

APPROFONDIMENTI

Sulla natura giuridica della fideiussione omnibus, tra fideiussione ordinaria o contratto autonomo di garanzia

Febbraio 2022

Giovanni Stella, Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Pavia
Partner, Studio Legale Cappa & Partners



Giovanni Stella, Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Pavia
Partner, Studio Legale Cappa & Partners

➤ **Giovanni Stella**

Professore Ordinario di Diritto Privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia (dal 2001) e docente a contratto presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università Bocconi di Milano. È titolare del corso annuale "Istituzioni di diritto privato II" presso l'Università di Pavia; è docente a contratto del corso "Diritto civile – Garanzie del credito" presso l'Università Bocconi di Milano; è docente del corso di Diritto Civile "Contratti speciali e responsabilità civile" presso la "Scuola di specializzazione per le professioni legali Università di Pavia-Università Bocconi". Avvocato, svolge attività professionale giudiziale e stragiudiziale in materia di diritto civile (contrattualistica in genere, in particolare appalti e assicurazioni); diritto bancario; diritto fallimentare e responsabilità civile (in particolare responsabilità medica).

Studio legale
Cappa & Partners



SOMMARIO: - 1. Il contrasto giurisprudenziale sulla qualificazione della fideiussione *omnibus* e le diverse conseguenze nella prassi: un caso evidente di disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate. - 2. Le ragioni della controversa qualificazione della fideiussione *omnibus* nella giurisprudenza di merito e la posizione della Corte di legittimità. - 3. La qualificazione della fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria: A) la funzione di garanzia dell'adempimento di un'obbligazione altrui. - 4. B) Le clausole di deroga alla disciplina codicistica della fideiussione contenute nel testo standard della fideiussione *omnibus*: compatibilità con la garanzia accessoria.

1. Il contrasto giurisprudenziale sulla qualificazione della fideiussione *omnibus* e le diverse conseguenze nella prassi: un caso evidente di disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate.

L'acceso dibattito degli ultimi anni sulla questione della validità delle fideiussioni *omnibus* conformi al modello ABI dichiarato (parzialmente) illecito dall'Autorità Garante con provvedimento 12 maggio 2005 n. 55, per violazione delle norme sulla concorrenza¹, ha fatto passare in secondo piano un ulteriore netto contrasto giurisprudenziale nella prassi quotidiana di applicazione della fideiussione *omnibus*, che richiederebbe una definitiva risoluzione o quanto meno chiare indicazioni da parte della Corte di legittimità. Si tratta della divergenza in merito alla qualificazione della fideiussione *omnibus* quale fideiussione ordinaria (pur caratterizzata da varie clausole di deroga alla disciplina ordinaria) oppure quale contratto autonomo di garanzia. Dalla qualificazione in un senso o nell'altro discendono conseguenze diverse in ordine all'ammissibilità dell'opposizione del fideiussore al decreto ingiuntivo della banca e all'ambito delle eccezioni opponibili al creditore.

Il contrasto interpretativo è a tal punto accentuato da determinare disparità di decisioni persino fra

¹ Sul punto v. la recentissima Cass. civ., S.U., 30 dicembre 2021, n. 41944, secondo cui: «i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge succitata e dell'art. 1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti».

“giudici della porta accanto”, a parità di situazioni esaminate²: la fideiussione è *infatti* predisposta su un testo standardizzato, sostanzialmente con le medesime clausole sempre ricorrenti, in particolare quelle maggiormente discusse quale possibile indice di un’autonomia della garanzia.

Ove si interpreti la fideiussione *omnibus*³ come contratto autonomo di garanzia, il garante non potrebbe far valere eccezioni relative al contratto principale fra debitore garantito e creditore, salvi i casi particolari di *exceptio doli* (per evidenza certa del venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell’obbligazione principale per adempimento o per altra causale)⁴, di inesistenza del credito e di nullità del rapporto principale per contrarietà a norme imperative o illiceità della causa (al fine di evitare in quest’ultimi casi, che il creditore ottenga, per il tramite del garante, un risultato che l’ordinamento vieta)⁵. Ciò comporta, nella prassi giudiziale, che il fideiussore *omnibus* non sarebbe legittimato a fare opposizione al decreto ingiuntivo della banca (o del creditore in genere) per quelle vicende che possono riguardare nel merito il debito principale e che sono normalmente oggetto di contestazione. Ad esempio, con riferimento al conto corrente di titolarità del debitore principale: nullità delle varie commissioni applicate al conto corrente; illegittimo esercizio dello *jus variandi*; addebito illegittimo di interessi ultralegali; illegittimità dell’applicazione degli interessi moratori; eccezioni in genere relative alle modalità di calcolo e di applicazione degli interessi nell’ambito del rapporto di finanziamento;

² Ad esempio, per la qualificazione della fideiussione *omnibus* come garanzia autonoma, v. App. Roma, sez. III, 14 aprile 2021; nel senso, invece, della qualificazione come fideiussione ordinaria, v. App. Roma, sez. spec. in materia di imprese, 27 aprile 2021. Cfr. Trib. Ancona, sez. II (dott. Casarella), 8 aprile 2021, per la qualificazione come fideiussione, con conseguente ammissibilità dell’opposizione del fideiussore; ma in senso opposto v. Trib. Ancona, sez. II (dott.ssa Pompetti), 28 aprile 2021.

³ Nella fideiussione *omnibus* il fideiussore garantisce il debitore di una banca per tutte le obbligazioni da questo assunte, comprensive non solo dei debiti esistenti nel momento in cui la garanzia fideiussoria viene prestata, ma anche di quelli che deriveranno in futuro da operazioni di qualunque natura intercorrenti tra la banca e il debitore principale. Il legislatore, tramite l’art. 1938 c.c., ha sancito indirettamente, quale condizione necessaria per la validità della fideiussione *omnibus* rilasciata a una banca, la previsione di un tetto massimo dell’importo garantito.

⁴ Cfr. Cass. civ., 21 giugno 2018, n. 16345: ai fini dell’«*exceptio doli*» «il garante deve allegare - sussistendone prova liquida ed incontrovertibile - la condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della fattispecie, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso...». Si pensi al caso in cui il beneficiario certifichi per iscritto che il debitore principale ha regolarmente adempiuto e contemporaneamente reclaims il pagamento dal garante, invocando l’inadempimento dello stesso debitore.

⁵ Cass. 10 febbraio 2021, n. 3193; Cass. civ., 24 aprile 2008, n. 10652.

erronea indicazione del TAEG/ISC del contratto di finanziamento, illegittimità della revoca di un affidamento. Resterebbero salve soltanto le eccezioni relative al tasso di usura e all’applicazione di illegittimi interessi anatocistici, in assenza delle condizioni che li legittimano, perché fondate sulla violazione di norme imperative⁶.

Dall’inquadramento della fideiussione *omnibus* quale garanzia autonoma ne discenderebbe, inoltre, secondo parte della giurisprudenza, l’inapplicabilità della disciplina codicistica della fideiussione ritenuta incompatibile con questa garanzia atipica: ad esempio, dell’art. 1955 c.c. sulla liberazione del fideiussore per fatto del creditore⁷, dell’art. 1956 c.c. sulla liberazione del fideiussore per obbligazione futura⁸ (per quanto quest’ultima norma sia stata elaborata, indirettamente, proprio per la fideiussione *omnibus*, al fine di tutelare il garante per debiti futuri contro nuove concessioni di credito in presenza di un peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore) e dell’art. 1957 c.c. sulla decadenza dalla garanzia per mancato esercizio del credito nel termine di sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione principale (norma che, comunque, nel testo standardizzato della fideiussione *omnibus* è solitamente derogata in tutto o in parte)⁹. Il fideiussore non sarebbe quindi neppure ammesso a far valere tali eccezioni nei confronti del creditore-beneficiario.

Se invece si qualifica la fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria (e quindi come garanzia ac-

⁶ Cass. civ., 10 gennaio 2018, n. 371; Cass. civ., 6 settembre 2021, n. 24011; Cass. civ., 16 febbraio 2021 n. 3873; App. Roma, 2 aprile 2021; Trib. Napoli, sez. II, 3 dicembre 2021; Trib. Torino, sez. I, 12 febbraio 2021. In senso più ampio, Trib. Bari, sez. IV, 1° giugno 2021, n. 2100, annovera tra le norme imperative quelle, oltre che sull’anatocismo, sulle commissioni di massimo scoperto, sulla forma scritta ex art. 117 TUB, sullo *jus variandi* ex art. 118 TUB e sulla data valute ex art. 120 TUB. *Contra*, Cass. civ., 3 marzo 2009, n. 5044 Cass. civ., 25 agosto 2017 n. 20397 e Cass. civ., 28 febbraio n. 2019, n. 5833, secondo cui nella garanzia autonoma il garante non potrebbe opporre al beneficiario la nullità della clausola anatocistica (al pari della nullità della pattuizione di interessi ultralegali), atteso che dette pattuizioni - fatta eccezione per la previsione di interessi usurari - non sono vietate dall’ordinamento in modo assoluto; così anche Trib. Terni, 21 luglio 2021; Trib. Firenze, 27 ottobre 2020; Trib. Spoleto, 31 agosto 2020; Trib. Roma, sez. XIII, 21 febbraio 2018.

⁷ Trib. Taranto, 26 giugno 2019.

⁸ Cfr. Cass. civ., 31 ottobre 2019, n. 28204, in motivazione; App. Venezia, sez. II, 28 aprile 2021, n. 1282; Trib. Roma, sez. XVII, 24 novembre 2021; Trib. Lucca, 27 maggio 2021; Trib. Ancona, sez. II, 28 aprile 2021; Trib. Biella, 13 aprile 2021; Trib. Ferrara, 26 maggio 2016.

⁹ Cass. civ., 17 ottobre 2011, n. 21399; Cass. civ., 22 febbraio 2010 n. 4200.

cessoria), il garante risulterebbe legittimato attivamente, ex art. 1945 c.c., a sollevare nei confronti del creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore garantito, con la conseguenza che potrebbe sempre opporsi a un eventuale decreto ingiuntivo ottenuto dalla banca; per quanto, per effetto della clausola di pagamento «a prima richiesta» normalmente inserita nello schema della fideiussione *omnibus*, e frequentemente interpretata come una clausola cosiddetta *solve et repete* ex art. 1462 c.c., il garante avrebbe la facoltà più propriamente di sollevare eccezioni nei confronti del creditore soltanto dopo l'avvenuto pagamento, tenendo conto che questo potrebbe avvenire anche in corso di giudizio e che l'ambito delle eccezioni ex art. 1462 c.c. è più limitato rispetto all'art. 1945 c.c.

Alla fideiussione *omnibus* così qualificata si applicherebbero le norme sulla fideiussione di cui agli artt. 1936 ss. c.c. e, in particolare, gli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c. relativi alle eventuali eccezioni di estinzione del rapporto di garanzia (tenendo conto, peraltro, che nello schema di garanzia *omnibus* standardizzato l'art. 1957 c.c. è normalmente soggetto a deroga totale o parziale).

2. Le ragioni della controversa qualificazione della fideiussione *omnibus* nella giurisprudenza di merito e la posizione della Corte di legittimità.

Secondo un primo orientamento, la qualificazione della fideiussione *omnibus* come garanzia autonoma deriverebbe sia dal tenore delle clausole inserite nel contratto di garanzia¹⁰, considerate singolarmente e nella loro portata complessiva, sia dalla funzione o causa del contratto di fideiussione *omnibus*.

Nel contratto in esame sarebbe presente una serie di clausole intese a porre la banca al riparo da eccezioni inerenti il rapporto principale con il debitore garantito, così da rendere l'obbligazione del garante autonoma rispetto a quella del debitore principale. In particolare, l'inserimento nella fideiussione generale della clausola di pagamento «a prima richiesta» garantirebbe in ogni caso - a prescindere, quindi, dal rapporto contrattuale tra la banca e il debitore principale - il pagamento dietro semplice domanda della somma garantita, senza che il fideiussore possa opporre, né prima né dopo il pagamento, alcuna

¹⁰ Come detto, la fideiussione *omnibus* si presenta normalmente nella prassi come contratto standard predisposto sulla base di condizioni generali predisposte unilateralmente dalla banca.

eccezione relativa al rapporto principale garantito¹¹. Sarebbero indice dell'autonomia della garanzia anche le seguenti clausole normalmente presenti nel testo standardizzato¹²: a) «Il fideiussore si impegna altresì 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» (clausola c.d. di reviviscenza); b) «nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate» (clausola cosiddetta «di sopravvivenza»); c) «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 termini previsti dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato»¹³; d) «Nessuna eccezione può essere opposta dal fideiussore riguardo al momento in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti con il debitore». Inoltre, la fideiussione *omnibus* avrebbe la funzione - propria della garanzia di tipo autonomo - di indennizzare prontamente il creditore per le conseguenze del mancato o inesatto adempimento della prestazione da parte del debitore principale, trasferendone il rischio economico al garante¹⁴ e non quella (propria della fideiussione accessoria) di garantire l'esatto adempimento dell'obbligazione altrui ossia di assicurare al beneficiario la medesima prestazione oggetto del debito

¹¹ App. L'Aquila, 7 gennaio 2022; App. Roma, sez. III, 14 aprile 2021; App. Milano, sez. III, 23 aprile 2021; App. Napoli 10 marzo 2021; App. Reggio Calabria 2 novembre 2020; App. L'Aquila 5 giugno 2019; Trib. Velletri, sez. II, 19 novembre 2021; Trib. Napoli, sez. VI, 12 novembre 2021; Trib. Prato, 16 ottobre 2021; Trib. Forlì, sez. II, 13 agosto 2021; Trib. Bari, Sez. IV, 10 agosto 2021; Trib. Prato, 30 luglio 2021; Trib. Terni, 21 luglio 2021, cit.; Trib. Benevento, sez. II, 3 giugno 2021, n. 1146; Trib. Teramo, 15 aprile 2021; Trib. Biella, 13 aprile 2021; Trib. Napoli, 13 marzo 2014, n. 4037; Trib. Bari, sez. I, 28 aprile 2021; Trib. Crotone, 14 aprile 2021; Trib. La Spezia, 5 maggio 2021; Trib. Foggia, Sez. II, 4 maggio 2021 Trib. Ancona, Sez. II (dott.ssa Pompetti), 28 aprile 2021; Trib. Pistoia, sez. I, 3 giugno 2021, n. 500; Trib. Spoleto, 17 giugno 2021; Trib. Modena, sez. I, 30 marzo 2011; Trib. Lucca, 24 maggio 2016; Trib. Salerno, sez. I, 5 settembre 2013.

¹² Cfr. App. Napoli, 10 marzo 2021; App. Reggio Calabria, 2 novembre 2020; App. L'Aquila, 5 giugno 2019; Trib. Velletri, sez. II, 19 novembre 2021, cit; Trib. Forlì, sez. II, 13 agosto 2021, cit.; Trib. Terni, 21 luglio 2021, cit.; Trib. Roma, sez. XIII, 21 febbraio 2018, cit.

¹³ Per quanto concerne le clausole ex lettere a), b) e c) di cui nel testo, come accennato (v., *supra*, nota 1) non rileva in questa sede il diverso problema della loro possibile invalidità in quanto conformi a quelle dello schema A.B.I. sulla fideiussione *omnibus* dichiarate dall'Autorità Garante contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990. Sul tema, v. M. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2021, pp. 572 ss.

¹⁴ Trib. Treviso, sez. II, 25 ottobre 2018.

principale.

Sulla base di una diversa interpretazione, la fideiussione *omnibus* non potrebbe qualificarsi come contratto autonomo di garanzia, mancando nel testo standardizzato la rinuncia espressa del garante alla facoltà di opporre eccezioni in deroga all'art. 1945 c.c. (clausola cosiddetta «senza eccezioni»); infatti è presente una mera clausola di «pagamento immediato» o «a prima richiesta» che non sarebbe in sé decisiva per la qualificazione del negozio come garanzia autonoma¹⁵. Tale clausola comporterebbe principalmente l'inversione processuale propria di una clausola cosiddetta «*solve et repete*» (per altri possibili effetti della clausola «a prima richiesta» v., *infra*, p. 9), la quale non sarebbe incompatibile con l'accessorietà tipica della fideiussione, consentendo che il garante, sia pure dopo l'avvenuto pagamento, possa agire in ripetizione verso il beneficiario, facendo valere tutti i diritti spettanti al debitore in base al rapporto principale¹⁶. Invece nel vero e proprio contratto autonomo di garanzia il garante, una volta effettuato il pagamento, al quale è tenuto *in ogni caso, salvi* i casi particolari sopra evidenziati, non sarebbe legittimato a promuovere azione di ripetizione nei confronti del creditore, basata su eccezioni relative al rapporto principale, spettandogli unicamente l'azione di regresso contro il debitore principale: deve quindi essere distinta la garanzia autonoma dalla fideiussione con semplice imposizione di un onere di *solve et repete* in capo al garante¹⁷. Sempre per questo orientamento, sotto il profilo funzionale - anche a fronte di clausola di pagamento «a prima richiesta» inclusa nella fideiussione *omnibus* - il detto negozio resterebbe sostanzialmente una fideiussione, posto che il garante è chiamato ad adempiere alla medesima prestazione cui è tenuto il debitore principale (mentre l'obbligazione del garante autonomo, come detto, non è rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore

¹⁵ App. Milano, sez. IV, 6 settembre 2021; App. Venezia, sez. II, 28 aprile 2021, n. 1282; App. L'Aquila, 28 aprile 2021; App. Roma, sez. spec. in materia di imprese, 27 aprile 2021; App. Napoli, sez. III, 12 aprile 2021; Trib. Ancona, sez. II, 4 gennaio 2022; Trib. Roma, sez. XVII, 10 dicembre 2021; Trib. Napoli, sez. II, 3 dicembre 2021, cit.; Trib. Biella, 9 novembre 2021, n. 434 in *De Jure*; Trib. La Spezia, 28 ottobre 2021; Trib. Perugia, sez. II, 14 ottobre 2021; Trib. Napoli, sez. II, 28 settembre 2021; Trib. Roma Sez. XVII, 23 settembre 2021; Trib. Pesaro, Sez. I, 16 agosto 2021; Trib. Napoli, sez. II, 17 giugno 2021; Trib. Vicenza, sez. I, 7 maggio 2021; Trib. Brescia, sez. spec. in materia di imprese, 5 maggio 2021; Trib. Roma, sez. XVII, 30 aprile 2021; Trib. Ancona, sez. II (dott. Casarella), 8 aprile 2021, cit.; Trib. Milano, sez. VI, 2 aprile 2021; Trib. Pavia, Sez. III, 31 marzo 2021; Trib. Roma, sez. XVII, 26 marzo 2021.

¹⁶ Cass. civ., 14 febbraio 2007 n. 3257.

¹⁷ Cass. civ., 19 giugno 2001, n. 8324.

insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore)¹⁸.

La Corte di legittimità, almeno di recente¹⁹, non è sembrata propensa a prendere espressamente preso posizione sul punto con enunciazioni di principio di carattere generale, limitandosi - a seconda dei casi - a confermare o annullare le decisioni di merito, conformemente al principio consolidato per cui la qualificazione della garanzia come contratto autonomo di garanzia o di fideiussione si risolve in un apprezzamento dei fatti e delle prove da parte del giudice di merito (ma invero occorre considerare che la fideiussione *omnibus* costituisce testo per lo più standardizzato in modo uniforme, e le clausole presuntivamente indice di autonomia della garanzia sono sempre le medesime salve alcune varianti, spesso trascurabili, da banca a banca).

Invero la Cassazione a sezioni unite n. 2010 n. 3947, con riferimento alla distinzione in generale fra fideiussione e garanzia autonoma (ma con evidenti riflessi anche sul problema della qualificazione della fideiussione *omnibus*), aveva inteso espressamente, in un *obiter dictum*, formulare un criterio direttivo per la qualificazione della garanzia con clausola «a prima richiesta» e/o «senza eccezioni», così motivando (§ 10 della sentenza, evidenziazione nostra): al fine di «...consentire, ex ante, la necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in caso di controversia, restringendo le maglie di aleatori spazi ermeneutici sovente forieri di poco comprensibili disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate...la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del Garantievertrag, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale»²⁰.

In direzione del tutto contraria agli auspici del S.C., negli anni successivi parte della giurisprudenza di merito ha interpretato tale argomentazione letteralmente, ossia nel senso che sarebbero necessarie,

¹⁸ V., ad esempio, Trib. Aosta, 23 novembre 2021; Trib. Monza, sez. I, 11 marzo 2021.

¹⁹ In passato risultava sostanzialmente pacifica la qualificazione della fideiussione *omnibus* come garanzia tipica e quindi come fideiussione ordinaria, a fronte di un testo standardizzato non dissimile da quello oggi diffuso: v. espressamente Cass. civ., 19 gennaio 1995, n. 569, in motivazione; Cass. civ., 25 agosto 1992, n. 9839.

²⁰ Nello stesso senso anche Cass. civ. 3 dicembre 2020, n. 27619; Cass. civ. 31 luglio 2015, n. 16213 e Cass. civ., 20 ottobre 2014, n. 22233.

al fine della qualificazione della garanzia come autonoma, entrambe le clausole («a prima richiesta» e «senza eccezioni»)²¹; altra parte della giurisprudenza ha invece dedotto che a quel fine sarebbe sufficiente la clausola «a prima richiesta» o, alternativamente e disgiuntamente, quella «senza eccezioni» (da considerarsi quindi del tutto equipollente e interscambiabile con quella «a prima richiesta»)²². Ovviamente, la corrente giurisprudenziale che ha proposto quest'ultima interpretazione dell'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, è stata indotta a qualificare la fideiussione *omnibus* (in cui è sempre presente la clausola «a prima richiesta») come garanzia autonoma.

3. La qualificazione della fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria: A) la funzione di garanzia dell'adempimento di un'obbligazione altrui.

Tutto ciò premesso, a mio avviso, sotto il profilo della funzione economica o causa della garanzia, la fideiussione *omnibus* presenta le caratteristiche della fideiussione ordinaria e non della garanzia autonoma; le particolari clausole sopra indicate possono essere valutate come deroghe alla disciplina codicistica che, tuttavia, non alterano - né singolarmente né complessivamente considerate - il carattere di accessorietà della garanzia. Anche a voler ritenere che tali deroghe conferiscano profili di atipicità alla garanzia, non la trasformerebbero in vera e propria garanzia autonoma.

21 Trib. Milano, sez. VI, 15 aprile 2021: «ai fini della qualificazione della garanzia come autonoma non è sufficiente... la previsione del pagamento 'a semplice richiesta scritta', occorrendo secondo il condivisibile insegnamento del Supremo Collegio (v. Cass. civ. S.U. n. 3947/10) l'espressa rinuncia ad opporre le eccezioni di cui all'art. 1945 c.c.»; Trib. Roma, sez. XVII, 20 ottobre 2021: «l'indicazione contenuta nell'atto di fideiussione dell'obbligo del garante di dover pagare "immediatamente" alla banca "a semplice richiesta scritta" non equival[e] alla clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" valutata dalle Sez. Un. del 2010, in quanto dalla clausola oggetto dell'atto di fideiussione in questione non emerge in modo inequivoco che il fideiussore non possa opporre eccezioni di sorta in relazione al rapporto garantito, ma solamente che debba pagare immediatamente con un meccanismo analogo a quello della clausola "solve et repete"»; cfr. anche App. Milano, sez. IV, 6 settembre 2021, cit.; Trib. Pesaro, sez. I, 16 agosto 2021; Trib. Novara, 5 ottobre 2021; Trib. Padova, sez. II, 7 luglio 2021.

22 Trib. Napoli, sez. VI, 12 novembre 2021, cit: «la fideiussione si caratterizza per la presenza di una clausola di pagamento immediato "a semplice richiesta scritta, quanto dovute (ad essa Banca) per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio nei limiti dell'importo massimo garantito". La S.C. in proposito ha avuto modo di chiarire, come l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta" e "senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale. (Cass. Sez. Un. 3947/2010)»; in senso conforme, Trib. Bergamo, sez. III, 20 ottobre 2021; Trib. Vibo Valentia, 2 settembre 2021.

Per quanto concerne la causa, risulta piuttosto evidente che la fideiussione *omnibus* non ha affatto quella funzione cauzionale o indennitaria che è caratteristica della garanzia autonoma, bensì ha la funzione cosiddetta "satisfattoria" di garantire proprio l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale (sia pure entro un tetto massimo garantito). La prestazione del fideiussore *omnibus* è omogenea qualitativamente a quella del debitore principale, impegnandosi il garante a eseguire la medesima prestazione, pecuniaria, del debitore garantito.

In base al principio della solidarietà tipico della fideiussione, il creditore ha la possibilità di chiedere l'adempimento così al debitore principale come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile (con ciò manifestandosi anche il carattere di accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione principale); la garanzia autonoma, invece, assiste normalmente prestazioni di infungibili onde il creditore può pretendere dal garante, peraltro soltanto in caso di inadempimento²³ e non allorché il credito è semplicemente esigibile, un risarcimento sotto forma di indennizzo o penale, comunque una prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto. Soprattutto, la fideiussione *omnibus* non ha minimamente la funzione caratteristica della garanzia autonoma di assicurare prontamente al beneficiario un indennizzo predeterminato al momento della stipulazione del contratto per il caso di inadempimento²⁴; bensì lo scopo di assicurare al creditore la somma che effettivamente risulterà *ex post*, al termine dello svolgimento del rapporto, non pagata dal debitore principale, sia pure - si ribadisce - entro un tetto massimo pattuito (peraltro solo a seguito della modifica dell'art. 1938 c.c. introdotta dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154).

23 Nella garanzia autonoma per «inadempimento» del debitore principale non deve intendersi un inadempimento effettivo e provato dal creditore, bensì - secondo il meccanismo caratteristico della garanzia autonoma - un inadempimento apparente quale accertato unilateralmente dallo stesso creditore. In questa sede si prende come modello di garanzia autonoma di riferimento il cosiddetto «*performance bond*» (cfr. art. 104 Codice dei contratti pubblici che ora prevede «la garanzia di buon adempimento»), essendo noto che la garanzia autonoma è categoria assolutamente eterogenea che racchiude, sia pure sul ceppo comune dell'autonomia rispetto al contratto sottostante, una pluralità di modelli e di varianti molto diversi fra di loro (anche considerata la sua diffusione a livello internazionale).

24 La garanzia autonoma ha la funzione di sostituire i depositi cauzionali in denaro (versati direttamente dal debitore principale alla controparte contrattuale), offrendo - tramite l'intermediazione del garante (in genere una banca o una compagnia assicurativa) - la medesima sicurezza e rapidità d'incasso, evitando però immobilizzazioni finanziarie improduttive. Sul punto cfr. R. NATOLI, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Riv. dir. ec. tr. am.*, X, 2012, 2.

Il contenuto della garanzia espresso nelle clausole contrattuali standardizzate della fideiussione *omnibus* risulta pienamente riconducibile alla nozione di fideiussione di cui all'art. 1936, comma 1, c.c. («È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui»). Sono infatti utilizzate le seguenti formulazioni che indicano l'assunzione, da parte del garante, sia pure entro un predeterminato limite quantitativo, delle medesime obbligazioni che ha assunto il debitore principale verso la banca (evidenziazione nostra): «con la presente Vi comunichiamo di costituirci fideiussori di...sino alla concorrenza dell'importo di euro...per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite...[segue elenco di alcune operazioni bancarie tipiche]»; «...La fideiussione garantisce inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso codesta banca in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate dallo stesso debitore a favore di codesta banca nell'interesse di terzi, per le quali dichiariamo sin d'ora di considerarci solidalmente obbligati nei confronti di codesta banca...»; «...La fideiussione garantisce tutto quanto dovuto dal debitore per capitale, interessi, anche se moratori, ed ogni altro accessorio...»²⁵.

Tale qualificazione della fideiussione *omnibus* quale fideiussione di tipo ordinario si concilia, inoltre, con quanto enunciato sulla distinzione in generale fra fideiussione e garanzia autonoma da Cass. civ., S.U., n. 3947/2010 - al di là delle considerazioni non del tutto perspicue sulle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» - secondo cui «il contratto autonomo di garanzia...ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale e prestazione dovuta dal garante; inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto

²⁵ Cfr. App. Brescia, sez. I, 7 giugno 2021, n. 698, cit.

adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un 'vicario' del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita (e non necessariamente sovrapponibile ad essa), perché non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore»²⁶.

Un criterio fondamentale di distinzione fra le due figure è dunque basato sul confronto tra la prestazione del garante e quella garantita: ove quest'ultima risulti sostituibile e fungibile con l'obbligazione di garanzia, si sarà in presenza di fideiussione; nel caso in cui, invece, la prestazione di garanzia svolga funzione compensativa del danno determinatosi in ragione dell'inadempimento dell'obbligato principale²⁷, e si sostanzi in una prestazione «qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale», dovrà ravvisarsi il contratto autonomo di garanzia²⁸.

Certamente, il profilo sopra evidenziato - per quanto rilevante - in sé non è sempre dirimente per distinguere una fideiussione ordinaria da una garanzia autonoma, posto che anche quest'ultima potrebbe essere utilizzata per garantire prestazioni pecuniarie (si pensi, ad esempio, all'utilizzo della garanzia autonoma quale cauzione nei contratti di locazione per garantire il pagamento dei canoni), e financo consistere nel pagamento di una somma denaro coincidente con l'ammontare dell'obbligazione garantita (come nella fattispecie del cosiddetto *repayment bond* nei contratti di appalto, nella quale la garan-

²⁶ Cfr. Cass. civ., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.: «Ne consegue che polizze fideiussorie e fideiussione, pur accomunate dal medesimo (generico) scopo di offrire al creditore-beneficiario la garanzia dell'esito positivo di una determinata operazione economica, si distinguono perché le prime (se prestate a garanzia di obbligazioni infungibili) appartengono alla categoria delle cd. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle cd. garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto».

²⁷ Rammentandosi peraltro che, per il meccanismo tipico della garanzia autonoma «a prima richiesta e senza eccezioni», l'inadempimento (nel *performance bond*) che fa «scattare» l'obbligo di pagamento del garante è soltanto quello «apparente» accertato unilateralmente e insindacabilmente (salva l'*exceptio doli*) dal beneficiario della garanzia.

²⁸ Così, esattamente, App. Brescia, sez. I, 7 giugno 2021, n. 698, cit.; Id., 3 dicembre 2021.

zia autonoma assicura al committente la restituzione delle somme anticipate all'appaltatore, in caso di inadempimento di quest'ultimo nell'esecuzione del contratto di appalto). Si tratta tuttavia di ipotesi sostanzialmente meno frequenti rispetto alla garanzia di prestazioni infungibili e non corrispondenti all'applicazione originaria e tradizionale del contratto autonomo di garanzia. Del resto, anche in tali fattispecie di garanzia autonoma (relative a debito principale di natura pecuniaria) l'obbligazione del garante sorge con l'inadempimento del debitore principale e non si configura come solidale *ab initio* con quello del debitore principale, così da risultare esigibile alternativamente al momento della scadenza.

Vi sono, in ogni caso, numerosi altri profili che inducono a collocare la fideiussione *omnibus* fuori dall'ambito della garanzia autonoma. Segnatamente, *i*) il dato letterale del contratto - a partire dall'intitolazione - fa a più riprese espresso riferimento alla «fideiussione», in tal modo richiamando in maniera esplicita la garanzia tipica del codice civile (ciò risulta ancor più significativo se si tiene conto del fatto che il modulo viene predisposto dalla banca la quale come operatore professionale qualificato, non può ormai più ignorare il significato giuridico dei termini adoperati e la netta distinzione strutturale e funzionale fra fideiussione e garanzia autonoma²⁹); *ii*) la fideiussione *omnibus* - tra l'altro comparsa in Italia verso la fine degli anni '60, ben prima della garanzia autonoma - a differenza di questa garanzia atipica, è normalmente ricevuta da una banca (cosiddetta fideiussione attiva) e non contempla mai, come è ovvio, una banca nel ruolo di garante (cosiddetta fideiussione passiva); *iii*) la fideiussione *omnibus* per definizione concerne principalmente obbligazioni future, mentre la garanzia autonoma nella prassi e per sua natura riguarda normalmente obbligazioni contestuali all'assunzione della garanzia; *iv*) la garanzia autonoma nei rapporti garante-debitore principale ha un carattere necessariamente oneroso (essendo oggetto, come detto, di un servizio professionale), a differenza del carattere normalmente gratuito della fideiussione *omnibus*³⁰; *v*) nell'operazione complessiva sottesa alla fideiussione *omnibus* manca,

29 Cfr. Trib. Biella, 9 novembre 2021, n. 434, cit. Come considerato da certa giurisprudenza - v. Cass., 23 giugno 2000, n. 8540, *Foro pad.*, 2001, I, 242 - proprio in materia di garanzie, il nome del contratto (nel nostro caso quale fideiussione o garanzia autonoma) è pur sempre un indizio ai fini della qualificazione complessiva dello stesso in un senso o nell'altro, salva naturalmente la prova da parte dell'interessato di un contenuto del contratto di segno contrario rispetto alla denominazione adottata.

30 Nella prassi la garanzia autonoma viene prestata quale servizio professionale da banche o compagnie di assicurazioni, in cambio quindi di una commissione a carico del soggetto per conto del quale viene rilasciata la garanzia (posto che il beneficiario è disposto a stipulare il contratto principale con il soggetto garantito solo dietro pre-

per la configurabilità della garanzia autonoma (come ad esempio è usuale nelle polizze fideiussorie), un impegno del debitore principale nei rapporti interni con il fideiussore, a non sollevare eccezioni basate sul rapporto principale all'atto dell'eventuale regresso (in deroga all'art. 1952 c.c.), a compensazione dell'impegno «senza eccezioni» assunto dal garante con la garanzia autonoma nei confronti del beneficiario; *vi*) nel corso del tempo, su indicazione della Banca d'Italia e dell'ABI, il modello standardizzato è stato modificato in alcune clausole-chiave proprio al fine espresso di evitare l'equiparazione a una garanzia di tipo autonomo³¹; *vii*) la garanzia autonoma, a differenza della fideiussione generale, è frequentemente utilizzata nei rapporti internazionali.

4. B) Le clausole di deroga alla disciplina codicistica della fideiussione contenute nel testo standard della fideiussione *omnibus*: compatibilità con la garanzia accessoria.

Per quanto riguarda le varie clausole di deroga alla disciplina codicistica della fideiussione che abbiamo sopra esaminato, ripetutamente la Cassazione - a prescindere dalla questione della qualificazione giuridica della garanzia *omnibus* - ha chiarito come tali clausole, in sé considerate, siano compatibili con la fideiussione tipica, e comunque non tali da comportarne la trasformazione in garanzia autonoma.

La clausola di pagamento «immediato e a prima richiesta», normalmente presente nel testo della garanzia, per quanto detto sopra avrebbe - alternativamente o cumulativamente secondo le varie interpretazioni - l'effetto di un esonero del creditore dall'onere della prova dell'inadempimento dell'obbligazione principale, di una deroga all'art. 1957 c.c. (nel senso di escludere la necessità di un'azione giudiziale per evitare la decadenza prevista dalla norma, essendo sufficiente una richiesta in forma scritta³²) o di una clausola cosiddetta *solve et repete*³³ sul modello dell'art. 1462 c.c. (secondo è valida,

stazione di garanzia proveniente da soggetto sicuramente solvibile). La fideiussione *omnibus*, invece, è prestata normalmente da soci d'affari o da familiari del debitore principale, imprenditore sovvenzionato dalla banca.

31 Si pensi alla modifica della clausola cosiddetta di sopravvivenza (su cui v. *infra* pag. 10 e, *ivi*, nota 46) e all'eliminazione nella clausola di pagamento a prima richiesta, dell'inciso «anche in caso di opposizione del debitore principale».

32 Cass. civ., 26 settembre 2017, n. 22346; Cass. civ., 21 maggio 2008, n. 13078.

33 Come sopra accennato, nella versione più recente del testo standardizzato la maggior parte delle banche, su indicazione dell'ABI, ha significativamente eliminato l'inciso «anche in caso di opposizione del debitore principale», proprio per evitare fraintendimenti con una vera e propria clausola «senza eccezioni». Cfr. il Provvedimento

sia pure entro certi limiti, «*La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta...*»).

Quest'ultimo patto impone al garante l'obbligo del pagamento immediato della somma richiesta dal beneficiario, ma con riserva della sua facoltà di sollevare eccezioni nei confronti del creditore dopo il pagamento³⁴. Peraltro, il preventivo pagamento non è qualificabile come presupposto processuale, con conseguente procedibilità dell'opposizione anche in caso di omesso pagamento e l'adempimento può avvenire nel corso del giudizio, pure per effetto di un provvedimento giurisdizionale non definitivo (ad esempio, decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo)³⁵. Nel caso in cui, invece, detto adempimento integrale non sia intervenuto (anche in corso di causa), il giudice non potrà procedere all'esame delle suddette eccezioni - tenendo conto peraltro che l'operatività della clausola non è rilevabile d'ufficio³⁶ e la stessa deve risultare specificamente approvata per iscritto ex art. 1341, comma 2, c.c. - e dovrà quindi condannare il fideiussore a effettuare il pagamento. Questi potrebbe chiedere la sospensione degli effetti della clausola *solve et repete* ex comma 2, art. 1462 c.c. per «*gravi motivi*», ad esempio ove la somma da versare immediatamente sia di ingente entità in rapporto a un alto grado di probabilità di fondatezza delle eccezioni opponibili.

Va ancora tenuto presente che l'art. 1462 c.c. esclude espressamente la utilizzabilità della clausola «*solve et repete*» con riferimento alle «*eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto*», per cui nel caso di fideiussione *omnibus* a prima richiesta sarebbero comunque opponibili tutte le eccezioni di nullità totale o parziale del contratto principale, ad esempio del contratto di conto corrente. In conformità all'interpretazione consolidata per cui la clausola in questione impedisce propriamente

Banca d'Italia 12 maggio 2005, n. 55, § 81: «Le modifiche apportate dall'ABI alla clausola relativa al pagamento "a prima richiesta" restituiscono al garante la possibilità di far valere le eccezioni dopo aver eseguito il pagamento, che risultava preclusa in assoluto nell'ambito del precedente schema negoziale (c.d. *solve et repete*)».

34 Cass. civ., 21 febbraio 2008, n. 4446.

35 Cass. civ., 27 febbraio 1995, n. 2227; Cass. civ., 14 dicembre 1994, n. 10697. Ovviamente se il pagamento avviene tardivamente nel corso del processo (senza che sia possibile per il fideiussore formulare una domanda riconvenzionale di restituzione), in caso di successivo accoglimento delle eccezioni sollevate dal garante, la ripetizione delle somme versate dovrà essere chiesta in separato giudizio.

36 Cass. civ., 24 maggio 1993, n. 5819; Trib. Roma, sez. VI, 14 settembre 2009.

di eccepire solo l'inesatto adempimento della controparte³⁷, essa non impedirebbe neppure di sollevare eccezioni relative alla mancata esecuzione (totale o parziale) della prestazione da parte della banca³⁸ o all'estinzione del credito indipendente dal fatto dell'altro contraente, quali in quest'ultimo caso eccezioni di pagamento, novazione, remissione, compensazione, confusione, impossibilità sopravvenuta, prescrizione, giudicato e transazione³⁹ (mentre l'art. 1945 c.c. è esteso, con formula ampia, ad ogni eccezione inerente al rapporto principale).

Infine, pur interpretando la clausola di pagamento «immediato e a prima richiesta» come clausola «*solve et repete*», il suo effetto dovrebbe riguardare esclusivamente le eccezioni basate su rapporto principale, non precludendo quindi al fideiussore la possibilità di sollevare fin da subito eccezioni inerenti alla validità e all'efficacia dello stesso contratto di garanzia - ciò che vale anche per la garanzia autonoma - e quelle basate sull'art. 1956 c.c. che, tra l'altro, nella fideiussione *omnibus* è fra le più rilevanti e ricorrenti, nonché sugli artt. 1955 e 1956 c.c. (quest'ultimo, come detto, normalmente soggetto a deroga totale o parziale)⁴⁰.

In tale contesto, ferma restando la rilevanza - ai fini della qualificazione della garanzia - del contenuto del contratto, deve ritenersi che la clausola di pagamento «senza eccezioni» in deroga all'art. 1945 c.c.

37 Cfr. Cass. civ., 16 luglio 1994, n. 6697: «La garanzia da eccezioni dilatorie, propria della clausola "solve et repete", non ha un'efficacia tale da paralizzare in toto l'exceptio inadimplenti "contractus", bensì resta correlata all'ambito di operatività dell'"exceptio non rite adimplenti contractus", sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale della controprestazione».

38 Ipotesi, peraltro, di difficile ricorrenza nei contratti di servizio banca-cliente.

39 DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 849.

40 Sotto questo profilo la fideiussione *omnibus* deve essere qualificata alla luce di quella vasta elaborazione giurisprudenziale - *ex multis* Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27333; Cass. civ., 28 febbraio 2007, n. 4661 - che, in materia di garanzie personali in genere, ha individuato tra i due estremi del tipico contratto di fideiussione (disciplinato dagli artt. 1936 ss. cc.) e del contratto atipico autonomo di garanzia (in base al quale una parte si obbliga ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore rinunciando a formulare eccezioni sull'esistenza, validità ed efficacia del rapporto di base), il contratto di garanzia «a prima richiesta» o «a semplice richiesta scritta», in cui il fideiussore rinuncia ad opporre - ma soltanto prima del pagamento - le eccezioni che gli competono, in deroga all'art. 1945 c.c. In quest'ultima ipotesi, la clausola «a semplice richiesta scritta» non farebbe assumere al negozio i connotati del contratto autonomo di garanzia, né modificherebbe la disciplina di diritto sostanziale della fideiussione, limitandosi principalmente a costringere il garante a pagare, se vuole che le sue eccezioni siano prese in esame, nello stesso o in altro processo: così Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27333; Cass. civ., 29 marzo 1996 n. 2909.

sia quella decisiva al fine di contraddistinguere il vero e proprio contratto autonomo di garanzia rispetto a un'ordinaria fideiussione con semplice clausola a prima richiesta⁴¹.

Tali considerazioni non si pongono in contrasto con la sentenza delle sezioni unite del 2010 n. 3947, pur interpretata nel senso della tendenziale sufficienza della clausola «a prima richiesta» (o indifferentemente di quella «senza eccezioni») per qualificare la garanzia come autonoma. Tale sentenza riguardava principalmente - quale oggetto del ricorso - non già una fideiussione *omnibus*, ma una polizza fideiussoria (fideiussione assicurativa collegata a un contratto di appalto, alternativa alla cauzione reale, e avente per oggetto un indennizzo pari al 10% del valore di appalto⁴²): essendo evidente la funzione cauzionale della garanzia, risultava del tutto ragionevole ritenere che la clausola «a prima richiesta» o «senza eccezioni» fosse sufficiente per qualificare la garanzia come autonoma, essendo coerenti con questa qualificazione il contenuto e la causa del contratto di garanzia. Ben diverso è il discorso rispetto alla fideiussione *omnibus*, la quale avendo per quanto detto una chiara funzione satisfattoria (di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni principali) e non certo cauzionale (di versamento di un pronto e provvisorio indennizzo in caso di inadempimento dichiarato dal beneficiario), rientrerebbe proprio nella previsione delle Sezioni Unite n. 3947/2010 di un contenuto della garanzia "dissonante" rispetto a una interpretazione della clausola "a prima richiesta" quale volta a staccare completamente l'obbligazione di garanzia dall'obbligazione principale.

Anche le altre clausole della fideiussione *omnibus*, normalmente rilevate come indice di autonomia della garanzia, possono essere interpretate come compatibili con l'accessorietà della garanzia.

La clausola cosiddetta di sopravvivenza⁴³ deve essere intesa nel senso che, ove l'obbligazione principale sia dichiarata invalida, la fideiussione resta comunque efficace, al fine di garantire la restituzione delle somme comunque già erogate da parte della banca in esecuzione del contratto invalido⁴⁴.

⁴¹ Cfr., fra le tante, Trib. Monza, sez. I, 11 marzo 2021, cit.

⁴² Cfr. Codice dei contratti pubblici, D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, artt. 93-103.

⁴³ «Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende estesa altresì a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate».

⁴⁴ Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738.

In tal modo, permane l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto al debito principale, dal momento che per effetto di tale clausola la fideiussione viene a garantire pur sempre l'adempimento dell'obbligazione di restituzione (del finanziamento), indebitamente ricevuto in esecuzione di un contratto nullo⁴⁵. In definitiva, l'obbligo dei fideiussori di garantire la restituzione delle somme comunque erogate, anche se le obbligazioni garantite fossero dichiarate invalide, non comporta che il fideiussore non possa eccepire la validità dell'obbligazione garantita⁴⁶, ma soltanto che l'eventuale dichiarazione di nullità non può influire sull'obbligo di restituzione della sorte capitale effettivamente erogata.

Anche la clausola di deroga all'art. 1957 c.c.⁴⁷ è tradizionalmente intesa dalla Corte di legittimità in sé come pienamente valida, senza in ogni caso comportare automaticamente la trasformazione in una garanzia di tipo autonomo. La decadenza del creditore dal diritto di escutere la garanzia, sancita dall'art. 1957 c.c. per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, può essere oggetto di preventiva rinuncia da parte del fideiussore, trattandosi di pattuizione rimessa alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, per il garante, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore⁴⁸; d'altro canto, la deroga all'art. 1957 c.c. contenuta nell'atto di fideiussione non avrebbe rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come contratto autonomo di garanzia o come fideiussione, in quanto detta disposizione risponde a un'esigenza di protezione del fideiussore che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. ancora Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738.

⁴⁶ Significativamente, nel testo standardizzato meno recente, poi modificato, la clausola stabiliva in modo molto più generico che «in deroga all'art. 1939 c.c. la fideiussione mantiene i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida».

⁴⁷ «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 termini previsti dall'art. 1957 c.c. che si intende derogato».

⁴⁸ Cass. civ., 9 agosto 2016, n. 16825.

⁴⁹ Cass. civ., 4 dicembre 2017, n. 28943. Come precisato da Cass. civ., S.U., 30 dicembre 2021, n. 41944, cit., la nullità speciale delle già menzionate tre clausole conformi al modello ABI dichiarate illecite dalla Autorità Garante (fra cui la clausola di deroga all'art. 1957 c.c.) discende dalla loro natura - in quanto attuative dell'intesa a monte vietata - di

Il patto espresso cosiddetto di reviviscenza, con cui il fideiussore si impegna a rimborsare le somme che la banca avesse incassato (dal debitore) per le obbligazioni garantite quando fosse tenuta a restituire in seguito ad annullamento o revoca dei pagamenti stessi, non amplia l'ambito della fideiussione ma soltanto prevede, nell'ipotesi indicata, la conservazione della garanzia in relazione al suo oggetto originario, indicato come tutto quanto dovuto dal debitore principale. La portata della clausola non è quindi quella di inibire l'eccezione di pagamento da parte del debitore principale, bensì, di identificare l'oggetto dell'obbligazione fideiussoria come tuttora riferibile al rapporto principale, posto che questo non si è definitivamente estinto con un pagamento valido ed irrevocabile⁵⁰.

Quanto alla clausola (art. 9) secondo cui «Nessuna eccezione può essere opposta dal fideiussore riguardo al momento in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore», l'ambito di operatività estremamente circoscritto di tale clausola non può suggerire alcun accostamento con la vera e propria clausola di pagamento «senza eccezioni». Si tratta, infatti, non di una rinuncia generale del fideiussore a proporre eccezioni che spetterebbero al debitore principale (secondo lo schema dell'art. 1945 c.c.), ma soltanto ad opporre eccezioni con riferimento al momento in cui la banca intenda esercitare la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore.

Per le ragioni esposte ritengo che la fideiussione *omnibus*, pur senz'altro caratterizzata da clausole che derogano alla disciplina codicistica, e che per questi motivi ne fanno un sotto-tipo della fideiussione ordinaria (ma, si potrebbe anche dire, una fideiussione atipica⁵¹) non si trasformi in una garanzia autonoma, ma permanga una garanzia di tipo accessorio⁵², con conseguente ammissibilità dell'opposizione da parte del fideiussore al decreto ingiuntivo della banca e possibilità di sollevare eccezioni ai sensi

disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione.

⁵⁰ Nel senso che «non è nullo ... il contratto di fideiussione c.d. omnibus...che preveda ... la reviviscenza dell'obbligazione fideiussoria in caso di invalidità o revoca di pagamenti da parte del debitore garantito», v. Cass. civ., 23 marzo 2004, n. 5720; Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2008, n. 3011; Cass. civ., sez. I, 17 ottobre 2008, n. 25361.

⁵¹ In tal senso, ad esempio, Cass. civ., 13 dicembre 1989, n. 5574; in forma dubitativa, Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738.

⁵² Cfr. la definizione della fideiussione *omnibus* nel DCFR IV.G.-Art. 1:101: «Definizioni» (6) «La 'garanzia globale' è la garanzia personale accessoria che viene prestata per garantire tutte le obbligazioni del debitore nei confronti del creditore, o il saldo debitorio di un conto corrente, ovvero una garanzia avente una simile estensione».

dell'art. 1945 c.c. Resta fermo che, secondo un'interpretazione che si è visto ricorrente della clausola "a prima richiesta", la proponibilità delle eccezioni rientranti nell'ambito di operatività della clausola "solve et repete" (v. *supra*) è subordinata al pagamento del debito, effettuato anche in corso di giudizio.

Qualificando la fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria risulta inoltre pienamente applicabile a siffatta garanzia l'art. 1956 c.c. (sulla estinzione della garanzia, in caso di concessione di nuovo credito senza l'autorizzazione del garante in presenza di un aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale), norma di frequente applicata per tutelare il garante proprio con riferimento alla garanzia per obbligazioni future. Viceversa, l'interpretazione della fideiussione *omnibus* come garanzia autonoma reca con sé l'inconveniente di indurre poi ad escludere (come fa parte della giurisprudenza) l'applicazione della suddetta disposizione che, in quanto riferita esclusivamente alla garanzia per obbligazioni future, non pare conciliabile su un piano generale con il contratto autonomo di garanzia, normalmente collegato nella prassi a un debito principale già esistente e per sua natura incompatibile con la necessità di una richiesta di autorizzazione al garante per la concessione del credito.



DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**
