

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

A cura dell'Avv. Felice Iorio Vice Direttore Generale e Responsabile Ufficio Legale,
Garanzia Fidi S.c.p.a.

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Cenni su fideiussione civilistica e sua evoluzione nei traffici commerciali – 3. Cenni su garanzia personale collettiva fidi “a prima richiesta” – 4. Irrealizzabilità del regresso del terzo garante contro il confidi - 5. Realizzabilità del regresso del confidi contro il terzo garante

1. Premessa

Lo studio in questione tenta di affrontare, senza pretesa di esaustività, la problematica inerente all'esercizio del potere di regresso¹ del confidi vigilato ex art. 106 del T.U.B. rispetto a quello di altri più comuni coobbligati terzi garanti e di questi ultimi rispetto al primo, quando concorrano tra loro garanzie di natura personale².

A seguito di rapida e generale panoramica della disciplina codicistica –e, in particolare, della figura da essa individuata più vicina alla garanzia personale collettiva fidi rilasciata dal confidi³– si andrà ad intercettare la norma specifica da interpretare; si indagherà, quindi, sulla natura intrinseca delle diverse garanzie, per addivenire ad una conclusione allineata alle più attuali disposizioni di legge.

Ciò, senza dimenticare che il fenomeno della garanzia collettiva fidi risale agli anni sessanta per via di spontanee iniziative ad opera di imprenditori di piccola taglia, generalmente a carattere settoriale e territoriale, che si sono messi

¹) Consiste nel diritto per un condebitore di rivalersi verso gli altri condebitori nel caso in cui il primo abbia effettuato per l'intero il pagamento al comune creditore. Con l'azione di regresso chi ha pagato chiede il rimborso delle quote corrispondenti alle parti di debito che gravavano sugli altri.

²) Nell'esercizio dell'attività di garanzia collettiva dei fidi, i confidi possono prestare garanzie personali e reali.

³) I confidi, quali enti mutualistici, sorti inizialmente senza specifiche basi normative, agevolano l'accesso al credito bancario delle piccole e medie imprese e dei liberi professionisti, mediante il rilascio delle garanzie collettive dei fidi –che, di norma, sono di natura personale– e i servizi connessi e strumentali. Solo con il D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella Legge 24 novembre 2003, n. 326, è stata individuata una disciplina organica e razionalizzata dei confidi.

insieme e coordinati per realizzare un migliore punto di incontro tra le imprese e le banche⁴.

2. Cenni su fideiussione civilistica e sua evoluzione nei traffici commerciali

Si rammenta, in generale, che la fideiussione si costituisce per contratto in forza del quale un terzo (fideiussore) si accorda con il creditore e si obbliga verso lo stesso garantendo l'adempimento di una obbligazione altrui (art. 1936 c.c.)⁵.

È allora imprescindibile che tale altrui obbligazione debba realmente sussistere⁶ (art. 1939 c.c.).

Ciò conferisce alla fideiussione di diritto comune la caratteristica dell'accessorietà e della strumentalità rispetto a un interesse esterno, traendo il proprio fondamento causale da una obbligazione principale.

Il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito, salvo *beneficium excussionis*, dovendo però in tale caso il fideiussore convenuto dal creditore indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione (art. 1944 c.c.).

Parimenti, salvo patto contrario (cosiddetto *beneficium divisionis*), se più persone hanno prestato fideiussione in favore di un medesimo creditore e a garanzia di un medesimo debito ciascuna di esse è obbligata per intero (art. 1946 c.c.).

Il fideiussore che ha pagato il debito, pur senza eccepire la decadenza ex art. 1957 c.c., è surrogato⁷ nei diritti del creditore (art. 1949 c.c.) ed ha azione di regresso, oltre che verso gli altri confideiussori ex art. 1954 c.c., nei confronti del debitore principale, benché quest'ultimo non fosse consapevole della prestata fideiussione (art. 1950 c.c.).

La fideiussione si estingue, al di là del caso di estinzione dell'obbligazione principale, quando per fatto del creditore, non può avere luogo la surrogazione

⁴) Invero esistono da sempre delle difficoltà nella relazione tra la piccola impresa e la banca, dovute principalmente ad interessi, alle volte, contrapposti sotto il profilo economico.

⁵) Il negozio fideiussorio è, in generale, causalmente diretto a rafforzare la tutela dell'interesse del creditore all'attuazione del suo diritto, attraverso l'estensione della garanzia patrimoniale ai beni del fideiussore, il quale aggiunge la propria obbligazione accessoria a quella del debitore principale.

⁶) Sul punto, *cf.*: Ravazzoni, *La fideiussione*, 1981, 5; Macario, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2009, 207 e ss.; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 1263 e ss.

⁷) La surrogazione è, in sostanza, il subingresso di un terzo che si sostituisce nei diritti del creditore verso un debitore, per effetto del pagamento del debito da parte del terzo stesso. È un istituto giuridico che realizza una modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio nel lato attivo.

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

del fideiussore nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore (art. 1955 c.c.). Il fatto del creditore deve essere violativo di un dovere giuridico posto dalla legge o nascente dal contratto.

Infine, l'art. 1957 c.c. pone una regola che mira ad accelerare l'iniziativa del creditore nei confronti del debitore principale una volta scaduta l'obbligazione, a tutela della posizione del fideiussore.

Il creditore ha l'onere –pena l'estinzione della garanzia fideiussoria– di proporre entro termini decadenziali debitamente previsti, le proprie istanze (*stricto sensu* giudiziali) contro il debitore e di continuarle in maniera diligente.

Ebbene la forte interdipendenza sussistente tra la fideiussione e l'obbligazione principale ha fatto venire alla luce dei modelli di garanzia nei quali il diritto del beneficiario a ricevere la prestazione del garante, viene in essere a seguito di un determinato evento, contrattualmente stabilito e che lo obbliga a pagare –per così dire– “a prima richiesta”, il cui verificarsi basta che sia “affermato” dal creditore, con contenute possibilità di ostacolarne il soddisfacimento⁸.

I nuovi modelli venutisi a creare, peraltro, con grande diffusione nei traffici commerciali nazionali e internazionali e con forme, in taluni casi, particolarmente estreme, hanno fatto ritenere che le parti avessero voluto abbandonare lo schema fideiussorio civilistico per lasciare spazio a delle vere e proprie garanzie cosiddette autonome⁹, in quanto scisse e totalmente indipendenti dal rapporto sottostante a cui si intende dar copertura, che troverebbero il loro fondamento giuridico principale nell'art. 1322, comma 2, c.c.¹⁰

3. Cenni su garanzia personale collettiva fidi “a prima richiesta”

Delineata la disciplina della fideiussione nei suoi tratti essenziali *ut supra*, chi scrive la ritiene applicabile –in linea di principio e salvo chiare incompatibilità– alla garanzia personale collettiva fidi rilasciata da un confidi, che andrebbe considerata come una fideiussione atipica e specifica¹¹, regolata perlopiù da fonte di natura privatistica¹², oltre che dalle leggi speciali di riferimento¹³.

⁸) Il fenomeno di una garanzia che fosse di immediata esigibilità si è sviluppato soprattutto in ambito bancario e finanziario, con l'obiettivo di assicurare al beneficiario una sollecita e certa escussione.

⁹) Lo scopo del contratto autonomo di garanzia è quello di tenere indenne il creditore/beneficiario dalle conseguenze economiche negative stabilite dalle parti, da ricondurre a precisi e prefissati fatti, con il diritto per il garante di poter sollevare soltanto l'*exceptio doli generalis*.

¹⁰) Invero, ai sensi della disposizione in parola, le parti possono concludere contratti non appartenenti alle tipologie individuate dal codice civile, purché realizzino interessi che siano meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico.

¹¹) Si garantisce, infatti, il pagamento derivante da una “specifica” operazione.

¹²) Il riferimento è agli accordi banca-confidi.

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Invero, al di là di come si intenda etichettarla giuridicamente (garanzia atipica, polizza fideiussoria¹⁴, etc.), la garanzia collettiva dei fidi parrebbe mantenere comunque un carattere accessorio – benché attenuato, per via della presenza di una clausola di pagamento a prima richiesta¹⁵ – tipico della fideiussione civilistica e assente nella figura del contratto autonomo di garanzia¹⁶.

¹³) In particolare, si veda l'art. 13 del Decreto-Legge n. 269/2003 convertito in Legge n. 326/2003.

¹⁴) La polizza fideiussoria si configurerebbe, invero, come una *fideiussio indemnitas*, fuori dall'orbita della garanzia fideiussoria e con una funzione più propriamente reintegratoria, non del tutto estranea a un modello di tipo assicurativo. La figura in questione, se prestata a garanzia di cose infungibili (come nel caso della prestazione dell'appaltatore), è riconducibile alle garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi, rispetto all'inadempimento del debitore, solo tramite il risarcimento del danno; la garanzia fideiussoria, invece, appartiene alle garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto e, quindi, di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto o di parte di esso.

¹⁵) Sarebbe possibile affermare che la presenza della clausola "a prima richiesta" non escluda automaticamente l'accessorietà, se questa risulti inequivocabilmente dal programma negoziale; allo stesso modo, il *nomen iuris* fideiussione non esclude l'autonomia, ove questa risulti dalle clausole adottate (in tal senso, De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, 30; Cass., sent. n. 52/2004, in *Contratti*, 10/2004, 915 e ss., con nota di Pecoraro, 918 e ss.). Inoltre, giova ricordare che la Corte di Cassazione (in part., cfr. sent. n. 27333/2005) avrebbe confermato la compatibilità della clausola "a prima richiesta" con il contratto di fideiussione, precisando a quali condizioni si possa rimanere entro il tipo codicistico, senza sconfinare nella diversa fattispecie del contratto autonomo di garanzia ed effettuando pur sempre un'approfondita indagine sulla *voluntas* espressa dalle parti. Infatti, il contratto autonomo si caratterizza per il fatto che una parte si obbliga, a titolo di garanzia, ad eseguire a prima istanza la prestazione del debitore indipendentemente dalla esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base, con l'impossibilità per il garante di sollevare alcuna eccezione. Cfr. anche Cass., sent. n. 5598/2020, che afferma: "OMISSIS ... una tale clausola non ha rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o come "fideiussione", potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia, infine, a clausole il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957 c.c. (ad esempio, limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia), esonerando il creditore dall'onere di proporre l'azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento "a prima richiesta" incompatibile con l'applicazione dell'art. 1957 c.c., spetta al giudice di merito accertare la volontà in concreto manifestata dalle parti con la sua stipulazione (Cass. 16825/2016; Cass. 84/2010; Cass. 10574/2003) ... OMISSIS". In senso contrario, Cass., sent. n. 4717/2019.

¹⁶) Sussistono, tuttavia, delle argomentazioni tese a qualificare l'autonomia come "relativa" e non come assoluta. In tal senso si è espressa la Cass., sent. n. 10864/1999: "OMISSIS...la clausola cosiddetta a prima richiesta e senza eccezioni, che consente al creditore di esigere dal garante il pagamento immediato del credito senza la possibilità di eccepire l'eventuale avvenuto adempimento da parte del debitore principale o la giustificazione dell'inadempimento per fatto della controparte, configura una valida espressione di autonomia negoziale, che assegna alla fideiussione carattere di atipicità, in deroga al principio dell'accessorietà, ma che non fa venir meno la connessione tra il rapporto accessorio e quello principale, non essendo l'autonomia del contratto assoluta ma relativa ... OMISSIS".

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

Il legame con il rapporto principale, rappresentato dal fido bancario, appare sì indissolubile da ripudiare un'autonomia *stricto sensu* rispetto allo stesso¹⁷, anche in considerazione dei pregnanti riferimenti contenuti sia in disparati accordi –che lo scrivente ha avuto modo di analizzare– tra le banche e i confidi, sia nell'art. 13 del Decreto-Legge n. 269/2003, convertito in Legge n. 326/2003, rubricato, per l'appunto, "*Disciplina dell'attività di garanzia collettiva **dei fidi***" (enfasi aggiunta)¹⁸.

Il negozio giuridico in parola parrebbe avere come scopo quello di garantire, in favore della banca e per un finanziamento da questa concesso, il rischio dell'inadempimento del debitore –che di norma è un'impresa socia del confidi– e non quello di coprire tutti i rischi del commercio, specialmente internazionale¹⁹, benché sia sussistente una clausola "a prima richiesta" o "senza eccezioni"²⁰.

All'uopo è possibile affermare che al diritto del beneficiario di pretendere il versamento a semplice richiesta scritta –spesso senza eccezioni– corrisponde l'obbligo della parte garante di pagare; ma l'esercizio del diritto non può che svolgersi nei limiti di una situazione giuridica valida, cioè senza abusi né modalità che rendano ingiustamente gravosa la sua realizzazione²¹.

Peraltro, il legislatore, nell'ambito del più generale disegno di riforma della regolamentazione dell'attività dei confidi, intenderebbe perseguire l'obiettivo di assicurare una maggiore tutela del carattere accessorio della garanzia –significa che tale carattere è già ritenuto giuridicamente sussistente– rispetto a un'operazione di finanziamento principale.

¹⁷) Salvo che non si compia uno sforzo volto a qualificare l'autonomia come "relativa" e non in termini assoluti.

¹⁸) Con riferimento al contenuto dell'art. 13, comma 1, del Decreto-Legge n. 269/2003 convertito in Legge n. 326/2003, si riporta quanto segue: *1. Ai fini del presente decreto si intendono per: ... OMISSIS ... per "attività di garanzia collettiva **dei fidi**" (enfasi aggiunta), l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a **favorirne il finanziamento** (enfasi aggiunta) da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario".*

¹⁹) Si veda Calderale, *La cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il <big sleep> delle Sezioni Unite*, in Foro.it, 1988, I, 1, 3024.

²⁰) All'uopo, si richiama la clausola *solve et repete* e l'art. 1462 c.c. In altri termini, il garante sarebbe obbligato all'adempimento (*solve*), e solo in un secondo momento vi si potrebbe opporre, chiedendo indietro quanto già versato (*repete*), in particolare, nel caso in cui venisse accertata la nullità del rapporto principale. Il "meccanismo" imposto dalla clausola in parola parrebbe evocato anche dalle Disposizioni Operative del Fondo ex L. 662/96.

²¹) Sul punto, *cf.* Battista Petti, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, 2006, 649 e ss.

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

Ciò, visto quanto espressamente previsto dal criterio di delega di cui all'art. 1, comma 1, lett. h), della L. n. 150/2016²², con cui era stata conferita al Governo una delega legislativa per la riforma del sistema dei confidi, che non è stata poi esercitata con l'emanazione dei consequenziali decreti attuativi.

Nel senso dell'accessorietà andrebbero poi anche le Disposizioni Operative del Fondo di garanzia per le PMI ex L. 662/96²³, a cui i confidi fanno sistematicamente e massicciamente ricorso per coprire i propri rischi, gestito per conto del Ministero dello Sviluppo Economico da un Raggruppamento Temporaneo di Impresa che sarebbe composto, allo stato, da MedioCredito Centrale S.p.a., in qualità di mandataria e capogruppo, e da Artigiancassa S.p.a., MPS Capital Services S.p.a., Intesa Sanpaolo S.p.a. e BFF Bank S.p.A., in qualità di mandanti.

Le Disposizioni in parola definiscono la garanzia pubblica ex L. 662/96 (da intendersi sia nella veste di "garanzia diretta"²⁴, che in quella di "controgaranzia"²⁵ e "riassicurazione"²⁶) come "esplicita, incondizionata, irrevocabile, escutibile a prima richiesta e riferita a una singola operazione finanziaria" e mai come propriamente "autonoma".

²²) Invero, l'art. 1, comma 1, lett. h), della n. 150/2016, recita: "1. Al fine di favorire un migliore accesso al credito per le piccole e medie imprese (PMI) e per i liberi professionisti, di cui all'articolo 13, commi 1 e 8, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni, attraverso la valorizzazione del ruolo dei confidi, la semplificazione degli adempimenti e il contenimento dei costi a loro carico, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la riforma della normativa in materia di confidi, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: ... OMISSIS ... h) assicurare una maggiore tutela del **carattere accessorio** (enfasi aggiunta) della garanzia rilasciata dai confidi rispetto all'operazione di finanziamento principale; ... OMISSIS".

²³) Non è di particolare aiuto la definizione contenuta nell'art. 2, comma 100, lett. a) della L. 662/96: "OMISSIS ... 100. Nell'ambito delle risorse di cui al comma 99, escluse quelle derivanti dalla riprogrammazione delle risorse di cui ai commi 96 e 97, il CIPE può destinare: a) una somma fino ad un massimo di 400 miliardi di lire per il finanziamento di un fondo di garanzia costituito presso il Mediocredito Centrale Spa allo scopo di **assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese** (enfasi aggiunta); ... OMISSIS".

²⁴) Le Disposizioni Operative del Fondo ex L. 662/96 definiscono la "Garanzia diretta" come la garanzia concessa dal Fondo direttamente ai soggetti finanziatori.

²⁵) Le Disposizioni Operative del Fondo ex L. 662/96 definiscono la "Controgaranzia" come la garanzia concessa dal Fondo a un soggetto garante ed escutibile dal soggetto finanziatore nel caso in cui né il soggetto beneficiario finale né il soggetto garante siano in grado di adempiere alle proprie obbligazioni nei confronti del medesimo soggetto finanziatore.

²⁶) Le Disposizioni Operative del Fondo ex L. 662/96 definiscono la "Riassicurazione" come la garanzia concessa dal Fondo a un soggetto garante e dallo stesso escutibile esclusivamente a seguito della avvenuta liquidazione al soggetto finanziatore della perdita sull'operazione finanziaria garantita.

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

Infatti, se è vero che la garanzia del Fondo in questione, al pari di quella rilasciata dal confidi, è escutibile a prima richiesta è pur vero che le relative Disposizioni Operative e convenzioni con le banche, contengono un imponente elenco di documenti ed elementi afferenti al rapporto principale, da acquisire e analizzare obbligatoriamente prima del pagamento.

Quanto detto, si traduce in una serie di condizioni cui è subordinata la fruttuosa escussione della garanzia che sembrerebbero comportare l'abdicazione del contratto autonomo a vantaggio dello schema fideiussorio²⁷, con differenti conseguenze in caso di escussione abusiva della garanzia²⁸.

4. Irrealizzabilità del regresso del terzo garante contro il confidi

Posto quanto affermato, si ritiene che le disposizioni di cui agli artt. 1949 e 1954 c.c., in tema –la prima– di surrogazione del fideiussore che ha pagato nei diritti del creditore e –la seconda– di conseguente regresso contro gli altri fideiussori, non possano spiegare effetti negativi sul confidi, nel caso in cui quest'ultimo non abbia ancora adempiuto alla propria obbligazione²⁹.

Tale peculiarità sarebbe data, *in primis*, dal fatto che il confidi garante non può essere parificato al cosiddetto *quisque de populo* che rilascia una garanzia³⁰, essendo posti su piani completamente diversi.

Il primo è infatti un ente assimilabile ad una banca, che segue delle regole ben precise, perlopiù imposte da Banca d'Italia, e istruisce una pratica per l'emissione di una garanzia a titolo oneroso (*rectius*: credito di firma); il secondo è una persona fisica (più raramente una persona giuridica) che firma un contratto di garanzia senza fare alcun tipo valutazione creditizia e assume, di norma, l'obbligazione a titolo gratuito (*rectius*: garanzia/fideiussione).

In altri termini, le due garanzie prestate da soggetti diversi (il terzo garante ed il confidi garante), a fronte dello stesso debito e a beneficio della medesima banca, conservano una particolare indipendenza: manca, in sostanza, il collegamento necessario tra le obbligazioni assunte, per difetto di comune interesse, assenza di volontà e di consapevolezza di garantire congiuntamente.

²⁷) Di fatto, l'adempimento della obbligazione, sia ad opera del confidi che del Fondo ex L. 662/96, non avviene mai a semplice richiesta scritta.

²⁸) Nella ipotesi del contratto autonomo la *condictio indebiti* spetterebbe al debitore contro il creditore, mentre per la garanzia accessoria competerebbe direttamente al garante.

²⁹) In tal senso, pur se in maniera implicita, *cf.* ABF, Collegio di Napoli, decisione n. 0001157/19 del 16/01/2019.

³⁰) Si intende un "non addetto ai lavori" e che, per l'appunto, non è un garante di professione.

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

Non ricorrono, dunque, i presupposti della confideiussione³¹ di cui all'art. 1946 c.c., che determina il diritto di regresso del fideiussore che ha pagato nei confronti degli altri fideiussori e, quindi, del terzo garante nei confronti del confidi.

Potrebbe configurarsi, invece, la differente struttura della cosiddetta fideiussione plurima, ovvero l'ipotesi di *"OMISSIS...distinte fideiussioni prestate da diversi soggetti in tempi successivi e con atti separati, senza alcuna manifestazione di reciproca consapevolezza tra fideiussori o, al contrario, con espressa convenzione con il creditore di mantenere differenziata la propria obbligazione da quella degli altri, e, in ogni caso, in assenza di un collegamento correlato ad un interesse comune dei cogaranti...OMISSIS"*³².

Abbiamo, quindi, negozi giuridici diversi perché hanno strutture³³ e funzioni diverse³⁴.

Invero, la garanzia del confidi essendo una fideiussione atipica, come accennato sopra, è improbabile che segua in tutto e per tutto la disciplina civilistica di riferimento³⁵.

In tale fattispecie bisogna guardare in massima parte a quanto contenuto nell'accordo privato e nelle leggi speciali, che conferiscono alla garanzia mutualistica dei confidi quella particolare natura voluta anche dall'ordinamento

³¹) L'incompatibilità con l'ipotesi della confideiussione può essere rafforzata evidenziando come l'oggetto della garanzia di un confidi sia, di fatto, la concertata percentuale della potenziale futura perdita della banca.

³²) Si veda la sentenza della Cassazione, 6 dicembre 2007, n. 25475.

³³) Peraltro, nel caso della garanzia del confidi saremmo in presenza di due accordi (uno tra la banca e il confidi e l'altro tra il confidi e l'impresa cliente), mentre in quello della garanzia del terzo uno soltanto (tra la banca e il terzo garante).

³⁴) Il sistema delle garanzie collettive è stato introdotto, ad esempio, con il preciso scopo (quasi di "pubblica utilità") di consentire alle piccole e medie imprese di accedere più agevolmente al credito e di fruire di condizioni economiche più vantaggiose, proprio grazie alle convenzioni stipulate con i vari istituti di credito, costituendo in molti casi vera e propria condizione per l'erogazione del finanziamento da parte dei medesimi istituti.

³⁵) Chi scrive ritiene, ad esempio, che le norme del codice civile ad avere la forza di sopravvivere al negozio giuridico creato dai confidi siano, a titolo esemplificativo e salvo deroghe pattizie espresse, gli artt. 1939, 1949 e 1957 c.c. Con riferimento all'art. 1957 c.c. si fa rinvio alla sentenza della Cassazione, 28 febbraio 2020, n. 5598: *"OMISSIS ... la deroga all'art. 1957 c.c. non può ritenersi implicita neppure laddove sia inserita, all'interno del contratto di fideiussione, una clausola di "pagamento a prima richiesta" ... perché la disposizione è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore che, prescindendo dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale, può essere considerata meritevole di tutela anche quando tale collegamento sia assente ... OMISSIS"*.

giuridico e, se controgarantita/riassicurata dal Fondo pubblico ex L. 662/96, dalle Disposizioni Operative dello stesso tempo per tempo vigenti³⁶.

Sotto diverso angolo prospettico, si potrebbe anche ritenere che il contratto di garanzia sottoscritto dal cosiddetto *quisque de populo*, il più delle volte, non sia inquadrabile nell'alveo della fideiussione di diritto comune ma piuttosto in quello del contratto autonomo di garanzia con impossibilità di agire in regresso nei confronti del confidi.

Tuttavia, al di là di tale aspetto, che nella prassi è molto più diffuso di quanto si pensi³⁷, anche se si considerasse che il contratto sottoscritto dal cosiddetto *quisque de populo* sia una fideiussione con rimando alla disciplina civilistica, comunque restano in vita notevoli differenze con la garanzia rilasciata dal confidi vigilato che può subire solo in parte, come già detto, le regole del codice in materia.

5. Realizzabilità del regresso del confidi contro il terzo garante

Sul versante opposto, al fine di consentire il pieno soddisfacimento dei diritti di credito del confidi escusso ed evitare problematiche di sorta, è sempre più diffusa la prassi – peraltro, espressamente contenuta in diverse convenzioni tra la banca e il confidi analizzate dallo scrivente – di acquisire una dichiarazione sottoscritta dagli eventuali terzi garanti, a mezzo della quale gli stessi prendono atto che le garanzie da loro rilasciate non danno luogo a confideiussione/cogaranzia con la garanzia rilasciata dal confidi e che anzi sono garanti (*rectius*: controgaranti³⁸) parimenti di quest'ultimo, rinunciando a qualsivoglia azione di surrogazione e/o regresso e/o rivalsa³⁹.

³⁶) Per l'inquadramento giuridico e la disciplina della garanzia mutualistica del confidi, non si può non tenere conto delle regole contenute nelle Disposizioni Operative del Fondo di garanzia ex L. 662/96, a cui i confidi possono accedere a differenza di altri garanti, ottenendo l'agevolazione pubblica nella forma della controgaranzia/riassicurazione. Invero, le Disposizioni Operative hanno generato una garanzia/controgaranzia/riassicurazione con caratteristiche del tutto peculiari, dove lo spazio di intervento per la disciplina civilistica diviene davvero limitato. Se ciò non fosse, la problematica del regresso dei garanti potrebbe addirittura porsi anche per il garante/controgarante/riassicuratore pubblico ex L. 662/96, il quale è pur sempre e in via generica un garante.

³⁷) La giurisprudenza intravede sempre più spesso il contratto autonomo di garanzia e non la fideiussione nei rapporti tra garante e istituto di credito. In particolare, si veda: Tribunale di Roma, 16 febbraio 2015, n. 3645; Tribunale di Napoli, 10 ottobre 2013, n. 11972; Cassazione a Sezioni Unite, 18 febbraio 2010, n. 3947.

³⁸) Il controgarante è, di fatto, il garante del garante.

³⁹) Tale dichiarazione parrebbe poter risolvere in maniera dirimente l'aspetto in favore dei confidi, in armonia –ad avviso di chi scrive– con il quadro giuridico riferito alla garanzia collettiva fidi.

La garanzia personale a prima richiesta del confidi vigilato e le garanzie personali di terzi: il problema del regresso

Peraltro, il diritto di credito del confidi che ha pagato la propria garanzia risulta ben definito e disciplinato in ogni accordo bancario, in armonia con le Disposizioni Operative del Fondo ex L. 662/96 e con il connesso credito pubblico, attraverso la via del mandato alla banca per le azioni di recupero a tutela di tutti gli attori in scena ovvero mediante una tutela effettiva della surrogazione, in taluni casi con previsione di sottoscrizione di apposito patto, e connesso regresso del confidi nei confronti del debitore principale e coobbligati.

A ciò si aggiunga, che l'attività di rilascio della garanzia collettiva dei fidi viene compresa nell'ambito della più ampia attività di concessione di "finanziamenti" anche se svolta nella forma del credito di firma (cfr. art. 2 D.M. 2 aprile 2015 n. 53)⁴⁰.

È evidente che tale definizione, in qualche modo, disconosce la concezione tradizionale della garanzia finanche mutualistica tanto da riuscire ad affermare che un confidi, soprattutto se vigilato, non svolge più il ruolo di garante a beneficio di un istituto di credito, ma piuttosto si affianca ad esso nel "finanziare" le piccole e medie imprese⁴¹.

Perciò, sotto altro angolo prospettico, non si tratterebbe più di distinti rapporti tra un debitore, un creditore e un garante semmai di distinti rapporti tra un debitore e due diverse tipologie di finanziatori⁴².

Detto aspetto rappresenterebbe di per sé un chiaro ostacolo alla surrogazione e regresso di garanti/fideiussori avverso il garante confidi ai sensi degli artt. 1949 e 1954 c.c.; *ex adverso*, la garanzia rilasciata dal cosiddetto *quisque de populo* lascerebbe intatta la suddetta tripartizione (e quindi resta chiara la distinzione tra creditore, debitore e garante).

Il ragionamento sopra esposto sarebbe, peraltro, sorretto da tutta la normativa di Banca d'Italia –e dalla sua continua evoluzione– diretta a controllare il confidi vigilato.

Infatti, è doveroso precisare che già mediante comunicazione dell'8 maggio 2013 indirizzata ai confidi vigilati, tale *Authority* ha di fatto eliminato qualsiasi differenziazione tra credito di firma e credito per cassa, arrivando a determinare una vera e propria parificazione tra un finanziamento erogato con denaro

⁴⁰) In tal senso, già il D.M. 17 febbraio 2009, n. 29, integralmente abrogato e riscritto dal D.M. 2 aprile 2015 n. 53, senza snaturare il concetto di finanziamento di firma ed anzi confermando lo stesso.

⁴¹) Così, E. Olivieri, *L'ambulatorietà della garanzia del confidi nelle cessioni di rapporti giuridici e nelle cessioni di crediti: spunti interpretativi e riflessioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4 del 2015.

⁴²) Così, E. Olivieri, *L'ambulatorietà della garanzia dei confidi nelle cessioni di rapporti giuridici e nelle cessioni di crediti: spunti interpretativi e riflessioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4 del 2015.

contante e un finanziamento di firma, cioè concesso tramite la garanzia mutualistica.

Si può quindi affermare che la garanzia personale collettiva dei fidi rilasciata dal confidi ha acquistato con il tempo anche altre caratteristiche, quelle di un finanziamento, configurandosi come uno strumento ibrido che per un verso è utile a tutelare il credito bancario, ma per altro verso è esso stesso vero e proprio credito, affiancandosi alle tradizionali fonti finanziarie a cui una PMI può accedere.

In conclusione, il confidi vigilato ex art. 106 del T.U.B. parrebbe poter beneficiare, lato attivo, di quanto previsto dagli artt. 1949⁴³ e 1954 c.c., tuttavia non ne subirebbe gli effetti di tipo negativo, lato passivo.

EX PARTE CREDITORIS

⁴³) All'uopo si richiama nuovamente la sentenza della Cassazione, 28 febbraio 2020, n. 5598: "OMISSIS ... che il fatto del creditore, rilevante ai sensi dell'art. 1955 c.c. ai fini della liberazione del fideiussore, deve costituire violazione di un dovere giuridico imposto dalla legge – nella specie dall'art. 1957 c.c., che imponeva al creditore di proporre le istanze contro il debitore principale e di proseguirle con diligenza – o nascente dal contratto e integrante un fatto quanto meno colposo, o comunque illecito, dal quale sia derivato un pregiudizio giuridico e non solo economico, come la perdita del diritto di surrogazione ex art. 1949 c.c. o di regresso ex art. 1950 c.c. ... OMISSIS".

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376