

Tipologia e modalità di rilascio delle garanzie nella richiesta dei finanziamenti bancari

a cura di Demauro Giuseppe

Introduzione

Il rilascio delle garanzie da parte delle imprese richiedenti una qualunque forma di finanziamento a banche o società operanti nel settore del credito, costituisce soprattutto in quest'ultimo periodo un aspetto decisivo per l'ottenimento di adeguate linee di credito.

La scarsa liquidità presente nel mercato interbancario, il perdurare delle note difficoltà economiche e gli "strani" effetti prodotti dai nuovi criteri di valutazione di Basilea II, hanno indotto soprattutto le banche a rivedere e restringere i criteri di concessione di nuovi finanziamenti o di rinnovo delle linee di credito già esistenti.

Ricordiamo che fino a poco tempo fa l'erogazione di qualunque forma di finanziamento da parte delle banche era concessa concentrando l'analisi del merito creditizio soprattutto sulla tipologia del business intrapreso dall'azienda e quindi su tutti quegli aspetti direttamente o indirettamente legati alla capacità di produrre e vendere un bene o un servizio, sull'analisi dei mercati di riferimento, sulla qualità della compagine sociale intesa come capacità del management di operare in maniera efficiente, sulla tipologia di struttura interna intesa come organigramma articolato e solo infine sulle risultanze dei dati di bilancio e sulla tipologia di garanzie rilasciate.

A quest'ultimo proposito si poteva spesso assistere anche alla concessione di linee di credito non accompagnate da alcuna garanzia - c.d. "in bianco" – se la valutazione degli elementi sopra elencati risultava particolarmente positiva e comunque adeguata.

Ad oggi, la fase di istruttoria che precede l'eventuale erogazione delle linee di credito, si basa su altri criteri di valutazione che solo marginalmente continuano a dipendere dagli elementi sopra descritti e che sempre di più, invece, attribuiscono importanza a tutti i dati desumibili dal bilancio di esercizio e alla tipologia di garanzie rilasciate.

La necessità che attualmente emerge da parte delle banche è quella di contenere quanto più possibile il rischio derivante dalla mancata restituzione dei capitali prestati; da qui la sempre maggiore richiesta di accompagnare le domande di finanziamento con solide garanzie.

Le diverse tipologie di garanzia

Appare pertanto utile passare in rassegna le garanzie che le banche possono chiedere e gli imprenditori offrire al fine di ottenere i finanziamenti necessari per potenziare o proseguire nelle attività produttive evidenziando alcuni aspetti particolari che è sempre opportuno siano tenuti ben presenti da ambo le parti interessate.

La prima distinzione che occorre effettuare è tra le garanzie reali e personali.

Nelle **garanzie reali** alcuni beni, individualmente e specificatamente definiti, garantiscono il creditore che può rivalersi, in caso di mancato adempimento delle obbligazioni, in maniera specifica solo su questi beni ma con precedenza sugli altri creditori anche se la proprietà o il possesso degli stessi beni siano stati nel frattempo trasferiti ad altri soggetti.

Nelle **garanzie personali** vi è una maggiore "superficie garante" costituita dall'intero patrimonio del soggetto che ha rilasciato la garanzia senza tuttavia il diritto di sequela sui beni medesimi, nel senso che la garanzia è operativa solo su quei beni che si trovano nel patrimonio del garante al momento che sia necessario escuterli e in concorrenza con gli altri eventuali creditori.

Le garanzie reali

Le garanzie reali sono richiamate espressamente dal comma 2 dell'art. 2471 del cod. civ. che le identifica in: ipoteca, privilegio e pegno.

L'ipoteca può avere ad oggetto tutti i beni che sono iscritti in pubblici registri: terreni, fabbricati, opifici, navi¹, aeromobili, autoveicoli², beni in concessione³, beni realizzati in diritto di superficie nonché beni futuri⁴.

In tale ambito sarà esaminata la sola ipoteca volontaria che nasce dalla volontà del soggetto che la costituisce e che ben si distingue dall'ipoteca legale e giudiziale⁵.

Si evidenzia che il diritto di ipoteca si estende automaticamente ai miglioramenti, alle costruzioni ed alle altre accessioni dell'immobile ipotecato; questa estensione opera per legge (art. 2811 cod. civ.) e pertanto chi offre in ipoteca un terreno, troverà gravato dall'ipoteca a suo tempo concessa anche l'eventuale fabbricato che nel frattempo avesse edificato sul terreno stesso e gli eventuali ampliamenti e sopraelevazioni.

Questa caratteristica dell'ipoteca di espandersi assume un particolare rilievo nei finanziamenti di opere immobiliari ancora da eseguire perché, se è vero che al momento dell'iscrizione dell'ipoteca questa colpirà solo il terreno su cui è stata concessa, successivamente in fase di costruzione dell'immobile, essa si estenderà alla nuova costruzione consentendo la concessione di un credito di ben maggior valore rispetto a quello ottenibile dal nudo terreno; in questo caso il finanziamento verrà ovviamente erogato gradualmente in base allo stato di avanzamento dei lavori di costruzione dell'intero immobile.

¹ Ex art. 565 del cod. nav.

² L'art. 2810 del cod. civ. definisce "ipoteche i privilegi iscritti sugli autoveicoli a norma di legge speciale".

³ Ex art. 41 e seguenti del cod. nav.

⁴ Ex art. 2823 cod. civ.

⁵ L'ipoteca legale è quella che spetta per legge all'alienante a garanzia della parte del prezzo non pagata, allo Stato per alcuni crediti particolari. L'ipoteca giudiziale è quella che può essere iscritta sui beni del soccombente in un procedimento relativo al pagamento di una somma di denaro o all'adempimento di altra obbligazione.

Appare evidente come il rilascio dell'ipoteca a garanzia di un finanziamento tenendo anche conto dei costi ad essa associati (iscrizione ipotecaria, intervento di un pubblico ufficiale, imposta di registro), è ipotesi che trova applicazione non solo nel caso sopra citato ma anche lì dove l'ammontare dei finanziamenti richiesti risulta essere cospicuo; infatti l'ipoteca rappresenta per le sue caratteristiche la garanzia "più forte e certa" ottenibile da parte del creditore anche se la sua escussione, soprattutto se iscritta su beni immobili, risulta per lo stesso creditore difficoltosa a causa dei tempi non brevi necessari per trasformare il bene ipotecato in liquidità.

Il privilegio è disciplinato dall'art. 46 del T.U.B. e può avere per oggetto impianti ed opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali, materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci, crediti anche futuri derivanti dalla vendita dei beni appena elencati.

Il privilegio richiede una esatta descrizione dei beni sui quali viene costituito e può avere ad oggetto sia beni futuri sia quelli acquistati con il finanziamento concesso; di conseguenza è indispensabile che tali beni vengano descritti al momento della costituzione della garanzia e quindi prima della loro acquisizione ed inserimento nel sistema produttivo aziendale.

Si osserva da subito che il privilegio, rispetto all'ipoteca, è meno elastico poiché nel caso dell'ipoteca essa si estende, in caso di beni immobili, automaticamente a tutte le costruzioni, miglioramenti ed accessioni dell'area ipotecata.

Più in generale il privilegio rappresenta sicuramente una valida garanzia per il creditore quando i beni mobili finanziati o venduti (come nel caso della c.d. Legge Sabatini) conservano un certo valore nel tempo (macchine agricole o industriali, macchine utensili) e di conseguenza rappresenta una garanzia inferiore per le

macchine a rapida obsolescenza tecnica o per impianti su misura evidentemente difficili da ricollocare.

Naturalmente per quanto appena detto è opportuno che la durata della rateizzazione sia inferiore al ciclo di vita della macchina (ad es. una rateizzazione di 3 anni per una macchina che ne dura mediamente 5).

Il Privilegio previsto dalla Legge Sabatini tutela meglio il venditore rispetto a quello del codice civile, in quanto il privilegio può essere opposto a chiunque senza limiti e per una durata superiore (6 anni invece dei 3 del cod. civ.).

La tutela deriva dal particolare regime di pubblicità⁶ previsto dalla Legge Sabatini e questa forma di contratto è normalmente legata ad operazioni di sconto pro-soluto, in quanto nelle operazioni di sconto pro-solvendo il venditore è maggiormente tutelato dalla riserva di proprietà.

Infatti la riserva di proprietà, stabilita contrattualmente, ha valore esclusivamente nei confronti del soggetto alla quale è concessa (il creditore/venditore), il privilegio, invece, segue la sorte del credito, per cui se viene ceduto il credito, viene ceduto anche il privilegio (art. 1263 cod. civ.) ragion per cui i contratti fatti con la Legge Sabatini con sconto pro-soluto degli effetti devono essere effettuati con privilegio e non con riserva di proprietà.

Larga diffusione in ambito bancario ha il **pegno**, definito dall'art. 2784 cod. civ. come un diritto reale di garanzia costituito su beni mobili del debitore o di un terzo a garanzia dell'obbligazione del debitore.

Come si vede dalla nozione, il debitore può decidere, in accordo con il creditore e quindi per contratto, che l'adempimento della sua obbligazione sia garantita da uno o più beni mobili che materialmente sono lasciati in possesso del

⁶ La Legge Sabatini introduce un tipo di pubblicità legale particolare, simile a quello degli autoveicoli (PRA), in quanto sulle macchine vendute va applicata una targhetta rossa che permette di individuare gli estremi del contratto. Chiunque ha quindi la possibilità di sapere che sulla macchina che sta guardando, grava la riserva di proprietà o il privilegio di un Venditore.

creditore; in caso di inadempimento il creditore potrà far vendere il bene oggetto del pegno per soddisfare le sue ragioni.

Il contratto di pegno non si perfeziona, quindi, senza il possesso del bene conseguito dal creditore; il contratto di pegno è quindi contratto reale proprio perché si perfeziona con la consegna del bene oggetto della garanzia.

Il diritto di pegno è un diritto reale di garanzia come l'ipoteca, ma si differenzia da quest'ultima fundamentalmente per il fatto che ha oggetto beni mobili, mentre l'ipoteca, come sappiamo, si riferisce prevalentemente a beni immobili.

In ambito bancario particolarmente interessante per i vantaggi che ne scaturiscono è il c.d. “*pegno rotativo*”.

Con tale definizione si intende il pegno costituito su di un valore definito al momento della sua costituzione e che può essere costituito in titoli che si avvicendano nel tempo a seguito della loro naturale scadenza ovvero a causa di cessione dei titoli originari.

La rotatività permette al garante di poter utilizzare per la garanzia, titoli di durata più breve rispetto a quella del finanziamento o di poter approfittare, durante il periodo in cui i titoli sono costituiti a garanzia, delle opportunità di sostituzione che presentasse il mercato, senza sentirsi eccipire il diniego del creditore pignoratizio che teme per il consolidamento della sua garanzia a causa del mutamento dell'oggetto (i titoli) sui quali il pegno fu a sua volta costituito.

Come si vede per la sua particolare natura, il pegno trova applicazione soprattutto verso i titoli o comunque verso strumenti finanziari in generale visto il loro più facile smobilizzo in caso di escussione della garanzia e vista la stabilità dei titoli stessi (sempre nel caso in cui si scelgano dei titoli con scarsa volatilità).

Ciò non esclude, in quanto previsto dal legislatore, la possibilità di costituire dei pegni su crediti anche se in realtà si tratta di una pratica poco diffusa a causa della natura “aleatoria” del credito stesso.

Anche in caso di crediti erariali o vantati verso soggetti di indiscussa solvibilità, si tratta sempre di operazioni più rischiose a causa della mancanza dei requisiti degli strumenti finanziari appena accennati.

La maggiore rischiosità dell’operazione per il creditore associata ad un costo più elevato dell’intera operazione di finanziamento, rendono di fatto tale forma di garanzia poco diffusa.

Le garanzie personali

Quanto alle garanzie personali, esse trovano più facile ed immediata applicazione nell’erogazione di finanziamenti di modesto importo a causa del diritto di sequela (come sopra evidenziato) attribuito al creditore in caso di mancato pagamento dell’obbligazione.

Le garanzie personali sono: fideiussione, avallo cambiario, lettera di patronage, contratto autonomo di garanzia, mandato di credito.

La **fideiussione** - art. 1936 del cod. civ. - si costituisce mediante un contratto col quale un terzo si obbliga personalmente verso il creditore garantendo un’obbligazione altrui.

La fideiussione è dunque una forma di garanzia personale con la quale una o più persone (fideiussori) agiscono come garanti del prestito e si obbligano a restituire la somma erogata dal finanziatore/creditore (un importo maggiore non è consentito) con il proprio patrimonio personale, in caso di inadempimento del debitore; infatti il fideiussore diventa pertanto debitore egli stesso alla pari del soggetto che inizialmente ha richiesto il prestito.

A tale contratto il debitore originario è estraneo e la fideiussione è valida anche se quest'ultimo non ne è a conoscenza.

La fideiussione può essere richiesta, e quindi rilasciata, o in maniera “*specificata e limitata*” e cioè a garanzia di un determinato importo e per una specifica linea di credito (quindi in caso di più linee di credito accordate saranno rilasciate tante fideiussioni specifiche e limitate) oppure “*omnibus*”.

La fideiussione omnibus è stata, dalla pratica bancaria, notevolmente modificata, tanto da non essere più del tutto riconducibile a quanto previsto dal legislatore agli artt. 1936 e ss. cod. civ.; per tale motivo essa è stata molto criticata per le sue caratteristiche definite da taluni come vessatorie.

La fideiussione omnibus si caratterizza per la presenza di due clausole: la prima, detta “garanzia a prima richiesta e senza eccezioni” (causa dell'alterazione dell'originario tipo legale) e la seconda denominata “clausola estensiva”.

La prima clausola stabilisce che il garante è tenuto a pagare a semplice richiesta scritta della banca senza poter sollevare nessuna delle eccezioni pertinenti al debito garantito.

La clausola crea, secondo una parte minoritaria della dottrina, gravi problemi in ordine all'individuazione della funzione giuridica del negozio tanto che questo dovrebbe giudicarsi nullo per mancanza di causa.

La seconda clausola estende la copertura fideiussoria a tutti i debiti che un determinato soggetto si troverà ad avere nei confronti dell'istituto bancario.

Questa è oggi sicuramente compatibile col nostro ordinamento, ma ciò solo grazie all'intervento del legislatore il quale, nel 1992, dispose che in caso di estensione della garanzia ad obbligazioni future è necessario indicare l'importo massimo della garanzia.

Prima di quell'anno le banche (sostenute dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione) difendevano la validità anche delle fideiussioni omnibus senza limite d'importo.

Dopo un confronto aspro tra la giurisprudenza di merito e la Cassazione, intervenne il legislatore escludendo d'imperio la validità delle fideiussioni senza indicazione dell'importo massimo garantito.

Recentemente la Cassazione Civile con sentenza 26 gennaio 2010 n. 1520 ha espressamente previsto che per tutte le garanzie personali atipiche (e quindi non solo per la fideiussione omnibus), vi è l'obbligo di indicare l'importo massimo garantito.

L'avallo cambiario consiste in una firma di garanzia posta sulla cambiale da una terza persona che garantisce il pagamento nel caso in cui l'obbligato principale non onori il pagamento.

L'avallo è apposto sulla cambiale (o sull'allungamento) ed è espresso con le parole "per avallo" o con ogni altra formula equivalente indicando il soggetto per il quale viene rilasciato o nel caso in cui non ci fosse alcuna indicazione del soggetto si intende dato per il traente.

Dopo la dichiarazione è necessaria la firma dell'avallante ma più spesso viene utilizzata la sola firma dell'avallante apposta sulla faccia anteriore della cambiale.

Anche per l'avallo vale il principio di indipendenza della cambiale: l'invalidità dell'obbligazione principale non costituisce presupposto dell'invalidità dell'avallo e, per questo, si distingue dalla fideiussione che ha carattere accessorio e cumulativo.

Spesso per importi poco significativi le banche preferiscono ricorrere a tale forma in quanto la garanzia di fatto si sostanzia in un titolo che in caso di escussione viene posto all'incasso (la garanzia viene sempre rilasciata con scadenza c.d. in bianco e cioè non viene apposta nessuna data di scadenza della garanzia) ed in caso di successivo protesto, esso rappresenta un titolo immediatamente esecutivo.

La lettera di patronage o di gradimento costituisce una forma di garanzia impropria, in forza della quale la società “patronnant” assicura alla banca di essere titolare di un pacchetto azionario di altra società e/o di avere interesse al mantenimento delle linee di credito alla stessa concesse e dichiara di non cedere le azioni di sua proprietà prima del rimborso dei crediti della società debitrice verso la banca in questione.

La funzione tipica delle dichiarazioni contenute in tali lettere di gradimento non consiste propriamente nel “garantire” l'adempimento altrui, nel senso in cui tale termine viene assunto nella disciplina della fideiussione e delle altre garanzie personali specificamente previste dal legislatore.

Infatti, mentre in queste ultime il garante assume l'obbligo di eseguire la prestazione dovuta dal debitore principale, la funzione propria della lettera di patronage va individuata nel tentativo di rafforzare nel creditore il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni.

Per questo motivo la lettera di gradimento non costituisce una forma di garanzia tipica ma piuttosto impropria.

La rilevanza giuridica delle lettere di patronage non è tuttavia sempre la stessa, ma varia a seconda del loro contenuto, per cui è possibile distinguere lettere di patronage “forti” e “deboli”.

Sono deboli quando le dichiarazioni hanno un contenuto meramente informativo, circa l'esistenza della posizione di influenza e circa le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato e per tale motivo non si ritiene abbiano natura negoziale vincolante.

Diversa è la rilevanza giuridica attribuibile alle lettere di patronage “forti”, in ordine alle quali può ritenersi configurabile un'ipotesi di responsabilità negoziale a carico del patronnant.

Nelle lettere di gradimento “forti” il patrocinante non si limita ad esternare la propria posizione di influenza ma assume veri e propri impegni, quale ad esempio

quello di salvaguardia della solvibilità della società controllata o di futuro mantenimento della propria partecipazione nella medesima.

In questa ipotesi si genera una obbligazione negoziale avente per oggetto un “facere” in quanto il patronnant deve tenere una certa condotta in modo che la controllata sia sempre nelle condizioni economiche di adempiere gli impegni assunti con la banca che abbia concesso un prestito alla società garantita mediante la suddetta lettera di patronage⁷.

Si ha **contratto autonomo di garanzia** quando un garante si impegna a soddisfare il beneficiario della garanzia, indipendentemente dal mancato adempimento, e persino della validità o dall'esistenza di un'obbligazione garantita.

Il contratto autonomo di garanzia si caratterizza per la presenza della clausola di pagamento "senza sollevare eccezioni o obiezioni derivanti dal contratto principale (o di base)", il cui scopo è di rompere il vincolo di accessorietà tra l'obbligazione del garante e quella del debitore principale (tipico della fideiussione).

Il più delle volte il contratto autonomo di garanzia è assortito dalla clausola di pagamento "a prima richiesta", che impone al garante di eseguire la sua obbligazione a semplice richiesta del beneficiario della garanzia, cioè senza tenere conto delle eventuali opposizioni dell'ordinante della garanzia.

Tale forma di garanzia proprio perché caratterizzata per l'autonomia rispetto al contratto principale e per la disomogeneità delle prestazioni, se confrontate con quelle scaturenti dal contratto principale, trova scarsa applicazione in ambito bancario.

⁷ In particolare la lettera di patronage “forte” viene ricondotta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione nello schema negoziale delineato dall’art. 1333 c.c. Tale norma disciplina il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente e così dispone al comma 1: “La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata”.

Il **mandato di credito** è un contratto dal contenuto fideiussorio, dove un soggetto (solitamente una banca) si impegna nei confronti di un altro soggetto, da cui gli è stato conferito incarico, di garantire per un terzo.

Nel mandato di credito abbiamo tre soggetti:

- la persona che conferisce l'incarico (di solito attraverso una lettera di credito o credenziale) detto promissario;
- la persona che accetta l'incarico detto promittente che farà credito al terzo;
- il terzo, futuro debitore del promittente.

Con il mandato di credito il promissario garantisce il pagamento del debito costituendosi come fideiussore per debito futuro ed è per questo motivo che attraverso il mandato di credito abbiamo la costituzione di una garanzia di tipo personale.

Se dopo l'assunzione dell'incarico peggiorano le condizioni patrimoniali del promissario o del terzo, tanto da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito, il promittente può anche non eseguire l'incarico e quindi non fare più credito al terzo.

La prassi che regola l'obbligazione assunta, non è diversa da quella della fideiussione; infatti come nella fideiussione la persona che garantisce ne risponde direttamente, anche nell'obbligazione in questione avviene la stessa cosa.

Tuttavia di evidenza che anche questo tipo di garanzia non trova facile applicazione nella pratica corrente dato che a questa è preferita la fideiussione (di cui a tutti gli effetti il mandato di credito rappresenta soltanto una sostituzione).

Osservazioni

Concludendo questa disamina delle principali garanzie rilasciate nella concessione dei finanziamenti, l'aspetto che più immediatamente è possibile individuare è che nonostante il grado di rischio dell'operazione per le banche sia ridotto con l'acquisizione di garanzie (si pensi alle garanzie costituite da pegni su titoli aventi elevato standing facilmente smobilizzabili o addirittura ai pegni costituiti su liquidità accantonate in depositi in possesso delle stesse banche), i tassi ed i costi applicati alle operazioni in questione non sono più bassi di quelli che altrimenti si sarebbero avuti se l'operazione di finanziamento fosse stata priva di garanzie.

In sostanza l'equazione, da sempre sensatamente applicata, data da "più garanzie (quindi meno rischio) uguale minore costo dell'operazione", quasi mai viene ad oggi rispettata.

Appare tuttavia evidente che non essendoci automatismi ufficialmente riconosciuti nella maggiore o minore onerosità delle operazioni di finanziamento rispetto al sistema di garanzie rilasciato, tutto continua ancora ad essere affidato alle capacità negoziali delle controparti interessate.

21 giugno 2010

Demauro Giuseppe