ad un custode (art. 2786 c.c.): appunto ad evitare siano trasferiti a terzi senza menzione del pegno. Coerentemente la prelazione viene meno se i beni siano restituiti dal custode al debitore (art. 2787 c.c.).

La prelazione deve risultare da un documento avente data certa (art. 2787 c.c.; art. 2704 c.c.), cioè formato da un notaio oppure registrato (d.p.r. n. 131/1986) presso l'agenzia delle entrate: ciò al fine di prevenire frodi contro gli altri creditori.

Da tale requisito sono però esenti le garanzie finanziarie, di cui si dirà (*infra*, par. 11).

Se alla scadenza il debito non sia pagato, il creditore non potrà trattenere i beni oggetto di pegno, stante il divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.), ma dovrà chiederne la vendita per soddisfarsi sul ricavato (art. 2796 c.c.); poi si indicheranno alcune eccezioni previste da leggi speciali.

Questa procedura serve a proteggere gli altri creditori dal rischio di frodi, ma anche ad impedire che il creditore possa approfittare dello stato di necessità del debitore, trattenendo beni di valore maggiore del suo credito; infatti se dalla vendita dei beni e dal successivo pagamento di tutti i creditori rimanga qualche somma, questa andrà restituita al proprietario del bene dato in pegno.

Si parla tuttavia di "patto marciano" per indicare l'accordo che preveda la stima del valore del bene al momento dell'inadempimento: qui si ritiene che il creditore possa trattenere il bene in quanto la stima evita i problemi appena indicati; ovviamente in caso di eccedenza del valore rispetto al debito, l'eccedenza va restituita al debitore.

Quando oggetto di pegno sia un credito, occorre anche che il contratto sia notificato al debitore del credito dato in pegno oppure che egli abbia accettato la cessione (art. 2800 c.c.): ciò ad evitare che il debitore del credito costituito in pegno, non conoscendo la costituzione della garanzia, paghi al proprio creditore anziché al creditore pignoratizio. Il creditore pignoratizio deve incassare gli interessi che maturano ed imputarli al proprio credito (art. 2802 c.c.); inoltre alla scadenza deve riscuotere il credito (art. 2803 c.c.).

Il *pegno irregolare di titoli di credito* è invece una diversa figura, caratterizzata dal conferimento alla banca della facoltà di disporre, con obbligo di restituire la parte eccedente l'ammontare del proprio credito. In tal modo il soddisfacimento della banca non avviene mediante la vendita con le procedure di legge od assegnazione dell'oggetto del pegno, ma si realizza automaticamente e direttamente mediante la conservazione di quella titolarità, con un sistema di compensazione e sostituzione del credito garantito con il credito rappresentato dai titoli e con il dovere di restituzione dell'eccedenza.

Ovviamente il debitore del credito dato in pegno può opporre al creditore pignoratizio le stesse eccezioni che gli spettano contro il proprio creditore (art. 2805 c.c.), ad. es. di prescrizione del credito, di compensazione, ecc.: ciò ad evitare che il credito sia attribuito in pegno per sottrarsi a tali eccezioni.

Possono essere costituite in pegno anche partecipazioni in società di capitali, un tempo mediante annotazione del pegno nel libro dei soci in base al r.d. n. 239/1942; a seguito della soppressione del libro soci, il pegno si attua oggi mediante iscrizione in forma elettronica presso il registro delle imprese.

Secondo i giudici questa disciplina prevale su quella prevista in via generale dall'art. 2786 c.c., con la conseguenza che per la costituzione del vincolo e per la sua opponibilità ai terzi non è sufficiente lo spossessamento del titolo accompagnato da una scrittura avente data certa (art. 2704 c.c.), ma è necessaria la doppia annotazione sul titolo e nel libro dei soci (quindi ora mediante iscrizione al registro delle imprese), ovvero la consegna del titolo accompagnata dalla girata in garanzia.

In caso di pegno su azioni i dividendi spettano al creditore pignoratizio, il quale potrà anche esercitare il diritto di voto in assemblea ma non le eventuali opzioni (artt. 2352, 2471-*bis* c.c.).

Non possono invece essere costituite in pegno partecipazioni che non possono essere espropriate o trasferite liberamente: quindi le quote in società in nome collettivo (art. 2305 c.c.) o degli accomandatari (art. 2315 c.c.) mentre può essere costituita in pegno la quota dell'accomandante purché non sia vietato dall'atto costitutivo (art. 2322 c.c.); non possono esserlo nemmeno le azioni delle società cooperative (art. 2530 c.c.).

Si definisce invece *pegno rotativo* il pegno su titoli che, alla scadenza, anziché essere riscossi, debbano essere sostituiti da altri titoli, in quanto il debito garantito non è in quel momento ancora esigibile.

In particolare, il pegno rotativo si realizza quando, nella convenzione costitutiva della garanzia, le parti abbiano previsto la possibilità di sostituire i beni originariamente oggetto della garanzia medesima: tale previsione ha la funzione di evitare l'estinzione per novazione (art. 1230 c.c.) del primo pegno, che non si potrebbe escutere appunto perché il debito garantito non è ancora scaduto. Occorre tuttavia che tale convenzione abbia data certa (art. 2704 e 2787 c.c.), cioè possa essere opposta agli altri creditori come accordo preesistente alla sostituzione dei titoli, in modo che siano evitate frodi.

Poiché il pegno costituisce una causa di prelazione, è soggetto all'azione revocatoria regolata dal c.c.i. se sia stato costituito, secondo le ipotesi, tra i sei mesi e l'anno prima della presentazione della domanda cui è seguita liquidazione giudiziale (art. 166 c.c.i.), salvo sia stato prestato nell'ambito delle garanzie finanziarie di cui si dirà subito.

Quando si tratti di pegno rotativo, la data di costituzione rispetto alla quale si valuta la revocabilità, è quella originaria, anche se poi i titoli scaduti siano stati sostituiti da altri.

Il pegno *omnibus* è invece una garanzia un tempo utilizzata per proteggere il creditore in relazione a tutti i debiti che sorgano in un determinato rapporto.

Si è però dubitato della sua validità perché l'art. 2787 c.c. pretende che sussista nell'atto costitutivo del pegno anche «una sufficiente indicazione del credito», che manca se ci si riferisca genericamente a tutti i rapporti presenti e futuri tra creditore e debitore: varie sentenze sanciscono infatti la nullità di questa forma di garanzia, ad es. se l'atto faccia un semplice rinvio ad un conto corrente bancario. Altre decisioni hanno però ritenuto idoneo l'atto costitutivo di pegno recante l'indicazione dell'ammontare del credito garantito e della sua natura, quando la banca abbia concesso un'apertura di credito in conto corrente sino alla concorrenza della somma indicata nell'atto stesso.

È invece ormai quasi un relitto storico il c.d. *credito su pegno*, ancora ammeso dal Testo unico bancario, un tempo molto diffuso ed esercitato in particolare dalle casse di risparmio (una volta banche pubbliche) e dai c.d. monti di credito su pegno, che prestavano denaro ricevendo beni in pegno anche di modesto valore, che il cliente «riscattava» restituendo il prestito ricevuto o perdendo altrimenti i beni che andavano regolarmente all'asta a cadenze regolari. La crisi economica del secondo decennio del secolo ne ha però rivalutato l'operatività.

Il c.d. *pegno non possessorio* rappresenta una novità introdotta dal d.l. n. 59/2016, il cui nome sembra contraddire la sostanza del pegno ordinario, che prevede infatti lo spossessamento del debitore quale carattere saliente della garanzia.

La nuova disciplina è diretta al pegno costituito da debitori imprenditori e dunque non riguarda tutti e la sua funzione è di garantire i crediti concesso a loro o a terzi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito. Deve trattarsi di crediti inerenti l'esercizio dell'impresa, sicché non può utilizzarsi per i debiti personali, del debitore o del terzo garantito.

Anche qui è imposta la forma scritta a pena di nullità ma la sua opponibilità ai terzi non è legata al (solo) requisito della data certa, quanto all'iscrizione nel registro dei pegni non possessori costituito presso l'agenzia delle entrate; dal momento dell'iscrizione è equiparato al pegno ordinario agli effetti delle procedure delle crisi di impresa regolate dal codice della crisi e dell'insolvenza.

Inoltre la legge dice che dal momento dell'iscrizione il pegno prende grado: questo significa che, come per le ipoteche, sui medesimi beni o crediti è possibile dar vita a più pegni; ovviamente il creditore con pegno di primo grado sarà soddisfatto prima del creditore con pegno di secondo grado.

Peraltro ad oltre tre anni dall'introduzione di questa forma di garanzia, il registro non risulta attualmente ancora istituito.

L'oggetto del pegno in esame è dato dai beni mobili anche immateriali dice la legge e questa terminologia ampia consente di comprendervi marchi, brevetti, *know-how* e qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica, purché se ne possa disporre individualmente (esclusa dunque la ditta da sola: art. 2565 c.c.), con l'espressa esclusione dei beni mobili registrati (per i quali esiste l'ipoteca). Può riguardare altresì i crediti d'impresa. Contrariamente al pegno ordinario, il debitore può disporre dei beni oggetto della garanzia o trasformarlo (si pensi al pegno di materie prime) ed in tal caso la garanzia si trasferisce sui nuovi beni o sul corrispettivo della cessione.

Tra le particolarità della disciplina vi è la previsione che, alla scadenza del debito o al momento dell'insolvenza del debitore il creditore, previo avviso, può vendere i beni trattenendo il ricavo fino alla soddisfazione del credito oppure escutere o cedere i crediti, se questi sono l'oggetto della garanzia o anche trattenere i beni fino al valore dei crediti, se siano stabilite nel contratto le modalità di stima (è il "patto marciano" di cui si è già detto). La durata dell'iscrizione nel registro è di dieci anni: coincide con il termine ordinario di prescrizione dei diritti.

## 11. Le garanzie finanziarie

Il recepimento della direttiva comunitaria n. 2002/47 ha introdotto la disciplina delle garanzie finanziarie mediante il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, che riguarda il pegno ma anche il trasferimento di crediti o di attività finanziarie a scopo di garanzia. Tale disciplina è però riservata ai soli soggetti ammessi dall'art. 1, esclusi cioè i rapporti tra privati.

La normativa è particolarmente complessa, ma tra i suoi tratti salienti vi è anzitutto la c.d. clausola di «*close-out netting*», per la quale in ipotesi di inadempimento o di altri eventi indicati nel contratto, i crediti già oggetto di garanzia diventano subito esigibili anche se non lo fossero (ad es. le obbligazioni si convertono nell'obbligo di pagare immediatamente una somma pari al loro valore corrente stimato), all'incirca come indica l'art. 1186 c.c., mentre in caso di reciproci rapporti di dare ed avere opera la compensazione ed è dovuta solo la parte di credito eccedente a favore di uno dei contraenti.

Il contratto deve essere provato per scritto (art. 2), il che significa che la forma riguarda solo la prova in giudizio e non la validità del contratto, anche se è evidentemente ipotesi del tutto teorica che un contratto di garanzia finanziaria assuma forma non documentale.

Non occorre che assuma data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c., perché l'art. 3 indica chiaramente che non occorrono ulteriori requisiti, rispetto a quelli previsti dall'art. 2, sia per i diritti che spettano al beneficiario, quanto per «*la loro opponibilità ai terzi*», ancorché «*previsti da disposizioni di legge*», ad es. l'art. 145 c.c.i.

Ai contratti di garanzia finanziaria che hanno per oggetto il trasferimento di crediti o titoli non si applica il divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.), sic-

ché alla scadenza il creditore potrà trattenere i titoli stessi a pagamento del suo credito.

I contratti di garanzia finanziaria sono inoltre validi anche nei confronti degli altri creditori che abbiano proceduto contro il debitore e sono esentati dalla revocatoria prevista dall'art. 166 c.c.i., nei limiti indicati dall'art. 9.

Si tratta in definitiva di una procedura diretta a favorire la concessione del credito in relazione alla stabilità di cui godono le garanzie finanziarie rispetto alle altre garanzie, che sono invece inopponibili ai creditori che abbiano già agito in via esecutiva (artt. 2913 ss. c.c.) e che vengono travolte dalla liquidazione giudiziale del debitore o del garante nei casi indicati dall'art. 166 c.c.i.

## 12. L'ipoteca

L'ipoteca è una garanzia reale su beni immobili o su beni mobili registrati quali le navi, gli aerei e le automobili; può essere concessa dal debitore o anche da un terzo (art. 2808 c.c.), disponibile in tal modo a garantire con beni propri i debiti altrui (si parla qui di «responsabilità senza debito»).

Tale garanzia attribuisce una causa di prelazione sia per il credito garantito, quanto per una parte degli interessi e per le spese di iscrizione (art. 2855 c.c.).

È caratterizzata dal diritto di seguito: il bene ipotecato può essere venduto, ma chi lo acquista lo riceve gravato dall'ipoteca stessa (art. 2808 c.c.); in tal caso l'acquirente ha però diritto di liberare il bene dall'ipoteca, pagando il creditore (art. 2889 c.c.).

L'ipoteca viene ad esistenza quando sia iscritta nei registri che riguardano quel bene (art. 2808 c.c.) e fino a quel momento non attribuisce alcun diritto di prelazione e di seguito.

Sul medesimo bene possono essere iscritte più ipoteche, che prenderanno grado successivo al primo (art. 2852 c.c.); nel caso in cui il debitore non paghi ed il bene sia venduto all'asta, il ricavato andrà a soddisfare anzitutto il creditore ipotecario di primo grado e poi via via i successivi; l'eventuale residuo, pagati anche i creditori ordinari (chirografari) spetterà al proprietario esecutato.

Le ipoteche hanno natura diversa: quella legale spetta ad es. al proprietario che venda un immobile qualora non sia pagato al momento della vendita (art. 2817 c.c.); quella giudiziale deriva da un decreto ingiuntivo (art. 633 c.p.c.) esecutivo o provvisoriamente esecutivo oppure da una sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro, anche se non sia passata ancora in giudicato o da un lodo arbitrale (artt. 2818 ss. c.c.).

Quella volontaria può essere concessa anche sulla base di una semplice dichiarazione del debitore (c.d. atto unilaterale di assenso), purché abbia forma scritta; tuttavia siccome non si può iscrivere alcun atto se la firma non sia quantomeno autenticata da un notaio (art. 2835 c.c.), il documento non autenticato

si rivela privo di utilità pratica, perché in tal caso per essere idoneo all'iscrizione dell'ipoteca la firma deve essere accertata in giudizio.

L'iscrizione dell'ipoteca dura vent'anni (art. 2847 c.c.), termine doppio di quello ordinario di prescrizione dei diritti (art. 2946 c.c.); ciò consente al creditore insoddisfatto di attivarsi anche alla scadenza del termine del suo diritto e può anche chiederne il rinnovo al momento della scadenza (art. 2850 c.c.).

L'ipoteca si può ridurre man mano che il debito viene pagato (art. 2872 c.c.) e si estingue quando venga cancellata (art. 2882 c.c.): la cancellazione può avvenire in forza del c.d. atto di assenso alla cancellazione rilasciato dal creditore, anche qui con sottoscrizione autenticata.

Appunto in quanto anche l'ipoteca costituisce una causa di prelazione, è soggetta alla revocatoria regolata dal c.c.i. se sia stata costituita, secondo le ipotesi, tra i sei mesi e l'anno prima della domanda cui sia seguita la procedura (art. 166 c.c.i.); una particolare agevolazione è invece prevista per l'ipoteca a garanzia dei c.d. mutui fondiari, di cui si dirà subito.

Si parla di "accordi di grado" per definire quei patti in forza dei quali un creditore ipotecario di grado inferiore si accorda con quello di grado superiore per essere preferito a lui nei pagamenti dei ricavi d'asta (postergazione di grado: art. 2843 c.c.) o per dividere per quote il ricavo. Alle volte questo accade perché il creditore che potrebbe far dichiarare insolvente in base al c.c.i. il debitore e rendere inefficace l'ipoteca, concorda con creditori a lui preferiti la rinuncia a questo suo diritto in cambio di una somma di denaro.

### 13. Il mutuo fondiario

La legislazione dei primi del '900 aveva previsto una serie di agevolazioni in relazione a talune forme di credito speciale: tra i più importanti vi era il c.d. mutuo fondiario, cioè il prestito accordato per la costruzione o l'acquisto di immobili erogato da istituti di credito c.d. fondiari o da sezioni di credito speciale delle banche.

Tali regole – come vedremo a suo tempo: *infra*, cap. XXII – hanno subito una profonda riforma quando è stato emanato il nuovo Testo unico bancario del 1993 ed in particolare il credito fondiario può essere oggi concesso da qualsiasi istituto di credito.

C'è poi da dire che di tale forma di finanziamento è rimasto solo il nome; infatti gli artt. 38 ss. t.u.b. non prevedono alcuna specificità oggettiva o soggettiva connessa a questo mutuo, che si chiama quindi fondiario solo perché... tale è il nome che compare nel testo della legge.

Infatti «*il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili*» (art. 38 t.u.b.), sicché l'unico suo requisito è il grado dell'ipoteca che lo garantisca, in

quanto la legge non quantifica la durata del termine medio o lungo. Non pare infatti possibile individuare tale termine in quello di almeno 18 mesi previsto dalla disciplina tributaria (art. 15 d.p.r. n. 601/1973) per i propri effetti specifici: anzi, un mutuo di soli 18 mesi è da ritenere a breve termine in relazione alla durata ordinaria dei mutui fondiari (da 10 ad addirittura 30 anni).

L'ipoteca può essere però anche di grado successivo al primo, in relazione alle deroghe previste dalla stessa disposizione.

Si parla invece di frazionamento del mutuo e dell'ipoteca riferendosi alla facoltà che spetta all'acquirente di un appartamento in un condominio, di ottenere che il mutuo contratto dal costruttore per realizzare l'intero complesso immobiliare sia calcolato e posto a suo carico per la parte proporzionale al bene acquistato e che l'eventuale ipoteca che colpisca tutto il complesso sia del pari suddivisa proporzionalmente (art. 39 t.u.b.). Ciò consente al singolo acquirente di mantenere la proprietà di quanto acquistato anche se il costruttore sia inadempiente verso la banca e questa proceda in via esecutiva, ovviamente purché l'acquirente paghi la quota di propria competenza, perché in tal caso la sua proprietà non sarà oggetto di esecuzione forzata.

Inoltre il debitore può anche estinguere anticipatamente il mutuo (art. 40 t.u.b.) mentre la banca non può chiedere la risoluzione del mutuo se le rate non pagate siano meno di sette, in deroga a quanto prevede per il mutuo in generale l'art. 1819 c.c.; ciò non le impedisce ovviamente di agire in via esecutiva per l'adempimento delle rate scadute, come prevede in via generale l'art. 1453 c.c.

L'aspetto di maggior interesse per le banche nel concedere mutui fondiari è che le ipoteche che li garantiscono si «consolidano» in dieci giorni (art. 39 t.u.b.): dopo tale termine, cioè, le ipoteche non sono soggette alla revocatoria prevista dall'art. 166 c.c.i. e non lo sono nemmeno i pagamenti effettuati dal debitore. Si tratta di un beneficio particolarmente importante e ciò ha indotto la giurisprudenza a ritenere invalida l'ipoteca costituita quando un mutuo fondiario venga erogato al fine esclusivo di procurarsi un prelazione su un immobile del debitore. Ciò accade quando la somma erogata sia accreditata su un conto debitore, subito o dopo il consolidamento dell'ipoteca, estinguendo il debito preesistente mediante compensazione. In questa ipotesi i giudici ravvisano un comportamento in frode alla legge, appunto in quanto il mutuo non è diretto a garantire un finanziamento a medio o lungo termine, ma ad estinguere il debito evitando il rischio della revocatoria del pagamento. Tale rischio si evita infatti a seguito del consolidamento dell'ipoteca, ciò che consentirebbe in ogni caso alla banca di recuperare il credito anche se il pagamento fosse revocato, vendendo il bene ipotecato e trattenendo il ricavato: il che è possibile, appunto, a patto che il mutuo possa concretamente qualificarsi come fondiario e non se il nome non coincida con la sostanza.

Ulteriori benefici accordati in presenza di mutuo fondiario si colgono nel fatto che l'azione esecutiva per il recupero del mutuo ha meno formalità di quella ordinaria ed accorda particolari meccanismi che ne velocizzano i pagamenti (art. 41 t.u.b.).

## 14. I privilegi speciali

Il Testo unico bancario prevede una serie di privilegi speciali connessi a forma particolari di finanziamento: ad es. per il credito agrario e peschereccio (artt. 43 ss.; v. ancora *infra*, cap. XXII).

Il termine privilegio speciale indica una causa di prelazione a favore del creditore (art. 2745 c.c.), che viene quindi preferito agli altri creditori che agiscono sui beni oggetto di privilegio; è speciale perché è limitato a quei beni particolari, al contrario del privilegio generale che la legge prevede in talune ipotesi su tutti i beni del debitore (art. 2746 c.c.).

Quando il prestito sia garantito da ipoteca, l'art. 44 t.u.b. rinvia alle norme che riguardano i mutui fondiari e quindi anche il consolidamento dell'ipoteca nei dieci giorni dalla sua iscrizione.

È inoltre possibile creare privilegi speciali a garanzia di finanziamenti a medio e lungo termine, purché destinati all'esercizio dell'impresa (art. 46 t.u.b.).

La disposizione non indica quale tipo di attività possa essere finanziata, essendo sufficiente che attenga all'attività dell'impresa; requisiti a tal fine necessari sono la forma scritta dell'atto, a pena di nullità, il quale deve descrivere esattamente tutte le condizioni del credito ed i beni o crediti oggetto di privilegio.

Quando riguardi macchinari, deve essere trascritto nell'apposito registro previsto dall'art. 1524 c.c.; in ogni caso deve avere data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. per essere opposto all'eventuale liquidazione giudiziale, in relazione a quanto prevedono gli artt. 144 e 145 c.c.i.

Anche questi privilegi sono oggetto di azione revocatoria nei casi stabiliti dall'art. 166 c.c.i.

## 15. L'assicurazione del credito

Un diverso meccanismo di garanzia si attua mediante l'assicurazione del credito. Qui il creditore si assicura dal rischio che il debitore non paghi, stipulando un apposito contratto di assicurazione; il premio che l'assicurazione richiede sarà proporzionato al rischio che il debitore non paghi, alla durata del contratto ed al capitale assicurato.

Secondo i giudici va qualificato come assicurazione del credito, soggetta alla disciplina prevista dagli artt. 1892 ss. c.c. e non come assicurazione fideiussoria, il contratto in base al quale l'assicuratore garantisce all'assicurato, nella percentuale di copertura stabilita ed entro i limiti di credito comunicati per ciascun acquirente, l'indennizzo delle perdite subite per il mancato incasso, conseguente all'insolvenza di un acquirente, dei crediti certi ed esigibili derivanti da cessioni di beni e prestazioni di servizi o da cessioni all'esportazione effettuate in determinati paesi durante la validità della polizza.

È quindi il contratto che viene concluso dall'assicuratore con il creditore, ovvero con il soggetto che sopporta il rischio del sinistro ravvisabile nel fatto futuro ed incerto di un terzo (inadempimento del debitore) e che mira a coprirne il danno conseguente.

Configura invece un'assicurazione fideiussoria, con prevalenza della causa del contratto di fideiussione, la convenzione tra assicuratore e debitore, con cui quest'ultimo "assicura" un fatto proprio e volontario, cioè il fatto del proprio inadempimento, nei confronti di un terzo beneficiario (il creditore) e l'assicuratore promette non l'indennizzo di un danno, ma semplicemente di sostituirsi al debitore nell'adempimento, usufruendo o meno del c.d. *beneficium excussionis* (cioè del diritto di chiedere al creditore di rivolgersi prima al debitore principale) ed anche indipendentemente dal pagamento del premio.

Spesso le banche assicurano i propri crediti, ad es. dal rischio che il debitore muoia prima di aver rimborsato un mutuo di lunga durata o che perda il lavoro non riuscendo a pagare il dovuto.

In queste ipotesi il premio dell'assicurazione viene pagato dal cliente tutto all'inizio del rapporto, ma esistono assicurazioni che prevedono il pagamento annuale del premio.

Trattandosi di contratto di assicurazione, questo è ovviamente disciplinato dalle regole di tale fattispecie. Di conseguenza è stato considerato nullo, per inesistenza del rischio e quindi per mancanza di causa (art. 1325 c.c.), il contratto di assicurazione del credito derivante da operazioni di esportazione verso paesi che, per le loro condizioni economiche, appaiano già al momento di conclusione della vendita non in grado di adempiere le proprie obbligazioni.

Inoltre il pagamento dell'indennizzo da parte dell'assicuratore comporta la surrogazione legale del medesimo, ai sensi dell'art. 1916 c.c.

Trattandosi di contratto assicurativo, si verte in tema di attività riservata dal codice delle assicurazioni (d.lgs. n. 209/2005) alle imprese autorizzate ai sensi del relativo art. 11; si tratta, nel c.d. ramo danni, del n. 14, relativo ai crediti, perditi patrimoniali derivanti da insolvenze.

#### INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE ESSENZIALI

GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, II, Padova, 2010; GRIPPO, PACCHI, PASQUARIELLO e VALIGNANI, *La fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XI, Torino, 2007; CORAPI, voce *Garanzie bancarie (ordinamento italiano)* [postilla di aggiornamento], in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2006; DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 513 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 5 *La responsabilità*, Milano, 2012; ID., *Diritto civile*, 7 *Le garanzie reali*, Milano, 2012.