

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista bimestrale di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE DELLA FIDEIUSSIONE OMNIBUS COME FIDEIUSSIONE ORDINARIA O COME CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

di Giovanni Stella

173 IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE DELLA FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* COME FIDEIUSSIONE ORDINARIA O COME CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA (*)

di **Giovanni Stella** – Ordinario di diritto privato nell'Università di Pavia

Negli ultimi anni si è sempre più intensificato in giurisprudenza il contrasto in merito alla qualificazione della fideiussione *omnibus* quale fideiussione ordinaria oppure quale contratto autonomo di garanzia.

Nell'articolo l'autore espone le ragioni per cui a suo avviso, da un lato, la fideiussione *omnibus* presenta, sotto il profilo della funzione economica o causa della garanzia, le caratteristiche della fideiussione ordinaria e non della garanzia autonoma; da altro lato, le clausole di deroga alla disciplina codicistica presenti nel testo standardizzato della fideiussione *omnibus* (come quella di pagamento «a prima richiesta») non alterano il carattere di accessorietà della garanzia e non la trasformano in vera e propria garanzia autonoma, con conseguente ammissibilità dell'opposizione da parte del fideiussore al decreto ingiuntivo della banca e possibilità di sollevare eccezioni ai sensi dell'art. 1945 c.c.

The controversy related to the characterization of the global suretyship (so-called "fideiussione omnibus") as ordinary or as an autonomous and independent guarantee has increased recently in Courts.

According to Author's opinion, from the point of view of its economic purpose or "causa" the global suretyship shows the features of an ordinary suretyship and not of an autonomous guarantee. Moreover, the derogations from the provisions of the Civil Code included in the standard terms of the global suretyship (such as the "on first demand" clause) do not alter the accessory nature of the guarantee and do not turn it into a true autonomous guarantee. As a consequence, the surety provider can challenge a payment order in favour of the bank and raise objections according to art. 1945 c.c.

Sommario 1. Il contrasto nella giurisprudenza di merito sulla qualificazione della fideiussione *omnibus* come fideiussione o come garanzia autonoma. — 2. Le argomentazioni a fondamento delle tesi contrapposte. — 3. Le indicazioni della Corte di legittimità sulla qualificazione della fideiussione *omnibus*. — 4. La qualificazione della fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria: A) la funzione di garanzia dell'adempimento di un'obbligazione altrui. — 5. (Segue). B) Le clausole di deroga alla disciplina codicistica della fideiussione: compatibilità con la garanzia accessoria.

(*) Contributo approvato dai Referee. Tutte le pronunce giurisprudenziali citate nello scritto sono consultabili nella banca dati www.utetgiuridica.it, ove non diversamente indicato.

1. IL CONTRASTO NELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO SULLA QUALIFICAZIONE DELLA FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* COME FIDEIUSSIONE O COME GARANZIA AUTONOMA

Negli ultimi anni, e soprattutto — paradossalmente — dopo la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 3947/2010 che avrebbe dovuto chiarire definitivamente, su un piano generale, le differenze tra garanzia autonoma e fideiussione, si è notevolmente intensificato in giurisprudenza il contrasto in merito alla qualificazione della fideiussione *omnibus* quale fideiussione accessoria di derivazione da quella codicistica (pur caratterizzata da varie clausole di deroga alla disciplina ordinaria) oppure quale vera e propria garanzia atipica appartenente al *genus* del contratto autonomo di garanzia.

Il disaccordo sul punto nella giurisprudenza di merito è talmente accentuato che, anche soltanto negli ultimi mesi, si possono ravvisare qualificazioni contrapposte addirittura fra Sezioni della stessa Corte di Appello ⁽¹⁾ o fra giudici della stessa Sezione di Tribunale ⁽²⁾.

Il recente acceso dibattito sulla diversa 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 concorrenza ⁽³⁾, ha in qualche modo oscurato questa ulteriore accentuata divergenza nella prassi quotidiana di applicazione della fideiussione *omnibus*, divergenza — se possibile — foriera di ancora più gravi disparità applicative e che richiederebbe una definitiva risoluzione o quanto meno indicazioni meno equivocate da parte della Corte di legittimità.

Eppure la Suprema Corte nella sentenza sopra citata (n. 3947/2010), 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 che potesse dirimere un travaglio interpretativo ultra decennale, 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, irridimibile discrasia con l'intero contenuto “altro” della convenzione negoziale». Invero la statuizione sul punto, ben lungi dal risolvere il problema, ha avuto l'effetto opposto di accentuare le contraddizioni giurisprudenziali sul tema.

Certo, si potrebbe «liquidare» la questione affermando che per sua natura la qualificazione di una garanzia (e quindi anche di una fideiussione *omnibus*) come accessoria o

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ Cfr. Trib. Ancona, Sez. II, 8 aprile 2021, per la qualificazione come fideiussione, con conseguente ammissibilità dell'opposizione del fideiussore; ma in senso opposto v. Trib. Ancona, Sez. II, 28 aprile 2021.

⁽³⁾ Sul punto v. la recentissima Sez. Un. civ., 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. 287/1990, 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 c.c., 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».

autonoma è rimessa al merito della valutazione delle clausole utilizzate nel contratto del caso concreto, giudicandosi così non inopportuno che vi siano tali decisioni ondivaghe nel diritto vivente. Ma non può ovviamente ignorarsi il fatto che la fideiussione *omnibus* costituisce testo per lo più standardizzato, con le medesime clausole sempre ricorrenti (salve alcune varianti spesso trascurabili), onde si dovrebbe evitare proprio quella «disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate», auspicata dal Supremo Collegio.

Prima ancora di spiegare nel dettaglio le ragioni del delicato contrasto giurisprudenziale sopra descritto, si evidenziano *in limine* le diverse conseguenze giuridiche che discendono, rispettivamente, dall'una o dall'altra qualificazione.

Ove si qualifichi la fideiussione *omnibus* ⁽⁴⁾ come contratto autonomo di garanzia, si ritiene che il garante non possa tendenzialmente 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 ⁽⁵⁾), di inesistenza del credito o 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 ⁽⁶⁾. 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; erronea indicazione del TAEG/ISC del contratto di finanziamento, illegittimità della revoca di un affidamento, ecc. Resterebbero, invece, salve 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 imperative ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ 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.

⁽⁵⁾ 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 (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: cfr. Cass. civ., 21 giugno 2018, n. 16345).

⁽⁶⁾ Cass. civ., 10 febbraio 2021, n. 3193; Cass. civ., 24 aprile 2008, n. 10652. Sul tema cfr. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 142.

⁽⁷⁾ 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 (con riferimento ai casi, come quello oggetto della pronuncia, di divieto assoluto di anatocismo). In senso più ampio, Trib. Bari, Sez. IV, 1° giugno 2021, n. 2100, annovera tra le norme imperative quelle, oltre che sull'anatocismo, sulle

Dalla qualificazione della fideiussione *omnibus* quale garanzia autonoma discenderebbe, inoltre, l'inapplicabilità della disciplina codicistica della fideiussione ritenuta incompatibile con la garanzia atipica. Così, parte della giurisprudenza considera inapplicabile alla garanzia autonoma l'art. 1955 c.c. sulla liberazione del fideiussore per fatto del creditore ⁽⁸⁾, l'art. 1956 c.c. sulla liberazione del fideiussore per obbligazione futura, correlata alla concessione di nuovo credito senza autorizzazione del garante in presenza di un aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale ⁽⁹⁾ (per quanto quest'ultima norma sia stata elaborata indirettamente proprio per la fideiussione *omnibus*, al fine di tutelare il garante per debiti futuri) e l'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) ⁽¹⁰⁾. Ne consegue che il fideiussore non sarebbe neppure ammesso a far valere tali eccezioni nei confronti del creditore-beneficiario.

Se invece si qualifica la fideiussione *omnibus* come garanzia accessoria (e quindi come fideiussione del tipo ordinario), il garante sarebbe legittimato attivamente ex art. 1945 c.c. a sollevare nei confronti del creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore garantito (salvo quella relativa all'incapacità), con la conseguenza che potrebbe opporsi a un eventuale decreto ingiuntivo ottenuto dalla banca; anche se, come vedremo meglio in seguito, 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 sarebbe più propriamente legittimato a 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.

Inoltre, i fideiussori potrebbero ritenersi legittimati ad agire, autonomamente o congiuntamente al debitore principale, per ottenere l'accertamento della nullità delle clausole apposte ad un contratto di conto corrente e per la conseguente rideterminazione del saldo

commissioni di massimo scoperto, sulla forma scritta ex art. 117 TUB, sullo *ius 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 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 (cfr., rispettivamente, art. 1283 e art. 120 TUB, nonché l'art. 1284, comma 3, c.c.); per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Terni, 21 luglio 2021; Trib. Firenze, 27 ottobre 2020; Trib. Spoleto, 31 agosto 2020; Trib. Roma, Sez. XIII, 21 febbraio 2018.

⁽⁸⁾ Trib. Taranto, 26 giugno 2019.

⁽⁹⁾ 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. *Contra*, App. Trento Bolzano, 23 aprile 2020; in dottrina, FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma*, cit., 149 ss.

⁽¹⁰⁾ Secondo l'indirizzo prevalente della Suprema Corte «Al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma di cui all'art. 1957 c.c. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, atteso che su detta norma si fonda l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria, instaurando essa un collegamento tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, collegamento che evidentemente non sussiste in caso di garanzia autonoma»: v. Cass. civ., 17 ottobre 2011, n. 21399; Cass. civ., 22 febbraio 2010 n. 4200; Sez. Un. civ., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. Cfr. anche App. Brescia, Sez. I, 7 giugno 2021, n. 698, sull'inapplicabilità alla garanzia autonoma di tutte e tre le norme menzionate.

dare/avere del conto corrente; attesa l'accessorietà della fideiussione all'obbligazione principale, infatti, dalla rideterminazione del debito principale discende la rideterminazione anche del debito del fideiussore, ragion per cui non possono disconoscersi in capo al garante una legittimazione ed un interesse ad agire autonomi, quantomeno per l'accertamento dell'entità del credito in ragione delle nullità riscontrate in ordine al rapporto di conto corrente ⁽¹¹⁾.

Si intende che alla fideiussione *omnibus* così qualificata si applicherebbe la disciplina codicistica della fideiussione ordinaria di cui agli artt. 1936 ss. c.c. e, in particolare, gli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c. relativi alle 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).

Ciò premesso, vediamo le ragioni di questa controversa qualificazione della fideiussione *omnibus*.

2. LE ARGOMENTAZIONI A FONDAMENTO DELLE TESI CONTRAPPOSTE

Secondo un orientamento, la qualificazione della fideiussione *omnibus* come garanzia autonoma deriverebbe sia dal tenore delle clausole inserite nel contratto di garanzia, considerate singolarmente e nella loro portata complessiva ⁽¹²⁾, sia dalla funzione o causa del contratto di fideiussione *omnibus*. Da un lato il contratto in esame conterrebbe una serie di clausole intese a rendere l'obbligazione del garante autonoma rispetto a quella del debitore principale, al fine di porre la banca al riparo da eccezioni inerenti al rapporto principale con il debitore garantito. In particolare, l'inserimento nella fideiussione generale della clausola di pagamento «a prima richiesta» ⁽¹³⁾ varrebbe 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 (garantendo in ogni caso — a prescindere, quindi, dal rapporto contrattuale tra la banca e il debitore principale — il pagamento dietro semplice richiesta della somma garantita, senza che il fideiussore possa opporre, né prima né dopo il pagamento, alcuna eccezione relativa al rapporto principale garantito) ⁽¹⁴⁾. Del resto, la clausola di pagamento «a prima richiesta» o entro un termine breve precluderebbe a

⁽¹¹⁾ Trib. Padova, Sez. II, 7 luglio 2021; Trib. Padova, 9 aprile 2019, n. 684.

⁽¹²⁾ Come detto, la fideiussione *omnibus* si presenta normalmente nella prassi come contratto *standard* prestabilito sulla base di condizioni generali predisposte unilateralmente dalla banca.

⁽¹³⁾ Nelle condizioni generali di contratto della fideiussione *omnibus* l'art. 5 o 7 (nella versione più diffusa e più recente) testualmente recita, per quanto rileva in questa sede: «Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente all'Azienda di credito, a semplice richiesta scritta quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio...».

⁽¹⁴⁾ App. L'Aquila, 7 gennaio 2022; App. Roma, Sez. III, 14 aprile 2021; App. Milano, Sez. III, 23 aprile 2021 (sia pure con riferimento a fideiussione non *omnibus*, ma caratterizzata dalle medesime clausole); 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, 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. Antesignana di tale orientamento appare Trib. Milano, 14 gennaio 1985, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II,

priori qualsiasi possibilità, per il garante, di sollevare eccezioni in ordine al rapporto sottostante, non essendo immaginabile, in tempi estremamente ristretti, lo svolgimento delle necessarie indagini per l'accertamento in concreto dell'inadempimento del debitore principale e della legittimità della richiesta del creditore-beneficiario ⁽¹⁵⁾.

Sarebbero inoltre indice dell'autonomia della garanzia le seguenti clausole ⁽¹⁶⁾: a) l'articolo del contratto, per il quale «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) l'articolo del contratto, a tenore del quale «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) l'articolo che prevede, in deroga all'art. 1957 c.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 c.c., che si intende derogato» ⁽¹⁷⁾; d) la clausola secondo cui «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». Da altro lato, la fideiussione *omnibus* avrebbe la funzione — caratteristica della garanzia di tipo autonomo — non già di garantire l'esatto adempimento dell'obbligazione sottostante (ossia di assicurare al beneficiario la medesima prestazione oggetto del debito principale), bensì di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato o inesatto adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, tramite il trasferimento del rischio economico dell'inadempimento al garante ⁽¹⁸⁾.

Secondo altro indirizzo interpretativo, la fideiussione *omnibus* non potrebbe qualificarsi come contratto autonomo di garanzia, difettando nel testo standardizzato il riferimento espresso alla rinuncia incondizionata del garante alla facoltà di opporre eccezioni (clausola cosiddetta «senza eccezioni»), in deroga all'art. 1945 c.c.; infatti, è presente una mera clausola di «pagamento immediato» o «a prima richiesta» che non avrebbe rilievo decisivo per la qualificazione del negozio come contratto autonomo di garanzia ⁽¹⁹⁾, potendo tale

170; in *Riv. it. leasing*, 1986, 387: «La fideiussione bancaria *omnibus*, in virtù delle clausole derogatorie della disciplina legale della fideiussione, è da configurare come contratto autonomo di garanzia, non incompatibile con i principi generali che disciplinano le garanzie e meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.».

⁽¹⁵⁾ Cass. civ., 21 aprile 1999, n. 3964, con riferimento a polizza fideiussoria.

⁽¹⁶⁾ 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.*

⁽¹⁷⁾ Per quanto concerne le clausole *ex lett. a), b) e c)* di cui nel testo, come accennato (v. *supra*, nt. 3) non rileva in questa sede il diverso problema della loro possibile invalidità in quanto conformi a quelle dello schema ABI sulla fideiussione *omnibus* dichiarate dall'Autorità Garante contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287/1990. Sul tema, v. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 572 ss.

⁽¹⁸⁾ Trib. Treviso, Sez. II, 25 ottobre 2018.

⁽¹⁹⁾ 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. Pordenone, 11 giugno 2021; Trib. Torino, 10 giugno

espressione riferirsi a garanzie pur sempre fideiussorie, per quanto caratterizzate da un vincolo di accessorietà meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, rispetto allo schema codicistico della fideiussione. In particolare, tale clausola non determinerebbe la totale autonomia dell'obbligazione di garanzia dal rapporto sottostante, ma comporterebbe l'inversione processuale propria di una clausola cosiddetta «*solve et repete*» (per altri possibili effetti della clausola «a prima richiesta» v., *infra*, § 5); questa non sarebbe incompatibile con le caratteristiche di accessorietà tipiche del negozio fideiussorio, implicando 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 principale ⁽²⁰⁾.

Nel vero e proprio contratto autonomo di garanzia invece, una volta intervenuta la *solutio*, alla quale il garante è tenuto in ogni caso, salva la possibilità di formulare l'*exceptio doli*, lo stesso 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 garante ⁽²¹⁾. Sempre in base a questo orientamento, sotto il profilo funzionale, anche a fronte di clausola di pagamento a prima richiesta inclusa nella fideiussione *omnibus*, il detto negozio non potrebbe qualificarsi come contratto autonomo di garanzia, posto che il garante è chiamato ad adempiere alla medesima prestazione cui è tenuto il debitore principale, mentre l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligazione primaria di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, e 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 ⁽²²⁾.

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, 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.

Questa interpretazione (che preclude al fideiussore di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ad esempio quelle in dipendenza del contratto di conto corrente) è sostenuta da parte della giurisprudenza, a maggior ragione, con riferimento all'analoga clausola del contratto di fideiussione, presente soprattutto nella versione meno recente, la quale prevede (evidenziazione nostra) che «il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, *anche in caso di opposizione del debitore principale*, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio...» (normalmente, art. 7 delle clausole contrattuali standardizzate). Infatti, la permanenza dell'obbligo del garante di pagare anche a fronte di «opposizione del debitore» (quindi a fronte di eccezioni che questi può sollevare, non essendo plausibile parlare di opposizione se non a fronte di un'eccezione) sarebbe — sempre secondo tale tesi — chiaro indice della volontà delle parti di mantenere l'obbligazione del garante indipendente dall'obbligazione garantita: cfr. App. Campobasso, 20 luglio 2021; App. Potenza, Sez. III, 6 novembre 2008; Trib. Salerno, Sez. II, 19 aprile 2021; Trib. Roma, Sez. XIII, 21 febbraio 2018, *cit.*; Trib. Ascoli Piceno, 13 novembre 2017; Trib. Potenza, 11 luglio 2008; Trib. Potenza, 5 luglio 2007; Trib. Genova, 1° febbraio 2007.

⁽²⁰⁾ Cass. civ., 14 febbraio 2007 n. 3257; cfr. anche Trib. Genova, 1° febbraio 2007: «Ne consegue, nella fattispecie, che, non avendo l'opponente adempiuto la propria obbligazione, non possono essere prese in esame le sue eccezioni relative alle modalità di calcolo e di applicazione, nell'ambito del rapporto di mutuo, degli interessi, le quali non attengono alla validità o all'efficacia del contratto di fideiussione, né possono ricondursi alle ipotesi per le quali l'art. 1462 c.c. esclude l'efficacia della clausola «*solve et repete*». L'opposizione va quindi respinta».

⁽²¹⁾ Cass. civ., 19 giugno 2001, n. 8324.

⁽²²⁾ V., ad esempio, Trib. Aosta, 23 novembre 2021; Trib. Monza, Sez. I, 11 marzo 2021.

3. LE INDICAZIONI DELLA CORTE DI LEGITTIMITÀ SULLA QUALIFICAZIONE DELLA FIDEIUSSIONE *OMNIBUS*

La Corte di legittimità non pare, almeno di recente ⁽²³⁾, avere espressamente preso posizione sul punto, con enunciazioni di principio di carattere generale, essendosi limitata — a seconda dei casi — a confermare o annullare le decisioni di merito ⁽²⁴⁾, 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 ⁽²⁵⁾.

La Cassazione a Sezioni Unite n. 3947/2010, che si è occupata della distinzione fra fideiussione e garanzia autonoma, pur senza riferimento specifico alla fideiussione *omnibus*, ha cercato, in via incidentale, di dare una risposta risolutiva sul problema se, ai fini della qualificazione della garanzia come autonoma sia sufficiente clausola «a prima o richiesta» o se sia anche necessaria la clausola «senza eccezioni». Ha, infatti, enunciato il principio direttivo per cui la clausola «a prima richiesta e senza eccezioni» dovrebbe tendenzialmente indurre alla qualificazione della garanzia come autonoma, salvo evidente contrasto con il resto del contenuto del contratto ⁽²⁶⁾.

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, al fine della qualificazione della garanzia come autonoma, entrambe le clausole («a prima richiesta» e «senza eccezioni») ⁽²⁷⁾; altra parte della giuri-

⁽²³⁾ In passato, invero, 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, secondo cui «È, infatti, giurisprudenza costante di questa Corte che la fideiussione c.d. *omnibus* deve essere inquadrata nello schema contrattuale della garanzia personale tipica, e non in un diverso contratto atipico. Né può sostenersi, come affermato dai controricorrenti, che la fideiussione generale è caratterizzata da una prestazione supplementare, senza nesso alcuno con la prestazione principale, in considerazione della sua autonomia, e con l'oggetto del rapporto contrattuale fra la banca ed il debitore garantito... non si ravvisa la affermata "prestazione supplementare" del garante svincolata dall'oggetto del rapporto contrattuale fra la banca ed il debitore garantito, volta che la clausola estensiva con riferimento a rapporti futuri adempie pur sempre alla funzione di garantire la banca rispetto a situazioni debitorie verso la stessa di un obbligato principale singolarmente individuato nel contratto» (così anche Cass. civ., 25 agosto 1992, n. 9839).

⁽²⁴⁾ Segnalo peraltro, come Cass. civ., 30 marzo 2018, n. 7896, sia pure in via incidentale, affermi in motivazione, piuttosto inequivocabilmente: «Anche nel caso di fideiussione *omnibus*, come in tutti i casi di fideiussione, l'obbligazione fideiussoria ha natura accessoria rispetto all'obbligazione del debitore principale, con la conseguenza che, ad es., la fideiussione: a) non è valida, se non è valida l'obbligazione principale; b) non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore; c) si estende a tutti gli accessori del debito principale. E, d'altra parte, ai sensi dell'art. 1945 c.c., il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale (salvo quella derivante da incapacità)».

⁽²⁵⁾ V. Cass. civ., 31 maggio 2012, n. 8771, che muovendo dal presupposto per cui la qualificazione del contratto è valutazione spettante al giudice di merito, insuscettibile di controllo in sede di legittimità, se accompagnata da una motivazione adeguata e non illogica, recepisce la qualificazione — fatta dal giudice di secondo grado — della fideiussione *omnibus* [la medesima, visto il testo standardizzato, a cui è fatto riferimento nella nota precedente] come contratto autonomo di garanzia, con esclusione di ogni profilo di accessorialità.

⁽²⁶⁾ 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. Pertanto, ai fini dell'interpretazione della volontà delle parti, pur in presenza della clausola predetta, il giudice è sempre tenuto a valutarla alla luce della lettura dell'intero contratto»: così, Cass. civ., 19 febbraio 2019, n. 4717.

⁽²⁷⁾ App. Milano, Sez. IV, 6 settembre 2021, *cit.*: «l'indicazione per la quale il garante deve procedere al pagamento "a prima richiesta" è diversa dalla clausola di pagamento a semplice richiesta e "senza eccezioni"...»;

sprudenza, forse valorizzando maggiormente il tenore complessivo della motivazione della Corte sul punto ⁽²⁸⁾, 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») ⁽²⁹⁾. 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.

4. LA QUALIFICAZIONE DELLA FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* COME FIDEIUSSIONE ORDINARIA: A) LA FUNZIONE DI GARANZIA DELL'ADEMPIMENTO DI UN'OBLIGAZIONE 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 accessorialità della garanzia. In ogni caso,

Trib. Padova, Sez. II, 7 luglio 2021: «Né può ritenersi che la garanzia prestata... configuri una garanzia autonoma, posto che i contratti *de quibus* non contengono la previsione della clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" (essendo presente la diversa clausola di pagamento "a semplice richiesta anche in caso di opposizione del debitore"), ragion per cui — secondo quanto chiarito dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite (sent. n. 3947/2010) — non può operare la presunzione di autonomia della garanzia, che deve essere conseguentemente provata dalla banca...»; 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. 3947/2010) l'espressa rinuncia ad opporre le eccezioni di cui all'art. 1945 c.c.»; Trib. Milano, Sez. VI, 6 dicembre 2021; 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"»; Trib. Pesaro, Sez. I, 16 agosto 2021; Trib. Novara, 5 ottobre 2021.

⁽²⁸⁾ In particolare nell'*incipit* del § 10 della motivazione, la S.C. — mostrando di avere ben presente la distinzione testuale fra le due clausole ma nello stesso tempo la loro sostanziale equipollenza — così imposta il dilemma (evidenziazione nostra): «Chiarite così le differenze operative tra fideiussione (eventualmente resa atipica dall'inserimento delle clausole in questione) e *Garantievertrag*, va affrontato e risolta la speculare questione dell'idoneità o sufficienza della clausola di pagamento a prima o semplice richiesta (o senza eccezioni) a trasformare un contratto di fideiussione (pur atipico) in un *Garantievertrag*».

⁽²⁹⁾ 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 accessorialità che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale. (Cass. Sez. Un. n. 3947/2010)»; in senso conforme, Trib. Bergamo, Sez. III, 20 ottobre 2021; Trib. Vibo Valentia, 2 settembre 2021.

Persino nelle massime tratte da Sez. Un. civ., 18 febbraio 2010, n. 3947, si trova scritto, indifferentemente, che vale a qualificare la garanzia come autonoma l'inserimento, ora di una clausola «a semplice richiesta» o «senza eccezioni», ora di una clausola «a prima richiesta e senza eccezioni», senza realizzare che mai congiunzione dovrebbe maggiormente essere ponderata.

anche a ritenere che tali deroghe conferiscano profili di atipicità alla garanzia, non la trasformerebbero in vera e propria garanzia autonoma.

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 meccanismo della solidarietà tipico delle garanzie fideiussorie, 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 inadempimento ⁽³⁰⁾ e non certo 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 (in specie, del cosiddetto *performance bond*) di assicurare prontamente al beneficiario un indennizzo predeterminato ⁽³¹⁾ al momento della stipulazione del contratto per il caso di inadempimento, bensì ha 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 dopo la cosiddetta mini-riforma introdotta dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154, che, come noto, ha modificato in tal senso l'art. 1938 c.c.).

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

⁽³⁰⁾ Nella garanzia autonoma (in particolare, il c.d. *performance bond*) 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.

⁽³¹⁾ 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. NATOLI, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Riv. dir. econ. tr. am.*, 2012, X, 2: «La garanzia autonoma, munita della clausola "a prima richiesta" raggiunge un tale grado di sicurezza da indurre parte della dottrina ad accostarla, sotto questo profilo, al deposito cauzionale di denaro all'accettazione di una tratta da parte di una banca o, ancor di più, al credito documentario irrevocabile di cui all'art. 1530 cod. civ.». Sulla funzione propria della garanzia autonoma di fornire al creditore la prestazione principale un pronto strumento indennitario, v. anche FIORDIPONTI, *L'obbligazione principale nei contratti di garanzia personale tra causa concreta ed esigenze di tutela del consumatore*, in *Giustiziacivile.com*; FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit. 141; MAZZOLA, *La garanzia bancaria passiva autonoma: lineamenti strutturali e funzionali*, in *Giustiziacivile.com*.

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...e dei suoi successori o aventi causa, 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 al predetto nominativo o a chi gli fosse subentrato, quali, ad esempio...[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 e ciò indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni stabilite dall'art. 1948 c.c.»; «...La fideiussione garantisce tutto quanto dovuto dal debitore per capitale, interessi, anche se moratori, ed ogni altro accessorio...» ⁽³²⁾.

Come sostanzialmente osservato dalla giurisprudenza di legittimità meno recente ⁽³³⁾, la fideiussione *omnibus*, al pari della fideiussione ordinaria, presuppone una *relatio* costante dell'obbligazione del fideiussore ai rapporti esistenti tra debitore principale e banca creditrice ed al loro sviluppo nel tempo, nonché la subordinazione della sua efficacia all'esistenza ex art. 1938 c.c. di un tetto massimo garantito ed ex art. 1956 c.c. di una situazione che permetta al garante di controllare quei rapporti; si tratta, dunque, di un contratto di garanzia che mantiene un certo grado di accessorietà, tutelando lo specifico e medesimo interesse all'adempimento sottostante al rapporto principale. Per tali ragioni la clausola *omnibus* deve invece ritenersi estranea al contratto autonomo di garanzia.

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 Sez. Un. civ. n. 3947/2010 — al di là delle considerazioni non del tutto perspicue sulle clausole «a prima richiesta» e «senza accezioni» — secondo cui «il contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., 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

⁽³²⁾ Cfr. App. Brescia, Sez. I, 7 giugno 2021, n. 698, *cit.*, in motivazione, che osserva tra l'altro: «nel caso di garanzia autonoma il beneficiario può richiedere una prestazione diversa, di regola costituita da un indennizzo predeterminato (in buona sostanza una penale non riducibile), svincolato dalla prestazione oggetto del rapporto fondamentale così come dalla stessa commisurazione della natura e qualità dell'inadempimento (ritardo, inesattezza, incompletezza, imputabilità) e dalla sua maggiore o minore gravità (nella logica della pura e semplice traslazione del rischio economico dell'affare)». Nel senso che nella fideiussione *omnibus*, in virtù delle clausole di cui nel testo, il garante assume le medesime obbligazioni gravanti sulle società debtrici principali, v. anche Trib. Rimini, Sez. Unica, 8 ottobre 2021; Trib. Novara, 5 ottobre 2021, *cit.*

⁽³³⁾ Cfr. Cass. civ., 19 gennaio 1995, n. 569, *cit.*

tutelato l'interesse all'esatto 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 predefinita, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore» ⁽³⁴⁾.

Un criterio fondamentale e principale 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'obligato principale ⁽³⁵⁾, 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 garanzia ⁽³⁶⁾.

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 garanzia 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 garanzia autonoma assicura al committente la restituzione delle somme anticipate all'appaltatore, in caso di inadempimento di quest'ultimo nell'esecuzione del contratto di appalto).

Peraltro, si tratta 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 prestazione 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 al momento della scadenza ⁽³⁷⁾.

Vi sono poi numerosi altri profili che inducono a collocare la fideiussione *omnibus* fuori dall'ambito della garanzia autonoma. Segnatamente, i) il dato letterale del contratto — a

⁽³⁴⁾ 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 c.d. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle c.d. 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».

⁽³⁵⁾ 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.

⁽³⁶⁾ Così, esattamente, App. Brescia, Sez. I, 7 giugno 2021, n. 698, *cit.*; App. Brescia, 3 dicembre 2021.

⁽³⁷⁾ Come osserva Cass. civ. n. 3947/2010, nella garanzia autonoma «viene vulnerato il meccanismo della solidarietà che, nella fideiussione, attribuisce al creditore la "*libera electio*", cioè la possibilità di chiedere l'adempimento così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile».

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 autonoma ⁽³⁸⁾); 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* ⁽³⁹⁾; v) nell'operazione complessiva manca, 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 ⁽⁴⁰⁾; 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 la confusione con una garanzia di tipo autonomo ⁽⁴¹⁾; vii) la garanzia autonoma, a differenza della fideiussione generale, è particolarmente utilizzata nei rapporti internazionali.

5. (SEGUE). B) LE CLAUSOLE DI DEROGA ALLA DISCIPLINA CODICISTICA DELLA FIDEIUSSIONE: COMPATIBILITÀ CON LA GARANZIA ACCESSORIA

Per quanto riguarda le clausole in discussione, ripetutamente la Cassazione — a prescindere dalla questione dell'esatta 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.

⁽³⁸⁾ Cfr. Trib. Biella, 9 novembre 2021, n. 434, *cit.*

È vero che si insegna tradizionalmente che il *nomen juris* del contratto scelto dalle parti non è mai decisivo ai fini della qualificazione del contratto medesimo. Peraltro, come considerato da certa giurisprudenza (Cass. civ., 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.

⁽³⁹⁾ 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 prestazione 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.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Trib. Monza, Sez. I, 11 marzo 2021, *cit.*

⁽⁴¹⁾ Si pensi alla modifica della clausola cosiddetta di sopravvivenza (su cui v. *infra* nt. 57) e all'eliminazione nella clausola di pagamento a prima richiesta, dell'inciso «anche in caso di opposizione del debitore principale».

La clausola di pagamento «immediato e a prima richiesta», normalmente presente nel testo della garanzia ⁽⁴²⁾, 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 ⁽⁴³⁾, 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 scritta ⁽⁴⁴⁾) o di una clausola cosiddetta *solve et repete* sul modello dell'art. 1462 c.c. (secondo cui è valida, 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'ultima 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 pagamento ⁽⁴⁵⁾. 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

⁽⁴²⁾ 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» e per non incorrere in un'implicita deroga all'art. 1952, comma 2, c.c., sull'onere del garante di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore (allo scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore). Così anche il Provvedimento 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*)».

⁽⁴³⁾ 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).

⁽⁴⁴⁾ Cass. civ., 26 settembre 2017, n. 22346; Cass. civ., 21 maggio 2008, n. 13078.

⁽⁴⁵⁾ Cass. civ., 21 febbraio 2008, n. 4446.

Sulla clausola «a prima richiesta», si veda anche Provvedimento Banca d'Italia n. 55/2005, § 16: «...il fideiussore non può opporsi al pagamento immediato di quanto richiesto dalla banca — che non è tenuta a rivolgersi preventivamente al debitore principale — ma mantiene la facoltà di proporre eventuali eccezioni in un momento successivo all'avvenuto pagamento (nel corso del giudizio di merito) al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca, che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione» (v. anche § 81, ove si qualifica la clausola espressamente come «*solve et repete*»). Nello stesso provvedimento si dà atto che secondo l'ABI «la disposizione relativa all'obbligo di pagamento del fideiussore a semplice richiesta scritta della banca non configura, in effetti, una garanzia «a prima richiesta». Quest'ultimo contratto (derogatorio rispetto al regime civilistico delle eccezioni) presenta un carattere autonomo rispetto all'obbligazione principale, mentre, al contrario, la fideiussione omnibus ha natura di garanzia accessoria». Va detto però che secondo la stessa ABI, piuttosto contraddittoriamente, la fideiussione *omnibus* sarebbe «un istituto giuridico caratterizzato da una propria causa [rispetto alla garanzia disciplinata dal codice civile], consistente nella prestazione di una garanzia rivolta non ad assicurare l'adempimento di una determinata obbligazione altrui, bensì a tenere indenne la banca dal rischio dell'insolvenza del garantito in relazione al complesso dei rapporti che quest'ultimo ha o avrà con la banca medesima» (cfr. ancora Provv. Banca d'Italia n. 55/2005, § 27).

Talora si attribuisce alla clausola «a prima richiesta» — v. ad esempio Trib. Brescia, Sez. spec. in materia di imprese, 5 maggio 2021 — anche il significato di esonerare il creditore procedente dall'onere di preventiva escussione del debitore principale o, ancora, di assoggettare la richiesta di pagamento a qualsivoglia ordine di preferenza temporale, ma va considerato che queste prerogative sono già insite nel regime legale della fideiussione accessoria.

provvisoriamente esecutivo) ⁽⁴⁶⁾. 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'ufficio ⁽⁴⁷⁾ e la stessa deve risultare specificamente approvata per iscritto ex art. 1341, comma 2, c.c. — e dovrà quindi condannare il fideiussore ad eseguire la prestazione a suo carico. 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*», cioè per quelle eccezioni che attengono al momento costitutivo dell'obbligazione garantita (per cui nel nostro caso sarebbero comunque opponibili tutte le eccezioni di nullità totale o parziale del contratto principale, ad esempio del contratto di conto corrente). In conformità al principio consolidato per cui la clausola in questione impedisce propriamente di eccepire solo l'inesatto adempimento della controparte ⁽⁴⁸⁾, si deve ritenere che essa non impedisca neppure di sollevare eccezioni relative alla mancata esecuzione (totale o parziale) della prestazione da parte della banca ⁽⁴⁹⁾ o alla sussistenza di un determinato fatto estintivo del credito, indipendente dal comportamento dell'altro contraente, quali eccezioni di pagamento, novazione, remissione, compensazione, confusione, impossibilità sopravvenuta, prescrizione, giudicato e transazione ⁽⁵⁰⁾ (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 ricorrenti, nonché sugli artt. 1955 e 1956 c.c. (quest'ultimo, come detto, normalmente soggetto a deroga totale o parziale).

Sotto questo profilo la fideiussione *omnibus* deve essere qualificata alla luce di quella vasta elaborazione giurisprudenziale ⁽⁵¹⁾ 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 sul-

⁽⁴⁶⁾ 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.

⁽⁴⁷⁾ Cass. civ., 24 maggio 1993, n. 5819; Trib. Roma, Sez. VI, 14 settembre 2009.

⁽⁴⁸⁾ 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 inadimpleti contractus*», bensì resta correlata all'ambito di operatività dell'*exceptio non rite adimpleti contractus*», sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale della controprestazione».

⁽⁴⁹⁾ Ipotesi, peraltro, di difficile ricorrenza nei contratti di servizio banca-cliente.

⁽⁵⁰⁾ DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 849.

⁽⁵¹⁾ Cfr., fra le tante, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27333; Cass. civ., 28 febbraio 2007, n. 4661.

l'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 ⁽⁵²⁾.

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. 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 richiesta ⁽⁵³⁾.

Se anche si volesse interpretare, come personalmente ritengo, la motivazione delle Sezioni Unite n. 3947/2010 nel senso della tendenziale sufficienza della clausola «a prima richiesta» (o indifferentemente di quella «senza eccezioni») per qualificare la garanzia come autonoma, va tenuto presente che quella sentenza ha riguardato 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 5 o 10% del valore di appalto ⁽⁵⁴⁾): in quel contesto, in cui è assolutamente 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 funzione del contratto di garanzia. Ben diverso è il discorso rispetto alla fideiussione *omnibus*, la quale avendo per quanto detto una chiara funzione soddisfattoria (di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni principali) e non certo cauzionale (di versamento di un pronto e provvisorio indennizzo in caso di un *fumus* di inadempimento), rientra proprio nella previsione delle Sez. Un. 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.

Per quanto concerne le altre clausole della fideiussione *omnibus*, normalmente rilevate come indice di autonomia della garanzia, si osserva quanto segue.

La previsione secondo cui «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» (di solito, art. 8 dello schema di garanzia) non sembra possa essere intesa come un indice di autonomia dell'obbligazione del garante. Da tempo la Cassazione ⁽⁵⁵⁾ ha chiarito il significato della clausola nel senso che, ove l'obbligazione principale sia dichiarata invalida, la garanzia fideiussoria resta comunque efficace, in quanto il fideiussore garantisce la restituzione delle somme che fossero state comunque erogate da parte della banca in esecuzione del contratto invalido (considerata normalmente la natura reale del

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27333; Cass. civ., 29 marzo 1996, n. 2909.

⁽⁵³⁾ Cfr. già il Disegno di legge n. 2284 del 5 maggio 2010 sul contratto autonomo di garanzia, secondo cui il contratto deve contenere la rinuncia del garante in forma espressa a sollevare eccezioni sull'esecuzione e sulla validità del rapporto garantito. In giurisprudenza, fra le tante, Trib. Monza, Sez. I, 11 marzo 2021, *cit*.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, artt. 93-103.

⁽⁵⁵⁾ Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738.

finanziamento, ad esempio del mutuo, che viene concretamente erogato al momento del perfezionamento). In tal modo, il collegamento della garanzia (ossia dell'obbligazione del fideiussore) con il debito principale resta integro, dal momento che per effetto di tale clausola inserita nel testo della fideiussione si intende che quest'ultima garantisce l'adempimento dell'obbligazione di restituzione (del finanziamento) derivante da un contratto valido oppure, se il contratto è nullo, il dovere di restituzione della somma indebitamente ricevuta in esecuzione di quel contratto nullo ⁽⁵⁶⁾. 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 garantita ⁽⁵⁷⁾, 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. («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») è tradizionalmente intesa dalla Corte di legittimità come pienamente ammissibile, senza per questo comportare automaticamente la trasformazione in una garanzia di tipo autonomo. Si è infatti statuito da un lato che la decadenza del creditore dal diritto di pretendere l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria, 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 debitore ⁽⁵⁸⁾; da altro lato che la deroga all'art. 1957 c.c. contenuta nell'atto di fideiussione non ha rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come contratto autonomo di garanzia o come fideiussione, in quanto detta 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 ⁽⁵⁹⁾.

Il patto espresso cosiddetto di reviviscenza, con cui il fideiussore si impegna a rimbor-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. ancora Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738. V. anche App. Brescia, Sez. I, 7 giugno 2021, n. 698, *cit.*, secondo cui «la qualificazione della fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria non è smentita, bensì confermata, dalla previsione di cui all'art. 8... se infatti il finanziamento è ritenuto invalido, compete al finanziatore il credito alla restituzione della somma erogata, non maggiorata degli accessori pattuiti; la previsione contrattuale null'altro stabilisce, quindi, se non che anche in tal caso all'obbligato principale, e cioè il soggetto finanziato, se ne aggiunge un altro, e cioè il garante, con funzione vicariante, propria quindi del rapporto di fideiussione e non della garanzia autonoma».

⁽⁵⁷⁾ 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».

⁽⁵⁸⁾ V. in tal senso, Cass. civ., 9 agosto 2016, n. 16825.

⁽⁵⁹⁾ Cass. civ., 4 dicembre 2017, n. 28943. Cfr. anche App. Brescia, Sez. I, 7 giugno 2021, n. 698, *cit.*: «La deroga alla disciplina di cui all'art. 1957 cc non può costituire argomento a favore della qualificazione del rapporto come garanzia autonoma, perché, se tale fosse, non vi sarebbe bisogno di prevederla, trattandosi di contratto atipico per il quale non opera la disciplina legislativa relativa alla fideiussione».

Come precisato da Sez. Un. civ., 30 dicembre 2021, n. 41944, 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.)

sare le somme che la banca avesse incassato (dal debitore) per le obbligazioni garantite quando avesse dovuto restituirle 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 irrevocabile ⁽⁶⁰⁾.

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.

In conclusione, ritengo per le ragioni esposte 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 garanzia atipica ⁽⁶¹⁾) non si trasformi in una garanzia autonoma, ma permanga una garanzia di tipo accessorio ⁽⁶²⁾, con conseguente ammissibilità dell'opposizione da parte del fideiussore al decreto ingiuntivo della banca e possibilità di sollevare eccezioni ai sensi 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.

Con la qualificazione della fideiussione *omnibus* come fideiussione ordinaria si eviterebbe tra l'altro l'inconveniente di dover poi escludere (v. *supra*) l'applicazione alla garanzia dell'art. 1956 c.c. sulla liberazione del fideiussore per obbligazione futura, norma congegnata, indirettamente, proprio per la fideiussione *omnibus* al fine di tutelare il garante per debiti futuri nell'esecuzione del rapporto.

discende dalla loro natura — in quanto attuative dell'intesa a monte vietata — di disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione.

⁽⁶⁰⁾ 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., 8 febbraio 2008, n. 3011; Cass. civ., 17 ottobre 2008, n. 25361.

⁽⁶¹⁾ In tal senso, ad esempio, Cass. civ., 13 dicembre 1989, n. 5574; cfr. anche, sia pure in via puramente ipotetica, Sez. Un. civ., 18 febbraio 2010, n. 3947 (§ 10 motivazione); in forma dubitativa, Cass. civ., 31 agosto 1984, n. 4738.

⁽⁶²⁾ 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...», in VON BAR-CLIVE-SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, 2009, 367.

