

LA FIDEIUSSIONE

La fideiussione come garanzia personale

La fideiussione è una forma di garanzia personale (art. 1936 c.c.) perciò ai sensi dell'art. 2740 c.c. il fideiussore garantisce l'obbligazione del debitore principale con tutto il suo patrimonio e - a differenza di quello che accade per le garanzie reali - il creditore non ha un diritto di seguito sul patrimonio del fideiussore.

La limitazione convenzionale della garanzia

E' valido, però, il cosiddetto *beneficium ordinis*, cioè il patto con cui le parti stabiliscono che, in caso il creditore debba procedere ad esecuzione sui beni del fideiussore, esclude prima determinati beni, e solo successivamente gli altri.

La funzione

La questione principale è stabilire se la fideiussione garantisca *l'adempimento dell'obbligazione principale* oppure garantisca *dall'inadempimento del debitore*.

La disputa ha notevoli implicazioni pratiche, ma la più importante è quella concernente i danni causati dall'inadempimento del debitore; per i sostenitori della prima tesi il fideiussore è obbligato unicamente a pagare la prestazione principale; per i sostenitori della seconda tesi, invece, il fideiussore è tenuto a pagare anche i danni che eventualmente siano provocati dall'inadempimento dell'obbligazione principale.

La fideiussione per obbligazione condizionale e per obbligazione futura

Il fideiussore può anche garantire un'obbligazione condizionale o futura, purché, in questo caso, sia determinato l'importo massimo garantito (art. 1938). Tale norma non è altro che un'applicazione particolare della regola generale secondo cui il contratto può avere ad oggetto beni futuri (articolo 1348) e sarà esaminata più ampiamente quando tratteremo la fideiussione omnibus.

La fideiussione della fideiussione

La fideiussione può avere ad oggetto un'altra fideiussione (articolo 1940); in tal caso il fideiussore garantisce il creditore contro l'inadempimento sia del debitore principale che del fideiussore.

Stabilisce l'articolo 1948 che il fideiussore del fideiussore non è obbligato verso il creditore, se non nel caso in cui siano insolventi il debitore e tutti gli altri fideiussori principali. Abbiamo, quindi, un'obbligazione sussidiaria, perché il creditore avrà l'onere di rivolgersi prima al debitore principale e agli eventuali fideiussori di primo grado, e solo nel caso di insolvenza di costoro al fideiussore di secondo grado.

La fideiussione alla fideiussione

La fideiussione della fideiussione si distingue dalla "fideiussione alla fideiussione", che è il negozio di garanzia con cui il fideiussore garantisce (non il creditore principale dall'inadempimento del fideiussore ma) il fideiussore dalla possibilità che il debitore principale sia inadempiente e che l'azione di regresso risulti infruttuosa.

In tal caso non sussiste il litisconsorzio necessario del secondo fideiussore con il creditore e diversi sono i termini di prescrizione dei due rapporti fideiussori, in quanto detti rapporti sono autonomi e indipendenti rispetto all'obbligazione principale (Cass. 18650/2011).

L'accessorietà

L'obbligazione del fideiussore è un'obbligazione accessoria, nel senso che tra fideiussione e debito principale esiste un collegamento funzionale molto stretto; conseguentemente esiste una correlazione tra rapporto fideiussorio e rapporto principale per cui il primo segue le sorti del secondo.

L'accessorietà, si è detto, è caratteristica principale e tipizzante della fideiussione, tanto che se le parti la escludono convenzionalmente abbiamo un contratto atipico.

Conseguenza della regola dell'accessorietà è che l'invalidità del debito principale si riflette sulla validità della fideiussione (art. 1939).

Altra conseguenza è prevista dall'articolo 1941: la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose; in caso contrario la fideiussione resta valida, ma entro i limiti dell'obbligazione principale.

L'articolo 1942, poi, dice che salvo patto contrario la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive.

La solidarietà

L'obbligazione fideiussoria è solidale con quella del debitore garantito; di conseguenza il creditore potrà chiedere il pagamento indifferentemente all'uno o all'altro dei due soggetti (art. 1944). In questo caso la fideiussione è detta fideiussione solidale.

Secondo alcuni autori, però, quella fideiussoria non sarebbe una vera e propria solidarietà, se non sui generis, o atipica. L'obbligazione solidale, infatti, si ha quando i coobbligati devono eseguire la medesima prestazione e hanno un interesse comune; inoltre il condebitore solidale che paga il debito ha azione di regresso solo per la sua quota.

Nella fideiussione, invece, ciascuno dei debitori lo è a titolo diverso (il debitore principale è obbligato in virtù del contratto stipulato col debitore, il fideiussore è obbligato in virtù del contratto di fideiussione), l'interesse principale è quello del debitore garantito, e l'azione di regresso da parte del fideiussore è esercitata per l'intero. Non solo, ma a differenza di quanto avviene normalmente nelle obbligazioni solidali (articolo 1297) il fideiussore può opporre tutte le eccezioni che potrebbe opporre il debitore principale.

Secondo altri autori tali differenze non sono sufficienti per escludere la fideiussione dalla categoria delle obbligazioni solidali, visto che l'articolo 1944 ve la include espressamente e visto che l'articolo 1293 dice chiaramente che la solidarietà non è esclusa dal fatto che i debitori siano tenuti con modalità diverse. La solidarietà fideiussoria ha, quindi, caratteri propri, ma è pur sempre solidarietà.

Il *beneficium excussionis*

Le parti possono convenire il cosiddetto *beneficium excussionis* (art. 1944 comma 2), nel qual caso il creditore ha l'onere di rivolgersi, per l'escussione, prima al debitore principale e poi al fideiussore, qualora il primo sia insolvente. In tal caso la fideiussione è detta *fideiussione semplice*.

Il beneficio non opera automaticamente; vale a dire che il creditore può anche rivolgersi preventivamente al fideiussore, ed è costui che ha l'onere di chiedere che venga espropriato per primo il debitore principale, indicando i beni su cui il creditore può soddisfarsi (articolo 1944).

L'accordo riguardo al *beneficium excussionis* è a forma libera, ma deve essere formulato in modo non equivoco.

Forma

La fideiussione è un negozio a forma libera, ma la manifestazione di volontà deve essere espressa (articolo 1937), nel senso che la dichiarazione del fideiussore deve essere inequivocabile. Si è ritenuto ad esempio, che costituisca valida manifestazione di volontà in tal senso l'espressione "garantisco io", mentre non lo sia l'invito a fare credito a qualcuno, oppure l'assicurazione fatta al creditore che il debitore pagherà sicuramente il suo debito.

L'altruità dell'obbligazione garantita

La legge dice chiaramente che il debitore deve garantire un'obbligazione altrui. Se il debitore presta fideiussione per se stesso la fideiussione è nulla per impossibilità dell'oggetto (o per mancanza di causa, come sostengono altri).

Validità della fideiussione

Come abbiamo accennato l'art. 1939 c.c. prevede che la fideiussione non sia valida se non è valido il debito principale.

L'espressione "non è valida" è interpretata estensivamente, e ricomprende annullabilità, rescissione, risoluzione. Occorre però precisare quanto segue:

1. se il debito principale è nullo allora la fideiussione è a sua volta nulla; la stessa cosa deve dirsi in caso di simulazione assoluta; in caso di simulazione relativa, invece, la fideiussione è invalida se il fideiussore era all'oscuro del rapporto simulatorio;
2. se il debito principale è annullabile (o rescindibile, o risolubile) allora la fideiussione resta in vita fino a quando non cade il debito principale.

Le eccezioni opponibili dal fideiussore

L'art. 1945, coerentemente alla caratteristica di accessorietà della fideiussione, dispone che il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità (per l'incapacità si intende solo quella legale) e -ovviamente- quelle di carattere personalissimo.

Effetti della sentenza emessa contro il debitore principale

Dall'articolo 1945 parte della dottrina ha tratto la conclusione che il giudicato ottenuto nei confronti del debitore faccia stato anche nei confronti del fideiussore.

La surrogazione e il regresso

Dispone l'articolo 1949 c.c. che "*il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore*". Tale figura è un caso di surrogazione legale.

Inoltre il fideiussore che ha pagato ha azione di regresso contro il debitore (art. 1950 c.c.).

Il regresso e la surrogazione possono essere parziali, qualora il debitore paghi una parte sola del suo debito e sia inadempiente per la restante.

Se vi sono più debitori principali obbligati in solido il fideiussore che ha garantito per tutti ha regresso contro ciascuno per ripetere integralmente ciò che ha pagato.

L'interruzione della prescrizione

L'interruzione della prescrizione nei confronti del debitore principale ha effetto anche nei confronti del fideiussore e viceversa (art. 1957 comma 4 c.c.).

Il rilievo del fideiussore

Il rilievo (art. 1953) è un istituto in virtù del quale il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore per ottenere – alternativamente:

- a) che il debitore gli procuri la liberazione dal suo obbligo di fideiussore; ad esempio ottenendo che il debitore paghi il suo debito, oppure che costui si accordi col creditore perché gli faccia ottenere la sua liberazione; ovvero
- b) che il debitore presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso"; ad esempio il fideiussore può ottenere che il debitore garantisca con un'ipoteca il pagamento del regresso.

I casi in cui il fideiussore può ottenere il rilievo del debitore sono eccezionali e tassativi:

1. quando il fideiussore è convenuto in giudizio per il pagamento;
2. quando il debitore è diventato insolvente;

3. quando il debito è scaduto;
4. quando il debitore si è obbligato a liberare il fideiussore entro un termine determinato;
5. quando sono decorsi 5 anni, nelle obbligazioni senza termine.

La fideiussione omnibus

La *fideiussione omnibus* garantisce tutti i debiti, presenti e futuri, del debitore.

La legge n. 154/1992, precursore del T.U.B., ha sancito in via definitiva ed inequivocabile la validità dell'istituto, e inoltre fugando ogni dubbio sulla tipicità dell'istituto, aggiungendo un nuovo comma all'articolo 1938 c.c. che prescrive che la fideiussione per obbligazione futura deve indicare l'importo massimo garantito.

Si è stato modificato l'articolo 1956 c.c. (il quale stabilisce che il fideiussore è liberato dal suo obbligo se non viene avvertito delle mutate condizioni economiche del debitore) prescrivendo che "*non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione*".

Una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione è intervenuta per sancire la nullità della fideiussione omnibus allorché preveda clausole determinate in funzione del modello predisposto dall'A.B.I.

La **Corte di Cassazione, Sez. I Civile, con ordinanza n. 29810 del 12.12.2017**, ha affermato la nullità delle fideiussioni omnibus per contrarietà delle stesse all'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990 e al Trattato sul funzionamento UE, allorché siano conformi alle previsioni standardizzate nei modelli bancari in uso, frutto di una collusione "a monte" tra Istituti di credito accertata da Banca d'Italia con provvedimento B423 n. 55 del 2.5.2005, e perciò non consentano alcuna contrattazione in quanto imposte tramite modelli prestampati predisposti dalla banca.

L'art. 2, comma 2, lett. a) legge n. 287/1990 proibisce qualsivoglia intesa, formale o *de facto* (cfr. Cass. Sez. I Civ. sent. n. 827/1999), e qualsiasi condotta anche non contrattuale che sia limitativa della concorrenza anche tramite schemi giuridici di formazione unilaterale.

Il soggetto di mercato (nel caso di specie il fideiussore) e chiunque vi abbia interesse, non solo imprenditori, che venga privato della possibilità di libera contrattazione può agire per la declaratoria di nullità delle pattuizioni imposte (cfr. Cass. Sez. Un. sentenza n. 2207/2005).

Qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, realizzata con qualunque modalità, determina la nullità delle condizioni contrattuali da essa determinate perché contraria al citato art. 2, co. 2, lett. a) legge n. 827/1990.

In particolare, il provvedimento B423 n. 55 del 2.5.2005 di Banca d'Italia ha accertato l'esistenza di un cartello bancario nella pratica di condizioni di fideiussione del seguente tenore:

- "*il fideiussore è tenuto 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*";

- "*qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*";

- "*i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a 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 tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato*".

Trattasi di un motivo aggiunto di contestazione delle pretese bancarie, da affiancare alle tradizionali contestazioni riferite all'operatività del rapporto, per consentire al fideiussore di ottenere il rigetto delle infondate o esorbitanti pretese dell'istituto di credito garantito.

Allo stato deve ritenersi che il motivo di nullità non sia applicabile in via analogica alla fideiussione c.d. specifica, ossia al rapporto di garanzia accessorio di un'obbligazione principale in esso specificamente indicata, in virtù della difficoltà di concepire un'ipotesi di cartello bancario in relazione a fattispecie distinte e diversificate di rapporto creditorio.

Avv. Simone Di Dio