



***LE GARANZIE FIDEIUSSORIE.
ESPERIENZE NAZIONALI A CONFRONTO***

di Antonio Capasso

*Copyright 2022 Diritto per il Futuro Srls
Luglio 2022
ISBN 978-88-31212-34-2*

LE GARANZIE FIDEIUSSORIE.
ESPERIENZE NAZIONALI A CONFRONTO
INDICE

CAPITOLO I : LA PRESPONSABILITA' PATRIMONIALE

1 Introduzione.....	pag 1
2 Garanzie reali e personali.....	>> 5

CAPITOLO II : LA FIDEIUSSIONE

1 Nozione.....	pag 7
1.2. Fideiussione nascente da negozio unilaterale.....	>> 8
1.3. Fideiussione ex lege.....	>> 9
1.4. Fideiussione volontaria. Il contratto. Le parti.....	>> 10
2 La causa del negozio fideiussorio.....	>> 11
3 Accessorietà ed autonomia.....	>> 14
4 Limiti all'accessorietà.....	>> 16
5 Funzione dell'obbligazione fideiussoria.....	>> 18
6 Solidarietà.....	>> 19
7 La volontà di prestare fideiussione.....	>> 20
8 Sussidiarietà. Esclusione.....	>> 22

CAPITOLO III : LA FIDEIUSSIONE OMNIBUS

1 Profili generali.....	pag 23
2 Il fenomeno economico.....	>> 26
3 La nozione giuridica.....	>> 27

4 Ricognizione delle clausole derogatorie della disciplina codicistica della fideiussione.....>>	27
5 La sorte delle fideiussioni omnibus contratte anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 154/ 1992.....>>	30
6 Fideiussione e disciplina della "trasparenza".....>>	36
7 La limitazione dell'importo garantito in base al novellato art 1938 c.c.....>>	37
8 L'esecuzione della fideiussione omnibus ed il limite della buona fede.....>>	40
9 Fissazione dell'importo massimo garantito ex art 1938 c.c. ed estensione della fideiussione omnibus agli accessori ex art 1942 c.c.....>>	43
10 Il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore e l'autorizzazione del fideiussore : l'art 1956, comma 1. c.c.....>>	46
10.1 I presupposti di applicazione della norma : A) fideiussione per obbligazione futura.....>>	47
10.2 B) Peggioramento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali del debitore principale.....>>	48
10.3 C) Conoscenza, o conoscibilità, da parte del creditore, del peggioramento delle condizioni economiche del debitore e del conseguente rischio di mancata soddisfazione del credito.....>>	50
10.4 D) Mancanza di speciale autorizzazione del fideiussore alla concessione del credito.....>>	51
11 La clausola di deroga all'art 1956 c.c.....>>	52
12 Fideiussioni omnibus e interessi usurari : questioni comuni di ius superveniens.....>>	54
13 La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale.....>>	60

14 Fideiussione omnibus e determinabilità dell'oggetto : Corte d'Appello di Genova - 27 dicembre 2001.....>>	78
14.1 Premessa.....>>	78
14.2 Motivazioni in fatto e in diritto.....>>	79

15 La polizza fideiussoria come garanzia atipica : Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili n. 3947 / 2010	>> 83
--	-------

CAPITOLO IV: NATURA DELLA POLIZZA FIDEIUSSORIA CON CLAUSOLA DI PAGAMENTO A <<PRIMA RICHIESTA >> E ART.. 1957 C.C.

1 La causa. Teoria dell'assorbimento e teoria del c.d. << metodo tipologico >>.....pag	111
2 La polizza fideiussoria con clausola di pagamento << a prima richiesta >> e quella semplice.....>>	112
2.1. Inquadramento sistematico.....>>	115
2.2. Il regime delle eccezioni.....>>	117
3 Clausola di pagamento " a prima richiesta " (e " senza eccezioni ") e qualificazione della garanzia personale.....>>	119
4 Fideiussione << a prima richiesta >> e fideiussione << omnibus >> nella giurisprudenza del tribunale federale tedesco.....>>	124

CAPITOLO 5 : IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

1 Funzione di garanzia, causa in concreto e operazione economica.....pag	128
2 Giurisdizione applicabile e conflitto di leggi.....>>	130
3 Norme uniformi e Convenzione UNCITRAL in materia di garanzie autonome.....>>	132

4 Contratto autonomo di garanzia : Cass. civ., sez II, 7 marzo 2002, n.3326.....>>	134
4.1. Il fatto.....>>	135
4.2. Motivi della decisione.....>>	136
5 Osservazioni in tema di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia : Sentenza Tribunale Napoli n. 8848/ 2012.....>>	137

CAPITOLO VI : L'ESPROMISSIONE INVERTITA

1 Individuazione della fattispecie.....>>	143
2 Profili causali del contratto di espromissione.....>>	144
3 L'espromissione come strumento inidoneo a provocare la successione nel debito altrui. Distinzione dall'accollo.....>>	146
4 L'espromissione c.d. atipica : in particolare l'espromissione invertita come ipotesi di contratto << a causa di garanzia >>, diverso dalla fideiussione.....>>	150

PARTE COMPARATA

CAPITOLO VII : QUADRO GENERALE DELLE GARANZIE SPAGNOLE NEI CONTRATTI COMMERCIALI

1. Introduzione.....pag	158
2. Fideiussione commerciale>>	160
2.1. Concetto, commerciabilità e caratteristiche.....>>	160
2.2. Oggetto della fideiussione. Fideiussione omnibus o “fluttuante”.....>>	164
2.3 Posizione del fideiussore. Beneficio di escussione e solidarietà nella fideiussione commerciale. Diritto alla ripetizione.....>>	165
2.4. Co-fideiussione, sub-fideiussione e controgaranzie.....>>	167

2.5 Estinzione.....>>	169
3 Fideiussione e concorso del debitore principale.....>>	169
4 Garanzie autonome.....>>	171
4.1. Concetto e caratteristiche.....>>	171
4.2 Definizione di una garanzia << a prima richiesta >>.....>>	177
4.3. Esercizio della garanzia da parte del creditore.....>>	179
4.4. Eccezioni opponibili dal garante. Esercizio abusivo della garanzia.....>>	181

CAPITOLO VIII : CONFRONTO TRA IL MODELLO DI GARANZIE PERSONALI SPAGNOLE E IL PROGETTO " PRINCIPI DI DIRITTO EUROPEO SULLE GARANZIE PERSONALI "

1 Disposizioni generali.....pag	187
2 La costituzione della garanzia.....>>	190
3 L'esecuzione della garanzia, sua modificazione ed estinzione.....>>	192
4 Il diritto di regresso.....>>	197
5 Pluralità di fideiussori : sub-fideiussione e co-fideiussione.....>>	198
6 Il patto di esclusione di eccezioni.....>>	201
7 Protezione del fideiussore.....>>	
204	

CAPITOLO IX : LE GARANZIE PERSONALI NEL DCFR DEL 2009 (DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE).

1. Premessa. Distinzione tra DCFR E CFR.....pag	207
2 .Garanzie personali nel DCFR.....>>	209
3.Garanzie personali dipendenti.....>>	210
4.Garanzia personali indipendenti.....>>	211

La Responsabilità patrimoniale

Introduzione

Nel sistema seguito dal Codice, un apposito libro, l'ultimo è dedicato alla tutela dei diritti. Vi si comprende la trattazione dei mezzi destinati in generale alla realizzazione dei diritti, e in particolare alla tutela, diretta o indiretta, del creditore. Dalla praticità ed energia dei mezzi predisposti per la tutela dei diritti del creditore dipende, l'esistenza di quel bene, essenziale per il fiorire e lo sviluppo dell'economia, che è il credito. Esso si basa sulla fiducia : fiducia nelle persone, nell'intelligenza , nelle attività, nell'onestà dei debitori e fiducia negli strumenti che la legge riconosce al creditore per un'eventuale azione coattiva.

Venendo all'esame dei mezzi predisposti per la tutela del creditore e per la realizzazione dei suoi diritti, notiamo una tutela preventiva e una di realizzazione, ciascuna con vie dirette e modi indiretti.

A proposito di questi, sono molti e se ne trovano un po' dappertutto. Da ricordare la presunzione di solidarietà nel debito che grava su una pluralità di soggetti passivi : il creditore ha di fronte la responsabilità di più soggetti, e poiché in definitiva ciascuno sarebbe obbligato solamente per una quota, nell'obbligo di pagare anche le quote degli altri abbiamo una sorta di garanzia reciproca a vantaggio del creditore comune. Inoltre è utile ricordare quale efficace difesa venga offerta al creditore dalla risoluzione per inadempimento e dall'*exceptio inadimpleti contractus*.

Ricordiamo ancora la perdita del beneficio del termine (1186c.c.), che facilita la realizzazione immediata di quanto si possa ricavare da una situazione, per lo meno pericolante, del patrimonio del debitore. In seguito all'inadempimento

del debitore, i mezzi indiretti di cui sopra non bastano più e si deve applicare tutto il sistema di rimedi e di sanzioni predisposto per la concreta soddisfazione del creditore.

Si mostra allora la responsabilità, cioè la soggezione del debitore alla sanzione. Nel diritto moderno alla responsabilità della persona fisica del debitore è subentrata la sua responsabilità patrimoniale.

L'art. 1948 del c.c. del 1865 stabiliva che il debitore << era tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili e immobili, presenti e futuri>>. L' espressione era imprecisa poiché sembrava destinare il complesso di detti beni alla prestazione, ossia in ogni caso all' adempimento. Prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 poteva così avvenire che i mezzi di difesa dell'obbligazione venissero considerati, specie nella manualistica, in modo alquanto indifferenziato.

Vi si facevano rientrare tutti gli strumenti diretti a mantenere in vita il diritto di credito e ad assicurarne la realizzazione, come il chiederne la ricognizione , ossia l'accertamento del titolo, il compiere atti interruttivi della prescrizione, e in senso più stretto a mantenere integro il patrimonio del debitore, o meglio ad impedire che valori ad esso pertinenti ne uscissero o valori ad esso destinati ne rimanessero fuori per dolo o incuria del titolare¹⁰⁰. Il sopravvenuto art. 2740 c.c. del 1942 stabilisce << Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri >>, precisando che detti beni servono al debitore non per adempiere bensì per rispondere dell'inadempimento. Questo articolo non si trova nel quarto libro, disciplinante le obbligazioni, ossia soprattutto il contenuto e le vicende dei vari diritti di

¹⁰⁰ In realtà l'imprecisione derivava dall'essere l'espressione sopra trascritta né in modo originale né recente : essa era la traduzione dell'art 2092 del codice civile francese secondo cui <<quiconque s'est obligé personnellement ,est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers , présents et à venir >>.

credito, ma nel libro sesto, destinato a raccogliere materie già in gran parte collocate in modo << irrazionale e frammentario >> nel libro terzo del vecchio codice, disciplina il modo o appresta i mezzi con cui quei diritti trovano attuazione in caso di violazione¹⁰¹. Dunque al centro dell'art 2740 si colloca il concetto di *responsabilità*, che entro la nozione del rapporto obbligatorio, suole essere distinta dal *debito*, ossia dal dovere di prestazione. Da una parte si pone così il dovere, gravante sul debitore ed avente un certo comportamento, di dare, di fare, o di non fare (prestazione) : comportamento preteso dal creditore; dall'altra ,abbiamo, la responsabilità che grava sul debitore per il caso in cui egli non adempia, ossia non tenga spontaneamente quel comportamento, che si realizza attraverso l'esecuzione forzata (artt. 2910-2931 c.c. e 474-632 c.p.c.). Questa quando si svolge nelle forme dell'esecuzione per espropriazione (artt. 2910- 2929 c.c. e 483-604 c. p.c.) comporta che i beni del debitore. una volta espropriati, siano venduti per conto della controparte (si parla di potere di aggressione) onde il patrimonio del debitore costituisce secondo, il comune modo di dire, la garanzia generale per la soddisfazione del creditore. Garanzia generale significa perciò destinazione di tutto il patrimonio del debitore all'azione esecutiva. Situazione soltanto potenziale, giacché in caso di inadempimento non tutti i beni saranno necessariamente oggetto dell'esecuzione ma solo quelli, che per valore, siano sufficienti a soddisfare il creditore. In mancanza di una nozione legale di patrimonio, si può dire che i beni presenti e futuri di cui all'art 2740 sono le cose, materiali e immateriali, costituenti oggetto di diritti soggettivi del

¹⁰¹Da sottolineare che tale libro, benché progettato e messo in cantiere quasi in extremis e disprezzato al momento della pubblicazione come <<libro saltato fuori>> (F.Carnelutti) nonché scomodo ricetto di istituti espulsi non soltanto dal libro delle obbligazioni ma anche da quello dei diritti reali, fu riconosciuta la funzione di << contenere i congegni più delicati dell'ordinamento giuridico >> (F. Vassalli), tra i quali quelli diretti a render possibile o ad agevolare l'esecuzione forzata.

debitore, con esclusione dei diritti della personalità e di alcuni rapporti di diritto familiare fondati sul matrimonio e sulla parentela¹⁰². Si può quindi concludere che la responsabilità patrimoniale si risolve in un vincolo di garanzia sul patrimonio¹⁰³, che si costituisce al momento della nascita dell'obbligazione e si scioglie, ancor prima di poter funzionare, nel momento in cui il debitore adempie o i beni vadano distrutti. Indi per cui il vincolo funziona solo nel caso in cui manchi l'adempimento¹⁰⁴.

Garanzie reali e personali

Per garanzia si intende cioè che concorre a soddisfare le ragioni del creditore.

In tal caso il termine si riferisce in primo luogo alla garanzia patrimoniale di cui

¹⁰² Definizione approssimativa poiché, non tutti i beni appartenenti al debitore, e quali che siano i rapporti di cui essi sono oggetto, possono essere assoggettati ad esecuzione mentre possono esservi assoggettati, a certe condizioni, beni di un terzo (art. 2910, co.2, c.c. << possono essere espropriati anche i beni di un terzo quando sono vincolati a garanzia del credito o quando sono oggetto di un atto che è stato revocato perché compiuto in pregiudizio del creditore >>).

¹⁰³ Come richiamato dalla sentenza Cass. Sez. Civ III, n.7250/2013 : con tale decisione, si ritornò ad affrontare, ancora una volta, la questione attinente alla capacità di tenuta del fondo patrimoniale di fronte alle pretese dei creditori e coglie l'occasione di puntualizzare i presupposti giuridici che legittimano l'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria. Con un orientamento granitico, che ricorre ciclicamente nelle sentenze della Cassazione, il fondo patrimoniale è qualificato come un atto di disposizione che imprime un vincolo di destinazione sui beni ad esso assoggettati ed è, pertanto, suscettibile di essere revocato ai sensi dell'art. 2901 c.c. Il fondo patrimoniale si colloca nell'ambito dei regimi patrimoniali della famiglia e si costituisce, nel rispetto delle prescrizioni contenute negli artt. 167-171 c.c., con atto pubblico alla presenza dei testimoni, trattandosi appunto, di una convenzione patrimoniale (Cass. n 12864/ 1999). Si precisa inoltre, per completezza d'esposizione, che il fondo patrimoniale può costituirsi anche per testamento quando il disponente è un terzo estraneo ai coniugi. Il fondo patrimoniale, pertanto, è un negozio giuridico tipico, con causa propria, che rientra nell' ampio genus delle liberalità non donative. Sul punto, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha messo in evidenza che la costituzione del fondo non prevede mai una contropartita, in favore del costituente o dei costituenti, che possa in qualche modo determinare l'onerosità della causa (Cass. n2604/ 1994). In altri termini, indipendentemente dall'effetto traslativo o costitutivo, il fondo patrimoniale è sempre un atto a titolo gratuito presentando il requisito tipico della mancanza di una prestazione a carico dei beneficiari. La costituzione del fondo patrimoniale, inoltre creando un vincolo di indisponibilità sui beni che vi confluiscono li sottrae alla garanzia generale dei creditori (art, 2740 c.c.) e li espone all'azione nei termini circoscritti dall'art 170 c.c. Ancora secondo la Cassazione, la costituzione del fondo patrimoniale essendo un atto a titolo gratuito, può essere dichiarato inefficace nei confronti dei creditori mediante l'azione revocatoria ordinaria per la cui esperibilità occorre il solo presupposto soggettivo della scientia damni ; inoltre trattandosi di un'azione conservativa e non recuperatoria, è sufficiente il requisito oggettivo dell'esistenza del debito senza che sia richiesta la sua esigibilità.

¹⁰⁴ L'attuazione del rapporto obbligatorio è in definitiva affidata nel sistema del codice ad un complesso di regole dirette in primo luogo a che il debitore esegua esattamente la prestazione ossia attui il debito, con ciò soddisfacendo l'interesse primario del creditore, ed in secondo luogo, a che attraverso la responsabilità del debitore ed il correlativo potere di aggressione del suo patrimonio, il creditore deluso soddisfi nondimeno l'interesse secondario a conseguire l'utilità economica della prestazione non eseguita.

il codice civile assicura con mezzi idonei la conservazione nell'interesse del creditore, poiché delle sue obbligazioni il debitore risponde solo con il suo patrimonio, cioè come detto precedentemente, con tutti i suoi beni presenti e futuri (art 2740 c.c.). Nello stesso tempo con il termine garanzia si indica anche l'assunzione da parte di un terzo diverso dal debitore, di un obbligo che integra o rafforza le ragioni del creditore ed in tal caso si parla di garanzie personali. In generale si può affermare che i diritti di garanzia sono determinate posizioni giuridiche di vantaggio finalizzate alla tutela dei diritti di credito.

Essi vanno distinti rispetto alla garanzia patrimoniale sia in quanto derivano da titoli specifici, legali o negoziali, mentre la garanzia patrimoniale spetta genericamente a tutti i creditori, sia in quanto conferiscono una tutela ulteriore rispetto a quella offerta dalla garanzia patrimoniale. La categoria dei diritti di garanzia è identificata in base alla loro funzione di rafforzamento del credito, funzione che si realizza diversamente a seconda della loro struttura e del loro contenuto. Le garanzie si dividono in garanzie sui beni e garanzie personali. La diversità tra le due categorie , pur nella comune prospettiva della garanzia del credito, emerge dalla diversa sede in cui è collocata la relativa disciplina, in quanto quella delle garanzie specifiche è collocata accanto alle norme in tema di concorso di creditori , mentre le garanzie personali, sia l'istituto che ne costituisce il prototipo, cioè la fideiussione (art 1936 e ss. c.c.) sia il mandato di credito (art 1958 e ss c.c.) sono disciplinati tra i contratti nominati. Nell'ambito delle garanzie sui beni rientrano le garanzie reali tipiche e i privilegi.

Garanzie reali tipiche sono il pegno e l'ipoteca : esse vincolano determinati beni al soddisfacimento del credito (c.d. diritto di seguito) e attribuiscono al creditore un diritto di prelazione, ossia una preferenza rispetto agli altri

creditori¹⁰⁵. La differenza tra il pegno e l'ipoteca sta nell'oggetto : il primo, di regola, si costituisce sopra beni mobili (non registrati), le universalità di beni mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni mobili (es. 2784 c.c.), la seconda sopra immobili e taluni diritti immobiliari (quali usufrutto, superficie, enfiteusi) e le rendite dello Stato (art 2810 c.c.). Con il pegno si sottrae al proprietario il godimento del bene: e ciò avviene attraverso la consegna materiale della cosa al creditore; l'ipoteca invece si costituisce mediante iscrizione in pubblici registri, e il bene che ne è oggetto rimane in godimento del proprietario¹⁰⁶. I privilegi attribuiscono al creditore un diritto di prelazione senza vincolare di regola il patrimonio del debitore. Personali sono invece le garanzie che conferiscono al creditore una pretesa creditoria verso terzi. Esse consistono quindi nell'impegno obbligatorio assunto da un altro soggetto, il garante, per assicurare il soddisfacimento del credito. Garanzie personali tipiche sono : fideiussione e l'avallo. Qui l'obbligazione del garante si aggiunge a quella del debitore principale, con la quale è collegata da un vincolo di solidarietà passiva .

Accanto a queste forme tipiche di garanzia, la prassi creditizia ha creato forme di garanzia personale, che hanno assunto o tendono ad assumere una loro tipicità negoziale. Si tratta principalmente della garanzia autonoma, della polizza fideiussoria e della lettera di patronaggio.

¹⁰⁵Garanzia tipica sui beni è anche l'anticresi (art 1960 c.c.) la cui natura di diritto reale è però messa in dubbio.

¹⁰⁶Sempre più sentita appare l'opportunità di sottoporre a garanzia anche beni mobili senza le conseguenze dannose dello spossessamento del debitore. Come esempio si può citare l'ipoteca immobiliare, ma è prevista anche per altri beni mobili una forma di garanzia senza trapasso del possessore : ad es., la legge 1985/401 ammette la costituzione di garanzia sui prosciutti "doc" mediante l'apposizione di un contrassegno indelebile con annotazione in apposito registro.

La fideiussione

Nozione

Secondo l'art 1936 c.c. il fideiussore, <<obbligandosi personalmente verso il creditore , garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui¹⁰⁷>>: il codice delinea quindi i connotati dell'obbligazione del fideiussore senza però individuarne la fonte.

La fideiussione è disciplinata, unitamente agli altri contratti di garanzia quali il mandato di credito e l'anticresi, nel titolo terzo del libro quarto del codice dedicato ai contratti speciali; questa collocazione non è tuttavia considerata elemento sufficiente a limitarne la fonte a quella contrattuale sebbene quest'ultima sia quella che ricorre con maggior frequenza nella pratica. In mancanza di una norma che indichi espressamente la fonte tipica della fideiussione¹⁰⁸, essa viene distinta in volontaria, perché nascente da contratto o da negozio unilaterale¹⁰⁹, legale e giudiziale.

Fideiussione nascente da negozio unilaterale

Nell'ambito della fideiussione volontaria sono individuati fra i casi di fideiussione da negozio unilaterale quelli aventi fonte in norme di diritto

¹⁰⁷Il riferimento normativo all'obbligazione << altrui >>, ha posto il problema della validità della fideiussione assunta dal socio illimitatamente responsabile in favore della società. Sull'invalidità della fideiussione prestata durante la procedura di concordato v. Cass. 14 dicembre 1988, n. 6810, in GI 1989, con nota di Serale : il contratto con il quale il socio illimitatamente responsabile assume per l'intero il debito sociale in favore di uno o più creditori, intervenuto in pendenza della procedura concordataria, è nullo per motivo illecito comune alle parti, in quanto posto in essere in violazione del principio della *par condicio creditorum* che domina l'intera procedura.

¹⁰⁸Infatti la stessa parola << fideiussione >> è usata in sensi diversi, talvolta essa designa l'obbligazione fideiussoria;talvolta il contratto ed eventualmente anche il negozio unilaterale da cui quella sorge, talaltra ancora, queste due nozioni considerate complessivamente.

¹⁰⁹Cass. sez. III, 13 giugno 2006 N. 13652 : l'obbligazione fideiussoria promana da un contratto unilaterale con obbligazioni a carico di una sola parte, risultante nella sua configurazione tipica (art. 1936 c.c.) dalla proposta del fideiussore non rifiutata e non richiedente ,quindi, perché si perfezioni, l'accettazione espressa di quest'ultimo (art 1333 c.c.). Ne consegue che l'eventuale conferma inviata dal creditore al fideiussore costituisce un elemento esecutivo del negozio già concluso.

processuale civile, (artt 119 c.p.c. e 86 disp.att c.p.c) in virtù delle quali il giudice può imporre ad una parte una cauzione anche sottoforma di fideiussione : ad esempio, la cauzione per l'esecuzione provvisoria o per il sequestro ; ovvero in norme di diritto processuale penale, come quella che prevede la concessione della libertà provvisoria all'imputato dietro prestazione di cauzione consistente nell'obbligo di pagare una determinata somma con il concorso di uno o più fideiussori solidali (art 282 c. p .p.); e in genere in tutte quelle forme di fideiussione imposte dal giudice che, in quanto tali , non possono che risolversi in dichiarazioni unilaterali rese ad un terzo , l'autorità giudiziaria, senza l'intervento del creditore , il cui consenso peraltro non è concepibile trattandosi di dare esecuzione ad un ordine del giudice.¹¹⁰

Fideiussione ex lege

E' ritenuta ipotizzabile, inoltre una fonte normativa della fideiussione : la fonte normativa è ad esempio indiretta nel mandato di credito (art 1958 c.c.), nel quale la nascita dell'obbligazione del fideiussore si pone come effetto di un negozio distinto da quello fideiussorio ; ovvero è diretta nei casi in cui la legge pone la prestazione della garanzia a carico dello Stato o di enti pubblici in considerazione della particolare qualità del debito garantito¹¹¹ (es. obbligo di

¹¹⁰ A queste ipotesi caratterizzate dall'obbligo del debitore di prestare una garanzia, fa riferimento la norma dell'art. 1943 c.c., la quale dispone che il debitore, che sia obbligato a dare un fideiussore, deve presentare persona capace che possieda beni, mobili o immobili, sufficienti a garantire l'obbligazione e che abbia, o elegga domicilio nella giurisdizione della Corte d'appello nella quale la fideiussione si deve prestare. La norma in questione introduce una deroga al principio in base al quale il rischio connesso alla diminuzione della solvibilità del fideiussore è a carico del creditore, disponendo, in ossequio al principio della conservazione delle garanzie , che il debitore debba presentare altro fideiussore quando il precedente sia divenuto insolvente, salvo che si tratti di persona che sia stata voluta dal creditore . Chi è tenuto a dare un fideiussore deve anche dimostrarne la solvibilità ; non è invece richiesto che il fideiussore debba anche essere persona soggettivamente gradita al creditore.

¹¹¹ C. Stato, sez. V, , n. 3752/ 2005: In sede di aggiudicazione dei contratti della p.a., pur in mancanza di un'espressa previsione di esclusione, l'inosservanza di alcuni adempimenti comporta comunque l'esclusione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della stazione appaltante o siano poste a garanzia della par condicio dei concorrenti (nella specie, è stato ritenuto adempimento

garanzia gravante sullo Stato per le prestazioni relative alle assicurazioni sulla vita fornite dall'INA).

Fideiussione volontaria. Il contratto. Le parti

La fonte principale della fideiussione è il contratto, in cui una parte (il fideiussore), si obbliga personalmente verso un'altra (il creditore) a garantire l'adempimento di un' obbligazione presente o futura di un terzo (il debitore principale).

Le parti del contratto sono dunque il garante ed il creditore, intendendosi per tale non solo colui che ha già diritto ad una prestazione in relazione ad un distinto rapporto obbligatorio, ma anche colui che potrebbe subire un pregiudizio dal comportamento di un soggetto diverso dal garante.

Il debitore principale non è invece parte del contratto di fideiussione¹¹², che ha quindi carattere bilaterale. Se ne trae conferma dal co 2° dell'art 1936 c.c., che attribuisce efficacia alla fideiussione anche se ignorata dal debitore principale. Pertanto è superflua per la nascita di un rapporto di fideiussione l'esistenza di eventuali rapporti tra il debitore principale ed il garante, come diversamente avviene nei negozi di assunzione del debito altrui.

L'irrilevanza del debitore principale nella nascita del rapporto fideiussorio è espressione, per la dottrina, di un principio di carattere generale in base al

essenziale, il cui mancato assolvimento comportava l'esclusione dalla gara pur in assenza di un'espressa comminatoria in tal senso, la presentazione della dichiarazione, in un istituto bancario ovvero di una compagnia assicurativa, integrativa della cauzione provvisoria, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante).

¹¹²Cass. 27 giugno 1992, n. 8064, GI, 1993 << Poiché la fideiussione interviene esclusivamente fra il garante ed il creditore , il debitore resta estraneo e ciò anche qualora egli abbia assunto contrattualmente l'obbligazione di prestare fideiussione. Pertanto la revoca del negozio fideiussorio nonostante il patto contrario intervenuto fra il debitore ed il garante, potrà dare luogo solo al risarcimento dei danni in favore del debitore, non potendo quest' ultimo pretendere che il creditore imponga al fideiussore il rispetto della garanzia >>

quale sarebbe sempre consentito il rafforzamento dell'aspettativa del creditore a prescindere dal consenso del debitore principale.

In giurisprudenza la spiegazione viene rinvenuta nella causa del contratto di fideiussione diretto a rafforzare l'interesse del creditore all'attuazione del proprio diritto mediante l'estensione della garanzia patrimoniale ai beni del fideiussore; tale funzione inerisce alla sfera giuridica patrimoniale del creditore, mentre non altera in modo pregiudizievole l'interesse e la posizione giuridica del debitore¹¹³.

La causa del negozio fideiussorio

Per la fideiussione, come per il negozio in genere, la causa va distinta dalla causa dell'obbligazione. Essa consiste nell'attribuzione di un mezzo più sicuro di soddisfacimento della prestazione dovuta, nel rafforzamento della tutela dell'interesse del creditore all'attuazione di un suo credito verso un terzo, per l'ipotesi di inadempimento o di incapacità di questo. La causa del negozio si esaurisce in questo contenuto minimo di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione altrui, alla quale accenna l'art 1936 c.c.¹¹⁴.

¹¹³Cass. 12 aprile 1984 n. 2356 << Il negozio fideiussorio è causalmente diretto a rafforzare la tutela dell'interesse del creditore all'attuazione del suo diritto, attraverso l'estensione della garanzia patrimoniale ai beni del fideiussore, il quale aggiunge la propria obbligazione accessoria a quella del debitore principale, e tale funzione inerisce alla sfera giuridico- patrimoniale del creditore mentre è giuridicamente irrilevante l'interesse del debitore medesimo, del quale , pertanto, non sono necessari né il consenso preventivo né l'accettazione, rimanendo egli estraneo all'atto costitutivo della garanzia, tanto se consista in un negozio unilaterale, quanto se consista in un contratto, il quale intercorre solo tra il creditore e il fideiussore >> . In base a tali considerazioni, nella sentenza citata è specificato che il principio dell'irrilevanza della conoscenza del debitore della fideiussione , stabilito dal co 2° dell'art 1936 c.c., opera ogniqualevolta << la garanzia si traduca in un vantaggio per il debitore garantito, in mancanza del quale questi non sarebbe tenuto ad accettarla e quindi legittimato passivo dell'azione di regresso >>. Non essendo necessario il consenso del debitore, nella stessa sentenza si legge che il debitore principale << non può neppure impedire con la sua opposizione l'adempimento dell'obbligazione da parte del fideiussore essendo, in tal caso il creditore facoltato e non obbligato a respingerlo (ex art. 1180. co 2°, c.c.) >>.

¹¹⁴ Sent T.A.R. Genova n°1930/2008 : la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito ed il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili, il che risponde ad un principio generale, in

Questa funzione ricorre in ogni atto di regolamento del tipo riconosciuto ed è considerata dall'ordinamento come particolarmente utile dal punto di vista sociale, dato l'interesse generale connesso con il soddisfacimento del credito. Il riconoscimento legale del tipo individua la funzione economica che la fideiussione assolve costantemente ed è la conferma della serietà e della non futilità della *causa cavendi* e quindi del favore dell'ordinamento per essa¹¹⁵.

La garanzia personale difatti incoraggia il credito, dà sicurezza ed incrementa così l'attività economica.

Si tratta di una causa costante, qualunque sia quella del negozio da cui deriva l'obbligazione garantita, che la fideiussione richiama, senza peraltro mai assorbire¹¹⁶, come si ricava dalla stessa possibilità di una fideiussione gratuita di un'obbligazione che trova la propria fonte in un contratto a titolo oneroso o

materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.). In particolare, la determinazione o determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura del negozio fideiussorio (le cui parti sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive.

¹¹⁵ Parte della giurisprudenza ha affrontato sotto l'aspetto della causa il problema della validità della fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile di società di persone in favore della società medesima. Si è infatti rilevato che lo scopo della fideiussione, e quindi la sua causa, è di rafforzare la garanzia del creditore, di regola limitata al patrimonio del debitore, estendendola al patrimonio di altro soggetto.

Stante la responsabilità per legge del socio, sent. Trib. Verona 29 giugno 1991, ha ritenuto che la fideiussione rilasciata dal socio illimitatamente responsabile, non ampliando l'ambito della garanzia del creditore, non sarebbe idonea a generare l'obbligazione fideiussoria, per la nullità per difetto di causa della fideiussione in questione. Nello stesso senso Trib. di Nocera Inferiore 2 marzo 1995: la fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali è nulla per mancanza della causa, stante la sua inidoneità a rafforzare le garanzie del creditore; non può nemmeno, in virtù del principio di conservazione, essere convertita in un contratto in cui l'efficacia della fideiussione (come risultante dalla conversione) è subordinata allo scioglimento del rapporto sociale relativamente al socio garante. Ma si tratta di un orientamento minoritario. La Corte di Cassazione (sent. n. 5922/1994) e i giudici di merito, infatti, ritengono in tal caso valida la fideiussione, sul rilievo che le società di persone, pur se sprovviste di personalità giuridica, godono di autonomia patrimoniale e costituiscono un centro di imputazione di situazioni soggettive, di rapporti ed effetti giuridici in funzione del quale è possibile l'instaurazione di rapporti giuridici distinti tra società e terzi e società e soci.

¹¹⁶ La fideiussione non è un negozio con causa generica, che trova la propria specificazione con riferimento ad una fonte estrinseca che valga a conferire all'interesse negoziale quel grado di compiutezza, sufficiente a renderlo idoneo fondamento sostanziale dell'attribuzione promessa od effettuata. Difatti nel negozio di garanzia può variare la disciplina del singolo rapporto, sensibile all'assetto di interessi dell'obbligazione garantita che concorre a determinare il concreto regolamento fideiussorio. Ciò, però, piuttosto che dalla causa, dipende dall'oggetto del contratto, che finisce necessariamente con l'incidere sulla prestazione dovuta dal garante. Diversa è l'opinione sostenuta da altri autori come lo Scalisi secondo cui la causa della fideiussione si presenta in forma generica ed indeterminata, sebbene determinabile.

di una fideiussione onerosa di un' obbligazione assunta a titolo gratuito ovvero, ancora, dal fatto che la fideiussione, negozio causale, può accedere ad un negozio astratto. Queste combinazioni non potrebbero neppure essere prefigurate, se i due negozi, quello da cui deriva l'obbligazione garantita e la fideiussione, avessero una medesima causa. Né sembra sufficiente sostenere che nel dato causale della fideiussione compare anche la garanzia o che questa entra semplicemente a farne parte : si rischierebbe di individuare la causa della fideiussione nello stesso risultato che si consegue con il rapporto garantito, senza considerare che non ogni rinvio da un negozio ad un altro immette quest' ultimo nel contenuto del primo e , in particolare, che nella fideiussione lo scopo di garanzia abbraccia tutto il negozio, ad esso restando asservita l'obbligazione personale che il fideiussore assume. Nella fideiussione non ricorre un " nudum pactum" dettato da intenti e finalità meramente soggettivi. Quando la fideiussione sia stipulata contestualmente al sorgere del credito, alla concessione di una dilazione o di altra modifica del rapporto, il fatto che il creditore non è disposto a far credito o a fare quelle concessioni, se non alla condizione della garanzia, giustifica, alla stregua di una funzione socialmente tipica o, comunque, sussunta come tale dall'ordinamento, il vincolo del garante. Ma anche quando la fideiussione sia fatta per un credito già esistente e senza quelle contropartite, la sussistenza di un debito principale è << raison justificative du cautionnement >>¹¹⁷, ritenendosi , in fondo, che il debitore fa cosa giusta assicurando l'adempimento del debito. Infine riguardo al prototipo

¹¹⁷ In tale senso si esprime Gorla G., nell'opera " Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien ". Secondo quanto statuisce la giurisprudenza di legittimità (Cassaz. n° 5397/ 1997), la fideiussione per le obbligazioni presenti del debitore principale è valida anche se l'entità del loro ammontare può indurre a dubitare della possibilità di questi di restituire autonomamente il prestito concessogli, perchè da un lato la banca non ha il dovere di accertare tale circostanza, essendo peraltro conforme alla logica del relativo contratto soccorrere l'imprenditore con un ulteriore patrimonio per le sue necessità commerciali; dall'altro è invece interesse di colui che presta una garanzia per un'apertura di credito effettuare tale accertamento.

codicistico, le ragioni che sollecitano la stipulazione della fideiussione (il desiderio di giovare al debitore, oppure di giovare al creditore, oppure di conseguire un compenso dal debitore, oppure di giovare ai propri interessi, come quando il fideiussore si determina alla garanzia per soddisfare sue necessità, anche di ordine morale, con riguardo alle relazioni che lo legano, a seconda dei casi, al creditore o al debitore), anche se possono ridursi a << situazioni tipiche >>, appartengono ai motivi del negozio. Elevarli alla dignità di causa significherebbe sacrificare la libertà di valutazione delle parti, che possono ricorrere alla fideiussione anche per realizzare interessi non riducibili agli schemi. Al creditore le ragioni che inducono il terzo ad intervenire sono indifferenti; difatti, considerando come causa del negozio situazioni tipiche d'interessi, la fideiussione si presenterebbe con una causa variabile, anziché come un negozio la cui funzione costante consiste nell'accedere ad una valida obbligazione principale e nel garantirne l'esecuzione.

Accessorietà ed autonomia

L'obbligazione fideiussoria è ad un tempo, accessoria ed autonoma rispetto a quella del debitore principale¹¹⁸. E' accessoria perché presuppone quella

¹¹⁸Sentenza Cass. civ. , SS.UU., n° 2655 / 2008: La pronuncia in rassegna contribuisce al consolidamento dell'indirizzo giurisprudenziale invalso in merito ad un importantissimo profilo dell'accordo fideiussorio: ci si riferisce ai rapporti tra obbligazione principale e garanzia fideiussoria. I giudici, attraverso un puntuale percorso argomentativo, rafforzano l'opinione - già efficacemente espressa dalla dottrina e condivisa dalla Suprema Corte - circa la contrapposizione tra *unità logica* delle due obbligazioni da un lato, e *disunità reale* dall'altro (in tal senso, attraverso una raffinata ricostruzione genetica dell'istituto fideiussorio, si esprime Cassazione civile, Sezione I, 17 gennaio 1996, n. 365).Le Sezioni Unite, ripercorrendo il solco già precedentemente tracciato da alcune pronunce di merito e di legittimità, aderiscono infatti alla chiarificatrice distinzione tra il concetto di accessorietà della fideiussione rispetto alla obbligazione garantita, che attiene alla connessione logico-giuridica tra i due negozi (c.d. unità logica), ed il concetto di individualità/indipendenza, riguardante, *ex adverso*, le diverse caratteristiche soggettive ed oggettive delle due obbligazioni (c.d. disunità reale). Innanzitutto la sentenza non tace il collegamento tra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria dal punto di vista logico-giuridico. Invero, l'obbligazione garantita (o principale) e quella fideiussoria (o accessoria) *stanno tra di loro in rapporto di accessorietà*: la fideiussione ha natura accessoria rispetto all'obbligazione garantita. Da ciò discendono diverse conseguenze sull'efficacia e sulla estensione della garanzia fideiussoria, desumibili dalla

principale garantita e dipende da questa; è autonoma perché il fideiussore assume ed adempie un'obbligazione personale e non è quindi un mero responsabile assoggettato ad azione esecutiva. L'obbligazione del fideiussore sebbene, per il principio di accessorietà, abbia identità di oggetto con quella che lega il debitore principale al creditore, ad essa non si aggiunge né la sostituisce,, in quanto tra obbligazione del garante e obbligazione del debitore principale, v'è identità economica ma non giuridica. L'obbligazione di garantire un debito altrui ha infatti una causa propria che, rispetto a quella dell'obbligazione principale, non solo è distinta ed autonoma, ma è fissa ed uniforme mentre quest'ultima varia a seconda del negozio al quale inerisce. L'obbligazione accessoria di garanzia non solo presuppone quella principale da garantire, ma ne rispecchia i caratteri : se l'obbligazione principale è sottoposta a condizione sarà condizionata anche quella fideiussoria¹¹⁹. Inoltre da segnalare la sentenza della Cassazione n. 10400 / 2002 secondo cui la relazione di accessorietà dell'obbligazione fideiussoria rispetto a quella principale non esclude la reciproca autonomia delle due obbligazioni e si traduce sul piano processuale nella non configurabilità del litisconsorzio necessario tra creditore , debitore principale e fideiussore , a meno che il giudice non ordini l'intervento

lettura della disciplina codicistica dell'istituto: ad esempio, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace, la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale (art. 1939 c.c.); inoltre la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose (art. 1941 c.c. primo comma). Ancora, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denuncia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive (art. 1942 c.c.); il fideiussore, infine, può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante da incapacità (art. 1945 c.c.). E' da sottolineare, poi, che il vincolo di accessorietà perdura nel corso di tutto il rapporto fideiussorio, sicché le vicende che attengono al rapporto principale si ripercuotono necessariamente sulla garanzia fideiussoria.

¹¹⁹Sul punto v'è da segnalare un'importante sentenza della Cassazione (n°2453 / 1966), secondo la quale la fideiussione prestata per un'obbligazione sospensivamente condizionata (art 1938 c.c.), non è equiparabile ad un' obbligazione sottoposta a condizione sospensiva ; infatti, mentre l'evento considerato nell'obbligazione principale si trova in stato di pendenza, l'obbligazione fideiussoria (che non è uguale a quella principale) produce fin dal suo sorgere alcuni degli effetti ad essa propri (incompatibili con la condizionalità dell'obbligazione fideiussoria) che si traducono a carico del fideiussore nell'irrevocabilità del prestato consenso e nell'obbligo di non impedire il sorgere dell'obbligazione garantita.

in causa del fideiussore ai sensi dell'art. 107 c.p.c., nel qual caso si realizza una situazione di litisconsorzio necessario di tipo processuale, che produce i medesimi effetti di quello sostanziale.

Limiti all'accessorietà (art. 1939 c.c)

La norma esprime chiaramente il principio di accessorietà che regola l'obbligazione del fideiussore, che in tanto sussiste in quanto sussiste l'obbligazione del debitore principale. Tale relazione di accessorietà permane per tutta la durata del rapporto, sicché le eventuali modificazioni dell'obbligazione garantita si ripercuotono sull'obbligazione di garanzia, ad eccezione del caso in cui l'obbligato principale, sia un incapace, perché in tale ipotesi la fideiussione rimane valida. Intorno alla metà degli anni sessanta si cominciò a discutere della validità della clausola - inserita nei modelli delle fideiussioni bancarie - in cui il fideiussore rinuncia ad eccepire l'eventuale invalidità del negozio principale, facendo così rimanere operante la fideiussione anche in presenza di un'obbligazione principale invalida.

Secondo uno dei primi autori (Fragali) che si sono occupati della questione tale pattuizione sarebbe pienamente ammissibile, in quanto essa non farebbe altro che produrre i medesimi effetti della fideiussione prestata a garanzia dell'obbligazione assunta da un incapace. In tal modo verrebbe esclusa l'accessorietà, poiché questa non deve essere intesa come rigida dipendenza genetica e funzionale rispetto all'obbligazione garantita : così, anche quando la fideiussione sopravvive all' inesistenza o all'estinzione del rapporto sottostante, << non viene meno né diminuisce l'interesse all'utilità che la prestazione del

garantito avrebbe dovuto far conseguire (...) ma essa si può attuare soltanto con la prestazione di altri (il garante)>>¹²⁰.

A proposito del limite all'accessorietà la Cassazione si esprime anche negli anni 90' con due sentenze : la prima Cass. n.6897/ 1993 secondo la quale, la pattuizione con cui le parti, in deroga all'art. 1939 c.c., stabiliscono che la fideiussione conserva efficacia anche in caso di invalidità dell'obbligazione principale deve essere considerata non apposta, ai sensi dell'art. 1419 c.c., senza travolgere l'intero contratto, nei limiti in cui comporti una eccedenza quantitativa dell'obbligazione del fideiussore rispetto a quella dell'obbligato principale, in contrasto con il carattere accessorio dell'una riguardo all'altra, sempreché l'invalidità dell'obbligazione principale sia stata dedotta avanti al giudice di merito per farne discendere l'anzidetta limitazione della efficacia della copertura fideiussoria.

¹²⁰ Secondo altra impostazione (A.Marini), la modificazione del regime legale di un negozio non può oltrepassare il limite costituito dal rispetto della causa negoziale, e poiché nella fideiussione essa consiste nel garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui, è evidente che è la stessa funzione del contratto ad esigere l'esistenza dell'obbligazione principale. Non costituirebbe, poi, argomento convincente quello della validità della fideiussione a garanzia di un'obbligazione assunta da un'incapace poiché essa integra una norma eccezionale, che si spiega con ragioni di carattere storico, non applicabile oltre i casi ed i tempi considerati. La prima sentenza significativa che affronta la delicata questione è proprio della metà degli anni sessanta (Cass.n.2310 / 1966). La Corte, dopo aver premesso che << nessuno può negare che, nella concezione dogmatica della fideiussione, l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione di garanzia sia un elemento logicamente necessario >>, perché << non ha senso parlare di garanzia dell'obbligazione altrui se questa non esiste >>, ha in qualche modo attenuato tale affermazione, ammettendo che le parti, nell'esercizio della loro autonomia possano porre in essere forma atipiche di garanzia, non assimilabili alla fideiussione, per le quali il limite dell'art. 1939 c.c. non si applica. Il problema veniva allora ridotto all'interpretazione della volontà dei contraenti, per stabilire se essi avessero voluto concludere un contratto del tutto atipico, ovvero una pattuizione contenente tutti gli obblighi relativi alla fideiussione, con l'aggiunta della rinuncia ad eccepire l'eventuale invalidità dell'obbligazione garantita. Richiamando la valutazione operata in sede di merito, il giudice di legittimità aderiva poi a questa seconda ipotesi, ritenendo ammissibile un contratto << atipico >> nel quale fosse prevista una deroga all'art. 1939 c.c., ma che fosse poi disciplinato dalle norme in materia di fideiussione. Sulla scorta di tale sentenza, negli approfondimenti successivi della dottrina si è rilevato come non sia corretto impostare la questione in termini di derogabilità o inderogabilità dell'art. 1939 c.c., ma ci si deve piuttosto domandare se non ci si trovi dinanzi ad un tipo contrattuale nuovo e distinto rispetto alla fideiussione, caratterizzato appunto dall'autonomia rispetto al rapporto principale. L'accessorietà viene quindi intesa come un elemento essenziale della fideiussione, per coerenza con la fattispecie, tale che, se dovesse essere esclusa, ci si troverebbe di fronte ad un tipo contrattuale nuovo e distinto da quello fideiussorio, vicino al Garantievertrag diffuso nella prassi commerciale internazionale (Portale). Tale (diverso) contratto assolverebbe ad una funzione diversa dalla fideiussione, perché non garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui, bensì assicura la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario, riversando il rischio della mancata o non corretta esecuzione della prestazione principale in capo al garante (Portale).

La seconda, Cass. n.7960/1996, per la quale lo sconto di tratte non accettate (che, pur non riconducibile allo sconto in senso proprio, è largamente in uso nella pratica) non comporta il trasferimento alla banca scontatrice dei diritti sottostanti ai titoli scontati, né, in particolare, dell'eventuale credito del traente nei confronti del trattario; con la conseguenza che eventuali garanzie fideiussorie rilasciate da terzi in favore della predetta banca possono avere ad oggetto unicamente le obbligazioni assunte dallo scontatario in dipendenza dell'operazione di sconto, non già quelle che il trattario «non accettante» ha nei confronti del traente — scontatario, posto che la banca è del tutto estranea a tale rapporto e non può quindi essere in alcun modo considerata come creditrice del trattario. Pertanto, l'eventuale nullità dell'obbligazione del trattario non può riflettersi sulla validità della garanzia fideiussoria rilasciata in favore della banca scontatrice, non essendo configurabile tra i due rapporti il vincolo di accessorietà che costituisce il presupposto per l'applicazione della norma di cui all'art. 1939 (secondo cui la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale).

Funzione dell'obbligazione fideiussoria

La funzione di garanzia propria della fideiussione è quella di rafforzare il diritto del creditore a conseguire la prestazione. Essa si articola in due fasi : in primo luogo nella fase genetica dell'obbligazione principale favorendone la nascita, in quanto il creditore sa che, occorrendo, l'obbligazione deve essere adempiuta anche dal garante e cioè, dato il carattere personale della fideiussione, che anche tutto il patrimonio del fideiussore rappresenta garanzia per l'eventuale inadempimento del debitore (art 2740 c.c.); in secondo luogo, la funzione di garanzia si realizza anche nella fase dell'esecuzione, allorché, verificandosi l'inadempimento del debitore principale, al creditore è dato concretamente

<<un allargamento del potere di aggressione >> e << della base soggettiva passiva>> potendosi esso soddisfare direttamente sul patrimonio del fideiussore che non goda del "beneficium excussionis".

Solidarietà

La solidarietà tra l'obbligazione fideiussoria e quella principale, sancita dall'art. 1944, co 1, c.c., presenta caratteri peculiari rispetto alla solidarietà di cui agli art 1292 ss. c.c. tanto che da una parte della dottrina è stata definita come solidarietà sui generis o atipica. La principale differenza, che vale a giustificare una specifica regolamentazione della solidarietà fideiussoria,¹²¹ risiede nella circostanza che tra la fideiussione e l'obbligazione principale non è ravvisabile quella unicità della prestazione (*eadem causa obligandi*) che costituisce un requisito delle obbligazioni solidali. Il debitore principale deve adempiere ad un debito proprio, mentre la prestazione del fideiussore è l'adempimento di un debito altrui.

La solidarietà fideiussoria inoltre è unilaterale, nel senso che è il fideiussore ad essere obbligato solidalmente con il debitore principale, e non viceversa. Ciò comporta che le due prestazioni potrebbero non essere uguali, ma il fideiussore potrebbe essere tenuto ad adempiere in via solidale parte del debito dell'obbligato principale. La regola della solidarietà sancita dall'art. 1944 c.c. assolve comunque alla funzione di rafforzare l'interesse del creditore, che

¹²¹ Tribunale di Mantova, Sez. II, , n. 228/ 2011: È nulla per illiceità della causa (art. 1344 c.c.) la fideiussione rilasciata alla banca dal padre a garanzia di tutte le obbligazioni del figlio, la quale preveda la solidarietà ed indivisibilità dell'obbligazione fideiussoria nei confronti dei successori ed aventi causa dal fideiussore e venga rilasciata poco prima dell'erogazione al figlio, da parte della stessa banca, di un finanziamento, di importo pari alla fideiussione, garantito da ipoteca sui beni in precedenza donati dal padre al figlio. La fideiussione è, infatti, in contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 549 c.c. atteso che, per mezzo del congegno successorio così come risultante dall'assetto di interessi cui il testatore ha contribuito a dare luogo, anche in vita, attraverso l'assunzione della garanzia fideiussoria, verrebbe fatto pesare sul lascito a titolo di legittima un meccanismo condizionale di carattere potestativo a fronte del quale, i legittimari lesi nei diritti di riserva risulterebbero indotti a non esperire le azioni poste a tutela dei loro diritti al fine di evitare un'ulteriore compressione del relictum e, dunque, della loro quota ereditaria, per il sorgere dell'obbligazione indennitaria predisposta dal de cuius donante.

può chiedere l'adempimento indifferentemente all'obbligato principale o al fideiussore, con maggiore probabilità di essere soddisfatto, secondo la caratteristica tipica della solidarietà sancita dall'art. 1292 c.c.¹²²

Oltre alle differenze segnalate, ci si interroga se le altre norme che disciplinano le obbligazioni solidali, possano trovare applicazione, nel silenzio del legislatore, all'obbligazione fideiussoria.

La risposta è tendenzialmente negativa, salvo verificare caso per caso quando le norme degli artt. 1292 ss. cc. possano soddisfare le esigenze sottese alla solidarietà dell'obbligazione fideiussoria. Si tratta di distinguere, all'interno della disciplina generale delle obbligazioni solidali, le norme che concernono le obbligazioni solidali ad interesse comune da quelle a interesse uni-soggettivo; collegate dall'accessorietà di una all'altra, per considerare applicabili solo queste ultime alla fideiussione.

La volontà di prestare fideiussione

¹²² Numerose sono però le differenze di disciplina :

- a) nella fideiussione il garante che abbia pagato esercita il regresso per l'intero nei confronti del debitore principale (art 1950 c.c), mentre nelle obbligazioni solidali il coobbligato che ha pagato l'intero può ripetere dai condebitori solo la parte di ciascuno di essi (art 1299 c.c.); poiché la fideiussione è contratta nell'interesse del debitore, il regresso assolve alla funzione di evitare che il debitore consegua un ingiustificato arricchimento, a differenza delle altre obbligazioni solidali , in cui il regresso ha la funzione di ristabilire la parità di trattamento tra condebitori;
- b)il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore principale (art.1945 c.c.), diversamente da quanto stabilito dall'art 1297 c.c., secondo il quale il debitore in solido non può opporre al creditore le eccezioni personali agli altri debitori ;
- c)nelle obbligazioni solidali , l'art 1031 c.c. prevede che, qualora il creditore, nel rimettere il debito verso uno dei coobbligati, abbia riservato il proprio credito verso gli altri, può esigere il credito da questi, previa detrazione della parte già ricevuta dal coobbligato che ha beneficiato della remissione; diversamente, l'art 1239 c.c. per la fideiussione non ammette la possibilità di riserva nella remissione del credito al debitore principale ;
- d) il fideiussore può sottrarsi al pagamento o assicurarsi l'effettiva realizzazione del diritto di regresso quando vi sia il pericolo dell'insufficienza del patrimonio del debitore (art.1953 c.c.), mentre nulla del genere è previsto per le obbligazioni solidali ;
- e) il fideiussore , ai sensi dell'art 1955 c.c., è liberato se, per fatto del creditore, non è possibile la surrogazione ; il condebitore solidale rimane invece obbligato in caso di insolvenza degli altri anche se il creditore poteva evitarne gli effetti (art. 1299 c.c.)
- f) la fideiussione è soggetta alla decadenza semestrale ai sensi dell'art 1957 c.c., mentre la coobbligazione solidale si estingue per decorso del normale termine di prescrizione; l'istanza giudiziale per evitare il maturare della decadenza può essere però proposta contro chiunque dei debitori in solido, a scelta del creditore;

Per quanto riguarda la dichiarazione di voler prestare fideiussione, l'art. 1937 stabilisce << che la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa>>. La norma, nonostante costituisca un miglioramento rispetto all'art 1902 del codice abrogato¹²³, non è redatta in maniera molto felice.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la norma non determini l'inammissibilità di una manifestazione di volontà indiretta o implicita; affermandosi in genere, che è solo richiesta una volontà che si manifesti in modo inequivocabile¹²⁴.

Sembra più corretto ritenere che quello che la norma richiede sia chiaramente espressa, sia la volontà di prestare proprio una fideiussione con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano¹²⁵. Infatti molto spesso accade che un soggetto esprima una mera raccomandazione a far credito ; assicuri genericamente che avrà luogo l'adempimento di un debito altrui, descriva e lodi la correttezza del debitore. Il legislatore proprio per la gravità delle conseguenze che l'impegno fideiussorio può comportare, ha voluto che emerga

¹²³ << La fideiussione non si presume ma deve essere espressa >>

¹²⁴La Cassazione uniformemente affermò che << la manifestazione di volontà relativa alla fideiussione, non esige formule sacramentali , essendo sufficiente perché possa ritenersi espressa a norma dell'art. 1937 , che si riveli in modo inequivocabile >> (Cass. 1980 n 3377; 1979 n 4961), ma sembra agevole osservare come ogni manifestazione di volontà, diretta anche a fini diversi, si debba sempre rilevare in modo inequivoco; mentre si afferma nelle stesse sentenze (ma anche Cass. n 150 / 1976) che la prova può essere data anche con presunzioni , onde l'ammissibilità di una dichiarazione indiretta.

¹²⁵ Sentenza Cass. Civ. n°3525 / 2009 : con tale decisione la giurisprudenza di legittimità ha nondimeno ritenuto valido inserire in un contratto di locazione un autonomo contratto di fideiussione al fine di garantire le obbligazioni pecuniarie "accettate" dal conduttore, essendo l'oggetto di questo secondo accordo facilmente determinabile in relazione al canone pattuito. In particolare, la fideiussione può ricomprendere le perdite derivanti sia dal mancato pagamento "delle quote periodiche ", che dall'omesso rilascio dell'immobile nei tempi contrattualmente previsti; essa, difatti, semplificando le procedure giudiziali di locazione abitativa e commerciale riduce notevolmente il rischio di morosità. Orbene, nel caso di fideiussione prestata per rendere sicuro l'assolvimento di un contratto di locazione occorre " far riferimento al rapporto garantito e alle obbligazioni dal medesimo nascenti ". Tale identificazione trova, del resto, sostegno nel linguaggio del Legislatore e, precisamente nell'art 1346 c.c., secondo cui l'oggetto del contratto è determinato quando la prestazione è sufficientemente definita, di modo che il destinatario sappia cosa può pretendere e colui che esegue sappia che cosa è tenuto a prestare per adempiere correttamente il proprio onere. Pertanto, nell'ipotesi che interessa, è quindi, esatto considerare determinato, o quantomeno determinabile, l'oggetto della fideiussione sulla base delle clausole del contratto di locazione contenenti la misura dell'importo da corrisponderci. Poiché, infatti i canoni sono generalmente specificati, l'oggetto del contratto di garanzia é, di conseguenza, definibile per relationem con riferimento al negozio principale.

in modo inequivocabile, innanzitutto la volontà di obbligarsi con il proprio patrimonio a garantire un debito altrui (cosa che non si verifica negli esempi sopra formulati). Non solo ma poiché sovente, ci si trova di fronte, nel mondo giuridico a generiche accessioni di responsabilità, accollo di debiti altrui, occorre affinché si abbia fideiussione, che la volontà dell'obbligato proprio in questo senso si sia specificamente indirizzata , dovendosi nel dubbio (quando cioè, sia chiara la volontà di obbligarsi, ma non emerga con sicurezza che proprio una fideiussione si sia voluta prestare), propendere per un 'altra figura, di accessione di responsabilità o di accollo di debito.

Sussidiarietà. Esclusione

Argomento spesso al centro degli studi sulla fideiussione è quello della sussidiarietà dell' obbligazione del garante rispetto all'obbligazione principale. Essa comporterebbe che il fideiussore potrebbe essere chiamato all'adempimento solo a seguito dell'inadempimento dell' obbligato principale.

La fideiussione assumerebbe così il carattere di un' obbligazione di grado successivo, in coerenza con la necessità che l'interesse del creditore sia prima frustrato dalla mancata soddisfazione da parte del debitore principale.

E' opportuno precisare che tale caratteristica riguarda i rapporti esterni dei due debitori (principale e garante) con il creditore e non ha nulla a che vedere con l'accessorietà che riguarda i rapporti interni tra le due obbligazioni. La sussidiarietà della fideiussione era pacifica sotto la vigenza del c.c. del 1865, argomentando dalla locuzione dell'art. 1898, che prevedeva testualmente l'operatività dell'obbligazione fideiussoria nell'ipotesi in cui il debitore non avesse adempiuto.

L'inadempimento dell'obbligato principale era quindi considerato una *condicio iuris* per l'escussione della fideiussione. Parte della dottrina meno recente ha sostenuto l'operatività di tale regola anche nella fideiussione disciplinata dal codice civile vigente, nonostante non vi siano previsioni normative esplicite in tal senso. Secondo tale tesi, il creditore avrebbe l'onere di rivolgersi prima infruttuosamente nei confronti del debitore principale e, solo dopo che questi non abbia eseguito volontariamente la prestazione richiesta, o sia nell'impossibilità giuridica di adempiere (ad esempio perché fallito), sarebbe possibile chiedere l'adempimento al fideiussore. La sola sussidiarietà non comporta che si debba ottenere una sentenza di condanna nei confronti del debitore principale , o che debba essere sottoposto ad esecuzione forzata senza successo il suo patrimonio, ma solo che venga richiesto l'adempimento al debitore principale prima che al garante (si parla di *beneficium ordinis* a favore del fideiussore)¹²⁶.

La fideiussione omnibus

Profili generali

La fideiussione omnibus, detta anche fideiussione bancaria , o fideiussione generale (e l'aggettivo << generale >> è preferito a quello <<omnibus>> da taluno, in base all'argomento che la fideiussione bancaria non può mai essere <<omnibus debitis>>: così Ravazzoni 1980,), o <<fideiussione senza indicazione di limite massimo a garanzia di qualunque operazione >>, è fenomeno nato

¹²⁶ Tale caratteristica viene fatta discendere dalla funzione della fideiussione :la sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria sta in questa sua idoneità a rimuovere lo stato di insoddisfazione di una pretesa creditoria risultante da un rapporto a cui il fideiussore è rimasto estraneo, in questa sua suscettibilità di porre un rimedio a tale situazione mediante una prestazione del fideiussore, in modo da eliminare la perturbazione prodottasi nella sfera del creditore e da realizzarne ugualmente l'interesse. Duplice è l'aspettativa del creditore quando vi è fideiussione : l'aspettativa dell'attuazione da parte del debitore garantito, e , delusa questa, l'aspettativa dell'attuazione da parte del fideiussore.

nella prassi bancaria e regolato dalle norme bancarie uniformi predisposte dall' A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana).

Prende il nome dalla clausola più caratteristica e più famosa che la connota, quella omnibus , o clausola di estensione¹²⁷ , che estende il contenuto dell'impegno del fideiussore a tutte le obbligazioni presenti e future del debitore principale nei confronti della banca, in passato senza indicazione di valore massimo, e senza limiti temporali. La clausola omnibus può dunque avere maggiore o minore ampiezza, a seconda che sia o meno indicato il valore massimo dell'impegno del fideiussore, e il termine di scadenza del suo vincolo; a seconda che il suo impegno si riferisca o meno solo alle obbligazioni del debitore principale derivanti da operazioni bancarie , e che sia o meno specificato il tipo di operazioni bancarie fonti di obbligazioni. Nella più recente sono stati introdotti una pluralità di moduli di fideiussione, contenenti una diversa estensione dell'impegno del garante. La novità più significativa è che stato introdotto un modulo di fideiussione bancaria omnibus con indicazione dell'importo massimo per il quale la garanzia viene prestata.

Occorre infatti distinguere le N.B.U. (norme bancarie uniformi cioè condizioni di contratto imposte dall' A.B.I. a tutte le banche) regolatrici della fideiussione bancaria adottate nel 1964, allegate alla circ. A.B.I n° 24 del 1964, contenenti le << *le condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni senza indicazione di limite massimo a garanzia di qualunque obbligazione* >>, cui sono seguite quelle adottate nel 1987, e che hanno sostituito le precedenti , e poi quelle del

¹²⁷ Nella prassi contrattuale, l'estensione può riferirsi a tutte le obbligazioni del debitore principale derivanti da operazioni bancarie poste in essere con la banca creditrice , o addirittura a tutte le obbligazioni del debitore principale , anche non derivanti da operazioni bancarie in senso stretto. L'estensione, oltre che oggettiva, può essere soggettiva, sia nel senso che il fideiussore risponde non solo delle obbligazioni del debitore principale , ma anche di quelle dei suoi aventi causa, sia nel senso della trasmissione dell'obbligazione del fideiussore ai suoi eredi e aventi causa , in via solidale, in deroga al principio civilistico che esclude la solidarietà tra i coeredi del debitore.

1994. Va precisato che i moduli di fideiussione bancaria introdotti nel 1964 sono cinque, ma uno solo di essi, quello propriamente relativo alla fideiussione omnibus, pone i problemi oggetto di studio in questa sede in ordine alla validità o meno della clausola di estensione ; gli altri quattro moduli, - relativi, rispettivamente, a fideiussione a garanzia di apertura di credito con indicazione di importo massimo e termine finale, a fideiussione a garanzia di apertura di credito con importo massimo e senza limite temporale, a fideiussione a garanzia dello sconto di effetti cambiari ,a fideiussione a garanzia di operazioni varie comportanti rischi-, contenendo l'indicazione dell'importo massimo dell'impegno del fideiussore e del tipo di operazione garantita, pongono solo il problema della validità delle clausole diverse da quella omnibus¹²⁸ .

¹²⁸ Nel modulo A.B.I. di fideiussione omnibus del 1964, il testo delle condizioni generali della fideiussione viene fatto precedere da un preambolo contenente la clausola omnibus in cui si afferma che << con la presente mi costituisco fideiussore del (...) per l'adempimento di qualsiasi obbligazione verso codesta Azienda di credito, dipendente 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, aperture di credito, aperture di crediti documentari, anticipazioni su titoli o su merci, sconto di cambiali o documenti, rilascio di garanzie a terzi, depositi cauzionali, riporti, compravendita titoli e cambi. La fideiussione garantisce inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualsiasi momento ad avere verso codesta Azienda di credito in relazione ad operazioni consentite a terzi per qualsivoglia titolo o causa, come ad esempio : le obbligazioni derivanti da sue firme di accettazione, di avallo e di girata su cambiali e documenti che codesta Azienda di credito avesse già scontati o negoziati ovvero avesse a scontare o a negoziare a terzi ; quelle derivanti da fideiussioni dello stesso debitore già prestate o che venissero prestate in favore di codesta Azienda nell' interesse di altri nominativi , ecc, fideiussioni per le quali dichiaro sin d'ora di considerarmi obbligato nei confronti di codesta Azienda di credito indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni stabilite dall' art 1948 c.c. E' lasciata alle Aziende di credito facoltà di omettere questo comma >>.

Tale preambolo trova poi specificazione nell'art . 1 delle condizioni generali, secondo cui :

<< la fideiussione garantisce tutto quanto dovuto dal debitore per capitale, interessi anche se moratori ed ogni altro accessorio, nonché per ogni spesa anche se di carattere giudiziario ed ogni altro onere tributario>>.

Al termine delle condizioni generali, può essere inserita, facoltativamente una : << dichiarazione aggiuntiva (...) che potrà essere rilasciata dal fideiubente e da confermarsi da parte dell'azienda di credito >>, con cui si fissa l'importo massimo dell'impegno del fideiussore : << con riferimento alla fideiussione da me prestata in data odierna a garanzia delle obbligazioni contratte o da contrarre nei vostri confronti dal Sign. (...) con la presente vi preciso che l'accennata garanzia si intende da me prestata fino all'ammontare di lire (...) in linea capitale oltre gli interessi, commissioni, spese ed accessori. Restano fermi tutti i patti e le condizioni di cui alla presente fideiussione >>.

Il fenomeno economico

La fideiussione omnibus, come fenomeno economico, nasce dall'esigenza pratica di ampliare la possibilità di ricorso al credito bancario da parte dei soggetti dell'ordinamento, attraverso una garanzia elastica e flessibile, fornendo nel contempo al creditore una garanzia che sia sicura e di rapida realizzazione¹²⁹. Di regola, il fideiussore è compartecipe o comunque interessato all'affare in relazione al quale il debitore principale ricorre al credito bancario : oltre ai casi di fideiussione bancaria prestata dal coniuge o da prossimi congiunti del debitore, vanno segnalati i casi, ben più rilevanti , in cui essa è prestata dal socio di maggioranza o dall'amministratore di una società, a favore della società stessa¹³⁰. Di qui la possibilità per il fideiussore, almeno teorica, di seguire personalmente le vicende economiche e le condizioni patrimoniali del debitore principale, e di intervenire sulle stesse : da questa premessa muovono le clausole contrattuali che imponendo al garante la deroga all'art 1956 c.c., lo gravano dell'onere di informarsi delle condizioni patrimoniali del debitore, senza diritto alle informazioni da parte della banca, e con il potere per la banca di continuare ad erogare credito al debitore

¹²⁹ La funzione dell'operazione << è quella di apprestare uno strumento che, per le sue qualità strutturali, sia in grado di coprire un fabbisogno di garanzia naturalmente mutevole nel tempo in maniere imprevedibile. Tale funzione, d'altra parte , spiega le caratteristiche giuridiche del negozio , quale contratto di durata, ma incontestabilmente unitario , capace attraverso la clausola omnibus di adattarsi alle più mutevoli esigenze derivanti dall'imprevedibile evolversi della complessiva attività creditizia svolta dal beneficiario a favore del debitore garantito >> (Meo 1991)

¹³⁰ Nei casi concreti esaminati dalla giurisprudenza , fideiussore era la sorella del debitore principale , non occasionalmente interessata agli affari di lui (Trib. Firenze sent. del 17.12.1962) oppure vi era un vincolo di coniugio tra fideiussore e debitore (App. Napoli sent del 9.8.1968) o comunque si trattava di fideiussione bancaria prestata a favore di prossimo congiunto (Cass n. 3037/ 1971), o ancora si trattava di fideiussione prestata dal socio o dall'amministratore (Cass n.615 / 1979).

In un altro caso si affermò che << il rilascio di fideiussioni omnibus a favore di chi non sia legato da rapporto di parentela o do coniugio può configurare un ' opera di sostegno dell'attività dell'impresa, quando sia confortata da altri elementi presuntivi univoci, come il trovarsi la sede dell'impresa nell'abitazione del presunto socio e l'avere quest' ultimo svolto in passato attività imprenditoriale del tutto analoga a quella dell'imprenditore insolvente >>

(Trib. Bologna 1986).

principale nonostante le sue mutate condizioni patrimoniali, senza bisogno di speciale autorizzazione da parte del fideiussore.

La nozione giuridica

Dal punto di vista giuridico , dottrina e giurisprudenza configurano la fideiussione omnibus come la fideiussione bancaria rilasciata per obbligazioni presenti e future, in cui l'oggetto non è determinato al momento della stipulazione del contratto, salvo a vedere se lo stesso vada considerato determinabile (come ritiene la opinione prevalente), o pecchi invece di indeterminatezza, con conseguente invalidità del negozio (come ritiene l'opinione minoritaria). Nell' individuare la fideiussione omnibus, poi si fa riferimento anche alle altre clausole, diverse da quella omnibus, contenute nei moduli bancari : in sostanza, dottrina e giurisprudenza identificano la fideiussione omnibus, come fenomeno giuridico, con la fideiussione bancaria regolata dalla prassi contrattuale in maniera uniforme mediante i moduli predisposti unilateralmente dall' A.B.I., anche se taluno sottolinea che sebbene tale operazione venga normalmente utilizzata in ambito bancario, è senz'altro ammissibile, pur se infrequente, il suo impiego al di fuori dei rapporti bancari.

Ricognizione delle clausole derogatorie della disciplina codicistica della fideiussione

Abbiamo già detto della clausola omnibus. Ora esamineremo le altre clausole del modulo di fideiussione omnibus , facendo riferimento al testo del 1964.

Si è già accennato alla clausola di deroga all'art. 1956 c.c. : con essa il fideiussore consente alla banca di continuare a erogare credito al debitore, nonostante il mutamento delle sue condizioni patrimoniali, senza bisogno di

speciale autorizzazione del garante. Tale clausola è in genere articolata e correlata, nella modulistica contrattuale, con la previsione dell'onere, a carico del fideiussore, di seguire personalmente gli affari del debitore principale e di tenersi informato su di essi¹³¹. Altra clausola contrattuale deroga all'art 1957 c.c., prevedendo la rinuncia del fideiussore alla decadenza ivi prevista per il creditore che non promuova le sue istanze nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione¹³². Vi sono poi la clausola di deroga all'art 1939 c.c., - c.d. clausola di sopravvivenza-, con cui il fideiussore rinuncia ad eccepire l'invalidità del rapporto obbligatorio principale, rimanendo la garanzia valida nonostante l'invalidità di quest'ultimo¹³³. Altra clausola è quella di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni, che viene interpretata come una clausola di solve et repete¹³⁴. Le clausole di estensione soggettiva dell'impegno del fideiussore, nei confronti degli aventi causa del debitore, e a carico degli eredi del fideiussore, costituiscono deroga al beneficium excussionis e divisionis, e all'art.1295 c.c., che esclude la solidarietà tra coeredi¹³⁵.

¹³¹ Secondo l'art 5 << il fideiussore avrà cura di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e, in particolare, di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con l'Azienda di credito, la quale è dispensata dal chiedere al fideiussore la speciale autorizzazione prevista dall'art 1956 c.c. per far credito al debitore >>.

¹³² Secondo l'art 6 << il fideiussore dispensa inoltre l'Azienda di credito dall'onere di agire entro i termini previsti dall'art 1957 c.c., intendendo di rimanere obbligato, in deroga a tale disposizione, anche se l'Azienda di credito non abbia proposto le sue istanze contro il debitore e gli eventuali coobbligati o non le abbia continuate >>.

¹³³ Secondo l'art 4, co° 2 << in deroga all'art 1939 c.c. la fideiussione mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida >>; e la c.d. clausola di reviviscenza, di cui all'art 2, secondo cui << il fideiussore s'impegna altresì a rimborsare all'Azienda di credito le somme che dall'Azienda stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite in seguito ad annullamento o revoca dei pagamenti stessi >>.

¹³⁴ Secondo l'art 7 << il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente all'Azienda di credito, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio >>.

¹³⁵ Secondo l'art 3 << le obbligazioni derivanti dalla fideiussione sono solidali e indivisibili anche nei confronti degli aventi causa a qualsiasi titolo >> e secondo l'art 10 << la fideiussione ha pieno effetto indipendentemente da qualsiasi garanzia, personale, o reale, già esistente o che fosse in seguito prestata a favore dell'Azienda di credito nell'interesse del debitore medesimo >>.

Altra clausola derogatoria è quella in tema di efficacia del recesso del fideiussore nei confronti della banca, non dal momento in cui la stessa ne sia venuta a conoscenza, ma solo dopo che sia decorso un tempo ragionevole necessario per provvedere, con conseguente responsabilità del fideiussore anche per le obbligazioni principali insorte medio tempore¹³⁶. Deve considerarsi derogatoria pure la clausola dell'opponibilità al fideiussore delle scritture contabili della banca, quando il fideiussore non sia un imprenditore¹³⁷. Le condizioni generali contengono inoltre clausole limitative del diritto di surroga e di regresso del fideiussore: secondo l'art 9 << il fideiussore non potrà esercitare il diritto di regresso o di surroga che gli spettasse nei confronti del debitore, di coobbligati e di garantiti ancorchè confideiussori, sino a quando ogni ragione di credito dell'Azienda non sia stata interamente estinta >> e clausole che attribuiscono alla banca il diritto di imputare il pagamento fatto dal fideiussore : secondo l'art 7 ult. co. << il fideiussore riconosce all'Azienda di credito il diritto di stabilire a quali delle obbligazioni del debitore debbono imputarsi i pagamenti da lui fatti >>. Infine in chiusura, le condizioni generali

¹³⁶ Secondo l'art 4, co1, co 3 e co4 : << il fideiussore può recedere dalla garanzia dandone comunicazione all'Azienda di credito con lettera raccomandata. La dichiarazione di recesso si reputa conosciuta dall'Azienda di credito solo quando la lettera giunga ai suoi uffici e sia trascorso il tempo ragionevolmente necessario per provvedere. Il fideiussore risponde, oltre che delle obbligazioni del debitore in essere al momento in cui l'Azienda di credito ha preso conoscenza del recesso, di ogni altra obbligazione che venisse a sorgere successivamente in dipendenza di rapporti esistenti al momento suindicato. Per quanto concerne i rapporti di apertura di credito intrattenuti col debitore, il recesso del fideiussore si rende operante solo quando l'Azienda di credito abbia potuto recedere a sua volta dai detti rapporti, sia conseguentemente cessata la facoltà di utilizzo del creditore da parte del debitore e sia decorso il termine di presentazione degli assegni da lui emessi e ancora in circolazione >>.

¹³⁷ Secondo l'art 7, co. 1, seconda parte << per la determinazione del debito garantito fanno prova in qualsiasi sede contro il fideiussore , suoi eredi, successori ed aventi causa, le risultanze delle scritture contabili dell'Azienda di credito, la quale , peraltro, non è tenuta a effettuare di propria iniziativa al fideiussore alcuna comunicazione in ordine alla situazione dei conti e in genere ai rapporti col debitore >>. Si è precisato che la clausola deroga al codice civile quando il fideiussore non è un imprenditore, atteso che il codice civile attribuisce particolare efficacia probatoria alle scritture contabili - a condizione che si tratti di libri contabili bollati e vidimati nelle forme di legge, e regolarmente tenuti-, solo nei rapporti tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, mentre il fideiussore non è necessariamente tale.

contengono clausole sulle spese, sul domicilio del fideiussore e sul foro competente.¹³⁸

La sorte delle fideiussioni omnibus contratte anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 154/ 1992

Il Tribunale di Varese con l'ordinanza 12 aprile 1996, rimise all'analisi della Corte Costituzionale la questione di legittimità del nuovo art. 1938 c.c. perchè, nonostante la sopravvenienza della legge n. 154/1992, le fideiussioni omnibus stipulate anteriormente alla sua entrata in vigore conserverebbero piena validità ed efficacia. Si sarebbe creato pertanto, secondo il giudice lombardo, una disparità di trattamento tra vecchi e nuovi fideiussori in quanto, all'interno di un ordinamento in cui è ormai vietata la fideiussione omnibus, sopravviverebbero garanzie illimitate. Ciò sarebbe in contrasto con gli artt. 3 e 47, co 1, Cost. Com'è ben noto la L. 17 febbraio 1992, n. 154, rubricata << Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari finanziari >> (confluita nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia : D. Lgs. 1° settembre 1993, n.385) ha apportato, con l'art 10, due modifiche al codice civile in tema di fideiussione. Le innovazioni riguardano gli artt. 1938 e 1956 c.c. : in merito alla prima norma, oggetto del presente commento , il legislatore ha sancito che la fideiussione per obbligazione futura debba prevedere l'importo

¹³⁸ Secondo gli artt. 11, 12, 13, rispettivamente << qualsiasi dichiarazione , comunicazione, notifica, sarà effettuata dall'Azienda di credito al fideiussore con pieno effetto all'indirizzo da lui indicato all'atto della costituzione del rapporto o fatto conoscere successivamente per iscritto >> ; << le spese per l'eventuale registrazione dell' atto ed ogni altra spesa ad esso inerente o conseguente sono a carico del fideiussore >>; << per qualunque contestazione è competente l'Autorità giudiziaria nella cui circoscrizione trovasi la filiale/ sede centrale dell'Azienda che ha compiuto le operazioni garantite >>.

massimo garantito; in merito alla seconda è stato aggiunto un nuovo comma secondo il quale << non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione >>¹³⁹.

Premesse queste brevi osservazioni, occorre rilevare che il problema più delicato posto dalla riforma del 1992 attiene alla disciplina transitoria. Difatti esiste al riguardo un << buco legislativo >>, in quanto l'art 11 della predetta legge si è limitato a stabilire che le nuove disposizioni in tema di fideiussione acquistano efficacia trascorsi centoventi giorni dall'entrata in vigore della presente legge. Ciò significa che il nuovo art 1938 c.c. è di piena applicazione dal 9 luglio 1992. Ci si chiede allora quale sia la sorte delle fideiussioni concluse anteriormente senza previsione del tetto massimo e senza una successiva integrazione in tal senso¹⁴⁰.

¹³⁹ La legge in questione, alla sua entrata in vigore, è stata salutata con giudizi antitetici, positivi e negativi.

Parte della dottrina ha rilevato che la scelta del legislatore di intervenire non esclusivamente sulla fideiussione bancaria ma sul contratto di fideiussione tout court sia frutto di un'acritica estensione al secondo di soluzioni essenziali solo per la prima (Dolmetta). Altri Autori hanno identificato nell'intervento legislativo un freno alla diffusione della fideiussione omnibus tale da portare ad un suo rapidissimo deperimento, se non addirittura alla sua definitiva scomparsa (Nigro, Viale). Altri ancora l'hanno ritenuto anacronistico, sulla base della considerazione che la necessità della fissazione del limite di importo fosse ormai superata dalla giurisprudenza della Cassazione (Di Giovine, Dolmetta).

Di diverso avviso sono stati coloro che hanno interpretato il provvedimento come un contributo ad ostacolare un'utilizzazione eccessiva e distorta della figura in esame (Carbone). Osservazioni analoghe sono state fatte da chi ha ritenuto che la legge abbia fissato i presupposti affinché l'istituto venga considerato valido sotto il profilo della meritevolezza ex art. 1322 c.c. (Lemme).

¹⁴⁰ Sotto questo profilo l'attenzione, soprattutto della giurisprudenza, si è incentrata sul valore da attribuire alla nuova disposizione, se interpretativo o innovativo.

Ritenere infatti che la nuova norma abbia l'uno o l'altro valore, porta ad affermare che la stessa ha o non ha effetto retroattivo, con la conseguenza, nel primo caso, di travolgere con la sanzione della nullità anche tutti i contratti di fideiussione omnibus nati prima della predetta data; nel secondo di invalidare solo i successivi ove non rispettosi del nuovo limite. Alcuni giudici di merito (Trib. Orvieto sent n 613/ 1994) sostengono che la <<miniriforma>> abbia avuto portata interpretativa, in quanto essa avrebbe chiuso la discussione dottrinale e giurisprudenziale che da sempre aveva circondato la figura in esame, accogliendo la teoria di quegli autori che hanno sostenuto, anche in costanza della vecchia norma, opinioni conformi alla soluzione ora accolta dall'art 1938 c.c.

Secondo quest'opinione (Jacuaniello Bruggi, Valcavi, Pietrolucci) l'art 10 della legge in questione sarebbe norma di ordine pubblico, avente carattere imperativo e, come tale di diretta applicazione ai rapporti pregressi. Quest'assunto troverebbe conferma nell'inserimento della disposizione nell'ambito più vasto della legge sulla trasparenza delle operazioni bancarie, nell'analisi dei lavori preparatori e dei dibattiti parlamentari che hanno preceduto questa << miniriforma >>, oltre ad essere ispirato ad un principio di ordine logico, prima ancora che giuridico, volto ad evitare disparità di trattamento tra le fideiussioni anteriori e quelle successive alla novella. Il carattere imperativo sarebbe, infine, desumibile dall'art 11 della medesima, ove stabilisce che << le disposizioni della presente legge sono derogabili solo in senso più

L'intervento legislativo in questione invece, regolando in modo diverso la fonte del rapporto, procederebbe ad una riformulazione (e non ad una semplice integrazione) dell'art 1938 c.c., che andrebbe a sostituire in toto la precedente disposizione. Introducendo quindi innovazioni sostanziali che investono la validità del contratto fideiussorio (e delle sue clausole), non potrebbe valere per la fideiussione già in essere. Su questa scorta, la lunga *vacatio legis* (di cento venti giorni) sarebbe giustificabile esclusivamente in ragione dell'intento del legislatore di permettere agli istituti di credito di adeguare i rapporti futuri ai nuovi presupposti. Occorre, per ben comprendere queste decisioni, prestare attenzione alla fattispecie su cui i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi. Il caso concreto è sempre il medesimo : si tratta di fideiussioni per le quali al 9 luglio 1992 pendeva controversia tra l'istituto di credito e il garante, cioè di fideiussioni << chiuse >> a tale data. Essendosi chiuse prima di detta scadenza ed avendo prodotto i propri effetti sotto il vigore della vecchia normativa, il nuovo art. 1938 c.c. sarebbe su di esse ininfluenza¹⁴¹. Ecco allora che si

favorevole al cliente >> : per cliente, sebbene in senso atecnico, si ritiene che debba essere inteso anche il fideiussore. Su questa scorta, il termine di centoventi giorni di cui allo stesso articolo non avrebbe altro valore se non quello di permettere di adeguare al nuovo elemento normativo le fideiussioni in essere. L'orientamento giurisprudenziale dominante afferma, invece, che si tratti di norma innovativa (Cassa sent n 2577/ 1996 con nota di Guaglione). Da tale orientamento dominante ha preso le mosse anche il Tribunale di Varese nel rimettere la questione alla Corte Costituzionale. Le principali argomentazioni portate a sostegno di quest'ultima opinione sono : il dato letterale, non essendo previsto nel testo alcun effetto retroattivo; il silenzio del legislatore circa la natura da attribuire alla disposizione in esame; la mancata previsione di norme transitorie; l'impossibilità di conferire alla legge n. 154/1992 il valore di interpretazione autentica, neppure impropria. Infatti per definizione generale, una norma presenta questo carattere quando, in sé e per sé considerata, non ha significato autonomo, ma necessita, per una migliore definizione del proprio contenuto, di un collegamento con precedenti disposizioni al fine di specificarne la portata.

¹⁴¹ Questo modo di decidere sembra esprimere l'adesione della giurisprudenza alla teoria del fatto compiuto (Giuliani) in materia di successione delle leggi nel tempo. Secondo detta teoria, se lo *ius superveniens* interviene nel corso di un processo, esso è da interpretare in senso irretroattivo e non si applica alla situazione sostanziale dedotta in giudizio, il cui fatto costitutivo appartiene necessariamente al passato (Caponi). Ciò pare consono al principio generale sancito dall'art 11 disp. prel. c.c., espresso dall' antico brocardo *tempus regit actum*, secondo il quale ciascun fatto deve essere assoggettato alla normativa vigente al momento in cui esso si è verificato. Scendendo ad analizzare l'ulteriore contenuto delle sopra citate sentenze, si può notare come quest' orientamento si ricolleggi a quello instaurato dalla Corte di cassazione nel 1989 (con le sentenze nn. 3362, 3385, 3386, 3387, 3389) : così come pronosticato dalla dottrina (Bin), la svolta del Supremo Collegio del 1989 continua a manifestare un cammino costante con il riconoscimento della piena validità della fideiussione omnibus in tema d oggetto del contratto e della sua totale efficacia ove

spiegano, nonostante l'entrata in vigore della << miniriforma >>, le continue ed ormai standardizzate motivazioni delle decisioni quali << la garanzia personale, prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni derivanti da future operazioni bancarie con un terzo deve ritenersi valida ed efficace in considerazione della determinabilità per relationem dell'oggetto della fideiussione, sulla base di atti di normale esercizio dell'attività creditizia, sottratti- cioè - al mero arbitrio della banca, nonché in considerazione della disponibilità dei diritti del fideiussore in ordine alla valutazione dell'opportunità dei finanziamenti, in presenza di mutate situazioni economiche del debitore principale, ovvero << l'estensione della garanzia fideiussoria a tutte le obbligazioni presenti e future assunte dal debitore nei confronti di una banca non è incompatibile con quanto previsto dall'art 1346 c.c. essendo nell'indicata ipotesi, l'oggetto della fideiussione determinabile per relationem sulla base di operazioni il cui compimento è sottratto al mero arbitrio della banca, in quanto questa è soggetta alle specifiche disposizioni , anche pubblicistiche, che regolano l'esercizio dell'attività creditizia, nonché ai doveri di correttezza e buona fede ai quali deve attenersi il comportamento delle parti nell'esecuzione di ogni contratto, con la conseguenza che le anticipazioni accordate dalla banca in modo arbitrario al debitore sono escluse dalla garanzia. Pare pertanto di essere di fronte ad un esempio di << uniformità diacronica >> e di rispetto del precedente, da parte della giurisprudenza della Cassazione¹⁴². A tal punto sorge

non vi sia da parte della banca violazione delle regole di correttezza e buona fede ex art. 1375 c.c.

¹⁴² Anche la dottrina maggioritaria ritiene che la legge n.154 / 1992 non operi sulla fideiussione azionata in sede giudiziale alla data di acquisizione dell'efficacia della disposizione in esame per i medesimi motivi sopra esposti. Orbene, la questione che è stata posta all' esame della Corte Costituzionale attiene alla sorte delle fideiussioni stipulate sì prima dell'entrata in vigore della legge, ma a tale data ancora in corso (l'azione giudiziale promossa dal fideiussore davanti al Tribunale di Varese al fine di ottenere la declaratoria di nullità del contratto di fideiussione omnibus è del 10 ottobre 1995). Ciò significa che le sopra riportate sentenze non possono valere quali precedenti in termini con riferimento alla detta questione (sebbene citate come tali dagli stessi giudici lombardi nell'ordinanza di remissione). Esse infatti non possono considerarsi *in point*, essendo riscontrabili rispetto alla fattispecie oggetto di quest'ultima questione rilevanti diversità, tali da

il problema circa l'applicabilità o meno del nuovo art 1938 c.c. alle fideiussioni omnibus aperte al 9 luglio 1992.

Alcuni in dottrina sostengono che la riformulazione di questa norma sia qualificabile come causa di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1468 c.c. : dal 9 luglio 1992 la prestazione del fideiussore diventerebbe eccessivamente onerosa. Si ritiene che la banca possa comunque possa, al fine di paralizzare l'iniziativa del garante, offrire di ridurre equamente l'esposizione debitoria del fideiussore, tenuto conto del credito erogato all'inizio del rapporto garantito e di quanto dovuto dal debitore principale alla data di acquisizione di efficacia del nuovo art 1938 c.c.¹⁴³. Subito dopo l'approvazione della nuova normativa , una parte della dottrina ha fornito una diversa interpretazione della novella, volta ad asserirne una parziale efficacia sulle fideiussioni omnibus in corso alla data di entrata in vigore della stessa. La tesi è stata così argomentata : << non dovrebbe risultare tranquillante una soluzione la quale, di fronte al sopravvenire di norme d'ordine pubblico relative ad una fattispecie con effetti destinati a perdurare nel tempo ed appunto volte ad escluderne (o imporle) inderogabilmente alcuni effetti, consentisse invece la sopravvivenza di clausole derogative per le fattispecie ormai perfezionate. E potrebbe semmai rivelarsi più persuasiva un' interpretazione che, fatti salvi

rendere impossibile l'assoggettamento delle due distinte fattispecie al medesimo regime giuridico.

¹⁴³ Altri autori affermano che la novella non possa operare per le indicate fattispecie giacchè la nascita del rapporto obbligatorio, identificandosi con il momento di conclusione del contratto, sarebbe avvenuta prima dell'entrata in vigore della << miniriforma >>; il nuovo art 1938 c.c., ove ritenuto operante, verrebbe ad incidere sul contratto originario e ciò in violazione del principio dell' irretroattività delle leggi. Sotto diverso profilo, altri interpreti ritengono che la nuova norma possa valere come criterio di valutazione del comportamento delle parti, più che altro della banca creditrice, in sede di attuazione del rapporto : l'esecuzione del contratto contenente la clausola vietata da una disposizione sopravvenuta sarebbe contraria al principio di buona fede. Ciò vale quanto dire che, con il raggiungimento della sua efficacia, l'art 1938 c.c. nuova formula rende nulla la clausola omnibus, perché, per l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, si esclude che siano coperte dalla garanzia fideiussoria le operazioni bancarie effettuate in violazione di tale principio. Secondo altri autori, questo stesso principio opera in sede di integrazione del contratto ai sensi dell'art 1734 c.c., << chiudendo >> quelle fideiussioni rimaste << aperte >> : pur non essendo direttamente applicabile, la nuova disposizione imporrebbe alle parti di fissare un importo massimo al rapporto in origine illimitato.

fino a quel momento gli effetti delle fideiussioni omnibus per importo illimitato con deroga all'art 1956 c.c. (ovviamente nei limiti individuabili sulla vecchia disciplina), ne predicasse cessati gli effetti con l'entrata in vigore delle nuove norme. Infine, c'è chi ritiene che l'intervento normativo configuri un' ipotesi di nullità sopravvenuta : la fideiussione omnibus diventerebbe *contra legem* a causa della sopravvenienza del provvedimento legislativo. Quest' ultimo infatti inciderebbe non sul contratto originario, ma sui suoi effetti, tenuto conto che la fideiussione omnibus è un contratto di durata volto a soddisfare un' esigenza di sicurezza e di garanzia nei confronti del creditore che non si esaurisce immediatamente, al momento del sorgere del vincolo contrattuale , ma che è destinata a durare nel tempo¹⁴⁴.

La Corte costituzionale si è espressa proprio in questi termini. Infatti seppure succintamente, ha dichiarato che l'introduzione legislativa non comporta l'invalidità della fideiussione omnibus per le obbligazioni già sorte prima dell'entrata in vigore della novella, ma solo per quelle successive. Ciò significa che l'estensione della garanzia si arresta all'importo del debito principale così come era quantificato al 9 luglio 1992. Sotto questo profilo, la sentenza della Corte Costituzionale merita pregio in quanto essa pare aver dato appropriato

¹⁴⁴ Alla stessa conclusione si giunge osservando che, quando il contratto di fideiussore omnibus viene concluso, l'impegno del fideiussore è incompleto perché non perfettamente e preventivamente determinato, specificandosi in modo dinamico nel corso del rapporto a seguito delle singole erogazioni di credito da parte della banca al debitore principale. Pertanto, in applicazione del principio di irretroattività della legge secondo il quale, ferma restando l'intangibilità del fatto generatore del rapporto, l'applicazione immediata della legge nuova agli effetti di situazioni sorte sotto la legge anteriore non configura retroattività, l'introduzione del limite di importo verrebbe ad incidere sui rapporti in essere. Seguendo questa opinione alcuni giudici di merito hanno dichiarato la nullità sopravvenuta delle fideiussioni omnibus aperte al 9 luglio 1992 : premesso che il contratto omnibus dà luogo ad un rapporto di durata, la sopravvenienza della norma in questione fa salvi gli effetti già prodotti dal contratto , ma impedisce la produzione di ulteriori effetti.

Nella stessa ottica sembra essersi pronunciata la Corte di Cassazione seppur solo in un *obiter dictum* ed in forma embrionale : infatti, in una decisione riguardante l'operatività del nuovo art 1938 c.c. alle fideiussioni << chiuse >> al 9 luglio 1992, la Suprema Corte ha affermato che la norma sostanziale, in difetto di previsione di retroattività , è di immediata applicazione ai rapporti pregressi , limitatamente alla regolamentazione di effetti ancora in corso con ciò mostrando la propria adesione, sebbene implicita, alla tesi da ultimo richiamata.

riconoscimento alla definizione della fideiussione omnibus quale contratto di durata ¹⁴⁵.

Fideiussione e disciplina della " trasparenza "

Sulla scia di quella diffusa " esigenza di trasparenza " che al principio degli anni novanta ha interessato vari settori dell'ordinamento- dal campo penalistico (passaggio dal sistema inquisitorio a quello accusatorio) a quello amministrativo (si veda la legge 7 agosto 1990 n. 241, sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi)- il legislatore, come già detto, ha introdotto con legge n.154/ 1992 << Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari >> nel settore del credito. Quanto allo specifico contenuto della legge in esame, esso può essere sinteticamente individuato : a) negli obblighi di pubblicità imposti alle banche nei confronti della clientela; b) nella forma dei contratti relativi alle operazioni e ai servizi bancari (che per lo più, è quella scritta a pena di nullità); c) nell'obbligatoria previsione (nei contratti) del tasso di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati ; d)nell'indicazione di un vincolo alla facoltà (e modalità) di variazione delle condizioni contrattuali operate dalle banche; e) nell'introduzione di una disciplina (obbligatoria) circa la decorrenza delle valute ; f) nell'obbligo per le banche di inoltrare periodicamente alla comunicazioni complete e chiare, sullo sviluppo del rapporto; g) nella

¹⁴⁵ Sebbene alcuni autori ritengono che la nullità colpisca la fideiussione omnibus sin dal suo sorgere, i giudici della Consulta hanno quindi spostato l'invalidità al momento di piena efficacia della nuova disposizione. Si tratta, in conclusione, della soluzione che - come prima si è ricordato- era stata proposta già all'indomani della riforma da una parte della dottrina. In sostanza secondo l'opinione della Corte Costituzionale, la fideiussione omnibus non ancora esaurita al 9 luglio 1992 si pone in contrasto, per le obbligazioni successive a questa data, con la norma sopravvenuta, se non è stata ad essa adeguata ; fino a tale momento invece, essendo rispettosa della vecchia normativa, non si pone alcun dubbio circa la sua validità. Così decidendo, i giudici della Consulta hanno eliminato il dubbio circa la legittimità di un trattamento diversificato tra vecchi e nuovi fideiussori evidenziato dal Tribunale di Varese : la diversità di disciplina rispecchia come, nel tempo ed in genere, gli atti possano essere diversamente (valutati e pertanto) qualificati da parte del legislatore.

previsione di sanzioni per l'inosservanza delle disposizioni in materia di pubblicità contenute nella legge stessa; h) nella modifica di due norme del codice civile - artt. 1938 e 1956- in materia di fideiussione¹⁴⁶.

La limitazione dell'importo garantito in base al novellato art 1938 c.c.

Come già accennato la fideiussione omnibus è un tipo di garanzia che non è previsto e definito espressamente dalla legge, bensì è nato e si è sviluppato nella prassi bancaria. Prendendo spunto proprio dal riconoscimento espresso nel codice civile della fideiussione per obbligazione futura (artt. 1938 e 1956 c.c.), gli operatori nel settore bancario hanno congegnato la c.d. fideiussione omnibus : il fideiussore, con un' unica dichiarazione, garantisce alla banca non il pagamento di un singolo e specifico debito altrui, ma genericamente il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il cliente- debitore principale, di solito un imprenditore, ha assunto o assumerà nei confronti di quest'ultima in dipendenza di qualsiasi operazione bancaria, in corso al momento della stipulazione del contratto di garanzia o che verrà effettuata successivamente. All'indomani dell'entrata in vigore del novellato art 1938 c.c., la questione

¹⁴⁶ Normativa di ampia portata trascende il tema delle fideiussioni bancarie in senso stretto ed aspira a regolare in modo organico la problematica della trasparenza dell'attività bancaria e finanziaria ; pur tuttavia gli effetti, diretti ed indiretti, esercitati sul contratto de quo sono di molto peso, tanto che si è parlato a ragione di una vera e propria "mini- riforma" della fideiussione omnibus. La tecnica operata - come già accennato in precedenza- è stata quella di intervenire sulle due norme più significative del codice civile in tema di fideiussione per obbligazione futura : l'art 1938 e l'art 1956. Precisamente: a) l'art 1938- che formalmente è stato sostituito - nella versione novellata recita << la fideiussione può essere prestata anche per un obbligazione condizionale o futura con la previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito >> (in luogo della norma originaria che statuiva << la fideiussione può essere prestata anche per un' obbligazione condizionale o futura >>), sicché è stata definitivamente eliminata la possibilità di prestare fideiussioni generali senza limiti di importo; b) l'art 1956 - formalmente solo integrato - è stato invece arricchito attraverso l'aggiunta di un secondo comma ai sensi del quale << non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione >>, di guisa che la disposizione contenuta nell'art 5 delle condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni omnibus (in base alla quale l'azienda di credito era << dispensata dal chiedere al fideiussore la speciale autorizzazione prevista dall'art 1956 c.c. per far credito al debitore >>) - la cui validità era ius receptum per la giurisprudenza della Cassazione - è oggi da ritenersi contra legem.

maggiormente discussa è stata se la previsione di un limite massimo all'obbligazione di garanzia costituisca una sufficiente tutela del fideiussore¹⁴⁷. A proposito, non va sottovalutato il dato per cui la fissazione dell'importo garantito tramite l'indicazione di una cifra numerica, per quanto elevata, risulta chiaramente percepibile dal garante (proprio in ossequio alla ratio di trasparenza sottesa alla l. n. 154/1992) e sminuisce la critica tradizionale alla fideiussione omnibus secondo la quale il fideiussore non sarebbe in grado di rendersi conto, al momento del rilascio della fideiussione, dell'entità del debito di cui potrebbe essere chiamato a rispondere. La nuova disposizione legislativa, d'altro canto, non prescrive, neppure implicitamente, alcun controllo del massimale in termini di congruità o di ragionevolezza : non vengono delineati criteri oggettivi per stabilire quando un limite d'importo debba essere considerato sproporzionato rispetto alla capacità patrimoniale ed al volume d'affari del debitore principale , né sono imposti nel contratto di fideiussione riferimenti alla fonte - già esistente o anche futura -

¹⁴⁷ Per quanto riguarda, infatti, la determinazione dell'ammontare dell'importo garantito, molti commentatori hanno segnalato il pericolo che la banca possa pretendere un << plafond >> troppo elevato e quindi sproporzionato rispetto all'entità del credito concesso e/o da concedere, prospettando altrimenti la revoca dell'affidamento, vanificando lo scopo della riforma di riequilibrare le posizioni rispettive del garante e del creditore, in modo da ridurre la possibilità di abusi del secondo al danno del primo. Si è, quindi osservato che l'importo massimo garantito dovrebbe essere proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore principale ed alle sue potenzialità economiche. In proposito, nella prassi bancaria, si è applicato il principio che per adeguare la fideiussione omnibus in corso alla nuova disciplina, l'importo garantito dovrebbe corrispondere all'ammontare complessivo dell'affidamento (di cassa e/o di firma), con maggiorazione del fido accordato di una somma stabilita percentualmente in base alle condizioni patrimoniali del debitore affidato e alla solvibilità del garante.

Ancora, si è osservato che il requisito di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto ai sensi dell'art 1346 c.c. non potrebbe essere valutato con esclusivo riferimento alla preventiva precisazione del limite di somma, in una fideiussione come quella omnibus, prestata per obbligazioni indeterminate nel numero, nell'oggetto e nel singolo ammontare e caratterizzata dal riferimento generico anche alle c.d. obbligazioni indirette (ossia le obbligazioni di garanzia eventualmente assunte dallo stesso debitore principale) : sarebbe necessario, quanto meno, individuare nel contratto di fideiussione il tipo di obbligazioni che - nei limiti dell'importo predeterminato - il fideiussore si obbliga a garantire ovvero descrivere nello stesso contratto l'attività normalmente svolta dal soggetto garantito, ossia dal debitore principale. Queste critiche e perplessità sul novellato art 1938 c.c. non sono, peraltro, mai state recepite dalla giurisprudenza intervenuta finora sul punto.

del'obbligazione garantita, che possano fungere da delimitazioni indirette dell'importo massimo garantito¹⁴⁸.

Però, a fronte di una limitazione eccessiva e fin troppo prudentiale dell'importo garantito, è sempre possibile un aggiornamento contrattuale del limite garantito con una pattuizione specifica fra garante e creditore. L'indicazione di un nuovo importo massimo garantito presuppone, infatti, un'espressa dichiarazione di volontà del garante, accettata o comunque non rifiutata dalla banca secondo lo schema dell'art 1333 c.c. e non potrebbe mai risultare dal semplice silenzio del garante, a fronte di una comunicazione unilaterale dell'importo massimo garantito proveniente dalla banca. Si tenga presente, però, che la necessità, in caso di ripetuto superamento del limite garantito, di un aggiornamento contrattuale di tale limite contrasterebbe con quella che dovrebbe essere l'utilità pratica della fideiussione omnibus: la stipulazione, fin dall'inizio del rapporto e << una volta per tutte >>, di una fideiussione di tipo generale, così da evitare alle parti di dover concordare e formalizzare la garanzia per ogni singola operazione fonte di debiti, ciò che sarebbe di intralcio al rapporto fra banca e imprenditore- debitore principale, per sua natura improntato ad uno sviluppo fluido e dinamico.

¹⁴⁸ In relazione ad un'ipotesi di limitazione d'importo notevolmente sproporzionata rispetto alla capacità economico - patrimoniale del debitore, si è suggerito di utilizzare i principi di correttezza e buona fede contrattuale (artt. 1175 e 1375 c.c.), nel senso cioè di controllare la congruità e ragionevolezza dell'importo massimo sulla base della buona fede. In realtà, tali principi non sono all'uopo utilizzabili dal momento che essi si applicano nel corso dell'esecuzione di un rapporto contrattuale e non nella fase della sua stipulazione. I principi generali di correttezza e buona fede non incidono sul contenuto e, quindi, sulla validità del contratto : i contraenti possono comporre i loro contrapposti interessi come meglio credono, concordando liberamente detto contenuto contrattuale, e la violazione di detti doveri non può integrare una delle specifiche cause di nullità o annullabilità del contratto (salvi naturalmente i casi di vizi del consenso : errore, dolo e violenza morale).

In ogni caso, il rilascio di fideiussione per un importo notevolmente più elevato del credito inizialmente concesso al debitore principale, oggi più difficilmente potrebbe comportare abusi da parte del creditore : quest'ultimo, infatti non ha la possibilità di aumentare il credito a sua discrezione, in una situazione di progressivo peggioramento della situazione patrimoniale del debitore, in virtù della modificazione dell'art 1956 c.c. che esige la specifica autorizzazione del fideiussore, perché questi risponda delle nuove concessioni di credito.

L'esecuzione della fideiussione omnibus ed il limite della buona fede

Nel regime normativo anteriore alla modifica dell'art 1938 c.c. , la fideiussione omnibus senza un tetto massimo garantito, pur considerata valida sul piano dell'oggetto del contratto, veniva ad incontrare dei limiti sul piano della sua efficacia nel corso dello svolgimento del rapporto. Si riteneva che la discrezionalità della banca nell'aumentare il debito garantito fosse temperata dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto (artt. 11175 e 1375 c.c.); in particolare nell'obbligo di operare secondo criteri oggettivi d una corretta gestione del credito nello svolgimento del rapporto oggetto della garanzia, così da consentire al fideiussore, almeno in astratto, di controllare nel tempo il contenuto della propria obbligazione¹⁴⁹. In tal senso venivano escluse dalla copertura della garanzia le concessioni del credito accordate dalla banca al debitore principale in violazione dei principi di correttezza e buona fede e, quindi, in pregiudizio delle ragioni del fideiussore¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cass. civ. 17 gennaio 2003 n.611 che valorizza in tal senso l'obbligo a carico della banca nel far credito a terzi di informare prontamente il garante dell'aggravarsi delle condizioni economiche del garantito (nella specie, è stata peraltro esclusa l'addebitabilità alla banca di un comportamento contrario a buona fede, mancando la prova che la stessa avesse agito con il proposito di arrecare pregiudizio al fideiussore o fosse a conoscenza delle precarie condizioni economiche del soggetto garantito).

Cass. civ. 4 giugno 2004 n.10636 << l'istituto di credito, ancorché garantito da fideiussione, ha il dovere di comportarsi nei confronti del debitore principale secondo i criteri di una sana gestione del credito. Lo stesso, pertanto, in quanto garantito, non può limitarsi a fare affidamento sul garante e trascurare di tenere comportamenti professionali che consentano anche al garante di salvaguardare il proprio diritto di rivalsa >>

¹⁵⁰ Come già avveniva prima della riforma, a maggior ragione attualmente, vanno distinti due diversi profili della fideiussione omnibus : da un lato, la completezza sul piano del contenuto e la validità del contratto nella fase iniziale della sua formazione; da altro lato, l'efficacia vincolante della fideiussione nel successivo momento dell' esecuzione e qui il limite sostanziale di operatività della garanzia deve essere individuato nell' obbligo di osservare la clausola legale di buona fede, pena la sanzione d'inefficacia del vincolo fideiussorio in relazioni alle operazioni contrarie a tale principio. Si ribadisce che la buona fede è un criterio di valutazione del concreto comportamento delle parti, nell'esecuzione del contratto, ma non anche di controllo del contenuto di quest'ultimo nel momento della sua stipulazione (salvi i profili di responsabilità precontrattuale nelle trattative): quindi, in linea generale non può esservi una nullità od annullabilità del negozio di garanzia per violazione di tali principi . In sostanza anche oggi il problema della fideiussione omnibus , pur con la presenza di un tetto massimo garantito, rimane quello di verificare il rispetto, da parte dell'istituto di credito, dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto.

In generale, la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, di salvaguardare l'interesse della controparte nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico. Con riferimento alla fideiussione omnibus, il creditore garantito, nell'esercizio del potere discrezionale di concedere anticipazioni al debitore, con conseguente aumento di rischio per il garante, non può limitarsi a fare affidamento sul patrimonio di quest'ultimo e trascurare comportamenti professionali che consentano anche al garante di salvaguardare il proprio diritto di regresso nei confronti del debitore. In altri termini può dirsi scorretta la condotta della banca che, confidando esclusivamente nell'esistenza di un ulteriore patrimonio a disposizione della sua eventuale azione esecutiva, ometta le cautele nei confronti del debitore che normalmente avrebbe tenuto ove non avesse potuto contare su siffatta garanzia¹⁵¹. Si è ritenuto di recente contrario ai principi di

¹⁵¹ Al fine di dare concretezza al principio generale di buona fede, si tratta di individuare alcuni << casi sintomatici >> in cui viene in rilievo la violazione di tale principio. Alla stregua del criterio generale sopra descritto, il caso più importante e ricorrente è quello della banca che, consapevole dello stato di chiara insolvenza e di manifesto dissesto economico in cui versa il debitore garantito, gli conceda ulteriore credito : ciò, infatti, renderebbe evidente l'incurezza del creditore per gli interessi del fideiussore e la prospettiva di scaricare esclusivamente su quest'ultimo le conseguenze dell'inadempimento del debitore.

Altra fattispecie rilevante di violazione della buona fede è data dalle operazioni bancarie compiute in modo anomalo ed irregolare : ad esempio, finanziamenti accordati da un funzionario non munito dei necessari poteri; violazioni nel corso del rapporto di circolari della Banca d'Italia; concessione di credito occulta, non adeguatamente rappresentata dalle scritture contabili. A maggior ragione, si ha violazione della buona fede se le operazioni sono illecite e fraudolente, ossia il frutto di collusione fra impiegati infedeli ed il cliente-debitore : ad esempio, concessione irregolare di sconfinamenti extrafido.

E' poi contrario a buona fede il comportamento della banca che conceda il credito non attenendosi a doveri di informazione nei confronti del fideiussore (in particolare per quanto attiene a quelle vicende relative alla sfera economica del debitore principale, note alla banca ed ignorate incolpevolmente dal garante, che possono aggravare il rischio di quest' ultimo) . Si pensi all' ipotesi di operazioni economiche assolutamente imprevedibili al momento del rilascio della fideiussione, perché ad esempio esorbitanti rispetto agli scopi della società debitrice principale (ciò che aumenterebbe il rischio del garante, pur rispettando il limite garantito), senza preventiva informazione da parte dell'istituto concedente nei confronti del fideiussore (soprattutto se totalmente estraneo all'attività economica del soggetto fideiuvato).

Pur essendo in sé valida, sul piano dell'oggetto del contratto, la clausola che estende la fideiussione omnibus anche alle garanzie rilasciate dal debitore a favore dei terzi (si intende, sempre con indicazione del limite garantito), in applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. la banca è tenuta ad informare il fideiussore omnibus del successivo rilascio, da parte del debitore , di una fideiussione a garanzia delle obbligazioni assunte nei confronti della stessa banca da parte di un terzo. Analogamente, con riferimento ad una fideiussione di secondo grado omnibus (i garanti avevano prestato fideiussione per l'adempimento di tutte le obbligazioni,

correttezza il comportamento della banca che, avendo concordato con il debitore ed il garante (che non era né socio, né amministratore della società garantita), un graduale rientro delle esposizioni, dopo aver constatato il mancato rispetto del piano ed invitato il debitore ed il garante all'immediato versamento del dovuto, prima ancora di verificare l'avvenuta ricezione dell'invito al rientro da parte del garante e di notificare allo stesso il decreto ingiuntivo nel frattempo ottenuto, aveva iscritto ipoteca giudiziale sui beni del medesimo ed inviato alla Centrale Rischi la relativa segnalazione¹⁵². Una particolare applicazione dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione della fideiussione omnibus concerne l'ipotesi in cui il fideiussore abbia comunicato il proprio recesso mentre è in corso un rapporto di apertura di credito a tempo indeterminato (garantito dalla fideiussione), provvedendo contestualmente ad eliminare le passività sorte in epoca anteriore al recesso : in tale situazione la banca avrebbe un obbligo (anche in mancanza di una clausola contrattuale in tal senso) di recedere immediatamente dall'apertura di credito, tutte le volte in cui il ritardo possa arrecare pregiudizio al fideiussore, compromettendo le possibilità di recupero delle somme versate per il pagamento del debito. La circostanza che la garanzia sia limitata al saldo

anche di garanzia contratte verso la banca da un soggetto, all'epoca socio di una società assieme ai fideiussori), è stata considerata inefficace la garanzia da questo prestata, successivamente al recesso dalla predetta società, a favore di altra società, non collegata alla prima e costituitasi dopo la prestazione della fideiussione originaria, senza che la banca avesse informato i fideiussori della prestazione da parte del garantito di fideiussione nell'interesse della nuova società.

Ulteriori ipotesi in tal senso sono : omessa informazione agli eredi del garante in ordine all' esistenza della fideiussione omnibus; informazioni inesatte fornite al garante in ordine al regolamento contrattuale del rapporto fideiussorio.

¹⁵² Naturalmente sulla valutazione della violazione del principio di buona fede pesa notevolmente il livello di estraneità del fideiussore (rispetto alla gestione dell'impresa del debitore principale), il quale può variare caso per caso, essendo evidente, ad esempio, che l'obbligo di informazione da parte del creditore dovrà essere più intenso, se il garante non è partecipe degli affari del debitore garantito, avendo rilasciato la garanzia sulla base di semplici rapporti di parentela o amicizia. Si intende, in ogni caso, che la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede costituisce eccezione all'operatività di questa e, pertanto quale fatto impeditivo va dedotto e dimostrato dal fideiussore.

passivo esistente alla data del recesso, non basterebbe quindi a tutelare l'interesse del fideiussore, la cui protezione va considerata anche in relazione alle possibilità di recuperare dal debitore principale le somme corrisposte per l'estinzione del debito¹⁵³.

Fissazione dell'importo massimo garantito ex art 1938 c.c. ed estensione della fideiussione omnibus agli accessori ex art 1942 c.c.

Attualmente, la nuova prassi contrattuale di fissare un limite all'importo garantito con la fideiussione omnibus, in conformità all'art 1938 c.c., deve essere adeguatamente coordinata con l'art 1942 c.c. (<< Salvo patto contrario, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale >>). Potrebbe, infatti, nel caso concreto verificarsi qualche difficoltà di ricostruzione della volontà delle parti, nell'accertare il rispetto del requisito di cui al novellato art 1938 c.c. in rapporto al principio di estensione previsto dall'art 1942 c.c. : si può, in particolare, porre il problema se le parti con la predeterminazione del limite massimo dell'importo garantito abbiano voluto ricomprensivi o meno gli interessi, ed in questo secondo caso se sia possibile con' un apposita clausola prevederli coperti dalla garanzia in aggiunta a quel limite. Nessun problema si pone nel caso in cui le parti del negozio fideiussorio prevedano espressamente che il limite all'importo massimo garantito si

¹⁵³ Nello stesso contesto si inseriscono i principi giurisprudenziali secondo cui il comportamento della banca che, a seguito del recesso del fideiussore, abbia proseguito nel rapporto di apertura di credito in conto corrente con il debitore principale, senza esigere la sostituzione del garante o l'integrazione della garanzia, può essere valutato sotto il profilo del contrasto con il principio di correttezza e buona fede, ove si dimostri che la banca abbia agito con la consapevolezza dell'insufficienza della garanzia, trascurando l'interesse del fideiussore. Il principio di correttezza e buona fede, peraltro non impone automaticamente alla banca di recedere dal rapporto di apertura di credito in conto corrente, in corso con il debitore principale, per il fatto in sé che si è verificato il venir meno di una fideiussione che assisteva tale rapporto. Il dovere di protezione dell'altro contraente- fideiussore impone di recedere solo quando la prosecuzione del rapporto con il debitore principale comporti l'aumento, imprevedibile e ingiustificato, per il garante, del rischio di non poter più recuperare quanto pagato con il regresso, considerato comunque che a quel rischio il fideiussore vi è esposto per il fatto stesso di aver prestato garanzia per debiti altrui.

riferisce, complessivamente, sia al capitale che agli interessi dovuti dal debitore principale. Nell'eventuale conteggio di interessi a carico del fideiussore, oltre al capitale, non si potrà comunque superare il plafond indicato dalle parti¹⁵⁴.

Nella prassi contrattuale delle fideiussioni bancarie omnibus, la situazione più problematica è quella in cui le parti abbiano previsto da un lato un limite all'importo garantito, con riferimento specifico al capitale, da altro lato- in aggiunta a quell'importo- il pagamento degli interessi (in sostanza, la clausola, relativa al massimo importo garantito dalla prestata fideiussione, si presenta con il seguente tenore : << *fino alla concorrenza di euro...in linea capitale, oltre accessori e spese* >>). In tale caso quel limite, secondo la giurisprudenza di legittimità, dovrebbe ritenersi il massimo della somma che il fideiussore potrà essere chiamato a pagare, comprensivo però di eventuali interessi sul capitale.

Il principio di cui sopra sembra estensibile, sempre in applicazione dell'art 1942 c.c., anche alla situazione in cui le parti abbiano fatto riferimento ad un limite senza specificare se riferito al capitale e agli interessi o comunque in modo tale da non escludere chiaramente gli interessi. Deve, in ogni caso, escludersi che l'assenza di indicazione di un limite espresso per i soli interessi del debito

¹⁵⁴ Sia pure fuori dall'ambito della fideiussione omnibus nella prassi bancaria (ove l'ipotesi è difficilmente configurabile), con riferimento alla fideiussione per obbligazioni future in generale (art 1938 c.c.), altrettanto chiara sarebbe la situazione in cui le parti prevedano espressamente che il limite all'importo garantito riguarda solo il capitale, con esclusione degli interessi, ciò che è da considerarsi pienamente legittimo alla luce dell'art 1942 c.c. che contempla la possibilità di escludere gli accessori del debito dalla garanzia. In tal caso, il debito finale garantito da una fideiussione omnibus dovrà essere solo quello in linea capitale (depurato, quindi, da qualsivoglia interesse, in specie compensativo) all'interno del limite pattuito dalle parti.

Una variante della situazione appena descritta si ha quando le parti prevedano un distinto limite, rispettivamente per il capitale e per gli interessi (ossia la clausola stabilisce un limite massimo garantito in linea capitale, e inoltre << accessori e spese >> a loro volta soggetti ad un certo limite) con l'eventuale conseguenza che su una parte del capitale non possano essere conteggiati gli interessi : secondo la giurisprudenza questa clausola, che sarebbe un minus a quella precedentemente esaminata di totale esclusione degli interessi, può essere ammessa in quanto riconducibile al << patto contrario >> fatto salvo dall'art 1942 c.c. e nello stesso tempo conforme all'art 1938 c.c.

Pertanto se si interpreta correttamente tale arresto giurisprudenziale le parti possono prevedere un importo massimo garantito pari ad una certa somma, riferito specificamente ed espressamente al capitale, e in aggiunta gli interessi con un autonomo limite (limite, che, naturalmente, deve essere compatibile e proporzionato con il massimo del capitale, nel quadro dei criteri legislativi sugli interessi).

principale, comporti l'effetto della nullità totale della garanzia, poiché la sua estensione agli accessori del debito è appunto stabilita dall'art 1942 c.c. e la tutela del fideiussore richiesta dall'art 1938 c.c. è pienamente realizzata dalla fissazione del tetto massimo della possibile esposizione del fideiussore¹⁵⁵.

Il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore e l'autorizzazione del fideiussore : l'art 1956, comma 1. c.c.

L'art 1956, comma 1, c.c. (<< liberazione del fideiussore per obbligazione futura>>) prevede che << il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al

¹⁵⁵ All'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 154/1992 sulla trasparenza bancaria, che ha modificato nel senso indicato l'art. 1938 c.c. si è posto il quesito se il limite dell'importo massimo garantito sia da intendersi necessariamente come limite omnicomprensivo dell'esposizione del fideiussore o se, invece, possa (eventualmente con opportune clausole aggiuntive) costituire un limite dell'esposizione in linea capitale del garante, suscettibile di essere superato per l'accessorio degli interessi. Una tale tecnica di indicazione dell'importo massimo garantito appare difficilmente praticabile nelle fideiussioni omnibus bancarie (dove infatti l' A.B.I. ha suggerito di fissare tetti massimi comprensivi degli accessori), anche considerando la nota prassi della capitalizzazione degli interessi. Alla luce della giurisprudenza (di legittimità) sopra esaminata su tale problema, le parti che intendono - in relazione ad una fideiussione per debiti futuri- prevedere, oltre all'importo massimo garantito ex art 1938 c.c. in linea capitale, anche gli interessi, devono necessariamente fissare anche per questi ultimi, separatamente, un tetto massimo in ossequio all'art 1938 c.c. in linea capitale, anche gli interessi, devono necessariamente fissare anche per questi ultimi, separatamente, un tetto massimo in ossequio all'art. 1938 c.c. Secondo parte della dottrina, si potrebbe sostenere che comunque che laddove le parti manifestino chiaramente la volontà di aggiungere gli interessi ad un certo importo massimo garantito, tali interessi- pur in mancanza di un separato ed espresso limite- possono poi sempre conteggiarsi sull'importo finale che deve essere pagato, anche se così facendo si supera l'importo massimo garantito in linea capitale. Infatti, nell'ipotesi di fideiussione per debiti futuri in cui l'importo massimo garantito sia indicato con riferimento ad una determinata somma in linea capitale , alla quale secondo la volontà espressa delle parti vanno aggiunti gli interessi, il limite degli interessi, sia pure indirettamente, o come si dice per relationem, risulta prefissato, appunto applicando il tasso legale o quello convenzionale (risultante dal contratto principale) sul capitale indicato. Nei casi in cui la fideiussione omnibus non sia delimitata da un punto di vista temporale (il che, a dire il vero, è la regola) si dovrebbe però prevedere, per questa tecnica di indicazione degli interessi, un certo periodo di tempo di riferimento, per evitare l'obiezione che altrimenti il fideiussore non potrebbe valutare ex ante il limite massimo dell'esposizione. In ogni caso, anche quando la fideiussione venga espressamente limitata ad un importo determinato, la costituzione in mora del fideiussore produce autonomamente interessi oltre il limite eventualmente stabilito : qui, infatti, anche se viene superato l'importo contrattualmente previsto, gli interessi derivano da un titolo diverso ossia l'inadempimento personale, il ritardo del fideiussore. Pertanto, a seguito della costituzione in mora del fideiussore, questi dovrà corrispondere gli interessi sul ritardo che vanno calcolati autonomamente a prescindere dal limite prefissato (a meno che gli interessi moratori siano esclusi espressamente), Tali interessi di mora saranno calcolati al tasso legale ovvero al tasso convenzionale che, però, dovrà essere fissato direttamente nel contratto fideiussorio, non valendo- oltre l'importo massimo garantito- l'eventuale tasso convenzionale (in misura ultralegale) degli interessi di mora fissato per il debitore nel contratto principale.

terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito >>.

A seguito della riforma del 1992 si è aggiunto un comma 2 che recita : << non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione >>.

La norma è stata formulata con riferimento all'ipotesi di fideiussione rilasciata per una singola obbligazione futura, fattispecie nella quale, per definizione, il credito non è stato ancora concesso al garantito al momento della stipulazione della garanzia.

La norma, pur riguardando testualmente l'ipotesi della fideiussione per singola obbligazione futura, si applica anche, e soprattutto, all'ipotesi di fideiussione omnibus, ossia rilasciata a garanzia di un insieme di obbligazioni (presenti) e future.

Per meglio comprendere il significato della norma riferiamoci comunque, per il momento alla fideiussione per singola obbligazione futura. La ratio della norma è quella di evitare un imprevedibile aumento del rischio assunto dal fideiussore, ignaro delle sopravvenute mutate condizioni economiche del debitore principale, e di preservare i suoi diritti di regresso (e di surrogazione) nei confronti del debitore garantito: si tutela da un lato l'interesse del fideiussore ad essere informato, a mezzo della richiesta di speciale autorizzazione, del mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore, affinché il primo possa decidere se assumere su di sé il rischio dell'erogazione del credito e da, altro lato 8 come del resto con l'art 1957 c.c.) l'interesse dal garante al recupero delle somme eventualmente versate per il soddisfacimento delle ragioni del creditore¹⁵⁶.

¹⁵⁶ La norma viene tradizionalmente considerata espressione del principio generale di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, cui deve ispirarsi anche il creditore, il quale prima di fare o continuare a fare credito al debitore, deve informare prontamente il fideiussore delle sopravvenute difficoltà economiche dello

I presupposti di applicazione della norma : A) fideiussione per obbligazione futura

Il primo presupposto fondamentale di applicazione della norma in questione è che si tratti di fideiussione per obbligazione futura. Si tratta di fattispecie in cui il credito viene concesso al garantito in un momento successivo al rilascio della fideiussione, ossia c'è un intervallo di tempo fra il rilascio della garanzia e la concessione del credito¹⁵⁷.

B) Peggioramento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali del debitore principale

L'art 1956, comma 1, c.c. prevede inoltre la liberazione del fideiussore per l'obbligazione futura se << le condizioni patrimoniali del debitore principale sono divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito >>. La disposizione riguarda esclusivamente il caso in cui il credito viene concesso al terzo a fronte di un peggioramento delle sue condizioni economiche, che sia successivo alla prestazione della fideiussione e che si collochi, quindi, nell'intervallo di tempo tra il rilascio della garanzia e la concessione del credito. Ciò ovviamente non esclude che le condizioni patrimoniali del debitore principale siano deficitarie già all'epoca del rilascio

stesso debitore di cui egli sia a conoscenza, onde ottenere dal garante uno specifico assenso. Inoltre la norma sanziona non solo il creditore intenzionalmente scorretto, ma anche quello che per negligenza non si avvede del mutamento in peius delle condizioni patrimoniali del debitore e non avverte il garante.

¹⁵⁷ Come accennato, la disposizione, pur riguardando testualmente l'ipotesi della fideiussione per singola obbligazione futura, si applica anche, e soprattutto, all'ipotesi di fideiussione omnibus. La banca non può invocare tale fideiussione rispetto ai debiti del debitore principale allorché dopo il rilascio della fideiussione e nel corso dell'esecuzione del rapporto principale, senza chiedere l'autorizzazione del garante, ha continuato a far credito al debitore, pur sapendo che le sue condizioni economiche e patrimoniali erano nel frattempo peggiorate, così da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.

della garanzia, ma in tal caso si deve riscontrare comunque un ulteriore peggioramento. Se poi le condizioni patrimoniali del debitore principale fossero già al momento del rilascio della garanzia tali da rendere notevolmente difficile il soddisfacimento del credito, si ritiene per lo più che il fideiussore, consapevole o meno di tale situazione, ne debba sopportare il rischio e non possa pretendere la liberazione, dovendo imputare a sua colpa le conseguenze del suo comportamento e l'eventuale impossibilità o maggiore difficoltà di reintegrazione del suo patrimonio. Per la verità, anche in un contesto in cui il debitore già inizialmente si trovi nella difficoltà notevole di soddisfare il credito, si potrebbe immaginare un successivo peggioramento, tale ad esempio da sfociare nella conclamata insolvenza. Sul punto va però detto che, secondo un certo orientamento la conclamata insolvenza (sopravvenuta) del debitore principale non potrebbe rientrare nell'ambito della norma, ossia non potrebbe mai giustificare l'ulteriore credito, neppure con l'autorizzazione del fideiussore. L'art 1956 comma 1 c.c., richiede per la sua applicazione, non solo un peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, rispetto al momento del rilascio della garanzia, ma anche che tale peggioramento abbia, per così dire, un certo grado o misura, ossia sia tale << da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito >>. Presupposto di operatività della disposizione è, in altri termini, la notevole difficoltà sopravvenuta per il debitore garantito, rispetto al momento in cui è stata concessa la fideiussione, di soddisfare il credito concesso per effetto delle sue mutate condizioni patrimoniali. Il peggioramento non deve portare il debitore principale ad una impossibilità di soddisfacimento del credito, ossia ad una situazione di vera e propria insolvenza, anche ai sensi dell'art 5 l. fall. (situazione di definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni), rilevando anche

solo una notevole difficoltà di soddisfare il credito. Ovviamente, a maggior ragione dovrebbero ricorrere i presupposti di applicazione della norma, se il creditore ha concesso credito, senza autorizzazione del garante, in una situazione di insolvenza del debitore principale¹⁵⁸. La valutazione del peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, nel senso indicato dall'art 1956 c.c., può e deve essere fatta solo caso per caso, in relazione alle circostanze inerenti alla fattispecie concreta. In via generale, si può osservare che due profili vengono in considerazione. Innanzitutto, l'evolversi della situazione debitoria intercorrente direttamente fra il debitore principale e creditore beneficiario della garanzia (ad es. concreto andamento del conto corrente che riveli, a partire da un certo momento, un costante peggioramento nel tempo- conto con un passivo sempre in aumento- e quindi notevole divario fra la situazione debitoria esistente alla data della prestata fideiussione con quella esistente al momento della richiesta del debitore di ulteriore credito)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Secondo una tesi, come accennato, dal tenore dell'art 1956 c.c. risulterebbe in modo indiretto la conclamata insolvenza (sopravvenuta) del debitore principale (ossia uno stato di dissesto tale da rendere certa la non puntuale soddisfazione del credito) non può rientrare nel suo ambito : pertanto, malgrado l'autorizzazione del fideiussore, il creditore non può far credito a costui e un'insolvenza conclamata è causa di estinzione della fideiussione, a partire da quel momento, indipendentemente dall'autorizzazione del fideiussore. Se il debitore venga a trovarsi nella situazione di definitiva incapacità o impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (diversa da quella di notevole maggiore difficoltà di soddisfacimento del credito), e se si tratta di un imprenditore commerciale, quel debitore deve essere dichiarato fallito, posto che il sistema non può consentire che un debitore già insolvente contragga altre obbligazioni, che non farebbero che aggravare il suo dissesto, con danno per l'economia generale . E' quindi sicuramente scorretto ossia contrario alle regole della buona fede dar credito all'insolvente che deve essere eliminato dal mercato ; non altrettanto scorretto può dimostrarsi, secondo le circostanze, dar credito al debitore in contemporanea difficoltà, quando vi sono obiettive condizioni idonee a giustificare la fiducia nel ripristino delle normali, correnti condizioni di solvibilità. Tale situazione non va confusa con quella in cui il fideiussore semplicemente ignorava le condizioni economiche negative del debitore principale al momento del rilascio della fideiussione, ma raffrontando la consistenza patrimoniale esistente al momento della concessione della garanzia con quella esistente al momento della concessione del credito, non risulti un obiettivo peggioramento delle condizioni di solvibilità del debitore. In altri termini, l'art 1956 c.c. non è applicabile, nemmeno in via analogica, al diverso caso in cui, ferme restando le condizioni economiche del terzo, sopravvenga dopo la fideiussione solo la consapevolezza da parte del fideiussore della loro precarietà.

¹⁵⁹ Indice di gravi difficoltà economiche sopravvenute possono essere, poi, atti o vicende riguardanti il patrimonio del debitore, anche al di fuori della diretta situazione debitoria intercorrente con il creditore beneficiario della garanzia. Si pensi in proposito al compimento a carico del debitore di atti esecutivi o iscrizioni pregiudizievoli , anche da parte di altri creditori, che denotino appunto un peggioramento della situazione patrimoniale del primo; la circostanza che il debitore principale compia gravi irregolarità nello

c) Conoscenza, o conoscibilità, da parte del creditore, del peggioramento delle condizioni economiche del debitore e del conseguente rischio di mancata soddisfazione del credito

L'art 1956 comma 1, c.c., richiede, ai fini della liberazione del fideiussore, che il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, abbia fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito. In sostanza, ai fini dell'estinzione della fideiussione, è necessario che sussista, in capo a chi abbia erogato il credito, un << elemento >> soggettivo o profilo psicologico che si scompone in due momenti : la percezione del peggioramento delle condizioni economiche del debitore, rispetto al momento in cui è stata rilasciata la garanzia, e la percezione del rischio- indotto da tale mutamento patrimoniale- di notevole difficoltà di soddisfazione del credito con riguardo ad ulteriori concessioni di credito.

Proprio l'atteggiamento psicologico del creditore, che concede il credito nonostante la consapevolezza dell'irreversibile situazione di crisi economica del debitore principale, evidentemente facendo conto sulle risorse allocate presso il fideiussore, fa emergere la violazione del principio generale di correttezza e buona fede nell' esecuzione del contratto- di cui l'art 1956 c.c. viene tradizionalmente considerato espressione- da parte dello stesso creditore¹⁶⁰.

svolgimento della propria attività; l'avere il debitore alienato i suoi beni immobili, ecc.

Secondo recente giurisprudenza, la trasformazione del debitore principale da società in nome collettivo a società a responsabilità limitata, avvenuta dopo il recesso del socio fideiussore, è un evento che provoca un mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore tale da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito dopo la trasformazione societaria; la banca con cui tale società ha un rapporto di affidamento non può non essere a conoscenza di tale mutamento, per cui ha l'obbligo, ai sensi dell'art 1956 c.c., di acquisire l'autorizzazione del fideiussore prima di continuare a far credito alla società debitrice trasformata.

¹⁶⁰ Ovviamente non si richiede un livello di scorrettezza tale da per cui il creditore, sapendo di potersi rivalere sul patrimonio capiente del fideiussore, dolosamente aggrava il passivo del debitore principale per poi

D) Mancanza di speciale autorizzazione del fideiussore alla concessione del credito

L'art 1956, comma 1 , c.c. prevede infine, che il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito, senza speciale autorizzazione del fideiussore.

In sostanza, per l'operatività dell'art 1956 c.c. e quindi per la liberazione del fideiussore, oltre ai presupposti positivi fin qui delineati ne occorre un altro di segno negativo, ossia la mancanza di speciale autorizzazione del fideiussore alla concessione del credito¹⁶¹.

Il fideiussore che chiede la liberazione della prestata garanzia ex art 1956 c.c., ha l'onere di provare, ai sensi dell'art 2697 c.c., l'esistenza dei presupposti richiesti a tal fine, e cioè sia la concessione del credito successiva al deterioramento delle condizioni economiche del debitore, sia la consapevolezza del creditore del mutamento delle condizioni economiche del debitore. Non spetta, dunque, al creditore dimostrare di non aver effettuato ulteriori erogazioni di credito ovvero che le condizioni economiche del debitore non abbiano subito un peggioramento tale da rendere più difficile il recupero crediti, né la mancata conoscenza di tale situazione. Si intende, peraltro che

recuperare la somma con gli interessi dal garante; basta il comportamento noncurante del creditore che concede disinvoltamente credito al debitore principale, sapendo di essere coperto dalla fideiussione. Per converso, si intende che la norma sanziona non solo il creditore scorretto nel senso indicato, ma anche quello che per mera negligenza (ciò che non si può escludere, se non con riguardo al creditore-banca, per altre tipologie di creditori) non si avvede del mutamento in peius delle condizioni patrimoniali del debitore e non avverte il garante.

¹⁶¹ La prassi bancaria di far sottoscrivere al fideiussore una clausola preventiva di dispensa dell'istituto di credito dall'obbligo di richiedere l'autorizzazione nei casi in esame veniva a << svuotare >> di significato il precetto di cui all'art 1956 c.c, salvo il limite della buona fede. L'attuale disposizione (comma 2 dell'art 1956 c.c.) che vieta la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione rende ovviamente molto più rilevante l'esame dei requisiti che deve avere l'atto di consenso del garante per neutralizzare l'operatività dell'art 1956 c.c.

soprattutto per quanto riguarda la prova dell'elemento soggettivo della conoscenza o conoscibilità da parte del creditore del peggioramento delle condizioni economiche del debitore, il fideiussore potrà fare ricorso alle presunzioni.

La clausola di deroga all'art 1956 c.c.

Nella prassi bancaria (anteriore alla legge n. 154/1992) veniva inserita nelle fideiussioni omnibus, quali risultano dal modello predisposto nelle norme uniformi bancarie , una clausola di deroga all'art 1956 c.c. (art 5) : << il fideiussore avrà cura di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e, in particolare, di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con l'Azienda di credito, la quale è pertanto dispensata dal chiedere al fideiussore la speciale autorizzazione prevista dall'art 1956 c.c. per far credito al debitore >>. La giurisprudenza di legittimità ha sempre considerato valida la clausola di dispensa della banca dalla richiesta di speciale autorizzazione ex art 1956 c.c., per l'ipotesi in cui il creditore conceda credito al debitore principale con la consapevolezza delle mutate sue condizioni patrimoniali. La rinuncia preventiva del fideiussore ad avvalersi di tale eccezione di estensione della garanzia sarebbe, infatti, espressione di un'autonomia privata che non viola alcun principio di ordine pubblico, comportando solo un' accettazione, da parte del fideiussore, del (maggior rischio) del mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore, senza concretare fattispecie di limitazione della responsabilità per dolo o colpa grave¹⁶². Anche la dottrina prevalente considera l'art 1956 c.c. dettato

¹⁶² Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3362, cit : <<...nel dispensare la banca creditrice dall'obbligo, previsto da tale norma, di chiedere una speciale autorizzazione al garante per far credito, o per continuare a far credito al terzo, conoscendone le mutate condizioni patrimoniali, il fideiussore si limita a rimettere al creditore il

nell'interesse del fideiussore e relativo a materia non sottratta alla disponibilità delle parti, per cui il garante potrebbe sempre rinunciare preventivamente a tale tutela ed esonerare la banca dall'osservanza della norma stessa, con l'effetto di assumere su di sé il controllo delle vicende patrimoniali del debitore, onde revocare, se lo creda, la sua obbligazione¹⁶³.

Fideiussioni omnibus e interessi usurari : questioni comuni di ius superveniens

Un' importante sentenza della Cassazione (n.10981/ 2001), conferma le conclusioni cui era pervenuta la pronuncia della Cassazione 22 novembre 2000 n.15024 in sostanziale aderenza all'enunciato della Corte costituzionale (sent n.104/1997) e pare chiudere definitivamente l'argomento, nel senso che le fideiussioni omnibus illimitate stipulate prima della entrata in vigore della legge n. 154/ 1992 non si estendono alle obbligazioni sorte successivamente, per le quali << l'unica via praticabile è l'adeguamento alla nuova normativa, che impone la previsione dell'importo massimo garantito >>. La sentenza motiva questa conclusione facendo generico riferimento alla sopravvenuta inefficacia delle fideiussioni (che << divengono inefficaci in relazione alle obbligazioni successivamente sorte >>), anche sotto questo profilo in aderenza a quanto leggesi nella decisione n. 15024/2000, nella quale si asserisce che << per

compito di valutare, a sua discrezione, la nuova situazione che potrà, eventualmente, venirsi a determinare nel futuro svolgimento del rapporto di garanzia, disponendo legittimamente del proprio diritto ad un'assidua, puntuale vigilanza sull'opera del soggetto garantito...>>

Cass. civ. 20 luglio 1989, n., 3385, cit. : << in linea di principi, una clausola di deroga si presenta come una rinuncia preventiva ad eccepire quell'estinzione...e, equivalendo all'autorizzazione, è valido strumento di impegno del patrimonio del fideiussore perché ha per oggetto un diritto disponibile...>>

¹⁶³ La piena operatività della clausola di deroga all'art 1956 c.c. comportava, in linea di principio, l'impossibilità per il garante di invocare la liberazione dalla garanzia per obbligazioni future, anche laddove non gli fosse stata richiesta l'autorizzazione per una nuova concessione di credito e le condizioni economiche del debitore principale fossero via via peggiorate in modo irreversibile. Soltanto secondo un orientamento minoritario, la clausola per cui il fideiussore rinuncia preventivamente alla liberazione prevista dall'art 1956 c.c. sarebbe stata nulla perché in contrasto con norma imperativa.

quanto riguarda i rapporti fideiussori senza limitazione d'importo, come il presente, ancora in corso in quel momento, il credito fatto al debitore in epoca successiva non è assistito dalla garanzia >>. Entrambe le sentenze non vanno oltre questo tipo di argomentazione, meramente descrittivo dell'incidenza dello *ius superveniens* nel senso della non estensione delle fideiussioni illimitate pregresse alle nuove obbligazioni in conseguenza della relativa sopravvenuta inefficacia. Questa descrizione è, in entrambi i casi, direttamente collegata al primo passaggio argomentativo contenuto nella decisione n. 204/1997 della Corte costituzionale che, dopo aver ricordato l'adesione del giudice rimettente all'interpretazione prevalentemente volta ad assegnare carattere innovativo all'art 10 della L. 154/1992 e ad escludere il relativo carattere retroattivo, ha testualmente aggiunto che << ciò non implica, tuttavia, che la disciplina precedente - la quale secondo l'interpretazione dominante, consentiva la prestazione di una garanzia illimitata per le obbligazioni future il cui oggetto fosse determinabile - acquisti carattere ultrattivo, tale da non consentire che la garanzia personale prestata dal fideiussore assista non solo le obbligazioni principali sorte prima dell'entrata in vigore della l. n. 154/1992, ma anche quelle successive, in modo da attribuire efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia >>¹⁶⁴. Il riferimento alla irretroattività della L.n. 154/1992, ribadito in entrambe le richiamate pronunce della Cassazione, presenta pertanto la mera funzione di isolare le cc.dd. fideiussioni " chiuse ", regolate dalle originarie disposizioni degli artt. 1938 e 1956 c.c., dalle cc.dd. fideiussioni " aperte ", rispetto alle quali si propone la distinzione tra

¹⁶⁴ La Cassazione in sintonia con la Corte Costituzionale, si è limitata ad enunciare un apparente corollario dei principi generali in materia di successione di leggi, quale quello per cui la disposizione abrogata non può non applicarsi ai rapporti maturati dopo l'entrata in vigore della nuova norma ; ma non si è neppure posta il problema se nella specie ricorressero i presupposti per l'applicazione dello *ius superveniens* ai rapporti ancora in corso.

obbligazioni preesistenti e successive alla novella, al fine di ribadire l'attrazione alla nuova disciplina delle obbligazioni sorte successivamente alla relativa entrata in vigore. Questo tipo di argomentazione non era mai stato sviluppato dalla Cassazione prima della sentenza della Corte Costituzionale¹⁶⁵.

Quanto alla giurisprudenza di merito, mentre alcune ripropongono gli stessi concetti della Cassazione, sempre più limitatamente a casi di fideiussioni "chiuse", altre operano per la prima volta la distinzione tra il periodo precedente e quello successivo all'entrata in vigore della legge per affermare che << le norme dell'art 10 della legge n. 154/1992 (...) si applicano anche alle fideiussioni stipulate prima dell'entrata in vigore della legge e ancora in essere a tale momento >>, con la conseguenza che << i relativi contratti di fideiussione bancaria attiva, nei quali non sia stata inserita la previsione dell'importo massimo garantito, sono affetti da nullità sopravvenuta, in quanto tale operante ex nunc >>¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Nel commento alla sentenza della Cassazione 19 marzo 1993, n. 3291, relativa ad un caso di fideiussione già esauritasi all'entrata in vigore della L. n. 154/1992 (a queste fideiussioni si sarebbe fatto riferimento come a fideiussioni "chiuse" per contrapporle a quelle cc. dd. "aperte", e cioè ancora operanti a detta data), si può condividere senza incertezza la conclusione cui era giunta la Cassazione in ordine all'irretroattività dell'art 10 L. n. 154/1992 (che ha riformulato gli artt. 1938 e 1956 c.c.) in considerazione del suo carattere innovativo e non meramente interpretativo. Tale conclusione è stata più volte ribadita dalla Corte di Cassazione nel periodo dal 1993 al 1997 senza che venissero operate distinzioni tra fideiussioni "chiuse" e "aperte" ma con riferimento unicamente ai casi di fideiussioni "chiuse", fatte valere dalla banca prima dell'entrata in vigore della legge n. 154/1992. In nessuna di dette decisioni esistono obiter dicta volti a limitare la portata dell'irretroattività della novella alle sole fideiussioni "chiuse".

¹⁶⁶ Nell'ambito della giurisprudenza di merito si distingue la posizione del Giudice Istruttore di Varese che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del nuovo art 1938 c.c. sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 204/1997. Pochi mesi dopo la decisione della Corte, la Cassazione enuncia un obiter dictum, allineato con l'iter argomentativo svolto nella sentenza n. 204/1997, anticipatore dell'orientamento poi recepito dalla sentenza n. 15024/2000 e da sent. n. 10981/2001.

Nella già citata sentenza n. 3291/1993 della Cassazione, con riferimento alla rilevanza della novella sui rapporti in corso alla data della relativa entrata in vigore, la dottrina distingue tra l'innovazione introdotta nell'art. 1938 c.c. e quella di cui all'art 1956 c.c.: per la prima, infatti, era difficile sostenere che la riforma avesse inteso disciplinare gli effetti dei contratti di fideiussione già stipulati indipendentemente dai contratti stessi; laddove, in relazione all'innovazione apportata all'art 1956 c.c. (il cui comma aggiuntivo prevede che << non è valida la rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione >>), appariva corretta la conclusione contraria con la conseguenza che << nessun dubbio sembra consentito a proposito dell'immediata applicabilità dell'innovazione intervenuta relativamente al disposto dell'art 1956 c.c. che, con

Senza svolgere una riflessione ragionata sul punto dell'incidenza del nuovo requisito dell'importo massimo garantito in relazione alle operazioni intervenute tra debitore principale e creditore garantito dopo la novella, la dottrina maggioritaria aveva espresso forti dubbi sulla tesi, già all'epoca apparsa problematica, per cui le fideiussioni (in corso) stipulate dalle banche prima dell'entrata in vigore della normativa sulla trasparenza, una volta decorso il termine di vacatio legis, sarebbero divenute nulle dando luogo ad un caso di nullità sopravvenuta, in quanto tale operante ex nunc¹⁶⁷. Questa conclusione non si trova enunciata né nella sentenza della Corte costituzionale né delle due pronunce della Corte di cassazione (quella n. 15024/ 2000 e quella in commento) in nessuna delle quali è affermato che le fideiussioni illimitate preesistenti all'entrata in vigore della legge n.154/1992 sarebbero divenute nulle alla data del 9 luglio 1992 sia pure con esclusivo riferimento alle obbligazioni principali sorte successivamente a detta data. Sia l'inciso argomentativo della Corte Costituzionale sia le pronunce della Cassazione si sono limitate a far leva sulla necessità di evitare l' ultrattività della disciplina abrogata, quale si sarebbe verificata nel caso di estensione della fideiussione illimitata anche alle obbligazioni principali successive alla novella, estensione che avrebbe comportato << efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia >>. L'espressione della Corte Costituzionale, già riportata in precedenza è richiamata testualmente nelle due pronunce della Cassazione

riferimento alle anticipazioni successive all'entrata in vigore della legge, va considerato inderogabile anche se la fideiussione era stata stipulata in epoca precedente.

¹⁶⁷ Precedentemente vi erano due tesi contrastanti : 1) Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie : chiose critiche alla legge n. 154/1992*, cit., n.54, nella quale leggesi che << ciò che dovrebbe tradursi nell'affermazione che questi contratti (nella misura naturalmente in cui superino il giudizio di validità alla luce dei principi vigenti già prima della legge n. 154) risultano ora affetti da nullità sopravvenuta, in quanto tale operante ex nunc (secondo quanto ritiene, come principio, la dottrina specifica della materia : Donisi, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in Riv. trim. dir e proc., 1967, 795 ss.).

che da essa fanno discendere, quasi come logico e naturale corollario, la conseguenza che le fideiussioni illimitate precedenti alla novella << divengono inefficaci in relazione alle obbligazioni successivamente sorte >>¹⁶⁸.

Anticipando quanto verrà argomentato in seguito, si ritiene che in caso di asserita nullità sopravvenuta di un contratto in conseguenza dell'entrata in vigore di una norma modificativa della precedente disciplina più permissiva, ponga il problema della retroattività della norma dalla quale discenderebbe la sopravvenuta nullità : così, per tornare al caso delle fideiussioni omnibus, sicuramente retroattiva sarebbe stata la novella qualora si fosse estesa anche alle obbligazioni principali già sorte ma, in questo caso, la retroattività sarebbe stata tanto evidente da non porre alcun problema all'interprete.

Il caso dubbio è proprio quello delle obbligazioni principali contratte dopo la novella in relazione alle fideiussioni omnibus illimitate stipulate in precedenza. Affermare che dette fideiussioni sono affette da nullità sopravvenuta con efficacia ex nunc, cioè a far tempo dall'entrata in vigore della legge, equivale, a mio avviso, ad assegnare alla nuova legge efficacia retroattiva contenuta ad un periodo più ristretto rispetto a quello che sarebbe ricompreso nell'ambito di

¹⁶⁸ Al fine di evitare dubbi su quanto ci sarà da puntualizzare in seguito, appare opportuno chiarire subito che il mancato approfondimento, da parte della Cassazione, dell'incidenza della novella sulle fideiussioni illimitate precedenti, al fine di prendere posizione sul punto se la inefficacia delle stesse in relazione alle obbligazioni principali successive alla legge dipenda dalla loro nullità sopravvenuta, non sembra rilevante dal punto di vista dei dubbi ricostruttivi che si connettono alla categoria della nullità sopravvenuta, ma sotto un diverso e più sostanziale profilo che è direttamente connesso con la verifica dell'esattezza della conclusione, comune sia alla Corte costituzionale sia alla Corte di Cassazione, per la quale la perdurante operatività delle fideiussioni omnibus illimitate pur dopo l'entrata in vigore della novella avrebbe comportato l'ultrattività dell'art 1938 c.c. quale vigente prima della modifica. Non è certo questa la sede per esaminare la problematica che si condensa con la locuzione " nullità sopravvenuta " ma è sufficiente , ai nostri fini, dare rilievo al carattere di specialità (o addirittura eccezionalità) della categoria, se ritenuta estensibile anche al caso di mutamenti legislativi incidenti su contratti precedentemente conclusi, tale da far emergere un delicato problema di qualificazione, come norme retroattive, delle norme che si asserisce essere fonte della relativa previsione. Ed anche a questo proposito, sempre al fine di evitare possibili fraintendimenti, l'angolo visuale dal quale sarebbe parso corretto che la Cassazione si fosse posta non è quello relativo alla problematica dei rapporti tra nullità ed efficacia, ma quello direttamente coinvolto dalla presa di posizione congiunta del Giudice delle leggi e della Corte di Cassazione, del criterio al quale la stessa corte di Cassazione ha costantemente dichiarato di volersi attenere nello stabilire la portata del principio tempus regit actum al fine di delimitare i rapporti tra irretroattività della nuova legge e non ultrattività della disposizione abrogata.

retroattività se la novella fosse stata applicata anche alle fideiussioni " chiuse " : e cioè al periodo, appunto, successivo all'entrata in vigore della legge posto che essa, non si applica agli effetti dei contratti stipulati precedentemente alla sua entrata in vigore, allorché gli stessi non siano suscettibili di disciplina indipendentemente ed autonomamente dal fatto o dall'atto che li generò.

Il percorso della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, ha per così dire, finito col nascondere l'esistenza di questo problema prospettando l'esistenza del problema esattamente contrario : quello dell'ultrattività della norma abrogata nel caso di estensione delle precedenti fideiussioni illimitate anche alle obbligazioni principali sorte dopo l'entrata in vigore della novella.

Non è un caso che le due pronunce della stessa Corte di Cassazione che hanno esteso la nuova disciplina dei tassi usurari anche ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n.108 / 1996, hanno dato ampio rilievo proprio alla sentenza n.204/ 1997 della Corte costituzionale (Cass. n. 5286/2000 e 14899/2000).

Entrambe queste sentenze hanno affermato che << il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto >> ma hanno ritenuto privo di rilievo questo principio in ragione del fatto che << l'inserimento ex art.1339 c.c. del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti di prestazioni non ancora eseguite >> e hanno invocato la sentenza n. 204/1997 della Corte costituzionale, con specifico riferimento alle conclusioni proposte al fine di distinguere la asserita diversa portata dell'irretroattività della l. n. 154/ 1992 rispetto alla sua non ultrattività¹⁶⁹.

¹⁶⁹ E' sfuggito alle dette pronunce che tra il richiamo del criterio enunciato nella sentenza n. 204/ 1997 della Corte costituzionale e la propria premessa, per cui << il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto >> si veniva a determinare una sorta

Le sorti delle fideiussioni omnibus illimitate stipulate prima della novella e dei mutui originariamente leciti ma divenuti usurari dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/1996, che la Cassazione intendeva unificare in applicazione di un principio ritenuto comune, qual è quello enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/ 1997, si sono separate in virtù di un intervento legislativo che ha riguardato solo la c.d. usura sopravvenuta.

Resta da chiedersi se quel principio, così come riferito alle fideiussioni omnibus illimitate, sia meritevole di essere condiviso o se la Cassazione avrebbe fatto bene a meditare l'iter argomentativo della Corte costituzionale per verificare se, corretta la conclusione, essa andasse diversamente motivata; o se fosse la stessa conclusione a dover essere modificata.

La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale

La problematica sollevata dalla fideiussione bancaria attiva, quale figura definita dal materiale normativo predisposto nelle Nub, può essere raccolta in tre nuclei tematici fondamentali: a) il problema della validità del contratto

di contraddizione sostanziale posto che, sempre prescindendo dalla distinzione tra nullità o inefficacia sopravvenuta, il criterio enunciato dalla Corte costituzionale finiva col comportare inevitabilmente le conclusioni ora enunciate dalla Cassazione: e cioè la valutazione dei contratti di fideiussione stipulati prima della novella non alla stregua della legge fino ad allora vigente ma di quella successiva.

Com'è noto, l'orientamento giurisprudenziale in materia di usura sopravvenuta è stato sconfessato dal d.l. 29 dicembre 2000 n. 934, convertito in L. 28 febbraio 2001, n.24, il cui art 1. comma primo, ha previsto che << ai fini dell'applicazione dell'art 644 del c.p. e dell'art 1815, secondo comma, del c.c., si intendono usurari quegli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento >>.

Si è recentemente scritto che la norma riportata sarebbe norma interpretativa e non modificativa e ciò dal momento che essa dice la stessa cosa dell'art 1815. comma secondo, c.c. e cioè che il momento rilevante, ai fini della determinazione del carattere usurario degli interessi che superano il limite stabilito dalla legge, è quello della relativa stipulazione e non esiste alcuna norma che risulta modificata da quella emanata col decreto legge; e si è aggiunto che << quella norma è stata creata dall'interpretazione della giurisprudenza che ha presupposto la rilevanza penale e civile non solo del momento della promessa ma anche del momento del pagamento >>.

Analoghi rilievi potrebbero valere anche con riferimento al disposto del novellato art 1938 c.c., in virtù del quale nel caso di obbligazione futura la fideiussione deve contenere l'importo massimo garantito: una volta che si escluda, com'è ormai pacifico, la retroattività della norma, pare logico concludere nel senso che le fideiussioni illimitate stipulate precedentemente all'entrata in vigore della legge restano disciplinate dalla legge del tempo in cui esse sono state stipulate; e, quindi, restano operanti anche in mancanza di un nuovo accordo volto a fissare l'importo massimo garantito.

(ovvero- si può anche dire - di suoi momenti qualificanti), in funzione diretta di tutela della posizione del fideiussore esposto, sulla base appunto del contenuto della convenzione, all'arbitrio insindacabile della banca garantita;

b) il problema del << se >>, << quanto >> e << come >> la buona fede incida in concreto sull'effettiva portata della garanzia, (sempre) in funzione di tutela del fideiussore a fronte di comportamenti abusivi messi in atto dalla banca;

c) il problema se la fideiussione bancaria attiva superi positivamente il giudizio di meritevolezza degli interessi con essa perseguiti e risulti quindi degna di tutela da parte del sistema giuridico.

Questo primo ordine di dati va subito integrato con un'altra indicazione, che serve a completare, con l'enunciazione dell'ordito, il tessuto connettivo di tale tema.

Sembra possibile affermare, cioè, che a questa tripartizione di argomenti corrispondano altrettanti periodi di tempo, nel senso che detti nuclei tematici scandiscano i punti su cui viene progressivamente a focalizzarsi l'attenzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Il passaggio evolutivo del dibattito dal primo al secondo nucleo tematico, pur molto recente, è indiscutibile.

Il problema della validità della fideiussione in funzione del garante viene a perdere mordente dall'inizio della seconda metà degli anni ottanta e può dirsi definitivamente esaurito con le cinque sentenze della Cassazione del luglio '89.

L'esistenza di un' ulteriore fase del dibattito, facente perno sulla meritevolezza degli interessi perseguiti, dunque, viene a collocarsi propriamente nella dimensione del futuro e per ciò stesso risulta passibile di una valutazione solo prospettica. Non pare dubbio, peraltro, che il dibattito in corso proponga spunti importanti e più in generale prodromi verso tale direzione, si da rendere

predicabile il tema della meritevolezza quale vera linea attuale di tendenza del dibattito stesso.

Anche sotto altro profilo occorre precisare la scansione temporale proposta. Essa non intende rivestire un valore assoluto (neppure rispetto al passato): in realtà non va oltre la semplice rilevazione del tratto di fondo che funge via via da centro catalizzatore del dibattito e ciò vale sia per la giurisprudenza, sia per la dottrina. Il richiamo alla buona fede compare infatti fin dai primi momenti del dibattito, anche se in termini del tutto marginali. La meritevolezza degli interessi perseguiti con la fideiussione bancaria attiva, d'altra parte, venne sollevata consapevolmente già nella seconda metà degli anni settanta (in un momento, quindi, in cui la prima fase del dibattito è nel pieno del suo svolgimento) e viene poi più volte ripresa nel corso degli anni.

Per chiudere queste note introduttive non rimane che un'ultima osservazione da svolgere, per così dire, in limine. La dottrina ha segnalato criticamente che talora non sono stati tenuti distinti i profili della fideiussione bancaria attiva e quelli del Garantievertrag, dalla fideiussione bancaria passiva¹⁷⁰ .

Il dibattito sulla fideiussione bancaria attiva inizia in termini significativi al declinare degli anni sessanta : sul punto la valutazione della dottrina è abbastanza concorde¹⁷¹. Ora sarebbe errato dire che prima della fine degli anni

¹⁷⁰ Il percorso evolutivo del Garantievertrag si è sviluppato in modo decisamente autonomo, cosicché non appare nemmeno proponibile l'ipotesi di un discorso unitario per le due figure. Le commistioni presenti in giurisprudenza e dottrina, poi, non hanno tutto sommato inciso in modo determinante sullo svolgimento del dibattito sulla fideiussione attiva. E del resto, rispetto all'attività di impresa svolta dalle banche, la differenza funzionale delle due figure negoziali appare netta ed era già stata colta , in definitiva, da dottrina ormai lontana nel tempo : tesa in particolare a superare la necessità della prestazione di cauzioni, la fideiussione passiva propone tipicamente il problema di sicurezza del rientro della banca , che la fideiussione attiva è destinata a risolvere.

¹⁷¹ Non che - è opportuno specificare- in precedenza la figura fosse del tutto ignorata nel panorama giurisprudenziale e dottrinale. Riferimenti in materia si possono reperire sin dall'inizio degli anni cinquanta ; e nel segmento temporale << intermedio >>, anzi, non sono assenti né sentenze interessanti (così Trib. Venezia, 16 giugno 1962, i cui spunti sulla buona fede sono sottolineati, in modo forse un pò enfatico, da Rascio), né importanti anticipazioni dottrinali (oltre ad un citatissimo lavoro di Angeloni, va in particolare ricordato Foschini, là dove afferma : << é evidente che la banca a cui favore è data la fideiussione è tenuta

sessanta, questa situazione fosse dovuta ad un fenomeno di non maturità degli operatori giuridici e/o di sostanziale accettazione della figura nella prassi. Un ruolo di primo piano pare piuttosto doversi assegnare ad un diverso ordine di fattori : nel periodo del secondo dopoguerra comincia, da un lato, a diffondersi in modo robusto l' utilizzo, da parte delle banche, dello strumento fideiussorio per garantire le proprie esposizioni e, dall'altro, le imprese bancarie si volgono a << costituire >> e << perfezionare >> (senza contributo dottrinale e giurisprudenziale) il modello della fideiussione bancaria . E in effetti il dibattito viene a delinearsi quasi subito dopo che la diffusione della figura ha raggiunto livelli importanti (nonché esclusivi : nel senso che le banche non utilizzano quasi mai fideiussioni di tenore sostanzialmente diverso) e si è canonizzato il suo contenuto << tipico >> : all'emanazione della modulistica ABI del 1964-'66 seguono a breve distanza l'intensificarsi dell'intervento giurisprudenziale e la stesura dei primi approfondimenti dottrinali.

In un primo momento il dibattito viene a concentrarsi sulla clausola omnibus (la garanzia copre tutte le obbligazioni dirette e indirette, esistenti e future, del debitore principale nei confronti della banca che siano comunque legate ad operazioni, con connotazione distinta, cioè senza nessun limite d'importo). Il che non significa, veramente, che le altre clausole non siano prese in alcuna

ad agire nell'esecuzione del contratto secondo buona fede >>). Tuttavia l'intervento dottrinale è decisamente sporadico e si sostanzia in notazioni affatto incidentali oppure di primo approccio (come dichiara espressamente Angeloni, principiando lo scritto precedente).

Ridotto è anche il numero delle sentenze emesse. Queste spesso, massime nei primi tempi, trattano fattispecie concrete la cui corrispondenza con il modello poi consacrato nelle Nub è solo parziale: né mancano i casi in cui non si riesce a costruire, dal testo delle motivazioni, i termini di parentela effettiva tra le due fattispecie. Sovente le questioni sollevate sono affrontate e risolte dai giudici in modo molto rapido, << senza eccessivo sfoggio di argomentazioni >>(in realtà non si può neppure affermare che in questa fase vi sia una vera e propria giurisprudenza sulla fideiussione bancaria, bensì solo delle pronunce che si occupano di clausole contenute in contratti fideiussori stipulati a favore di banche. Appena il caso di aggiungere che la risoluzione delle questioni è orientata in senso favorevole alla banca ; peraltro qualche rara sentenza giudica talune clausole vessatorie ex art 1341, secondo comma, c.c.). E ancora : scorrendo le decisioni si ha talora l'impressione che i patroni dei fideiussori preferiscano sviluppare linee difensive diverse da quelle attinenti alle specifiche peculiarità strutturali del contratto stipulato con la banca (così, per esempio, il profilo dell'estraneità all'oggetto sociale della fideiussione prestata da società c.d. commerciali).

considerazione; in particolare risulta oggetto d'esame la clausola di deroga all'art. 1956 c.c. (la garanzia copre, ab initio, anche le obbligazioni sorte dopo che sia sopravvenuto un notevole peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore principale)¹⁷².

In questo primo periodo, dunque, la fideiussione bancaria è sostanzialmente identificata nella clausola omnibus. E l'analisi relativa a tale clausola viene a collocarsi nella prospettiva assorbente della tematica della determinatezza dell'oggetto contrattuale, risolvendosi perciò nel quesito della validità o nullità dell'intera figura in relazione al principio generale dell'art. 1346 c.c.

Per alcuni, la fideiussione omnibus individua solo i soggetti tra cui interverranno i rapporti obbligatori garantiti, restando affatto imprevedibili le caratteristiche oggettive dei rapporti obbligatori che possono intercorrere tra banca e debitore principale; ove non si predicasse il giudizio di nullità del contratto, perciò la banca non incontrerebbe limiti nella sua attività contrattuale con il debitore principale e il fideiussore, correlativamente, si troverebbe esposto al rischio di insindacabili arbitri. Per altri all'opposto, la determinabilità del contratto è assicurata dalla relatio esistente tra l'oggetto della garanzia e l'oggetto delle obbligazioni via via assunte dal debitore principale nei confronti della banca, nonché da alcuni indici di determinabilità

¹⁷² Tuttavia, il rilievo attribuito a questa clausola è secondario : l'analisi dottrinale è quantitativamente modesta, quella giurisprudenziale sbrigativa (il frequente richiamo delle sentenze alla buona fede si inverte in questo periodo in formulazioni rituali, << carenti di effettivo contenuto >>) ; il ruolo riconosciuto alla clausola è marginale , come per nulla qualificante l'operazione fideiussoria prefigurata nella modulistica ABI (per la precedente fase prodromica non si nota invece una prevalenza netta di attenzione per la clausola omnibus o per la clausola di deroga all'art 1956 c.c. A tale proposito non è inutile ricordare che le sentenze della Cassazione, emesse a cavallo degli anni '60 e sovente richiamate in materia anche da giudici che operano in quel torno di tempo, concernono in realtà clausole omnibus non uguali a quella contenuta nella modulistica ABI- con termini di diversità talora anche notevoli- e non riguardano neppure prestazioni di garanzia a favore di banche, con l'unica eccezione di Cassazione, 2 gennaio 1961 n.3, sentenza relativa ad una fattispecie particolarissima e pressoché priva di motivazione : la prima " vera " Cassazione su una omnibus bancaria, a quanto pare, è Cass., 29 ottobre 1971, n.3037, pur se il tenore della clausola non coincide con quello della clausola ABI. D'altro canto, la Cass., 7 agosto 1967, n. 2441, che per prima esamina la clausola di deroga all'art 1956 c.c., è relativa a una vicenda processuale nella cui fase di merito si era discusso anche, e ampiamente, della clausola omnibus : cfr. Trib. Venezia, 16 giugno 1962, cit.).

desumibili dal testo contrattuale (soprattutto : la facoltà di recesso del fideiussore ove la garanzia sia a tempo indeterminato; la normale attività della banca); il sistema vigente vieta solo un'attività determinativa rimessa alla mera discrezionalità della parte contrattuale - si sottolinea ancora- mentre nella specie si ha una progressiva determinazione che è frutto di un accordo tra la banca e un soggetto terzo rispetto alla fideiussione, com'è il debitore principale¹⁷³. Da subito, queste contrapposte letture del fenomeno spaccano in due la dottrina. Per contro, la giurisprudenza - di rito, come di merito- non mostra esitazioni e resta compatta nel senso della validità del contratto per un considerevole numero di anni (con motivazioni il più delle volte esaurenti in mere << ripetizioni di giustificazioni di principio >>) : perché compaia una crepa nell'uniformità di valutazione di questo contesto occorre attendere la fine degli anni '70¹⁷⁴. Lungo l'arco di tempo abbracciato dal dibattito, la giurisprudenza presenta due " casi" concreti con risvolti che non mancano di impressionare gli interpreti.

a) il "caso" dell'erede del fideiussore. Deceduto il garante, la banca, a conoscenza dell'evento, non avverte l'erede dell'esistenza del vincolo e-

¹⁷³ Con argomento proprio e tradizionale, la giurisprudenza aggiunge che la possibilità di abusi della banca in danno del garante è in realtà scongiurata dal fatto che l'esercizio dell'attività bancaria è per diritto positivo sottoposto ad un'articolata regolamentazione di carattere pubblicistico. Più cauta la dottrina, che accenna talora, ma pone decisamente sullo sfondo del discorso e senza sviluppo alcuno, alla buona fede come limite estremo agli eventuali abusi della banca.

¹⁷⁴ Il riferimento è alla pronuncia di Trib. Milano, 6 settembre 1979. Non v'è dubbio che tale decisione sia di grande rilievo. Non già per le argomentazioni tecniche adottate, che queste, in sostanza, ricalcano le ragioni già svolte dal corrispondente orientamento dottrinale. Quanto perché, nonostante ciò essa viene ad innestare un fattore di propulsione nel dibattito in corso : è forse qui, anzi, il germe primo del processo evolutivo che condurrà, nell'89, alla svolta della Cassazione. Sulla scia, quasi a rimorchio di tale pronuncia, infatti, viene a svilupparsi nella giurisprudenza di primo grado un orientamento affermativo della nullità della fideiussione. Certo, quest'orientamento - che non è privo di pronunce di notevole interesse, ma più di frequente non presenta originalità in punto di motivazione- rimane sempre nettamente minoritario, senza riuscire ad invertire la tendenza generale della giurisprudenza (anche a livello di primo grado). E' altrettanto sicuro, però, che esso determina in tale contesto una rilevante incrinatura; impermeabile alle reiterate sentenze della Cassazione favorevoli alla fideiussione, soprattutto, cresce nel corso degli anni per numero e per grado, così ponendo in essere una realtà con cui a lungo andare la stessa Cassazione non potrà che confrontarsi.

sempre senza effettuare alcuna comunicazione- concede nuovi crediti al debitore principale.

Alla richiesta della banca di fare valere la garanzia (anche) per le obbligazioni sorte dopo il decesso del fideiussore, il Tribunale di Napoli risponde positivamente. Con motivazione intrinsecamente destinata a suscitare perplessità, invero, i giudici statuiscano : che per riferire la regola, per cui le fideiussioni obbligatorie esistenti al momento del decesso del de cuius passano automaticamente in capo all'erede, alle obbligazioni allora future è senz'altro sufficiente che sussista un << rapporto fondamentale >> consistente << nell'insieme delle operazioni bancarie da effettuarsi in favore >> del debitore principale; e che, << considerato che l'obbligazione fideiussoria si è trasmessa in capo [all'erede] nella sua identità >>, non è in nessun modo rilevante che l'erede non conoscesse (o che in concreto non fosse in grado di conoscere) l'esistenza delle garanzie e delle ulteriori erogazioni di credito.

b) il "caso" delle obbligazioni ex delicto. Il debitore principale, dipendente dalla banca garantita, compie alcune appropriazioni indebite a danno della banca stessa. Questa fa sottoscrivere al debitore un riconoscimento di debito, contabilizza su un conto corrente di corrispondenza l'ammanto subito e successivamente escute la garanzia. Con articolato ragionamento i giudici accolgono le pretese della banca : per sé il contratto fideiussorio << si riferisce in modo evidente ai rapporti >> tra banca e debitore principale << nascenti dal rapporto di lavoro >> intercorrente tra gli stessi soggetti ; tuttavia, l'avvenuto riconoscimento di debito, essendo << un negozio lecito posto in essere volontariamente >> dal debitore, fa senz' altro ricomprendere l'obbligazione stessa nell'ambito della garanzia. La soluzione accolta da questa sentenza ha suscitato scalpore tra gli interpreti : essa è stata definita << sconcertante >>, <<

stupefacente >> o addirittura << agghiacciante >>, pur se è doveroso aggiungere che la tesi della fisiologica estensione della responsabilità del fideiussore alle obbligazioni di risarcimento del danno extracontrattuale arrecato dal debitore principale alla banca è stata sostenuta anche in dottrina (e sembra che, fermandosi sul nudo piano dell'interpretazione del contratto e volutamente prescindendo da ogni altra considerazione, che la fideiussione bancaria copra anche le obbligazioni ex delicto che siano state inserite in un conto corrente di corrispondenza : il testo del modello ABI riferisce la garanzia a tutte le obbligazioni legate ad " operazioni bancarie " e l'indicazione esemplificativa di tali operazioni - connotante in modo decisivo il significato da assegnare, nella prospettiva in discorso, al concetto di " operazioni bancarie " - è di una latitudine tale che è agevole ricomprendervi, ex art. 1365 c.c., anche il conto corrente di corrispondenza). Verso la metà degli anni ' 80 comincia a delinearsi lo spostamento dell'asse focale del dibattito dalla zona della determinatezza dell'oggetto contrattuale (rectius : della validità in funzione diretta di tutela del garante) a quella inerente ai termini di applicazione effettiva del principio generale di correttezza e buona fede nell' esecuzione del contratto. Ora è necessario riprendere questo rilievo, al fine di dargli concretezza specifica¹⁷⁵. In un certo senso propedeutico può essere

¹⁷⁵Proprio in questi anni, per quanto aumenti il numero delle decisioni giurisprudenziali che stimano indeterminato e indeterminabile l'oggetto della fideiussione bancaria, la problematica in discorso riceve precisazioni importanti se non forse decisive, sotto il profilo tecnico, nel senso che il contratto rispetta il principio contenuto nell'art 1346 c.c.

In giurisprudenza va segnalata in particolare Cass., 31 agosto 1984, n. 4738, la sentenza che chiude la controversia decisa in primo grado dalla pronuncia che ha inaugurato l'indirizzo affermativo della nullità della fideiussione bancaria . Questa sentenza in primo luogo esclude che nel caso del contratto di fideiussione bancaria si abbia un'attività di progressiva determinazione dell'oggetto della garanzia, constatando che << la determinazione dell'oggetto viene compiuta dalle stesse parti contraenti all'atto di assunzione della garanzia >> mediante << il rinvio ai rapporti obbligatori presenti e futuri >> intercorrenti tra la banca e il debitore principale; e altresì precisa che non assume rilievo , sotto il profilo dell'art. 1346 c.c., la circostanza che il fideiussore non conosca, e nemmeno possa prevedere, qualità e quantità degli obblighi di garanzia, poiché << il concetto di determinabilità della garanzia non comporta implicazioni di carattere soggettivo e psicologico >> (la sentenza tiene ferma invece l'affermazione che la normale attività

considerato anche un altro aspetto su cui è d'obbligo fermare l'attenzione. A far tempo dalla fine degli anni settanta, nella dottrina il richiamo alla buona fede nell'esecuzione contrattuale viene a farsi sempre più insistito. Però per quanto divenuto importante, il tema della buona fede (ancora) non riesce - nel contesto dottrinale - a porsi come l'oggetto principale del dibattito, scalzando quello della determinatezza. Non sarebbe corretto, cioè. assegnare un peso determinante al ruolo che nel contesto complessivo della dottrina (anteriore all'89) viene ad assumere la buona fede, come sembrerebbe invece trasparire da alcuni dei più recenti contributi in materia : e ciò sia in se stesso, sia in relazione allo sbocco evolutivo, basato appunto su tale principio, a cui è giunta negli ultimi tempi la Cassazione. Lo stesso richiamo al limite della buona fede non appare affatto scontato nella dottrina dell' epoca. E, in realtà, nella dottrina emerge soprattutto una << diffusa insofferenza all'integrale accettazione (della fideiussione bancaria), sicché si tende, con diverse accentuazioni a delimitarne l'ambito di operatività >>. Poche sono le indicazioni concrete fornite in materia : non c'è un vero dibattito sulle figure sintomatiche della buona fede in materia (si può ricordare il progetto di contro-sentenza di Rascio, a proposito del caso dell'erede prima ricordato ; né

della banca funge da elemento di codeterminazione dell'oggetto della fideiussione. In questo periodo peraltro alcuni autori mostrano chiaramente l'erroneità di tale opinione).

Anche in dottrina viene rilevata l'estraneità del meccanismo di progressiva determinazione dell'oggetto contrattuale nei confronti della clausola omnibus. Richiamandosi espressamente alla teorica per cui l'oggetto contrattuale si risolve nell'enunciazione del " bene" indicato nel programma negoziale, si ribadisce e rimarca il concetto di garanzia determinabile in virtù del rinvio del testo contrattuale al parametro esterno costituito dai futuri rapporti obbligatori intercorrenti tra banca e debitore principale (specialmente Piazza e Tucci). Sulla base delle stesse premesse, taluno si spinge ancora più in là, affermando che, nel caso in esame, l'oggetto è fin dall'inizio compiutamente determinato: il testo negoziale riferisce in modo << intellegibile e privo di lacune >> la garanzia a tutte le obbligazioni intercorrenti tra banca e debitore principale (così Terranova). Nel quadro generale dello sviluppo evolutivo del dibattito, il rilievo maggiore di queste precisazioni sembra fissarsi in un aspetto di carattere propedeutico (di potenziale ponte di passaggio) : una volta separate tematica della determinatezza dell'oggetto e tematica degli abusi della banca, è spianata la strada perché l'abuso della banca, espunto dal piano della fattispecie, venga a riemergere al livello dell'esecuzione contrattuale (e forse si pongono pure le premesse perché, liberata la fattispecie dal tema degli abusi, possa in futuro essere focalizzato compiutamente, nella sua cruda luce, il problema della meritevolezza degli interessi perseguiti con la fideiussione bancaria).

viene particolarmente approfondito il profilo strutturale relativo alle modalità operative della buona fede. A ben vedere l'indicazione più penetrante espressa in materia dalla dottrina- lo stesso tipo di considerazione, peraltro, è presente anche in giurisprudenza- è tratta dalla constatazione della frequente eventualità che tra fideiussore e debitore principale corra una stretta comunanza di interessi. In tale evenienza l'ambito di rilevanza della buona fede appare diverso da quello predicabile per le altre ipotesi (per completezza va precisato che la considerazione emerge, nel corso del tempo, sia per la clausola omnibus, sia per le altre clausole previste nel modello ABI). Con specifico riferimento al fatto in sé della svolta della Cassazione, poi, sarebbe davvero difficile negare l'importanza primaria, decisiva, dell'incalzante orientamento giurisprudenziale contrario alla validità della fideiussione bancaria.

Quale che sia il valore delle considerazioni appena svolte, può comunque stimarsi sicuro che verso la metà degli anni ottanta, da un lato, è nell'aria l'inevitabilità di un abbandono di soluzioni radicalmente favorevoli alle posizioni della banca e dall'altro, l'istanza di innovazione non rimane circoscritta alla clausola omnibus¹⁷⁶. L'evoluzione relativa a questa clausola, per

¹⁷⁶ Sul primo aspetto (l'inevitabilità del mutamento) è sufficiente ricordare brevemente due circostanze.

Se l'orientamento della Cassazione resta ancora fissato sulla soluzione rigidamente favorevole agli interessi della banca, anzitutto, da alcuni degli interventi più vicini all'89 traspaiono i segni che il dubbio si è ormai insinuato anche tra i giudici del Supremo Collegio (in particolare Cass., 1 agosto 1987, n.6656). Nel giugno dell'87, soprattutto, l'ABI provvede a revisionare i modelli di fideiussione bancaria apprestati vent'anni prima.

Non si può proprio dire, per la verità, che l'insieme delle modifiche introdotte sia di sconvolgente entità : si suggerisce di utilizzare la clausola omnibus con limite d'importo e solo in casi particolari quella senza limiti d'importo (per evitare che tale mutamento rimanga a << livello d'intenzioni >> l'ABI svolge << un'opera di sensibilizzazione presso tutte le componenti del settore >>) ; viene << leggermente limitata >> la portata della garanzia in ordine ai c.d. rischi indiretti ; si prescrive il diritto del fideiussore di richiedere alla banca di comunicargli l'entità dell'esposizione complessiva del debitore principale e, dietro consenso scritto di quest'ultimo, anche altre informazioni al riguardo (ma al riguardo l'obbligo della banca trova, a me pare, la sua fonte già nella legge ex art. 1375 c.c., salvi il caso di fideiussione prestata nolente debitore e parzialmente quello, ugualmente scolastico, di fideiussione prestata insciente debitore). Tuttavia al di là del giudizio sull' effettiva consistenza delle innovazioni introdotte (rispetto alle quali si può ancora aggiungere che parte della giurisprudenza contraria alla figura ha sostenuto che l'eventuale previsione di un limite massimo d'importo non basta per ricondurre il contratto entro il confine della validità) non si può certo disconoscere che la revisione in discorso sia fortemente indicativa della preoccupazione che ormai pervade

la verità, avviene specialmente nel settore della dottrina. Qui l'effettiva tenuta della clausola stessa diventa oggetto di aperto dibattito : se la tesi della validità resta pur sempre prevalente, l'opposto indirizzo appare, negli anni più recenti, particolarmente vitale (sostiene l'opinione liberale : la norma non protegge interessi d'ordine pubblico, mentre la deroga << obbedisce...ad una distribuzione di rischi...meglio rispondente alla situazione di fatto >> ; si oppone : l'art. 1956 costituisce specifica e diretta emanazione del principio di buona fede e la clausola urta contro il disposto dell'art. 1229 c.c.); e si delinea altresì - in modo più spiccato, forse di quanto non avvenga per la clausola omnibus- un orientamento che, pur ritenuta in principio la validità della deroga , ne circoscrive la portata operativa al rispetto della buona fede nell'esecuzione contrattuale . D'altro canto - va ricordato ancora- si fa strada la convinzione che la clausola in discorso sia non di mera disciplina, ma momento cardinale del contratto di fideiussione bancaria, di rilevanza pari a quella della clausola omnibus¹⁷⁷. Lo svolgimento del discorso approda finalmente alla dimensione

l'ambiente delle banche. Per il secondo dei cennati aspetti (l'oggetto dell'ormai prossimo mutamento) conviene muovere da una notazione di carattere generale. Nel corso degli anni '80 cresce l'attenzione degli operatori sulle altre clausole, diverse da quella omnibus appunto, che innervano il contratto di fideiussione bancaria. Emerge l'idea che, insieme alla omnibus, anche altre clausole (in genere) del programma negoziale predisposto dall'ABI rivestano un ruolo qualificante l'operazione in discorso; si incrementa per quantità e qualità, l'esame delle specifiche caratteristiche di alcune clausole. Nel confronto, quest' ultimo profilo assume senza dubbio toni più accentuati. In particolare risulta accresciuta e notevole l'importanza che nel dibattito in corso acquista la clausola di deroga all'art 1956 c.c. (tra le altre clausole va ricordato almeno l'interesse che viene a suscitare la clausola che dispensa la banca dal rispetto dei doveri prescritti dall'art 1957 c.c.).

¹⁷⁷ Nel settore della giurisprudenza, invece la materia della clausola di deroga all'art 1956 c.c. fatica a lievitare . Il grosso delle decisioni sostanzialmente la trascura : la consueta affermazione della validità della clausola è di regola accompagnata da motivazioni tralatizie, di stile. Tuttavia anche in quest' ambito sta maturando l'evoluzione. Dopo qualche pronuncia si potrebbe dire preparatoria, sopravviene infine la sentenza di Trib. Verona, 23 agosto 1988, la quale ritiene la nullità della clausola e nel contempo assegna alla stessa valore senz'altro qualificante, cosicché dichiara la nullità dell'intero contratto ex art. 1419. co. 1, c.c. (pur stimando valida - si badi- la clausola omnibus. In punto di deroga all'art 1956 c.c., la motivazione si muove sulla base di argomentazioni tradizionali della dottrina, ma non è priva di spunti interessanti). E subito dopo - battendo sul filo di lana, in termini di deposito almeno, la Cassazione- viene emessa la pronuncia di Trib. Milano, 29 giugno 1989, la prima decisione edita che respinge le richieste della banca perché il comportamento tenuto da questa si è posto in contrasto con il principio di buona fede: nella specie , i funzionari della banca avevano << sempre sottaciuto la reale entità del debito dell'obbligato principale, per un verso non mettendo a disposizione del garante la documentazione idonea a far conoscere l'effettivo andamento del conto, per l'altro

attuale del dibattito : la fideiussione bancaria vista alla luce del principio generale di correttezza e buona fede nell'esecuzione contrattuale. Indicando l'evento che ha fatto da spartiacque rispetto al passato, si è discusso in precedenza di cinque sentenze emesse in materia dalla Cassazione nell'89. In realtà il nuovo indirizzo del Supremo Collegio appare formato da due distinti gruppi di sentenze, tra loro coeve : Cass., 18 luglio 1989, n. 3362 e, con argomentazione in diritto pedissequa, Cass., 20 luglio 1989, n.3386, da un lato; dall'altro, Cass., 20 luglio 1989, n.3385, n.3387 e n.3388, relative a fattispecie per buon tratto uguali e nella parte motivata identiche. In effetti le differenze intercorrenti tra queste sentenze non si esauriscono - come si vedrà- nella pura e semplice circostanza che, mentre le prime due sono incentrate principalmente sulla clausola omnibus, le altre sono invece dedicate specificamente alla clausola di deroga all'art. 1956 c.c. Innanzitutto va rilevato, come prima di tutto la Cassazione voglia intervenire sulla fideiussione bancaria. In entrambi i gruppi di sentenze l'intendimento di incidere in modo profondo sulla situazione creatasi nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale è netto, trasparente¹⁷⁸.

verso fornendo invece assicurazioni circa i rientri >> dell'obbligato principale; << nel contesto indicato >>- afferma la sentenza- << non può dubitarsi che l'operatività della clausola di deroga sarebbe contraria al principio di buona fede ex art. 1375 c.c. >>.

¹⁷⁸ Il lungo e articolato discorso di Cass. n.3362 sulla determinatezza della clausola omnibus è, nell'economia del giudizio, per nulla necessario : la stessa pronuncia constata espressamente che il ricorrente non aveva negato l'astratta validità del contratto concluso. Nel volgere al termine motivazioni particolarmente diffuse, le sentenze nn. 3385/7/8 affermano che la presenza o meno della clausola di deroga all'art 1956 c.c. è indifferente per la risoluzione dei quesiti loro proposti, perché in concreto le condizioni patrimoniali non erano peggiorate in corso del rapporto : e così l'intero ragionamento relativo alla clausola stessa rivela di essere un immenso obiter dictum.

Sul piano dei contenuti, questa "volontà di intervento" della Cassazione è connotata- va osservato in primo luogo- dall'intensità della difesa della validità della fideiussione bancaria, dalla risolutezza nell'escludere il pregiudizio a priori del programma negoziale conformativo di tale strumento. Anche questo punto è comune ai due gruppi di sentenze. La trattazione del problema della validità della clausola omnibus compiuta dalla sentenza n.3362, anzi assume il valore di un preciso richiamo all'osservanza nei confronti dei giudici che nell'ultimo decennio hanno abbracciato la tesi della nullità del contratto in discorso. Dal canto loro, le sentenze nn.3385 / 7/8 non solo sottolineano espressamente << l'eccessività >> di un'eventuale valutazione di nullità della clausola di deroga all'art 1956 c.c.; ma sentono addirittura il bisogno di affermare che comunque la denegata nullità della clausola non potrebbe comportare la nullità dell'intero contratto. Accanto

a questa forte difesa, nell'intervento del Supremo Collegio dignità non minore assume l'istanza di tutelare il fideiussore, superando la propria precedente posizione rigidamente favorevole agli interessi della banca. Ed è sui contenuti innovativi che vengono a delinearsi le preannunciate differenze tra i due gruppi di decisioni. Sotto il profilo della ricostruzione strutturale, il tratto che domina la motivazione di Cass. n. 3362 è il ruolo determinante assegnato alla distinzione tra piano della fattispecie e piano dell'esecuzione, ovvero, per riferire le espressioni della sentenza, tra composizione << strutturale del negozio nella fase della sua formazione >> e svolgimento << del rapporto nel successivo momento dell'esecuzione >>. La distinzione è consapevolmente sfruttata dalla sentenza in modo da liberare il piano della fattispecie dalla tematica degli abusi di un contraente in danno dell'altro e da collocare, in positivo, la tematica stessa sul piano dell'esecuzione contrattuale. Con la conseguenza, da un lato che la sentenza può " buttare alle ortiche " gli " indici di determinabilità " della normale attività bancaria e della regolamentazione pubblicistica << di rigore >> dell'attività stessa. Dall'altro, e soprattutto, che essa può agganciare direttamente il profilo degli abusi alle norme degli artt. 1375 e 1175 c.c., chiudendo coerentemente il cerchio della ricostruzione con la rilevazione che, nel contesto dell'esecuzione della stessa, la regola della buona fede viene ad << operare " al di là " e " contro " le specifiche previsioni contrattuali >>.

Nelle sentenze nn. 3385/7/8, invece, il passaggio del tema degli abusi dal piano della fattispecie a quello dell'esecuzione è confuso; o forse è più esatto dire che appare del tutto incerto. In effetti, le sentenze affermano che << la contrarietà con i principi di correttezza e buona fede non può riflettersi in un'invalidità della clausola per contrarietà a norme imperative, perché l'art 1418, che dispone che il contratto...é nullo quando è contrario a norme imperative, aggiunge " salvo che la legge disponga diversamente " >>. La dottrina ha anzi sottolineato come le sentenze ricorrano ad << espressioni che sarebbero più confacenti a chi sia convinto dell'inderogabilità dell'art. 1956 >>. Ancora : si è rilevato che la ragione per cui le sentenze rifiutano la sanzione della nullità sta solo nell'avvertita esigenza di non penalizzare indiscriminatamente il contratto di fideiussione bancaria, così mettendo in evidenza, in realtà, la difficoltà dei giudici di reperire il mezzo congruo a tal fine. In definitiva, il risultato complessivo é di grande ambiguità. In ordine ai contenuti del dovere di buona fede, la sentenza n. 3362 cerca di far opera di concretezza. Essa individua nella buona fede due doveri fondamentali : quello di lealtà e quello di salvaguardia, per cui ciascuna parte deve << assicurare l'utilità dell'altra...nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico >>. In particolare, ci si é chiesti. in che termini si debba valutare l'apprezzabilità del sacrificio del contraente. Taluno ha suggerito di fissarsi sull'interesse egoistico della banca (<< il banchiere può essere interessato a far fido anche a debitore insolvente, a fronte di un'idonea garanzia di un terzo che lo metta al riparo dal rischio >>); ma, in realtà, si può prospettare l'ipotesi che l'apprezzabilità vada misurata alla stregua di parametri oggettivi, coerenti con (e dedotti da) i principi ispiratori dell'ordinamento vigente. Di necessità più complesso é l'esame delle sentenze nn. 3385/7/8. L'approccio é diverso da quello adottato dalla n. 3362, qui non vengono neppure richiamate le categorie generali dei doveri di lealtà e di salvaguardia. Le indicazioni fornite dalle pronunce emergono sparse da un discorso tortuoso, connotato da un << rilevante disordine argomentativo >>. E il risultato d'insieme non é uniforme : su certi aspetti le indicazioni fornite appaiono più penetranti, su altri invece contraddittorie al punto da perdere valore concretizzativo del dovere di buona fede.

Sul primo versante va segnalata l'affermazione delle Corti per cui, in materia, vanno senz'altro bandite <<generiche presunzioni >> in ordine ad un ' eventuale comunanza di interessi tra garante e debitore principale. Più specificamente : le sentenze sanciscono che la banca é soggetta al dovere di informare il fideiussore delle situazioni patrimoniali del debitore e delle nuove erogazioni di credito al di là di ogni convenzione contraria, salvo solo il caso, essendo debitore una s.p.a. (i giudici non prendono partito su altre ipotesi), che il garante sia, a sua volta, socio sovrano o amministratore di questa o che, altrimenti, venga data << una dimostrazione puntuale di uno speciale coinvolgimento del [garante] nella società >>.

Per quanto riguarda l'altro versante (delle indicazioni contraddittorie) , basta accostare due osservazioni contenute nelle motivazioni in rassegna . Da un lato la buona fede, importa che la deroga all'art' 1956 c.c., se può coprire le erogazioni di credito a favore del debitore che é venuto a trovarsi in uno stato di temporanea difficoltà, non può mai coprire le erogazioni fatte al debitore divenuto insolvente; dall'altro << la fiducia delle banche verso il debitore >> principale << esclude l'insolvenza >>. Ne deriva che nella specie la banca non potrebbe mai trovarsi in contrasto con la regola della buona fede. E la circolarità del ragionamento delle Corti sembra riflettersi nell'analisi delle fattispecie concrete. In corso del rapporto non si é verificato nessun peggioramento della situazione patrimoniale del debitore principale : questi é stato sempre in temporanea difficoltà, mai insolvente ; lo attestano proprio le circostanze che in questo periodo egli abbia potuto ottenere credito dalle banche e che il dissesto si é << manifestato...allorché le banche cessarono l'erogazione del credito >>. Le sentenze nn. 3385/7/8, cioè, non si pongono neppure il problema

Da quanto specificato in nota, rimane il fatto che le sentenze dell'89 segnano un netto progresso nell'evoluzione del dibattito sulla fideiussione bancaria : al di là di ogni tortuosità ed incertezza, il passaggio della tematica degli abusi in danno del garante, da una discussione polarizzata sull'eventuale nullità della figura al riconoscimento dell'applicazione della clausola generale di buona fede, risulta comunque sicuro.

Anche le prime risposte dei giudici di merito sono indirizzate sulla linea del consenso: l'impostazione della fideiussione bancaria nella prospettiva della buona fede viene a diffondersi. In verità non manca qualche pronuncia che persevera nell'affermare la nullità per indeterminatezza del contratto; nel contesto di tale indirizzo, anzi, si é tentato di rivoluzionare i termini del *révirement* della Cassazione: così App. Milano 30 gennaio 1990, e App. Milano, 18 luglio 1990, si sentono autorizzate a trarre, dal nuovo orientamento del Supremo Collegio, conforto argomentativo per sostenere la tesi della nullità della fideiussione. Ma dal confronto, anche numerico, emerge con chiarezza che si tratta di casi isolati, inidonei a contrastare la tendenza in atto¹⁷⁹. Sin qui il

del ruolo che in concreto aveva svolto l'intervento delle banche : se quello di mantenere artificialmente in vita un'impresa ormai decotta o al contrario quello di supporto per la ripresa di un'impresa ancora vitale.

¹⁷⁹ A tal proposito, non é forse inopportuno raccogliere brevemente alcuni spunti di carattere generale, in qualche misura legati al processo evolutivo della fideiussione bancaria sopra riferito.

a) Soprattutto nella prospettiva del *jus quo utimur* occorre far opera di composizione, di unificazione dei contenuti rispettivamente propri dei due gruppi di sentenze. Al di là del giudizio positivo sul passaggio di fondo, in genere << la dottrina ha mostrato di approvare le sentenze nn. 3362 e 3386, criticando invece l'altro " sottogruppo " costituito dalle sentenze >> nn. 3385/7/8. E in effetti non si può negare che, massime nel confronto, risaltino linearità del primo gruppo di sentenze e ibridismo dell'altro. Ciò, tuttavia, non deve condurre all'abbandono in toto dei dati rinvenibili nelle sentenze nn. 3385/7/8. Né, per altro verso, deve condurre ad una considerazione dei due gruppi di pronunce in termini di contrapposizione (o anche solo di netta separazione). E non solo per l'evidente rischio di disorientare la prassi; ma anche perché, in realtà, le rilevanti differenze (lacune ed incertezze) sono in parte spiegabili con le difficoltà connesse alla novità dell'approccio di buona fede delle Corti.

b) Riferendo delle lacune delle sentenze dell'89 sui contenuti specifici del dovere di buona fede, i primi commentatori hanno molto sottolineato l'esigenza di predisporre una serie di << figure sintomatiche >> dei comportamenti della banca contrari al dovere in discorso. In se stessa, detta esigenza appare non solo senza dubbio giusta, ma anche di grande importanza, senonchè, sembra stia emergendo la tendenza a collegare l'esigenza stessa con il rischio del decisionismo giudiziario : nel caso della fideiussione bancaria, questo tipo di collegamento non può, in verità, convincere.

c) L'ultimo rilievo riguarda l'estensione del dovere di buona fede nei confronti del materiale normativo

discorso sull'evoluzione di breve periodo del dibattito giurisprudenziale e dottrinale sulla fideiussione bancaria. In effetti sarebbe errato credere che questo dibattito sia destinato ad assestarsi nell'alveo della buona fede.

Come già detto precedentemente, la linea di tendenza del dibattito si pone nella prospettiva della meritevolezza degli interessi.

Come ipotesi di medio- lungo periodo, correlativamente, é predicabile l'abbandono dell'ottica, tradizionale del dibattito, di << equità contrattuale >> (in senso generico, naturalmente, in termini di determinatezza dell'oggetto, dapprima e in quelli di buona fede nell'esecuzione poi) e, insieme, l'inizio di una nuova fase direttamente polarizzata sul problema della conformità funzionale del modello strutturale fideiussione bancaria con in principi ordinatori del sistema vigente. Occorre dunque dar conto delle indicazioni emerse in dottrina e giurisprudenza in materia di rapporti tra il contratto in discorso e il principio di cui all'art 1322 c.c. Si tratta, in realtà, di un punto << storico >> del dibattito : in più passi, il discorso sopra compiuto sull'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale ha risentito della forzata assenza di riferimenti al riguardo¹⁸⁰.

ricompreso nella fideiussione bancaria. Le sentenze della Cassazione si occupano solo delle clausole omnibus e di deroga all'art. 1956 c.c.; in aderenza a tale atteggiamento, l'attenzione dei commentatori si è concentrata particolarmente sulle medesime clausole. E' evidente, però che non v'è nessuna ragione per cui la regola di buona fede debba valere solo per alcune delle clausole della fideiussione bancaria : in sé la soggezione alla regola non può non riguardare tutte le clausole. Del resto, il silenzio serbato al riguardo dalle pronunce del Supremo Collegio non riveste un particolare significato, neppure sotto l'aspetto nomofilattico : il fatto é, piuttosto, che il dibattito sulla fideiussione bancaria si é focalizzato finora sulla (sola) clausola omnibus (e poi anche) su quella di deroga all'art 1956 c.c. Non é detto, peraltro, che l'indicata estensione del dovere di buona fede a (tutte) le altre clausole della fideiussione bancaria sia destinata a rimanere teorica : l'interesse negli ultimi anni crescente sulle clausole in genere rende credibile semmai, la previsione contraria (é appena il caso di precisare che ciò non significa una considerazione di tali clausole esclusivamente nella prospettiva della buona fede, più punti della disciplina contenuta nel modello ABI in se stessi sollevando, per ragioni di diverso ordine, il problema della nullità di singole clausole).

¹⁸⁰Nonostante detta "storicità", sarebbe peraltro un pò eccessivo parlare senz'altro di un vero e proprio orientamento contrario, sotto il profilo della meritevolezza, alla figura in esame. Il più delle volte si trovano espressioni di dubbi e perplessità; e, per quanto negli ultimi anni siano venuti via via ad identificarsi, i giudizi non positivi sulla meritevolezza degli interessi perseguiti con la fideiussione bancaria risultano di solito affidati, in buona sostanza , a spunti di riflessione. Con la conseguenza, tra l'altro, che l'elenco, di seguito proposto, delle ragioni che alimentano il dubbio in materia é frutto di un'opera di prima sistemazione, non definibile tout court come affatto meccanica (è utile precisare ancora che al proposito non va annessa importanza alla tematica, che ha coinvolto pure la fideiussione bancaria attiva, dell'eventuale

Il tema del confronto tra il principio dell'art. 1322. cpv., c.c. e il contratto di fideiussione bancaria non é stato fatto oggetto di soli dubbi e perplessità : a testimoniare il ruolo non marginale che esso é venuto ad assumere nel dibattito in analisi sta pure la circostanza che il tema stesso é stato esplicitamente affrontato e risolto in senso positivo da un buon numero di autori, da alcune sentenze di merito e da più sentenze del Supremo Collegio. Sul versante positivo, anzi, le posizioni appaiono univoche, prive di incertezze e imbarazzi: si tratta, in altri termini, di un vero e proprio, espresso orientamento.

Ciò nonostante, sul piano dei contenuti, l'apporto recato (finora per lo meno) da questo orientamento tutto autorizza, meno la previsione di un futuro

atipicità del contratto : ciò sia in relazione agli spunti in discorso, sia in se stessa). Invero, la riconduzione del contratto al tipo codicistico di fideiussione lascia aperto il problema della meritevolezza nei confronti di tutti gli stadi di concretizzazione dell'astratto tema causale ; e quindi lo pone , prima di tutto, per il livello specificativo rappresentato dal complesso delle condizioni generali di contratto fideiussorio predisposto nelle Nub.

- a) Si è rilevato, anzitutto, che la fideiussione bancaria comporta una compressione degli interessi dei fideiussori considerati a livello di << categoria produttiva >>, costretti a << immobilizzare, sottraendole al ciclo produttivo >>, disponibilità di danaro. In sostanza si profila il dubbio che il contratto in discorso realizzi un uso non corretto delle risorse date dal patrimonio del garante. Sempre con riguardo alle posizioni dei garanti si è annoverata la fideiussione bancaria tra i << patti che annullano la libertà d'iniziativa economica del singolo, riducendolo in stato di schiavitù nei confronti della controparte >>
- b) Con riferimento alle modalità realizzative dell'attività creditizia, poi, si è affermato che la fideiussione bancaria porta a un << totale esonero dell'azienda di credito da qualsiasi rischio di impresa >>. In specie, la concessione del credito é fatta al debitore principale contando per la restituzione in via (pressoché) esclusiva sul patrimonio del garante. La fideiussione bancaria, cioè, viene a determinare un fenomeno di deresponsabilizzazione e negligenza degli operatori bancari in sede sia di concessione del credito, sia di controllo sull'uso che del credito ricevuto fa il debitore principale , sia di restituzione del dovuto (esemplare sul punto la citata deroga all'art. 1957 c.c.). Con il risultato che esse contrasta << frontalmente >> con << la garanzia di buon uso delle risorse...latente nel sistema >>.
- c) Muovendo dalla rilevante constatazione dell' << illimitata possibilità di sostituzione >> del debitore principale da parte del fideiussore , si é giunti a sostenere, infine, che il vero scopo della fideiussione bancaria é << di consentire ad alcuni soggetti di svolgere in via indiretta e mediata (attraverso altri soggetti o attraverso una forma societaria priva di reale contenuto) una data attività economica , con la possibilità di ottenere il necessario credito dal sistema bancario, verso il quale si obbligano illimitatamente (sostituendosi in toto all'apparente imprenditore) e con la possibilità invece di escludere o limitare la propria responsabilità patrimoniale nei confronti dell'indifferenziata massa di tutti gli altri normali creditori nonché nei confronti del fisco >>. E sulla scia di questa osservazione si é concluso che il contratto in discorso risulta, << nella realtà, uno strumento socialmente dannoso e gravemente pregiudizievole per gli interessi pubblici e generali >>.

scemare della questione. Per constatarlo, basta considerare gli argomenti che sono stati adottati a sostegno della valutazione in discorso¹⁸¹.

Più in generale va notato che gli argomenti avanzati dall'orientamento in esame sembrano iscriversi, tutti e tre, in una prospettiva che prescinde, che non si confronta (sul piano del fatto e/o su quello dei valori) con le riserve critiche sul meccanismo della fideiussione bancaria sopra riferite. E se é vero che la critica risulta per certi versi << ingenerosa >>, resta comunque che la " riserva mentale " degli originari modelli ABI, di riservare il contratto in discorso a ipotesi di imprenditore occulto, non si é nemmeno tradotta in una prassi conforme. In ultima analisi, il tratto che maggiormente accredita la previsione di un futuro del dibattito polarizzato sul tema della meritevolezza degli interessi é racchiuso proprio nel confronto tra le opposte linee di pensiero : ormai da tempo sul tappeto il tema, mentre le proposizioni di dubbi e perplessità tendono a infittirsi, la valutazione di segno positivo rimane ancorata a considerazioni che, in definitiva, si situano ai bordi del problema stesso. E a contorno del rilievo appena svolto é ancora opportuno, in chiusura di esposizione, far cenno di qualche più specifico segnale al riguardo.

a) Se i commentatori delle sentenze della Cassazione dell'89 hanno valutato positivamente il passaggio della determinatezza alla buona fede da queste

¹⁸¹ Si é detto, in primo luogo, che la fideiussione bancaria esprime la positiva << finalità dell'incremento degli affari e del credito >>; si é sostenuto in secondo luogo che questo contratto << presenta l'utilità di predisporre una cautela per l'esercizio del credito, che é un'attività di rilevanza costituzionale >> ; si é rilevato infine che esso risponde << alla fondamentale esigenza di ammettere il terzo al credito per mezzo di uno strumento sufficientemente duttile da non richiedere, di volta in volta, il preventivo assenso del garante >> . In realtà, l'argomento per ultimo riferito si situa senz'altro al di qua del giudizio di meritevolezza, poichè riduce il problema della meritevolezza ad un problema di tutela del garante dagli abusi. Gli altri due argomenti, poi, all'evidenza provano troppo, implicando che qualunque figura di garanzia- comunque conformata- sia meritevole di tutela per il solo fatto o di portare un incremento quantitativo (il primo) o di essere utilizzata nel contesto di un'attività d'impresa creditizia (il secondo). In specie, il primo degli argomenti in discorso non considera proprio il punto dei costi legati all'incremento degli affari seguente all'uso della fideiussione bancaria; il secondo sopravvaluta oltre misura la norma dell' art 47 Cost., sia in se stessa (leggendola in chiave esclusiva di tutela del credito), sia nel quadro complessivo degli artt (3 ,cpv) e 41 ss., Cost. (laddove mi sembra sicuro che il credito sia assunto come " valore " non finale, bensì servente lo sviluppo economico).

compiuto, non può dirsi tuttavia che tale passaggio sia considerato come il punto di arrivo del dibattito ovvero come un risultato in assoluto soddisfacente.

Così, si è nuovamente richiamata l'attenzione sul fatto che è intrinseca alla fideiussione bancaria la potenzialità di condurre ad erogazioni di " credito facile". Segni di inquietudine sembrano trasparire anche dalle considerazioni relative all' eventuale fissazione di un importo massimo alla garanzia : taluno, per la verità, si ferma a rilevare il carattere illusorio di tale limite per un'effettiva tutela del garante ; ma altri si spinge più in là, sentendo il bisogno di << chiarire subito >> che detto limite, << per avere un significato, deve essere proporzionato sia alla normale e prevedibile attività del debitore, sia alla reale capacità economica del fideiussore >>. Con chiarezza, infine, attenta dottrina ripropone in modo esplicito e diretto proprio il problema della meritevolezza degli interessi perseguiti con la fideiussione bancaria.

b) Quanto alla giurisprudenza, va segnalata l'autorevole notazione per cui <<soltanto la consapevolezza dell'autonoma rilevanza del giudizio di meritevolezza dell' interesse ha potuto convincere la giurisprudenza più recente a ritenere invalida la c.d. fideiussione omnibus >>.

c) non manca infine, uno spunto ritraibile dalle sentenze della Cassazione dell' 89 e precisamente da quelle nn. 3385/ 7 / 8. Per la verità, queste sentenze, riproducono anch'esse (come le nn. 3362 e 3386) l'affermazione che la figura in esame è meritevole di tutela perché soddisfa l'esigenza << di concedere con rapidità e senza impacci >> credito. Tuttavia, esse affermano altresì che, ai sensi dell' art 1956 c.c., la garanzia non copre mai le concessioni di credito fatte al debitore divenuto insolvente, nel senso che in tale evenienza non varrebbe

neppure una speciale autorizzazione, ad hoc e contestuale all'erogazione, da parte del fideiussore.

A riguardo di questa seconda affermazione si é rilevato in dottrina che se, essa fosse vera, dovrebbe essere impossibile anche la fideiussione prestata ex novo a debitore già insolvente. Non v'è dubbio che il rilievo sia pertinente. Ed é chiaro allora che il vero oggetto del discorso non é più quello dei rapporti tra fideiussione bancaria e norma dell'art 1956 c.c. (completamente incentrata, appunto, sul mutamento in peius delle condizioni patrimoniali del debitore principale), bensì se sia ammissibile nel sistema vigente uno strumento di garanzia che (tra l'altro) fisiologicamente consente concessioni di " credito facile " al punto da dover contare, per la restituzione, esclusivamente sul patrimonio del garante (le stesse sentenze, del resto, sembrerebbero rendersene conto, là dove notano : << il sistema ...non può consentire che un debitore già insolvente contragga altre obbligazioni...con danno per l'economia generale >>).

Fideiussione omnibus e determinabilità dell'oggetto: Corte d'Appello di Genova - 27 dicembre 2001.

Premessa

L'estensione della garanzia fideiussoria a tutte le obbligazioni presenti e future assunte dal debitore nei confronti di una banca non é incompatibile con le previsioni dell'art 1346 c.c., sia perché l'oggetto della fideiussione é determinabile per relationem sulla base delle operazioni eseguite ed eseguite in un rapporto individuato sotto il profilo soggettivo (regolato anche dalle disposizioni sull'esercizio dell'attività creditizia), sia perché la

banca, come ogni altro contraente, é tenuta al rispetto dei doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

Solo per le fideiussioni rilasciate dopo l'entrata in vigore della L.n. 154/ 1992 occorre che sia predeterminato l'importo massimo garantito, avendo il legislatore espressamente escluso l'efficacia retroattiva della nuova disposizione. E' inammissibile la generica contestazione del fideiussore sull'entità degli interessi applicati da una banca al correntista.

Motivazioni in fatto e in diritto

L'appello é fondato e va accolto.

Invero, secondo l'insegnamento ormai consolidato del SC, l'estensione della garanzia fideiussoria a tutte le obbligazioni presenti e future assunte dal debitore nei confronti di una banca non é incompatibile con le previsioni dell'art. 1346 c.c., sia perché l'oggetto della fideiussione é determinabile per relationem sulla base delle operazioni eseguite ed eseguite in un rapporto individuato sotto il profilo soggettivo, soggetto tra l'altro alle specifiche disposizioni, anche di natura pubblicistica, che disciplinano l'esercizio dell'attività creditizia, sia perché la banca, siccome ogni altro contraente , é tenuta al rispetto dei doveri di correttezza e buona fede che regolano l'esecuzione del contratto (così Cass. 25.1. 1995, n. 888; 23.3.1996, n. 2577; 28.1. 1998 n.831, in Giur.it., 1998, 1645)¹⁸².

¹⁸² Muovendo da tali considerazioni, é stata riconosciuta, con riferimento alla situazione normativa esistente prima dell'entrata in vigore della legge 154 / 1992, la incondizionata validità delle fideiussioni c.d. " omnibus " anche sotto il profilo della determinabilità dell'oggetto, fermo il dovere di rispettare i principi di correttezza e buona fede, escludendosi l'operatività della garanzia ogni volta che l'anticipazione della banca risulta essere stata accordata in violazione di detti principi e quindi in pregiudizio delle ragioni del fideiussore. Né in proposito, essendosi il rapporto formato prima dell'entrata in vigore della legge 154/1992 possono spiegare efficacia i criteri contenuti in detta legge, che ha innovato la portata dell'art. 1938 c.c.; condizionando l'ammissibilità di una fideiussione per obbligazioni future o condizionali alla predeterminazione dell'importo massimo garantito, avendo il legislatore espressamente escluso l'efficacia retroattiva della nuova disposizione (Cass. 17.11.1999, n. 12740).

Ove si valuti la fattispecie con tali criteri, non può dubitarsi che la sentenza sia meritevole di riforma. All'asserita indeterminabilità dell'oggetto dell'obbligazione del fideiussore, l'appellante ha infatti motivatamente replicato che la determinazione era agevolmente attuabile, in relazione alle operazioni che il terzo garantito avesse eseguito, negoziando con l'istituto secondo le prassi che regolano le attività creditizie, sì che l'entità dell'esposizione del garante era rimessa, non all'arbitrio della banca, bensì alle attività del soggetto che il fideiussore liberamente aveva scelto di garantire. Per quanto attiene al rilievo della mancata ricezione degli estratti del conto relativo al debitore principale, rilievo sollevato nel giudizio di primo grado dall'opponente, si rileva da un lato che nella scheda contrattuale inter-partes espressamente il fideiussore aveva esentato la Cassa dall'onere di comunicare l'andamento del rapporto con il debitore principale (clausola E del contratto), dall'altro che era comunque onere del garante controllare in che limiti e con quali risultati fosse stato utilizzato l'affidamento, concesso dalla banca sul presupposto della responsabilità patrimoniale di entrambi (Cass. 9.12.1997, n.12450).

Quanto all'entità degli interessi per il periodo successivo al 10.3.1993, liquidati in decreto nel 18,5 % con capitalizzazione trimestrale, si rileva che tale era il tasso pattuito nel contratto di conto corrente acceso dal debitore principale, che non ne ha contestato l'entità, omettendo di opporre il provvedimento monitorio; considerato che la contestazione sull'entità dei medesimi svolta dall'opponente é stata generica, che nessuna disposizione in merito é stata assunta dalla pronuncia impugnata, che la Lupi non si é costituita nella presente fase, omettendo di svolgere domande, non può, accogliendosi anche

sul punto l'appello principale, che respingersi l'opposizione, così confermando il provvedimento monitorio impugnato.

Non si reputa di accedere alla richiesta di cancellazione dell'espressione, indicata come offensiva, di " usurari ", riferita alla misura degli interessi pretesi dalla Cassa, ritenuto che tale eccezione non esorbiti dall'ambito dell'esercizio, del diritto di difesa.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in appresso. Già da prima dell'entrata in vigore della L.n. 154/ 1992, che ha modificato il disposto dell'art. 1938 c.c., la giurisprudenza prevalente della Corte di Cassazione riconosceva l'ammissibilità della cd. " fideiussione omnibus , ossia di quel tipo di garanzia " prestata per tutte le obbligazioni che il garantito assume verso un Istituto di Credito, in dipendenza di operazioni bancarie di qualsiasi specie, tanto se in corso all'epoca del contratto (di fideiussione) quanto se intraprese successivamente¹⁸³.

¹⁸³ Più in particolare la Corte di Cassazione aveva affermato che " per il negozio fideiussorio non è indispensabile l'esistenza attuale né la conoscibilità del debito principale, bensì il semplice riferimento ad esso e cioè la mera possibilità di identificare l'obbligazione altrui e conseguentemente l'oggetto della prestata garanzia, sia che il riferimento venga attuato mediante completa descrizione di detta obbligazione (e si avrà allora determinazione dell'oggetto della garanzia medesima). Nell'ipotesi, pertanto, di garanzia fideiussoria non circoscritta ad un'obbligazione principale determinata, ma estesa ad obbligazioni future ed eventuali, non ancora venute ad esistenza al momento della sua stipulazione, l'obbligazione del fideiussore rimane immediatamente individuata tramite il rinvio ai rapporti obbligatori presenti e futuri tra due soggetti, con la conseguenza che la determinazione dell'oggetto viene compiuta dalle stesse parti contraenti, all'atto dell'assunzione della garanzia, mediante il riferimento a quei rapporti ". Su tale elaborazione giurisprudenziale è intervenuto l'art 10 della L. n. 154/1992 (Normativa d'attuazione della Direttiva CEE n. 644/ 1989), imponendo l'indicazione dell'importo massimo garantito : in dottrina e giurisprudenza è sorto peraltro il problema dell'applicabilità di quella disposizione alle fideiussioni rilasciate in epoca antecedente alla sua introduzione.

Un orientamento dottrinale ne ha considerato l'applicabilità anche ai rapporti preesistenti, per una supposta natura interpretativa della norma (così VACCARI ; IACUANIELLO BRUGGI) ; peraltro, come riferito dal SANTUCCI, l'indirizzo prevalente, anche nella giurisprudenza costituzionale, si è rivelato " quello per cui i contratti stipulati sotto la vecchia legge sono insensibili alla nuova normativa per quanto concerne le obbligazioni principali già sorte, mentre per quanto concerne le obbligazioni future, esse subiscono la nullità con effetto ex nunc, nel senso che la novella dell'art. 1938 c.c. - apportata dall'art 10 della Legge 154 del 1992 - senza incidere sulle garanzie personali prestate dal fideiussore per le obbligazioni principali sorte prima della Legge 154/ 1992, impedisce la sussistenza di quelle sorte in epoca successiva senza la previsione di un limite massimo garantito, evitando così di attribuire efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia (v. Corte Cost. 27 giugno 1997, n. 204, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 1938 c.c. proprio sulla base della considerazione che, pur avendo la legge n. 154/1992 carattere innovativo e non applicandosi retroattivamente, tuttavia ciò non implicava che la disciplina

La Corte d'Appello di Genova ha considerato inammissibile, in quanto generica, la contestazione del fideiussore sull'entità degli interessi bancari (liquidati in decreto ingiuntivo ad un tasso del 18,5 % annuo con capitalizzazione trimestrale). Fino al 1999 nella giurisprudenza del Tribunale di Genova erano costanti le declaratorie di inammissibilità delle contestazioni sugli interessi (mosse dall'obbligato principale e/o dai fideiussori), se formulate in guisa di generiche contestazioni del " saldaconto prodotto dalla banca ", "dell'entità del debito venutosi a creare ", di " errori non meglio precisati ". Oggi invece quando le banche non versano in atti la serie integrale degli estratti conto inviati in corso di rapporto e addirittura non provano di aver rideterminato il proprio credito " scorporando " gli interessi capitalizzati (in ultimo solo trimestralmente, considerandosi legittima la capitalizzazione annuale degli interessi), i giudici del Tribunale di Genova dispongono d'ufficio delle consulenze tecniche per la rideterminazione dei loro crediti : tali consulenze sono state ritenute ammissibili anche in ipotesi nelle quali le parti si erano originariamente astenute dal contestare giudizialmente la capitalizzazione degli interessi, sull' assunto che le specifiche eccezioni sarebbero rilevabili pure d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

La polizza fideiussoria come garanzia atipica: Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili n. 3947 / 2010 .

precedente acquistasse carattere ultrattivo, tale da consentire che la garanzia personale prestata dal fideiussore assista non solo le obbligazioni principali sorte prima dell'entrata in vigore della legge n. 154/1992, ma anche quelle successive, in modo da attribuire efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia). Alla Corte Costituzionale ha fatto subito eco la Cassazione che ha ribadito che l'innovazione legislativa, introdotta dall'art 10 della Legge n. 154/1992, che stabilisce la nullità delle fideiussioni per le obbligazioni future senza limitazione di importo, pur non incidendo sulla garanzia per le obbligazioni principali già sorte, escludendo che si producano ulteriori effetti e che la fideiussione possa assistere obbligazioni principali successive al divieto di garanzia senza limite.

La giurisprudenza di questa corte ha seguito, nel tempo, itinerari interpretativi non sempre univoci sul tema dei rapporti tra fideiussione e cd. Garantievertrag, pur avendo di recente manifestato una sempre maggiore consonanza di pensiero nella strutturazione di una sempre più indispensabile actio finium regundorum tra le due fattispecie. Già all'indomani della pronuncia della Cass. ss. uu. n. 7341 del 1987, nella quale apparve ancora nebulosa, ai commentatori e agli interpreti più accorti, la distinzione tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione con clausola solve et repete, le linee portanti dei due istituti verranno più pensosamente esplorate al sempre più nitido delinearsi dei caratteri tipici del contratto autonomo di garanzia, che (sorto alla fine dell'800 in Inghilterra e in Germania per soddisfare evidenti e pressanti esigenze di semplificazione del commercio internazionale), approda, non senza contrasti, nel nostro Paese con indiscutibile ritardo, attesa la problematica compatibilità della nuova fattispecie con i tradizionali parametri cui dottrina prevalente e giurisprudenza pressoché unanime erano avvezzi a far riferimento in materia negoziale: da un lato, il dogma della accessorietà "necessaria" del negozio di garanzia titolato, dall'altro, il requisito della causa negotii tralaticciamente intesa come funzione "economico sociale" del negozio - quantomeno fino alla recente svolta di questa corte di legittimità di cui alla sentenza 10490/2006, autorevolmente confermata dalle sezioni unite, con la sentenza n. 26972/2008¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Incertezze e disarmonie interpretative trassero linfa dalla peculiarità di una fattispecie felicemente definita (Trib. Torino, 29 agosto 2002), come "un articolato coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni tra il destinatario della prestazione (e beneficiario della garanzia), il garante (sovente una istituto di credito), e il debitore della prestazione (ordinante la garanzia atipica)", in attuazione di una complessa operazione economica destinata a dipanarsi, sotto il profilo della struttura negoziale, attraverso una scansione diacronica di rapporti, il primo (di valuta), corrente tra debitore e creditore, tra cui viene originariamente pattuito l'adempimento di una certa prestazione del primo nei confronti dell'altro, il secondo (di provvista), destinato a intervenire tra debitore e futuro garante, con esso pattuendosi l'impegno di quest'ultimo a garantire il creditore del primo rapporto, il terzo nascente, infine, tra creditore e garante, con quest'ultimo senz'altro obbligato ad adempiere alla prestazione del debitore a semplice richiesta del primo nel caso di

L'elemento caratterizzante della fattispecie in esame viene individuato nell'impegno del garante a pagare illico et immediate, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative ai rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c., caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria. Elisione del vincolo di accessorietà e scissione della garanzia dal rapporto di valuta caratterizzano sul piano funzionale il Garantievertrag, la cui causa concreta viene correttamente individuata in quella di assicurare la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario (ovvero ancora in quella di sottrarre il creditore al rischio dell'inadempimento, trasferito nei fatti su di un altro soggetto, "istituzionalmente" solvibile), il quale può così porre affidamento su di una rapida e sollecita escussione di una controparte affidabile, senza il rischio di vedersi opporre, in sede processuale, il regime tipico delle eccezioni fideiussorie¹⁸⁵.

inadempimento del secondo (rapporti ai quali non risulterà poi inusuale l'aggiunta di una quarta convenzione negoziale collegata, quella tra un secondo istituto di credito contro-garante e banca prima garante, avente lo stesso contenuto del primo rapporto di garanzia).

¹⁸⁵ E' in tali sensi che par lecito discorrere, a proposito del contratto atipico di garanzia, di una funzione di tipo "cauzionale" - mentre la sua più frequente utilizzazione rispetto al deposito di una vera e propria cauzione trae linfa proprio in ragione della sua minore onerosità e della possibilità di evitare una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali (conseguenza ineludibile del deposito cauzionale): è in conseguenza di tali aspetti funzionali che la garanzia muta "geneticamente" da vicenda lato sensu fideiussoria in fattispecie atipica che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, persegue un interesse certamente "meritevole di tutela", identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali).

Emerge così, in via definitiva, sotto il profilo causale, la disarmonia morfologica e funzionale con la fideiussione (volta a garantire l'adempimento di un debito altrui), sopravvivendo resti di omogeneità tra i due "tipi" negoziali soltanto nella misura in cui, attorno alle due fattispecie, orbita ancora il concetto di garanzia, pur nelle non riconciliabili differenze di gradazioni "che il rapporto con la garanzia stessa può assumere lungo lo spettro, unico, che conduce dalla accessorietà alla autonomia e che delinea il Garantievertrag entro ben determinati limiti di operatività: da un lato, un limite iniziale, costituito (soltanto) dalla illiceità della causa del rapporto di valuta, dall'altro, un limite funzionale, rappresentato dall'abuso del diritto da parte del beneficiario, la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*, che si verifica qualora la richiesta appaia fraudolenta e con esclusione della buona fede del beneficiario", come, di recente, un'attenta dottrina non ha mancato di osservare, aggiungendo ancora come l'indagine sulla volontà dei contraenti andrebbe più propriamente condotta lungo il sentiero ermeneutico dell'accertamento della carenza dell'elemento dell'accessorietà, destinato ad emergere, in concreto, attraverso l'adozione di un complesso di regole interpretative, testuali ed extratestuali, ritenendosi, in particolare, che la clausola "a prima richiesta" o "a semplice richiesta" possa alternativamente rappresentare diversi "tipi" funzionali, a grado di intensità

Criterio interpretativo utile ad orientare l'interprete verso l'autonomia della vicenda di garanzia divisata dalle parti riposa ancora sull'individuazione - nell'ambito di una lettura complessiva delle singole convenzioni negoziali - di una sua eventuale funzione "cauzionale": la peculiarità propria del *Garantievertrag* è difatti quella di consentire al creditore di escutere il garante con la stessa, tempestiva efficacia con cui egli potrebbe far proprio un versamento cauzionale. La funzione cauzionale sarebbe soddisfatta, e l'autonomia della garanzia sarebbe conseguentemente rinvenuta, secondo alcune pronunce di questa corte, tutte le volte che la relativa convenzione attribuisca al creditore la facoltà di procedere ad immediata riscossione delle somme, a prescindere dal rapporto garantito, realizzando così una funzione del tutto simile a quella dell'incameramento di una somma di denaro a titolo di cauzione (Cass. 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 6 aprile 1998, predicative di un principio di diritto condiviso da autorevole dottrina). Con particolare riguardo alle polizze fideiussorie (sulle quali, funditus, tra le altre, Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, pres. Rossi, rel. Bibolini, mentre l'orientamento tradizionale, che le inquadrava tout court nell'ambito della fideiussione, sembra risalire a Cass. 17 giugno 1957, n. 2299), si è più volte sottolineato come esse concretino un rapporto di un soggetto (una compagnia

crescente: il primo, rigorosamente procedimentale, volto alla sola inversione dell'onere probatorio; il secondo, determinativo dell'effetto di solve et repete, per ciò solo del tutto inscritto (ancora) nell'orbita del negozio fideiussorio; il terzo, di sostanziale separazione del diritto all'adempimento della autonoma obbligazione di garanzia rispetto al contratto sottostante.

Largamente prevalente, in proposito, appare l'orientamento giurisprudenziale (avallato dalla dottrina maggioritaria), predicativo della decisiva rilevanza di clausole che sanciscano l'impossibilità, per il garante, di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base che spettano al debitore principale (così, tra le altre, Cass. 31 luglio 2002, n. 11368; Cass. 20 luglio 2002, n. 10637; Cass. 7 marzo 2002, n. 3326; Cass. 19 giugno 2001, n. 8324; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10684; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 6 aprile 1998, n. 3552), mentre alcune pronunce di merito fondano la ricostruzione del *Garantievertrag* su altri elementi del tessuto negoziale, quali la previsione di un termine breve entro cui il garante è obbligato al pagamento, la decorrenza di tale termine dal ricevimento della richiesta del beneficiario, l'espressa esclusione del beneficio della preventiva escussione (ex aliis, Trib. Milano 22 ottobre 2001).

di assicurazioni o un istituto bancario) che, dietro pagamento di un corrispettivo, si impegna a garantire in favore di altro soggetto l'adempimento di una determinata obbligazione assunta dal contraente della polizza, strumento contrattuale che, pur non essendo espressamente disciplinato dal codice del '42, è menzionato in molte leggi speciali che lo prevedono come forma di garanzia sostitutiva della cauzione reale, normalmente richiesta per chi stipula - come nel caso di specie - contratti con la P.A.¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Disattesa pressoché unanimemente la ricostruzione volta a riconoscere natura essenzialmente assicurativa alla fattispecie (risulta essersi pronunciata in tal senso la sola, peraltro assai risalente, Cass. 9 luglio 1943), la giurisprudenza di questa corte, sia pure nell'ambito dell'orientamento (che appare ormai minoritario) applicativo delle norme di cui agli artt. 1936 e ss. c.c. ha in passato ritenuto che la polizza de qua costituisse un sottotipo innominato di fideiussione, giudicando decisivo a tal fine il permanere della funzione di garanzia dell'adempimento di una altrui obbligazione, pur in presenza di elementi caratteristici idonei a distinguerla all'interno della fattispecie tipica della fideiussione come disciplinata dal codice (l'assunzione, cioè, della garanzia secondo modalità tecnico-economiche dell'assicurazione: tra le meno recenti, Cass. 8 febbraio 1963, n. 221; 9 giugno 1975, n. 2297; 17 novembre 1982, n. 6155). La maggior parte delle pronunzie, di converso (Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, poc'anzi citata; Cass. 9 gennaio 1975, n. 1709, in Giust. civ. Mass., 1975; Cass. 14 marzo 1978, n. 1292, ivi, 1978; Cass. 25 ottobre 1984, n. 5450) avrebbe viceversa posto l'accento sul carattere decisamente atipico della polizza, separando la questione della determinazione della disciplina applicabile al contratto da quella dell'individuazione del tipo nominato cui la polizza stessa appaia in sè riconducibile - ma circoscrivendo pur sempre il tema della atipicità alla alternativa tra causa assicurativa e causa fideiussoria (entrambe compenetrare in parte qua nel contratto); gli aspetti prevalenti, e tendenzialmente assorbenti resteranno, però, quelli tipici della fideiussione, con conseguente applicazione delle norme di cui agli artt. 1936 e ss. c.c.

La dottrina, dal suo canto, ha ritenuto di poter individuare tre tipi di polizze fideiussorie: quelle in cui l'obbligo del garante dipende dall'esistenza dell'obbligo del debitore principale; quelle in cui l'obbligo del garante è indipendente da quello del debitore principale; quelle, infine, in cui il beneficiario, per ottenere il pagamento della garanzia, deve provare, in genere mediante documenti indicati nella polizza stessa, alcuni fatti attinenti al rapporto principale (in tal guisa ritenendo applicabile la disciplina della fideiussione alle sole polizze del primo tipo, per effetto della permanenza del carattere accessorio dell'obbligo assunto dal garante, e iscrivendo le altre nell'orbita dei contratti autonomi di garanzia).

Quanto alla giurisprudenza più recente, va in limine osservato come, tra le sentenze citate dall'odierno contro-ricorrente, quelle di cui a Cass. 4 luglio 2003, 10574 (Pres. Genghini, rel. Marziale) e a Cass. 7.1.2004, n. 52 (Pres. Fiducia, est. Finocchiaro), pur contenendo alcune tra le più chiare distinzioni tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia, non esplorino specificamente il terreno delle polizze fideiussorie: nella prima pronuncia si legge, difatti, che la deroga all'art. 1957 cod. civ. non può ritenersi implicita nell'inserimento, nella fideiussione, di una clausola di "pagamento a prima richiesta" o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore, che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorialità tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché, comunque, la presenza di una clausola siffatta non assume rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o come "fideiussione", potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorialità, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, (non all'esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione

Passando, allora, alla analisi specifica dei più significativi, precedenti di legittimità in subiecta materia, deve essere considerato:

Da un canto:

1) il *dictum* di cui a Cass. 2 aprile 2002, n. 4637 (Pres. Giustiniani, rel. Di Nanni), la quale, dopo la generale premessa secondo cui il contratto atipico di garanzia autonoma si differenzia dalla fideiussione per la mancanza dell'elemento dell'accessorietà, nel senso che il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni fondate sulla validità o efficacia del rapporto di base, ha poi escluso, nella specie, che valessero a snaturare il contratto tipico di fideiussione ed a qualificarlo come garanzia autonoma le diverse previsioni contrattuali di un termine per il pagamento decorrente dalla richiesta, dell'esclusione del beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della non necessità del consenso di quest'ultimo al pagamento da parte del garante, del divieto per il garantito a sollevare obiezioni sullo stesso pagamento (nella motivazione della sentenza, si legge ancora che in particolari rapporti, specie quelli di appalto, nella pratica da tempo è invalso l'uso che l'appaltatore, per evitare l'immobilizzazione di somme dovute a scopo cauzionale, presti al committente garanzie bancarie o assicurative di pagamento incondizionato ed irrevocabile di quanto è da lui dovuto: ciò consente all'appaltatore di non versare la cauzione e garantisce l'appaltante

giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola; nella seconda, ancora, che, ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Ne consegue che la carenza dell'elemento dell'accessorietà, che caratterizza il contratto autonomo di garanzia ("performance bond") e lo differenzia dalla fideiussione, deve necessariamente essere esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica, clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto (con riguardo, peraltro, a vicenda inerente ad un preliminare di vendita con fideiussione bancaria).

che conseguirà le garanzie a semplice richiesta, purché siano rispettate le forme previste,

specificandosi, subito dopo, che questo risultato, peraltro, può essere realizzato anche attraverso una fideiussione, quando il contratto è articolato in modo atipico, prevedendo, ad esempio, deroghe diverse rispetto alla disciplina della fideiussione, come quella dell'esclusione del beneficio della preventiva escussione, ex art. 1944 cod. civ., oppure quella dell'esclusione per il fideiussore di opporre al creditore principale le eccezioni appartenenti al debitore principale, ex art. 1945 c.c.);

2) Le affermazioni di cui a Cass. 6 aprile 1998, n. 3552 (Pres. Iannotta, rel. Preden), ove si legge che, al contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. Riveste carattere derogatorio rispetto alla disciplina della fideiussione, la clausola con la quale venga espressamente prevista la possibilità, per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni". In tal caso, in deroga all'art. 1945, è preclusa al fideiussore l'opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale, restando in ogni caso consentito al garante di opporre al beneficiario "l'exceptio doli", nel caso in cui la richiesta di pagamento immediato risulti "prima facie" abusiva o fraudolenta.

3) I principi di cui a Cass. 18 maggio 2001 n. 6823 (Pres. Fiducia, rel. Manzo), secondo cui la cosiddetta assicurazione fideiussoria costituisce una figura

contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed è contraddistinta dall'assunzione dell'impegno, da parte (di una banca o) di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente. E', poi, caratterizzata, dalla stessa funzione di garanzia del contratto di fideiussione, per cui è ad essa applicabile la disciplina legale tipica di questo contratto, ove non derogata dalle parti;

Dall'altro :

1) I principi di diritto affermati da Cass. 21 aprile 1999, n. 3964 (Pres. Iannotta, rel. Lupo) e 19 giugno 2001, n. 8324 (Pres. Greco, rel. Macioce), a mente della quali, ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia, oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o a "prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 cod. civ. (in entrambi i casi la fattispecie, analoga a quella oggetto del presente ricorso, aveva a sua volta ad oggetto una polizza fideiussoria cauzionale: i giudici di merito, con consonanti decisioni, confermate in punto di diritto da questa corte, ritennero di dover qualificato in termini di autonomia la convenzione di garanzia stipulata, valorizzando la clausola secondo cui la società garante avrebbe dovuto pagare entro un breve termine dalla richiesta del creditore, dopo semplice avviso al debitore principale, di cui non era richiesto il consenso

e che nulla avrebbe potuto eccepire in merito al pagamento, anche in sede di rivalsa del garante, e opinando, in particolare, che la stessa apposizione di un termine breve precludesse a 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 dell'appaltatore e della legittimità della richiesta dell'amministrazione garantita).

2) Il recente dictum di cui a Cass. 2008, n. 2377, ove si legge che la polizza fideiussoria prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore costituisce una garanzia atipica in quanto essa, non potendo garantire l'adempimento di detta obbligazione, perché connotata dal carattere dell'insostituibilità, può semplicemente assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento, risultando, quindi, estranea all'ambito delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili, caratterizzate dall'identità della prestazione, dal vincolo della solidarietà e dall'accessorietà, ed essendo, invece, riconducibile alla figura della garanzia di tipo indennitario - cosiddetta "fideiussio indemnitis" -, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto che la polizza fideiussoria oggetto di controversia dovesse qualificarsi come garanzia atipica in quanto non finalizzata a garantire la restituzione di un credito erogato dalla Provincia autonoma di Bolzano a fondo perduto per un progetto di riconversione industriale finalizzato al raggiungimento dei livelli occupazionali ed economici preventivati, giacché detta restituzione sarebbe stata richiesta dalla medesima Provincia unicamente nel caso in cui il mutuatario non fosse stato in grado di adempiere al promesso

piano di riconversione industriale)¹⁸⁷. Sulla scorta di tali premesse, l'intervento delle sezioni unite deve, da un canto, definitivamente chiarire i tratti differenziali, sul piano morfologico, funzionale e interpretativo, tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia; dall'altro,

¹⁸⁷ Un ulteriore passo avanti verso la automaticità dell'equazione Polizza fideiussoria dell'appaltatore = Garantievertrag sembrerebbe implicitamente potersi rinvenire nella sentenza (ritenuta, in dottrina, "una inspiegabile rottura, o quantomeno una forzatura, rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale") di cui a Cass. 27.5.2002, n. 7712 (Pres. Giuliano, est. Durante), a niente della quale, ove sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, la polizza fideiussoria non è configurabile come fideiussione, bensì come garanzia atipica, in quanto l'insostituibilità della prestazione fa venire meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore possa pretendere da lui soltanto un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (nella specie la Suprema Corte riconoscerà la validità della polizza fideiussoria, a mezzo della quale una società assicuratrice aveva garantito l'adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore, sebbene la sua stipulazione fosse stata addirittura posteriore al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione garantita. In sede di commento alla pronuncia, non si è mancato di osservare come quest'ultima ancori la propria ratio decidendi al sillogismo per cui: 1) la polizza fideiussoria - a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore - assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale (premessa maggiore); 2) il creditore può pretendere dal garante solo un indennizzo o risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (premessa minore); 3) la polizza fideiussoria è valida anche se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite (conclusione), sillogismo del quale si dicono condivisibili le premesse (sia quella maggiore che quella minore), ma non la conclusione. Va infine ricordato come, ancora più di recente, Cass. 21 febbraio 2008, n. 4446 (Pres. Velia, rel. Mensitieri), abbia avuto modo di operare una sorta di "sintesi" riepilogativa delle posizioni assunte da questa corte in tema di polizze fideiussorie, alla luce della quale: al contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. La clausola con la quale venga espressamente prevista la possibilità, per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni" riveste carattere derogatorio rispetto alla disciplina della fideiussione. Siffatta clausola, risultando incompatibile con detta disciplina, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante/beneficiario (Cass. 1/6/2004 n. 10486); in tema di garanzia personale, la cosiddetta assicurazione fideiussoria o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale, è una figura intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed è caratterizzata dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo in caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal terzo. Poiché infatti le norme contenenti la disciplina legale tipica della fideiussione sono applicabili se non sono espressamente derogate dalle parti, portata derogatoria deve riconoscersi alla clausola legittima in virtù del principio di autonomia negoziale - con cui le parti abbiano previsto la possibilità per il creditore garantito di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni", in quanto preclude al garante l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c.. Siffatta clausola, risultando incompatibile con la disciplina della fideiussione, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante/beneficiario (Cass. 14/2/2007 n. 3257); nella ipotesi in cui la durata di una fideiussione sia correlata non alla scadenza della obbligazione principale ma al suo integrale adempimento, l'azione del creditore nei confronti del fideiussore non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c., (Cass. 27/11/2002 n. 16758; 19/7/1996 n. 6520; 24/3/1994 n. 2827); la clausola con la quale il fideiussore si impegni a soddisfare il creditore a semplice richiesta del medesimo configura una valida espressione di autonomia negoziale e da vita ad un contratto atipico di garanzia, che pur derogando al principio dell'accessorietà, non fa venir meno la connessione tra rapporto fideiussorio e quello principale (Cass. 12/1/2007 n. 412).

risolvere il contrasto circa la natura delle polizze assicurative cd. "fideiussorie", sia su di un piano generale, sia nella specifica dimensione, più propriamente oggetto di dubbi ermeneutici, delle convenzioni negoziali stipulate dall'appaltatore di opere pubbliche, con particolare riguardo, in quest'ultima ipotesi, e per quanto di interesse a fini interpretativi:

Alla disciplina normativa speciale abrogata, di cui, tra l'altro, al D.P.R. n. 1063 del 1962 - oggi abrogato dal D.P.R. n. 544 del 1999, art. 231 - il cui art. 3 disponeva che la cauzione cui è tenuto l'aggiudicatario deve essere prestata in numerario o in titoli di Stato, e può essere costituita, da fideiussione bancaria; alla L. n. 348 del 1982 - a sua volta abrogata dal D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 354, comma 1, - il cui art. 1 prevedeva che la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro Ente pubblico potesse prestarsi, tra l'altro, con polizza assicurativa rilasciata da imprese di assicurazione debitamente autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni; alla L. n. 109 del 1994 (con riferimento alla quale la garanzia fideiussoria contemplata all'art. 30 è stata assimilata ad una vera e propria caparra confirmatoria dalla 4^a sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 29 marzo 2001, n. 1840) - anch'essa abrogata dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 256, comma 1, recante il cd. "nuovo codice dei contratti pubblici" -; alle circolari ministeriali autorizzative (la n. 145 del 7.1.1960 e la n. 433 del 16.11.1979, ove si legge che le assicurazioni cauzionali assolvono alla stessa funzione giuridico-economica di una cauzione in denaro o in altri beni reali);

Alla disciplina attualmente vigente, in particolare all'art. 75 del nuovo codice dei contratti pubblici, a mente del quale la garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, va prestata sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

La cauzione può essere costituita in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, mentre la fideiussione può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari, e deve prevedere espressamente tanto la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, quanto la rinuncia, all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Anche alla luce di tale plesso normativo potrà essere, così, efficacemente verificata la esattezza, o meno, della tesi secondo cui, ove la cauzione sia sostituita da altra forma di garanzia prevista per legge (nella specie, quella che il codice del 2006 espressamente qualifica come "fideiussione"), questa debba offrire, o meno, alla P.A. un analogo risultato sul piano funzionale, e cioè l'incondizionato e pressoché automatico incameramento della somma in caso di inadempimento dell'aggiudicatario". 5. Il ricorso è fondato.

Avverso la sentenza della corte d'appello di Perugia la ATER propone quattro motivi di impugnazione, chiedendo all'adita corte di legittimità di interpretare la convenzione negoziale per la quale è processo in termini di contratto autonomo di garanzia alla luce sia della previsione di un obbligo di pagamento entro un breve termine (dalla richiesta scritta) - non rilevando, in senso contrario, il mancato uso di espressioni quali "a semplice" o "a prima richiesta", atteso che l'interpretazione della convenzione negoziale de qua andrebbe viceversa desunta dalla relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia -; sia dell'impegno assunto dalla ditta debitrice di rimborsare al garante tutte le somme versate, con espressa

rinuncia a sollevare qualsiasi eccezione; sia della normativa pubblicistica all'uopo richiamata - che considera(va) la polizza come sostitutiva di una cauzione dovuta dall'appaltatore in favore dello Stato o di altro ente pubblico. La ricorrente deduce, di conseguenza, l'inapplicabilità, alla fattispecie, della decadenza di cui all'art. 1957 c.c., ovvero la deroga a tale disposizione, dovendo ritenersi che la proposizione dell'istanza scritta di pagamento sia indice inequivoco della volontà dell'ente creditore di avvalersi della garanzia. I motivi di ricorso appaiono meritevoli di accoglimento, per quanto di ragione. E' opportuno premettere, ad avviso del collegio, alcune più generali premesse in ordine ai rapporti tra negozio tipico di fideiussione e negozio atipico di garanzia (cd. Garantievertrag) che consentano di pervenire a soddisfacente soluzione in diritto con riguardo alla vicenda processuale di cui queste sezioni unite risultano oggi investite. E' prassi ormai sempre più frequente, nel sottosistema civilistico delle garanzie personali, che contratti di identico contenuto siano indicati con nomi diversi, come accade, in particolare, in tema di polizza fideiussoria, denominata, di volta in volta, "assicurazione cauzionale", "cauzione fideiussoria", "polizza cauzionale", "fideiussione assicurativa". La polizza fideiussoria è, sotto il profilo genetico, un negozio stipulato dall'appaltatore su richiesta del committente e in suo favore, strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente (così, ex aliis, Cass. n. 11261/2005); il terzo non è parte, né in senso sostanziale né in senso formale, del rapporto, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicché la sua adesione si configura

quale mera condicio iuris sospensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile per facta concludentia, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile ed immodificabile ex art. 1411 c.c., comma 3 (Cass. n. 23708/2008 e n. 13661/1992); non rileva, difatti, che il contratto sia stato eventualmente stipulato anche con la partecipazione del creditore garantito, derivandone l'esclusivo effetto di obbligare direttamente la compagnia assicuratrice nei confronti del creditore stesso ed impedire che quest'ultimo, quale beneficiario della prestazione negoziata a suo favore dal debitore, possa dichiarare di non aderire alla stipulazione secondo la disciplina del contratto a favore del terzo (Cass. n. 7766/1990), anche se, alla forma giuridica bilaterale della stipulazione - in relazione alla quale il committente è terzo - corrisponde un'operazione economica sostanzialmente trilatera, in cui l'unica parte effettivamente interessata alla validità del contratto è il beneficiario della polizza, che ad essa condiziona l'erogazione delle sue prestazioni, potendo lo stipulante appaltatore anche non avere interesse all'effettiva validità ed efficacia dell'assicurazione (così, ancora, Cass. n. 23708/2008).

Deve, pertanto, convenirsi con la più attenta dottrina che ricostruisce la fattispecie riconoscendo al debitore principale la qualità di parte del contratto - per assumerne la veste di stipulante -, al garante la veste di promittente, al creditore principale quella di (terzo) beneficiario (con la precisazione che, nella normalità dei casi, il testo della garanzia viene in realtà imposto dal beneficiario, il quale non lascia al debitore ordinante margini di negoziazione in ordine alle condizioni contrattuali: né è escluso che il garante, su incarico del

cliente-debitore, stipuli il contratto direttamente con il creditore)¹⁸⁸. Secondo un primo orientamento della giurisprudenza di questa corte, poiché la causa del negozio de quo consiste sostanzialmente nel garantire l'adempimento ("sostitutivo o di regresso": Cass. n. 1292/1978 cit.) della prestazione dovuta al creditore da un terzo, troverebbe applicazione la disciplina legale tipica della fideiussione, ove non espressamente derogata, potendo le parti, nella loro

¹⁸⁸ E' questa una prima, essenziale differenza morfologica rispetto allo schema tipico delle convenzioni fideiussorie, che, caratterizzate dalla funzione di garantire un'obbligazione altrui, intercorrono esclusivamente tra il fideiussore e il creditore (così, tra le tante, Cass. n. 1525/1984, che non manca di sottolineare come, ai sensi dell'art. 1936 c.c., comma 2, la fideiussione sia efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza: la differenza parrebbe attenuarsi nel dictum di cui a Cass. n. 3940/1995, a mente della quale la fideiussione "può anche essere stipulata con l'intervento del debitore o tra quest'ultimo ed il garante, in modo da configurare un contratto a favore del terzo creditore che, dichiarando di voler profittarne, rende irrevocabile la stipulazione, ai sensi dell'art. 1411 c.c.", secondo una ricostruzione strutturale della fattispecie che parrebbe peraltro evocare, più propriamente, l'istituto dell'accollo cumulativo esterno, oltre che confliggere con il preciso dictum normativo di cui all'art. 1936 c.c., che identifica le parti del contratto nel creditore e nel garante). Altra differenza funzionale rispetto alla fideiussione è costituita dall'essere la polizza o assicurazione fideiussoria "necessariamente onerosa" in quanto assunta dall'assicuratore in corrispettivo del pagamento di un premio (Cass. n. 221/1963), mentre la fideiussione può essere anche a titolo gratuito (nel qual caso il contratto, ponendo obbligazioni a carico di una sola parte, si perfeziona in forza del disposto dell'art. 1333 c.c.: Cass. n. 9468/1987). Quanto alla natura giuridica delle polizze, la giurisprudenza di questa corte le ha diacronicamente considerate, sotto l'aspetto tipologico, di volta in volta come sottotipo innominato di fideiussione (Cass. n. 221/1963), come figura contrattuale intermedia fra il versamento cauzionale e la fideiussione, come contratto atipico, come contratto misto risultante dalla fusione di elementi propri di vari contratti (tra le tante: Cass. n. 2899/1968; n. 1292/1978; n. 6155/1982; n. 5981/1986; n. 6499/1990; n. 13661/1992; n. 3940/1995; n. 6823/2001; n. 11261/2005; n. 3257/2007; n. 14853/2007; n. 11890/2008, in motivazione; n. 12871/2009). In particolare, diversamente dalla cauzione, la prestazione viene assunta da un terzo (garante) e non dallo stesso debitore obbligato, mentre manca il versamento anticipato di una somma di denaro, così evitandosi l'effetto negativo di una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali; diversamente dalla fideiussione, l'impegno del garante è di estensione tale da consentire al creditore principale di soddisfarsi in via di autotutela, cioè di realizzare il suo credito sui beni oggetto della garanzia (seppur non tramite l'incameramento della cauzione ma) mediante un atto unilaterale costituito da una richiesta della somma assicurata (in caso di inserimento della clausola "a semplice" o "prima richiesta"), all'esito di un accertamento unilaterale ed insindacabile dello stesso creditore in ordine alla ricorrenza delle condizioni previste per l'escussione. Va altresì sottolineato che, pur essendo prestata spesso da un'impresa di assicurazione, la funzione della polizza non consiste nel trasferimento o nella copertura di un rischio - che assume un rilievo assai marginale, essendo la prestazione del garante svincolata da un preciso ed obiettivo accertamento del suo presupposto (il quale è demandato allo stesso beneficiario) - ma in quella di garantire al beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dallo stesso contraente, anche quando l'inadempimento sia dovuto a volontà dello stesso e questi sia solvibile.

autonomia contrattuale, richiamare le norme sull'assicurazione per quanto riguarda i rapporti tra il debitore contraente e l'assicuratore (Cass. n. 5450/1984 ritiene, pertanto, applicabili le norme sulla fideiussione, considerata come rapporto tipico "prevalente", e in particolare l'art. 1941 c.c. secondo cui la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore né può essere prestata a condizioni più onerose; mentre Cass. n. 11038/1991 e n. 6757/2001 si esprimono nel senso che, nelle ipotesi di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente-debitore in ordine alla formazione del rapporto principale, non trovi applicazione la disciplina dell'art. 1892 c.c. sull'assicurazione, dovendo la validità del contratto essere piuttosto valutata alla stregua delle regole dell'annullabilità per errore o dolo.

Peraltro, in senso opposto, Cass. n. 2297/1975, n. 3457/1981, n. 7028/1983, n. 14656/2002 si esprimono nel senso dell'applicabilità della normativa sull'assicurazione, in particolare dell'art. 2952 c.c., comma 1, quanto alla prescrizione annuale delle rate di premio). Di segno speculare, invece, l'orientamento secondo il quale (pur ritenendosi la convenzione in parola - tanto se diretta a garantire al beneficiario l'adempimento dell'obbligazione originariamente assunta verso di lui dal contraente della polizza quanto se volta ad assicurargli la somma dovuta per inadempimento o inesatto adempimento funzionale a garantire un obbligo altrui secondo lo schema previsto dall'art. 1936 cod. civ., affiancando al primo un secondo debitore di pari o diverso grado), la polizza fideiussoria, se prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, non ripete i caratteri morfologici della fideiussione, ma si configura come garanzia atipica (cd. *fideiussio indemnitis*), in quanto l'infungibilità della prestazione dell'appaltatore fa venir meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore può pretendere da lui

solo un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (così, tra le altre, Cass. n. 7712/2002; Cass. n. 2377/2008). Questo secondo orientamento trae linfa dalla considerazione per cui elemento "normale ed essenziale" del vincolo fideiussorio è pur sempre l'identità con l'obbligazione principale nella sua stessa quantità e nelle sue stesse condizioni. Dal suo canto, autorevole dottrina evidenzia che la polizza non mira a garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale (come accade nella fideiussione), ma ad assicurare al creditore la presenza di un soggetto solvibile in grado di tenerlo indenne dall'eventuale inadempimento del medesimo, ciò che dimostrerebbe il venir meno di uno degli elementi strutturali della fideiussione, vale a dire l'accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella del debitore principale, con conseguente slittamento verso il modello del contratto autonomo di garanzia e inadeguatezza del modello legale fideiussorio (erroneamente applicato secondo la teoria della prevalenza o dell'assorbimento, ove la disciplina normativa viene individuata attraverso l'incorporazione del contratto nel tipo prevalente o che più gli assomiglia). La medesima dottrina propone, così, l'applicazione del cd. metodo "tipologico", che consentirebbe di rintracciare, nella trama del contratto in questione, sottostrutture negoziali differenti mediante un'opera di destrutturazione del contratto che offra all'interprete l'opportunità di individuare diverse caratteristiche tipologiche che solo successivamente verranno utilizzate al fine di determinare (sempre senza valicare i limiti dell'incompatibilità) il mix disciplinare che meglio risponde all'esigenza di regolare il rapporto (mentre da altra parte si invita a considerare la naturale propensione delle polizze a modellarsi in funzione delle diverse esigenze di garanzia di volta in volta soddisfatte e a cogliere e valorizzare il *quid proprium* delle diverse

configurazioni assunte nella prassi, rifuggendo da aprioristici tentativi di generalizzazione e di riduzione a un "tipo"). Sulla polizza fideiussoria si riverbera così l'eco del dibattito sul contratto autonomo di garanzia (Garantievertrag) e sulla sua causa. Su tale tema, pare sufficiente, considerare che secondo una diffusa opinione, la funzione del Garantievertrag è quella di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che non sempre consiste in un dare ma può anche riguardare un fare infungibile, contrariamente a quanto accade per il fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante). In altri termini, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento dell'(unica) prestazione principale - per cui il fideiussore è un "vicario" del debitore -, l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante - sia perché non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perché non rivolta al pagamento 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.

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 soddisfacitorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto. Ancora con specifico riguardo alle polizze fideiussorie, l'introduzione, nelle condizioni generali di contratto, di clausole di pagamento con diciture "a semplice" o "a prima richiesta (o domanda) ", "senza eccezioni" o analoghe ("incondizionatamente", a insindacabile giudizio del beneficiario" e così via), se ne ha di fatto evidenziato l'impredicabilità di qualsivoglia natura assicurativa e l'indiscutibile avvicinamento al modello cauzionale, ne ha specularmente posto il problema della compatibilità con il modello tipico fideiussorio. La previsione di siffatte clausole di pagamento manifesta, difatti, una rilevante deroga alla disciplina legale della fideiussione, che si sostanzia nell'attribuzione, al creditore-beneficiario, del potere di esigere dal garante il pagamento immediato, a prescindere da qualsiasi accertamento (e dalla prova da parte del creditore) in ordine all'effettiva sussistenza di un inadempimento del debitore principale (ciò vale, in particolare, per l'incameramento della cauzione da parte dell'ente appaltatore di opere pubbliche, il quale non è tenuto a dimostrare la sussistenza di un danno in concreto, proprio in ragione della determinazione forfettaria dello stesso che consegue alla previsione della cauzione: così Cass. n. 8295 del 1994, in motivazione). A tale riguardo, questa corte ha avuto modo di affermare che, se è consentito alle parti di concedere (o far concedere da un terzo) una somma di denaro al creditore a garanzia dell'adempimento della prestazione dovutagli, allo stesso modo deve poter rientrare nei poteri riconosciuti all'autonomia negoziale la sostituzione della somma di denaro con l'impegno di un terzo di provvedere a quella restituzione o a quel pagamento a semplice richiesta del creditore, dovendosi pertanto riconoscere in dette clausole una "una valida

espressione di autonomia negoziale". Di tali clausole, secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 6499/1990, n. 10486/2004, n. 4446/2008 in motivazione), si predica la incompatibilità con la disciplina della fideiussione, e la conseguente inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali quelle fondate sull'art. 1947 c.c. (compensazione opposta dal garante con un debito del creditore verso il debitore principale), art. 1956 (liberazione del fideiussore per obbligazione futura assunta dal creditore), art. 1957 (decadenza prevista per l'ipotesi che il creditore non coltivi dopo la scadenza dell'obbligazione la propria pretesa nei confronti del debitore principale)¹⁸⁹.

¹⁸⁹Secondo un diverso orientamento, dette clausole sarebbero invece idonee a valere anche come osservanza dell'onere di cui all'art. 1957 prescindendo dalla proposizione dell'azione giudiziaria (Cass. n. 7345/1995, cit.), sicché non si tratterebbe di un'esclusione ma di una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria (Cass. n. 10574/2003, n. 27333/2005, n. 13078/2008, quest'ultima sulla limitata funzione, che può essere svolta da una clausola di pagamento a prima richiesta, di evitare al creditore la decadenza di cui all'art. 1957 non solo iniziando l'azione giudiziaria verso il debitore principale, ma anche soltanto rivolgendo al fideiussore la richiesta di adempimento). E' dunque opportuno approfondire le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza di questa corte a ravvisare nelle clausole di pagamento in oggetto una deroga (seppur variamente atteggiata) alla disciplina legale della fideiussione onde chiarire se di semplice deroga si tratti, ovvero di una così rilevante alterazione del "tipo" negoziale fideiussorio tale da provocarne un exodus che conduca all'approdo al modello del Garantievertrag così come comunemente praticato nel commercio internazionale e, di recente, anche nazionale (nelle forme del Bid Bond o Bietungsgarantie, a garanzia del rispetto o del mantenimento di un'offerta contrattuale; del Performance Bond o Leistungsgarantie e del Vertragserfüllungsgarantie, quale garanzia di buona esecuzione di un contratto; del Repayment Bond e dell'Advance payment Bond o Anzahlungsgarantie, a copertura del rischio che l'appaltatore non rimborsi al committente il pagamento degli anticipi ricevuti in caso di mancata esecuzione dei lavori; del Retention money Bond, la cui origine è nella prassi in base alla quale il committente trattiene una parte dei pagamenti in occasione dei diversi stati di avanzamento dei lavori, al fine di costituire un fondo di copertura per le spese eventuali da sostenere per riparare errori dell'appaltatore nell'esecuzione dei lavori). Quelle ragioni risiedono nell'essere le suddette clausole volte a precludere al garante l'opponibilità al creditore garantito delle eccezioni spettanti al debitore principale (siano esse relative al rapporto di valuta tra quest'ultimo e il creditore o al rapporto di provvista tra il debitore principale e il garante), in deroga alla regola essenziale della fideiussione posta dagli artt. 1945 e 1941 c.c., con l'effetto di svincolare (in tutto o in parte) la garanzia dalle vicende del rapporto principale e di precludere la proponibilità delle eccezioni fideiussorie. Sotto l'aspetto morfologico, il contratto autonomo di garanzia costituisce espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c., comma 2, che si configura come un coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni fra il destinatario della prestazione (beneficiario della garanzia), il garante (di solito una banca straniera), l'eventuale controgarante (soggetto non necessario, che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera) e il debitore della prestazione (l'ordinante). Caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione di cui agli artt. 1936 e seguenti cod. civ., è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante s'impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni in ordine alla validità e/o all'efficacia del rapporto di base, e identico impegno assume il contro-garante nei

Sotto il profilo funzionale, il regime "autonomo" del *Garantievertrag* trova un limite quando: le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia (Cass. n. 3326/2002 cit.) ovvero al rapporto garante/beneficiario (Cass. n. 6728/2002, sul diritto del garante di opporre al beneficiario la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei suoi confronti); il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito (Cass. n. 10652/2008, in motivazione, "trattandosi pur sempre di un contratto (di garanzia) la cui essenziale - quindi inderogabile - funzione è quella di garantire un determinato adempimento"); la nullità del contratto- base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta (Cass. n. 3326/2002; n. 26262/2007; n. 5044/2009); sia proponibile la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*, perché risulta evidente, certo ed incontestabile il venir

confronti del garante (così Cass. n. 1420/1998; sulla controgaranzia autonoma, Cass. n. 12341/1992 specifica che l'obbligo di pagamento del garante secondo il meccanismo dell'adempimento "a prima richiesta", tanto della "garanzia" che della "controgaranzia", si attiva a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale, restando irrilevante l'avvenuto adempimento del contratto collegato a catena). La diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si riflette sulla causa concreta (in argomento, funditus, Cass. 10490/06) del *Garantievertrag*, la quale risulta essere 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: infatti, la prestazione dovuta dal garante è qualitativamente diversa da quella dovuta dal debitore principale, essendo (non quella di assicurare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto ma) semplicemente quella di assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento (Cass. n. 2377/2008 cit., proprio con riguardo alle polizze fideiussorie); per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, esso si distingue, pertanto, dalla fideiussione, giacché mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante si obbliga (non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto) a tenere indenne il beneficiario dal nocumento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta (Cass. n. 27333/2005; n. 4661/2007): ne consegue, in definitiva, la sua fuoriuscita dal modello fideiussorio, essendo il rapporto affidato per intero all'autonomia privata nei limiti fissati dall'art. 1322 c.c., comma 2 ed essendo la causa del contratto quella di coprire il rischio del beneficiario mediante il trasferimento dello stesso sul garante. Il riferimento, come oggetto della garanzia de qua, al rischio contrattuale da preservare (ovvero all'interesse economico sotteso all'obbligazione principale) ha rappresentato una soluzione funzionale a superare l'apparente ossimoro celato nel sintagma "garanzia autonoma" (atteso che il concetto di garanzia presuppone ontologicamente una relazione di accessorialità con un quid che dev'essere garantito), con la conseguenza che la garanzia sarebbe autonoma rispetto all'obbligazione principale ma pur sempre accessoria rispetto all'interesse economico ad essa sottostante, così evitandosi la (preoccupante) conseguenza di individuare nel rapporto principale il termine della relatio e di assimilare in tal modo la garanzia autonoma a quella accessoria.

meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa (nel senso che il garante non è autorizzato ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimatigli, a pena di perdita del regresso nei confronti del debitore principale: Cass. n. 10864/1999; n. 917/1999; n. 5997/2006; in generale, sull'obbligo del garante di opporre l'*exceptio doli* a protezione del garantito dai possibili abusi del beneficiario, Cass. n. 10864/1999; n. 5997/2006; n. 23786/2007; n. 26262/2007; sull'obbligo del garante di fornire la prova certa ed incontestata dell'esatto adempimento del debitore ovvero della nullità del contratto garantito o illiceità della sua causa: Cass. n. 3964/1999; n. 10652/2008), mentre discussa è la conseguenza della impossibilità sopravvenuta della prestazione principale non imputabile al debitore (che, secondo una recente giurisprudenza di merito - App. Genova 25 luglio 2003 - sarebbe a sua volta causa di estinzione della garanzia). La più rilevante differenza operativa tra la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia non riguarda, peraltro, il momento del pagamento - cui (anche) il fideiussore "atipico" può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta del creditore -, ma attiene soprattutto al regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento. Se, difatti, il pagamento non risulti dovuto per motivi attinenti al rapporto di base, il garante (dopo aver pagato a prima/semplice richiesta) che agisce in ripetizione con *l'actio indebiti* ex art. 2033 c.c. nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario, facendo valere le eccezioni di cui dispone il debitore principale, risponde in realtà come un fideiussore, atteggiandosi la clausola di pagamento in questione come una ordinaria clausola *solve et repete* ex art. 1462 c.c..

Il garante "autonomo", invece, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, non potrà agire in ripetizione nei confronti di

quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), rinunciando, per l'effetto, anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'accipiens nel caso di escussione illegittima della garanzia, ma potrà esperire l'azione di regresso ex art. 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito (il più delle volte mediante il cosiddetto "conteggio automatico" a carico del debitore, quando questi ha anticipato alla banca le somme necessarie per il pagamento o quando sussista la possibilità di addebitare le somme su un conto corrente), senza possibilità per il debitore di opporsi al pagamento richiesto dal garante né di eccepire alcunché, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento (così Cass. n. 8324/2001; n. 7502/2004; n. 14853/2007)¹⁹⁰.

¹⁹⁰ L'effetto è di "autonomizzare" il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica: è a quest'ultima, infatti, che si riferisce il principio secondo il quale "quando si estingue l'obbligazione principale, si estingue anche quella accessoria di garanzia. Pertanto, se il fideiussore paga un debito già estinto, per remissione, per pagamento o per altra causa, non può esercitare azione di regresso nei confronti del debitore principale" (così Cass. n. 2334/1967). Sarà il debitore principale ordinante, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, ad agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base (ad esempio, per il pregresso e puntuale adempimento della medesima obbligazione), sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario, il quale ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore-ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c. (Va in proposito ricordato che l'art. 20 della Convenzione UNCITRAL, sulle garanzie autonome e sulle lettere di credito, elaborata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul commercio internazionale, tra le alternative riconosciute all'ordinante per neutralizzare il pericolo di un'abusiva escussione, prevede sia la possibilità di inibire al garante di trattenere o recuperare presso l'ordinante le somme pagate in base alla garanzia sia la possibilità di richiedere un provvedimento giudiziario che impedisca al beneficiario di riscuotere la garanzia). Chiarite così le differenze operative tra fideiussione (eventualmente resa atipica dall'inserimento delle clausole in questione) e *Garantievertrag*, va affrontato e risolto 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*. A tale riguardo, si segnalano due non omogenei orientamenti della giurisprudenza di questa Corte che - pur nella consonanza delle affermazioni secondo cui, da un lato, la qualificazione della garanzia come contratto autonomo di garanzia o di fideiussione (eventualmente atipica) si risolve in un apprezzamento dei fatti e delle prove da parte del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato (Cass. n. 4981/2001; n. 10637/2002; n. 11368/2002; n. 13001/2006; n. 2464/2004), essendo privo di valore il nomen iuris utilizzato dalle parti per designare la garanzia; dall'altro, a fronte della qualificazione della garanzia come fideiussoria, soggetta, in quanto tale, alla sorte del debito principale, la parte che faccia valere la diversa configurazione di detta garanzia come autonoma, e, quindi, svincolata dal debito principale, ha l'onere di dedurre gli elementi oggettivi sui quali tale configurazione si fonda (Cass. n. 8540/2000) - appare, sul punto, contrastante: - un primo indirizzo è nel senso che l'inserimento di clausole del genere valga di per sé a qualificare il negozio de quo come contratto autonomo di garanzia, essendo incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione

Pur se non direttamente investite della questione, vertendo il contrasto di giurisprudenza oggi sotto posto all'esame del collegio sulla natura e sulla disciplina applicabile alle polizze fideiussorie, queste sezioni unite ritengono che debba essere data continuità al primo degli orientamenti citati, che ha l'ineliminabile pregio 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, così che 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 negoziale¹⁹¹. Queste

(Cass. n. 3552/1998, in motivazione; n. 6757/2001; n. 3257/2007 cit.; n. 14853/2007; n. 11890/2008, in motivazione; in particolare, Cass. n. 8248/1998 ha qualificato la garanzia come autonoma in presenza di una clausola di pagamento "a prima richiesta", con esclusione del beneficium excussionis e dell'accertamento dell'inadempimento da parte dello stesso creditore garantito sulla base della contabilità dell'appalto); - un secondo filone interpretativo è invece nel senso che il contratto non assume i connotati del contratto autonomo di garanzia per il solo fatto di presentare un patto che obblighi il garante a pagare, sulla richiesta del beneficiario, il quale gli dichiara essersi verificati i presupposti per l'esigibilità della garanzia, e senza poter opporre eccezioni attinenti al rapporto di base: la distinzione tra fideiussione e *Garantievertrag* andrebbe tratta, infatti, anche dalla considerazione dei profili funzionali della garanzia, e nel secondo caso la funzione sarebbe non già quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui o l'integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall'inadempimento del debitore, quanto quella, prossima a quella della cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di danaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti. Un patto di rinuncia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe, peraltro, il tipo contrattuale, che resta caratterizzato, come la fideiussione, dal principio di accessorialità (art. 1939 e 1945 cod. civ.): la clausola è dunque in sé valida, giacché, pur con riguardo alla causa del contratto di fideiussione ed alla relativa disciplina, essa costituisce una manifestazione di autonomia contrattuale, che resta nei limiti imposti dalla legge (art. 1322 cod. civ.), dalla quale si trae, insieme, che clausole limitative della possibilità di proporre eccezioni sono in certa misura ed a determinate condizioni consentite dall'ordinamento (art. 1341 c.c., comma 2), e che una clausola del tipo di quella di cui si discute non è in contrasto con l'aspetto essenziale del contratto di fideiussione, aspetto rappresentato dall'accessorialità (così Cass. n. 2909/1996, in motivazione; nel senso che, ai fini della distinzione del contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia, ancora di recente, Cass. n. 5044/2009 cit.).

¹⁹¹ Così ricostruiti i caratteri strutturali ed effettuali del contratto autonomo di garanzia, pare innegabile che, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, ad esso non possa applicarsi la norma dell'art. 1957 cod. civ. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio della obbligazione fideiussoria (così Cass. n. 3964/1999 cit., ancora in tema di polizza fideiussoria; Cass. n. 11368/2002, in motivazione) instaura un

sezioni unite intendono dare continuità al secondo degli orientamenti poc'anzi ricordati. Non appaiono decisive, difatti, le riserve che dottrina e giurisprudenza attestano sul fronte dell'equiparazione della polizza di qua alla convenzione fideiussoria (quantunque atipica) hanno diacronicamente manifestato in *subiecta* materia. Si obietta, difatti, che la banca garantisce non già la prestazione primaria (cioè l'esecuzione dell'opera o della fornitura), bensì quella secondaria, che consiste nel pagamento di una somma di denaro prestabilita (la quale spesso assume i caratteri della clausola penale): ciò consentirebbe di ritenere che vi sia identità tra l'oggetto della prestazione garantita e quello dell'obbligazione di garanzia, trattandosi in entrambi i casi di una (anzi della stessa) somma di denaro.

Si è anche osservato che, da questo punto di vista, la differenza con la fideiussione è meno marcata, giacché l'indennità non solo può essere in certi casi omogenea alla prestazione pecuniaria ed originaria del debitore, ma è comunque omogenea rispetto alle prestazioni pecuniarie secondarie del debitore (derivino esse da un risarcimento del danno o da una clausola penale). Con specifico riguardo alla garanzia (cd. definitiva) dovuta all'Amministrazione

collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma. Per ciò che più specificamente concerne l'oggetto della questione sottoposta al collegio, è opportuno ripercorrere, in sintesi, le divergenze manifestatesi nella giurisprudenza di questa corte sui profili di seguito indicati. Quanto ai caratteri morfologici della polizza fideiussoria, prevalente appare l'orientamento predicativo della sua natura fideiussoria, con conseguente applicazione della disciplina legale tipica ex art. 1936 ss. c.c. ove non derogata dalle parti; un diverso, minoritario indirizzo, ne esclude, viceversa, la configurabilità in termini di fideiussione laddove essa sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore: in tal caso, la convenzione integrerebbe gli estremi della garanzia atipica in quanto, non potendo surrogare l'adempimento "specifico" di detta obbligazione (connotata dal carattere dell'insostituibilità), ha la funzione di assicurare, sic et simpliciter, il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento. Essa risulta, pertanto, vicenda del tutto disomogenea rispetto al sistema delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili caratterizzate dall'identità della prestazione e dal vincolo della solidarietà (sussidiarietà)/accessorietà -, riconducibile di converso alla figura della garanzia di tipo indennitario, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto (Cass. n. 2377/2008 cit.; n. 7712/2002).

appaltante, ai sensi della L. n. 109 del 1994, art. 30, comma 2, si è poi rilevato che, se è vero che la garanzia ha carattere indennitario, in quanto il fideiussore non è obbligato ad adempiere in luogo del debitore principale, essendo tenuto a rifondere il creditore degli oneri affrontati in conseguenza del mancato o inesatto adempimento del debitore, è altrettanto vero che la diversità della prestazione dell'assicuratore non esclude la funzione di garanzia in quanto la fideiussione sostituisce non la esecuzione dell'obbligazione principale ma la cauzione, cioè la garanzia reale dell'obbligazione dell'esecutore: ad essere garantito non sarebbe tanto un qualsiasi adempimento, bensì la prestazione della cauzione. Non si è mancato poi di sottolineare, per altro verso, che il concetto di fungibilità e infungibilità della prestazione appare qualificazione giuridica tra le più sfuggenti, cui, del resto, non sempre è riconosciuto un autonomo significato, trattandosi di un problema di interpretazione in senso lato, di talché la fungibilità di un'obbligazione non dipenderebbe tanto dal tipo di prestazione o dalla natura del suo oggetto secondo criteri astratti, ma avrebbe da esser valutata in concreto, tenuto conto anche dell'interesse del creditore, ex art. 1173 c.c. (ciò che ha consentito alla moderna dottrina di considerare fungibile anche l'adempimento delle obbligazioni di fare - così superandosi la tradizionale impostazione, figlia del codice del 1865, propensa a ritenere che soltanto l'obbligazione pecuniaria potesse essere garantita da fideiussione -, coerentemente con il disposto dell'attuale art. 1936 c.c. - il cui pendant è costituito dal 765, comma 1, del BGB -, il quale non contiene alcuna distinzione esplicita in argomento, indicando solo che la fideiussione garantisce "l'adempimento di un'obbligazione altrui", così venendo meno qualsivoglia argomento letterale a favore dell'idea di un'identità di contenuto dell'obbligazione principale e dell'obbligazione fideiussoria, mutando il

precedente richiamo dell'art. 1898 c.c. abrogato alla "stessa obbligazione"). Si è infine rilevato che l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria non implicherebbe una assoluta ed univoca dipendenza del rapporto di garanzia dal rapporto garantito, in quanto la fideiussione, al pari di qualsiasi altro rapporto obbligatorio, vive e si mantiene in questa relazione funzionale con una individualità propria, e che il nostro ordinamento non conosce una nozione tecnica di accessorietà, ossia una disciplina unitaria del fenomeno, onde la "relativizzazione" del requisito in parola, intesa come conseguenza dell'acquisita autonomia causale della fideiussione, manifestandosi nell'ordinamento il riconoscimento di una certa indipendenza dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella garantita, con un'implicita retrocessione del requisito dell'accessorietà a un livello non essenziale¹⁹².

¹⁹² Le considerazioni che precedono non appaiono decisive al fine di predicare una non realistica consonanza tra polizza fideiussoria e convenzione di garanzia tipica ex art. 1936 c.c. Al di là della osservazione (di per sé decisiva) secondo la quale esse non appaiono sufficienti a far superare il principio secondo cui rimangono fuori dalla possibilità di essere garantite per il tramite di una fideiussione le obbligazioni di fare infungibile, nelle quali c'è comunque un interesse del creditore alla personale esecuzione del debitore - non potendosi, in questo caso, realizzarsi in alcun modo la sostituzione del fideiussore al debitore principale, poiché il garante non deve (né può) adempiere, in rapporto di solidarietà con il debitore principale, un debito identico a quello su di lui gravante - non sembra seriamente contestabile che si discorra di fideiussio indemnitis con riferimento a fattispecie nella quale la funzione di garanzia viene piuttosto a porsi in via (sucedanea e secondaria sì, ma) del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, onde garantire il risarcimento del danno dovuto al creditore per l'inadempimento dell'obbligato principale e, quindi, per un'obbligazione non soltanto futura ed eventuale (ciò che non costituirebbe di per sé ostacolo alla configurabilità di una fideiussione, avendo l'attuale art. 1938 c.c. posto termine ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale formatosi nel vigore del precedente codice con l'ammettere esplicitamente la legittimità della fideiussione "anche per un'obbligazione condizionale o futura"), ma essenzialmente diversa rispetto a quella garantita, con l'ulteriore conseguenza che l'obbligazione del garante non diviene attuale prima dell'inadempimento della (diversa) obbligazione principale, verificatosi il quale sorge l'obbligo secondario del "risarcimento" del danno (rectius, dell'indennizzo conseguente all'inadempimento): viene irrimediabilmente vulnerato, in tal guisa, proprio quel meccanismo della solidarietà che 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. Venendo così meno la funzione di garantire, in senso preventivo, l'adempimento, la cd. fideiussio indemnitis pare definitivamente espunta dall'orbita della garanzia fideiussoria, per acquisire una funzione reintegratoria (non del tutto aliena da un modello assicurativo).Nè decisiva appare, ancora, l'obiezione secondo la quale, nel nostro ordinamento, un'astrazione assoluta dell'elemento causale, in cui la sorte o i difetti dell'obbligazione sottostante non abbiano mai alcuna ripercussione sull'obbligazione astratta di garanzia, non pare a tutt'oggi legittimamente predicabile. Va premesso, in proposito, che, tra astrazione assoluta e accessorietà (intesa nel senso tradizionale) si stagliano orizzonti che abbracciano diverse gradazioni di strutture negoziali che il legislatore di volta in volta legittima, secondo un giudizio di valore rispetto ai vari interessi coinvolti: l'accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale assume un carattere certamente più elastico, di semplice

Va inoltre considerato che, come condivisibilmente affermato dalla terza sezione di questa corte con la sentenza 10490/06 (e poi ribadito, sia pur in obiter, da queste stesse sezioni unite con le 4 pronunce dell'11 novembre del 2008, rese in tema di danno non patrimoniale), appaia oggi predicabile una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che la configurava come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora oggettivamente iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, secondo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale. E' innegabile, pertanto, che di *causa negotii* sia lecito discorrere, in termini di sua concreta esistenza, anche con riferimento al contratto autonomo di garanzia e alla polizza fideiussoria, ad esso assimilabile *quoad effecta*. E' altresì innegabile, nel caso di specie, che la

collegamento/coordinamento tra obbligazioni, ma non viene del tutto a mancare, come dimostrato, da un lato, dalla rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano comunque il rapporto sottostante ; dall'altro, dal meccanismo di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse.

forma di garanzia prescelta dalle parti, in alternativa al deposito cauzionale in denaro o titoli, non sia stata quella della fideiussione, bensì quella della polizza fideiussoria, alternativa e, per l'effetto, sostituiva forma di prestazione della cauzione stessa, "consentita" (così, letteralmente, il testo negoziale rilevante in parte qua) dall'amministrazione appaltante senza essere accompagnata da alcuna dichiarazione abdicativa di tutti gli altri poteri e facoltà spettatile sulla base della normativa di settore vigente *ratione temporis*. La funzione individuale del singolo, specifico negozio (id est della polizza fideiussoria) è stata dunque quella di sostituire la traditio del denaro tipica della cauzione con l'obbligazione di corrispondere una somma di denaro, da parte del garante, a richiesta del creditore, senza alcuna possibilità, per il primo, di invocare il meccanismo, tipicamente fideiussorio, di cui all'art. 1957 c.c.. Va pertanto affermato il seguente principio di diritto: la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto. Con la precisazione, peraltro, della invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite.

Natura della polizza fideiussoria con clausola di pagamento

<< a prima richiesta >> e art. 1957 c.c.

La causa. Teoria dell'assorbimento e teoria del c.d. << metodo tipologico >>

La polizza fideiussoria - definita anche <<assicurazione cauzionale>> o << cauzione fideiussoria >> - é prestata a garanzia dell'obbligazione da parte di una compagnia assicuratrice o di un istituto di credito, che si impegna a pagare

un determinato importo al beneficiario in modo da tutelarlo in caso d' inadempimento dell'obbligato principale. La causa della convenzione in esame consiste nel tenere indenne il terzo beneficiario in caso d'inadempimento della prestazione dovuta al creditore dal debitore. In proposito , sono stati ravvisati aspetti tipici di contratti diversi quali la fideiussione e il contratto di assicurazione¹⁹³.

La polizza fideiussoria con clausola di pagamento << a prima richiesta >> e quella semplice

Secondo parte della dottrina, la natura giuridica delle polizze fideiussorie andrebbe individuata in base ai modelli utilizzati nella prassi. A tal fine, le polizze fideiussorie si distinguono in polizze accessorie, polizze condizionate e polizze con clausola di pagamento << a prima richiesta >>. La distinzione non ha solo valore classificatorio, ma vuole individuare il diverso legame che sussiste fra obbligazione principale e obbligazione del garante, determinando la disciplina applicabile. Infatti, nelle polizze accessorie l'obbligazione del garante dipende totalmente dall'obbligazione principale. A questo rapporto si applica la

¹⁹³ La configurazione del contratto in esame non può prescindere dal riferimento alla teoria dell'assorbimento e a quella del c.d. << metodo tipologico >>. La prima, com'è noto, fa perno sul contratto principale o prevalente, onde ritenere applicabile la disciplina propria dello schema contrattuale più simile. Di conseguenza assoggettata le polizze fideiussorie alla disciplina tipica della fideiussione, considerata, per l'appunto, il rapporto prevalente. La teoria in discorso non va, però, esente da censura. Innanzitutto, andrebbe rispettata comunque la volontà dei contraenti, i quali procedono alla scelta del tipo di contratto proprio al fine di recepirne la disciplina e gli effetti. Inoltre, l'assoggettamento del contratto alla disciplina del contratto tipico più simile porterebbe a negare la peculiarità e, al fondo, a svalutare la categoria dei contratti atipici. La seconda teoria (del c.d. metodo tipologico), invece individuati in una data convenzione vari elementi tipici ascrivibili a diversi tipi contrattuali, finisce per applicare a ciascuno di essi la disciplina propria del contratto di appartenenza, in una sorta di combinazione armonica, nel rispetto del limite della compatibilità. Si osserva, così, che la polizza non mira a garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale, quanto, piuttosto, a tenere indenne il soggetto beneficiario dall'eventuale pregiudizio indotto dall'inadempimento dello stesso. Con la conseguente elisione del vincolo di accessorietà, che è connotato essenziale della fideiussione, e riconducibilità della polizza fideiussoria entro lo schema del contratto autonomo di garanzia. Anche la teoria del c.d. << metodo tipologico >>, però, è stata fatta oggetto di critiche, poiché dall'applicazione di tale metodo verrebbe frantumata l'unità organica del contratto misto.

disciplina della fideiussione per il forte nesso di accessorietà che lega i due rapporti. Nelle polizze condizionate il legame fra le due obbligazioni risulta attenuato : l'escussione del garante é subordinata all'esibizione, da parte del creditore principale, di documenti da cui risulti l'obbligo inadempito.

Qualora la polizza contenga una clausola di pagamento <<a prima richiesta>>, l'assicuratore é tenuto ad eseguire il pagamento a prescindere dall'inadempimento dell'obbligo o dalla relativa verifica. La caratteristica di tale convenzione negoziale sta nell'impegno del garante a pagare *illico et immediate*, senza la possibilità di opporre alcuna eccezione al credito garantito riguardante il rapporto di valuta (fra debitore e creditore principale) o di provvista (fra garante e creditore beneficiario), con la conseguente disapplicazione degli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c., propri della garanzia fideiussoria. Peraltro, si é discusso se la sola presenza di detta clausola di pagamento sia da sola sufficiente a qualificare il tipo contrattuale¹⁹⁴. L'inserimento di clausole di pagamento <<a prima richiesta >> determina

¹⁹⁴ Innanzitutto, come la giurisprudenza del giudice di legittimità ha da tempo affermato, la funzione di una clausola di pagamento <<a prima richiesta >> é quella di evitare che il garante possa opporre al creditore-beneficiario le eccezioni spettanti al debitore principale- in tal modo svincolando totalmente o parzialmente la garanzia dalle vicende del rapporto principale- e di precludere la proponibilità delle eccezioni fideiussorie (artt. 1945 e 1941 c.c.). La questione é stata posta al fine di chiarire se da ciò derivi una semplice deroga alla disciplina della fideiussione (che quindi continuerebbe a rappresentare il principale modello legale di disciplina di siffatte polizze), ovvero se tale clausola di pagamento sia così rilevante da determinare <<un'alterazione del tipo negoziale fideiussorio >>, tale da essere ragguagliata al contratto autonomo di garanzia. Giova, a questo proposito, tenere presente che, quale figura atipica sorta, da un lato, per facilitare i traffici, soprattutto a livello internazionale, evitando gli inconvenienti di un infruttuoso immobilizzo dei capitali, e dall'altro per realizzare un equilibrio fra gli interessi dei soggetti coinvolti, il contratto autonomo di garanzia non ha una disciplina unitaria da applicare uniformemente a tutte le figure ad essa riconducibili. E', infatti, discussa in dottrina e giurisprudenza la qualificazione unitaria della fattispecie. Essa sintetizza, più che altro, un'espressione cui sono riconducibili figure negoziali non sempre con contenuto omogeneo. La prassi mostra un diverso grado di autonomia fra il rapporto di garanzia e quello garantito, e ciò comporta difficoltà nella ricostruzione unitaria della disciplina, suggerendo l'opportunità di ravvisare caso per caso le singole norme applicabili. Occorre di volta in volta, individuare la finalità dell'accordo negoziale delle parti. Nella fattispecie sotto analisi, cioè di una polizza fideiussoria con clausola di pagamento <<a prima richiesta >>, la garanzia é volta ad assicurare al beneficiario la possibilità di incassare il pagamento non appena si verificano determinati eventi indicati nel contratto. Il beneficiario ha interesse a poter disporre immediatamente della somma garantita, senza possibilità da parte del soggetto garante di eccepire alcunché. In tale caso, il negozio, per volontà delle parti, arriva al massimo grado di autonomia del rapporto sottostante e, anzi, svolge una funzione molto simile a quella del deposito cauzionale.

l'esclusione del beneficium excussionis, poiché il creditore si rivolge direttamente al garante- che nelle polizze in esame di solito è un istituto di credito o una compagnia di assicurazione- per ottenere il ristoro, senza possibilità per il garante medesimo di chiedere l'accertamento dell'inadempienza del debitore garantito. Tuttavia, è stato osservato che anche nel negozio fideiussorio possono essere presenti clausole limitative delle eccezioni opponibili dalle parti ; e che, dunque, il carattere distintivo delle polizze fideiussorie e, in particolare, di quelle con clausola di pagamento << a prima richiesta >> sta nel fatto che - sebbene caratterizzate tutte da una funzione di garanzia volta al perseguimento << dell'esito positivo di una determinata operazione economica >> - il creditore possa tutelarsi, in caso d'inadempimento del debitore (qui dell'appaltatore), solamente attraverso la riscossione della somma di denaro garantita dalla compagnia assicurativa. Le polizze, infatti, sono state qualificate come garanzie di tipo indennitario e non come garanzie di tipo satisfattivo, poiché non si realizza, loro tramite, l'interesse del creditore principale all'esatto adempimento, cioè al conseguimento del medesimo bene dovuto ma, sostanzialmente, si ottiene un risarcimento del danno sofferto in ragione dell'inadempimento del debitore. In tal caso, la prestazione è per sua natura infungibile e tale insostituibilità comporta che l'unica garanzia, che possa essere prestata dal garante in ipotesi di inadempimento del debitore principale, sia quella di risarcire il creditore principale per la mancata soddisfazione del suo credito. La polizza fideiussoria, in tal caso, risulta alternativa al versamento cauzionale, poiché consente che, a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale, il creditore beneficiario possa ottenere solamente una somma di denaro, che, però,

diversamente dal deposito cauzionale, non comporta alcuna immobilizzazione di capitali.

Inquadramento sistematico

Da tempo si é discusso della qualifica giuridica delle polizze fideiussorie. Desta qualche perplessità la tesi che avvicina quella delle polizze fideiussorie alla natura giuridica della fideiussione, poiché - data la molteplicità di polizze fideiussorie e, di, conseguenza, di scopi pratici che con esse i soggetti vogliono realizzare - non é possibile assoggettarle tutte ad un'unica e uniforme disciplina¹⁹⁵.

L'individuazione di una sola causa non vuol significare che le polizze fideiussorie c.d. <<semplici>> debbano avere tutte lo stesso contenuto e che, di

¹⁹⁵ Sebbene risulti ora pacificamente superata la teoria che ne individua il carattere essenzialmente assicurativo, qualche dubbio é rimasto circa la possibilità di ricondurre le polizze fideiussorie << a prima richiesta >> nello schema legale tipico della fideiussione o di ritenerne invece la natura sostanzialmente atipica. La teoria che afferma la natura essenzialmente assicurativa della polizza fideiussoria ha trovato scarso seguito perché, pur non basandosi sulle qualità imprenditoriali del soggetto autore della polizza o sulla sua forma esteriore, essa era portata a prediligere l'alea dell'inadempimento, che caratterizzerebbe, comunque, tanto le polizze fideiussorie quanto il contratto di assicurazione. La raggiunta stabilità dell'orientamento della giurisprudenza ha bisogno solo di qualche cenno esplicativo. E' ormai del tutto pacifico che il rischio non costituisce la causa della polizza fideiussoria. Esso, semmai, potrebbe essere un effetto del negozio giuridico, il cui scopo consiste nell'assunzione dell'obbligo di soddisfare un debito altrui. Il rischio degrada, cioè, da funzione economico-sociale - come nel contratto di assicurazione- a mero effetto del contratto. Infatti, il debitore principale che stipula una polizza fideiussoria non ha interesse al non verificarsi dell'evento, ma ad adempiere, con la consapevolezza che, in caso contrario, all'assicuratore spetterà il diritto a surrogarsi al creditore beneficiario o, comunque, l'azione di rivalsa.

Scarso seguito ha avuto anche la suggestiva teoria che qualificava la polizza fideiussoria come negozio indiretto : cioè come negozio che presenta una causa assimilabile a quella della fideiussione e la forma propria dell'assicurazione (<< polizza >>). L'assicurazione fideiussoria non può essere infatti, considerata un negozio indiretto, soprattutto perché lo stesso tipo di garanzia , lungi dal rimanere nascosto, é ben evidente tra le parti. Importanti teoria - testimonianza del dibattito in corso nella giurisprudenza pratica e teorica sulla qualificazione giuridica delle polizze fideiussorie - sono quelle che le classificano ora come sottotipi innominati di fideiussione, ora come contratti misti. Comunque, sia che le configurino come contratti rientranti nel modello legale della fideiussione, di cui però presentano aspetti difformi, sia che le considerino come contratti misti, queste teorie non sembrano persuasive. Nel primo caso, La disciplina della polizza cauzionale deriverebbe da quella della fideiussione e non ne sarebbe difforme, pur presentando aspetti specifici; nel secondo caso- se venissero inquadrate nello schema dei contratti misti- porterebbero alla scissione del negozio nei due rapporti : quello fra debitore principale ed assicuratore (inquadrabile come assicurazione) e quello fra assicuratore e creditore beneficiario (inquadrabile come fideiussione). Con l'inevitabile confusione circa la disciplina applicabile e con l'altrettanto inevitabile snaturamento della polizza fideiussoria, che strutturalmente è caratterizzata proprio dalla presenza di tutti questi soggetti. Bisogna quindi concludere, che i diversi rapporti obbligatori, determinati dalla polizza fideiussoria, debbano essere inquadrati in un unico schema legale, a prescindere dalla concreta fenomenologia.

conseguenza, siano tutte da ricondurre ad un unico tipo contrattuale : invero, la realtà mostra una numerosa casistica di polizze fideiussorie con contenuto estremamente eterogeneo. La dottrina, pertanto, ha ormai abbandonato l'impostazione tradizionale che riconduceva inevitabilmente le polizze fideiussorie alla disciplina della fideiussione o, alternativamente, a quella del contratto di assicurazione, a causa della riconosciuta esigenza d'indagare quale sia il contenuto della singola polizza e, dunque, quale sia lo scopo che le parti vogliono in concreto realizzare. Discorso a parte é da farsi a proposito della polizza fideiussoria con clausola di pagamento << a prima richiesta>> stipulata dall'appaltatore. Giova ribadire che, con tale convenzione negoziale, l'assicuratore si impegna ad eseguire la propria prestazione <<a semplice richiesta >> del creditore. Detta clausola deve essere intesa non solo nel senso che l'assicuratore non può pretendere dal creditore la prova dell'inadempimento, ma principalmente, nel senso che l'assicurato non può opporre le eccezioni inerenti al credito garantito. In tal modo, la polizza in esame risulta assimilabile alla cauzione reale. Infatti, la clausola di pagamento <<a prima richiesta>> consente al creditore beneficiario di soddisfare immediatamente la sua pretesa creditoria nei confronti dell'assicuratore - come avviene con il deposito cauzionale - senza rischio di dilazioni, data la plausibile solvibilità del soggetto assicuratore e il divieto per quest'ultimo di opporre eccezioni relative al rapporto principale. Tuttavia, la somiglianza si ferma alla sola funzione economico-sociale perché la differenza fra i due negozi è evidente ove si consideri che, mentre la cauzione comporta il deposito di una somma di denaro, che il creditore può esigere con un atto potestativo- il relativo negozio qualificandosi come contratto reale-, la polizza fideiussoria è invece un contratto consensuale con cui si garantisce al creditore il

soddisfacimento immediato della sua pretesa, non tramite l'immediata apprensione della somma di denaro, ma mediante una dichiarazione unilaterale recettizia indirizzata al soggetto garante, la cui cooperazione è necessaria, sebbene sia presente una clausola di pagamento << a prima richiesta >>. Il dilemma, dunque, si riduce a ciò : all'assicurazione cauzionale, in cui sia presente tale clausola, potrebbe applicarsi la disciplina della fideiussione ovvero quella del contratto autonomo di garanzia (c.d.<< Garantievertrag >>). La Corte di Cassazione¹⁹⁶ ha recentemente statuito che si tratta di contratto autonomo di garanzia, << salva evidente, patente, irrimediabile discrasia con l'intero contenuto " altro" della convenzione negoziale >>¹⁹⁷.

Il regime delle eccezioni

Ai fini della disciplina applicabile alla convenzione negoziale in esame e, in specie, ai fini delle eccezioni opponibili dal garante, qualora il creditore beneficiario decidesse di escutere il suo credito, non può essere omesso il riferimento alla già citata pronuncia della Corte di legittimità, che, investita della questione, ha stabilito il principio di diritto secondo il quale << la polizza

¹⁹⁶ Cass., S.U., 18.2.2010, n.3947. Le argomentazioni impiegate dalla Corte fanno perno sulla natura stessa della polizza fideiussoria in esame. Essa presenta una clausola di pagamento << a prima richiesta >> e, soprattutto con riferimento al caso da essa esaminato, era stata stipulata dall'appaltatore. Si tratta di obbligazione principale infungibile e, pertanto, il creditore può pretendere solamente un risarcimento dal garante, che ovviamente è prestazione diversa da quella alla quale egli originariamente aveva diritto. Il rilievo autorizza ad escludere l'inquadramento della polizza fideiussoria nello schema legale della fideiussione, che, come la Corte ha efficacemente chiarito, comporta la garanzia di tipo satisfattorio e non anche quella di tipo indennitario.

¹⁹⁷ Infatti, mentre la fideiussione garantisce al creditore il soddisfacimento del proprio credito, poiché il fideiussore s'impegna ad eseguire una prestazione di contenuto identico all'originaria; la polizza fideiussoria, invece, fa sì che il garante assicuratore debba, al massimo, tenere indenne il creditore insoddisfatto. La presenza della clausola di pagamento in discorso sgancia il rapporto di garanzia da quello principale, poiché facilita l'ottenimento da parte del creditore beneficiario della prestazione dell'assicuratore, prescindendo dall'accertamento dell'inadempimento. Il difetto del vincolo di accessorialità comporta, pure, che l'obbligazione del garante sia qui da intendere autonomamente, a differenza di quella del fideiussore nella fideiussione pura e semplice, che é caratterizzata anche dal requisito della solidarietà. La rilevata carenza di accessorialità e, dunque, il netto distacco fra l'obbligazione principale e l'obbligazione assunta dal garante inducono inevitabilmente la deviazione della disciplina della polizza fideiussoria da quella di cui gli artt. 1936 ss. c.c.

fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica >>. La rilevata elisione del vincolo di accessorietà, che connota le garanzie atipiche, comporta l'indipendenza dell'obbligazione principale da quella di garanzia, o meglio il distacco dell'obbligazione di garanzia dalle vicende costitutive, modificative ed estintive dell'obbligazione garantita, quali la nullità, inesistenza, annullabilità o semplice risoluzione¹⁹⁸.

Tale opinione di dottrina e giurisprudenza, ancorché assolutamente maggioritaria, desta non poche perplessità. In effetti, esse finisce per trascurare la volontà delle parti. La funzione di una polizza cauzionale con clausola di pagamento << a prima richiesta >> è volta a rendere autonoma la garanzia dal rapporto sottostante : le parti stipulano il negozio con l'intento di velocizzare i traffici, di evitare le lungaggini di un giudizio volto, in caso di contestazione del credito, a stabilire le ragioni di ciascuna di esse e di garantire, altresì, al creditore l'immediata soddisfazione della sua richiesta. Si spiega così perché, in ipotesi d'invalidità originaria o sopravvenuta del fondamento causale del negozio- base, non consegue la nullità del contratto di garanzia. Spetta soltanto alla parte, che ha eseguito la prestazione, la *condictio indebiti*. Semmai, viste le conseguenze di una tale disciplina, si potrebbe pretendere che

¹⁹⁸ In verità, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza prevalente, (Portale, Contino, Bonelli) ritengono che tali eccezioni sarebbero ben opponibili dal garante in base al collegamento genetico con il rapporto garantito: è, infatti, pacificamente riconosciuta la possibilità di opporre al creditore beneficiario quantomeno la c.d. *exceptio doli generalis*, contro l'abusiva richiesta di un secondo pagamento, nonostante l'apposizione della clausola di pagamento << a prima richiesta >>. Esse limitano tale possibilità ai casi in cui sussista una prova oggettiva o documentale da cui risulti manifesta la richiesta abusiva o fraudolenta, cioè ai casi in cui risulti che il creditore beneficiario non abbia alcun diritto nei confronti del debitore principale. Riconoscono, altresì, la possibilità per il debitore principale di ottenere un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., che blocchi l'escussione abusiva della garanzia. Taluno ammette la proponibilità della relativa eccezione solo nel caso di c.d. nullità della doppia causa, (in particolare il Sesta ritiene possibile solo l'eccezione c.d. di nullità della doppia causa del rapporto principale, e non anche quelle basate sulle << prove liquide >> e il dolo del beneficiario, perché, << in mancanza di apposita disciplina, costituirebbero un criterio arbitrario e svincolato da reali dati normativi >>) ; cioè, di nullità del rapporto principale, postulando l'analogia funzionale fra il contratto di garanzia e la delegazione e la conseguente applicabilità dell'art. 1271, co. 2, c.c.; escludendo la possibilità di opporre eccezioni alla richiesta di escussione del creditore beneficiario nei casi di avvenuto adempimento del contratto principale, di inadempimento del beneficiario e di annullabilità.

sia espressa, per essere valida, la clausola di pagamento << a prima richiesta >>. Diversamente, laddove non vi sia una dichiarazione espressa delle parti di voler stipulare una polizza cauzionale con clausola di pagamento << a prima richiesta >>, la garanzia non dovrebbe intendersi garanzia pura, cioè totalmente indipendente e scollegata dal rapporto garantito, ma risulterebbe garanzia accessoria e darebbe, così, al garante la possibilità di opporre la c.d. exceptio doli. Discorso a parte va svolto in ordine alle conseguenze di un eventuale pagamento non dovuto a favore del beneficiario. Il profilo dell'efficacia del contratto è assolutamente diverso dal profilo della responsabilità : l'ordinamento non esclude per il debitore principale, o in sua vece, per il garante, la possibilità di opporre la *condictio indebiti*. La verità è che l'ordinamento consente la realizzazione in concreto dell'effetto di astrattezza voluto dalle parti. Sarebbe allora consequenziale che il richiamo, pur contenuto nella polizza, del rapporto base, non comporti *sic et simpliciter* la commistione della causa del rapporto di garanzia con la causa del rapporto fondamentale. In conclusione al rischio d'indebita escussione della garanzia potrà porsi rimedio solo attraverso l'esercizio di azioni di ripetizione.

Clausola di pagamento "a prima richiesta" (e "senza eccezioni") e qualificazione della garanzia personale

Con la decisione più recente, tra quelle riportate, nel solco dell'indirizzo interpretativo che rivendica la necessità del complessivo esame del regolamento negoziale, al di là del dato letterale, al fine di accertare il tipo di relazione che le parti hanno voluto instaurare tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita, la Corte (Cass. Sez. un., n° 3947 / 2010) condivide la qualificazione accolta dai giudici del merito in termini di contratto autonomo di

garanzia. In questa prospettiva, parrebbe determinante la presenza di una clausola derogatoria rispetto alla disciplina dell'art. 1939 c.c. Con l'inserimento di tale pattuizione, le parti avrebbero inteso imprimere un carattere atipico alla garanzia personale, soddisfacendo l'interesse, ritenuto meritevole di tutela, della banca a disporre di una garanzia ("sempre operativa") di restituzione della prestazione che il cliente (debitore-garantito) ha ricevuto dalla banca stessa. Al di là della condivisibilità della conclusione in punto di qualificazione della garanzia prestata, il percorso argomentativo, e, segnatamente, il significato attribuito dalla Corte alla pattuizione derogatoria dell'art. 1939 c.c. intesa " come rinuncia preventiva all'eccezione di invalidità e non come affermazione della configurabilità di una fideiussione in assenza della relativa obbligazione garantita "¹⁹⁹, lascia trasparire le tracce del dibattito sulla validità e/o sugli effetti della c.d. clausola di sopravvivenza²⁰⁰. La considerazione del carattere atipico della garanzia prestata, nel presupporre l'esatta ricostruzione del rapporto tra norme descrittive del tipo contrattuale e autonomia privata, pur confermando sotto il profilo metodologico la corretta impostazione del

¹⁹⁹ Trattasi della c.d. clausola di sopravvivenza, che, nella versione originaria, risalente alla metà degli anni Sessanta delle NUB (Norme Bancarie Uniformi) era così formulata : " in deroga all'art. 1939 c.c., la fideiussione mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida ". La validità della clausola (al pari della clausola omnibus) è stata ampiamente dibattuta, dubitandosi della derogabilità dell'art. 1939 c.c. e dell'effetto dirompente di tale deroga sul tipo fideiussori (nel senso dell'incompatibilità della clausola di sopravvivenza con l'archetipo codicistico è espressamente richiamato in Cass., 23 aprile 1992, n.4899). Mentre, sotto il profilo rimediante, talune pronunce hanno optato per la nullità parziale, ritenendo che " la pattuizione con la quale le parti, in deroga all'art. 1939 c.c., stabiliscono che la fideiussione conserva efficacia anche in caso di invalidità dell'obbligazione principale deve essere considerata non apposta, ai sensi dell'art. 1419 c.c., senza travolgere l'intero contratto, nei limiti in cui comporti un'eccedenza quantitativa dell'obbligazione del fideiussore rispetto a quella dell'obbligato principale, in contrasto con il carattere accessorio dell'una riguardo all'altra, sempreché l'invalidità dell'obbligazione principale sia stata dedotta avanti al giudice del merito per farne discendere l'anzidetta limitazione dell'efficacia della copertura fideiussoria.

²⁰⁰ La formula della " rinuncia ad eccepire l'invalidità della fideiussione" rappresenterebbe il banale escamotage (in tali termini si esprime il Macario) impiegato intorno alla metà degli anni Sessanta (Cass. 3 settembre 1966, n. 2310) per dare ingresso alla possibilità per le parti di derogare all'art. 1939 c.c. rimanendo, tuttavia, all'interno del tipo contrattuale della fideiussione. E' significativo che la c.d. clausola di " sopravvivenza", oltre che essere presente nelle prime redazioni dei contratti tipo di fideiussione ABI risalenti agli anni Sessanta, sia stata conservata nella revisione del 1987, sia pure con una diversa formulazione, frutto della prevalente interpretazione giurisprudenziale conservata ancora negli schemi ABI del 1995, per poi essere espunta dalla traccia ABI del 2005.

problema (di qualificazione della fattispecie) si accompagna, difatti, al tentativo di ridimensionare il significato della c.d. clausola di "sopravvivenza" limitandone l'effetto dirompente sul tipo fideiussorio. In linea con il più consolidato indirizzo interpretativo (secondo cui: " l'autonomia che caratterizza il rapporto tra il garante e il creditore beneficiario nell'ambito del contratto autonomo di garanzia esclude la possibilità di opporre un patto relativo al rapporto fondamentale salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa e salvo che, attraverso il contratto autonomo di garanzia, intenda assicurare un risultato vietato dall'ordinamento), la Corte rigetta la tesi della nullità del contratto principale (tra debitore-ordinante e banca- garante), in presenza di una clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, invalidità, i cui effetti si sarebbero propagati- a dire del ricorrente- al contratto di garanzia prestato. Nell'ottica prescelta dalla Cassazione, infatti, la pattuizione di interessi ultralegali (purché non usurari) e l'impiego del meccanismo anatocistico di calcolo degli interessi (contenuto entro i limiti di cui gli artt. 1283 c.c. e 120 t.u.b.) non rappresentano risultati vietati dall'ordinamento²⁰¹. Nel portare a compimento un percorso argomentativo del

²⁰¹ Di segno opposto le considerazioni del Supremo Collegio, con la decisione più risalente, al termine di un articolato iter espositivo che solleva più d'una perplessità. La Corte, infatti, pur escludendo la sussistenza di limitazioni di limitazioni di carattere soggettivo nell'applicazione della norma novellata (art. 1938 c.c.), che sarebbe, dunque, astrattamente invocabile nella fattispecie in esame, conclude nel senso della validità della fideiussione prestata, priva dell'indicazione di un importo massimo garantito (e priva, altresì, di una clausola di durata della garanzia), in presenza di indici che consentirebbero di determinare l'ammontare dell'esposizione debitoria. Nella specie, la predeterminazione dei canoni nel contratto di locazione garantito renderebbe l'oggetto del contratto di garanzia determinabile per relationem con riferimento al negozio principale. Nel rigettare la tesi dei giudici del merito, secondo cui l'ambito di applicabilità della legge sulla c.d. " trasparenza bancaria " sarebbe circoscritto " agli enti creditizi e/o di prestito o di finanziamento ", la Corte argomenta, oltre che dal dato letterale dell'art. 1938 c.c. (che non contiene " restrizioni soggettive "), da considerazioni di carattere sistematico, ricordando come l'art. 161 d. lgs. n.385 /1993 abbia integralmente abrogato la legge n.154/1992 compreso l'art 1 (inerente all'ambito soggettivo di applicazione della normativa) facendo salvo, tuttavia, l'art 10 modificativo dell'art 1938 c.,c. Alle suddette considerazioni di ordine testuale e sistematico sarebbe da affiancare la stessa ratio della disposizione richiamata da ravvisare, secondo la Corte, nella necessità di tutelare il fideiussore " a prescindere dalle qualità del soggetto in favore del quale la fideiussione è prestata ". Cionondimeno, il Supremo Collegio, muovendo dalla sussistenza all'interno della " lex contractus " di indici certi e non opinabili di determinabilità della prestazione del fideiussore (chiamato a garantire il pagamento dei canoni di locazione), esclude l'invalidità della

tutto condivisibile, dunque, la Corte approda ad una conclusione che desta qualche dubbio, nella misura in cui, richiamando il regime anteriore alla riforma, appare apertamente in contrasto con l'opinione, corrente in dottrina, secondo cui, a seguito della novella legislativa, il rapporto tra obbligazione di garanzia e art. 1346 c.c., in ordine alla determinabilità dell'oggetto del contratto, rappresenterebbe, ormai, un tema del passato. La consapevolezza della necessità di arginare l'esposizione debitoria del garante, particolarmente avvertita nella fattispecie in esame, in assenza della predeterminazione di un " tetto massimo" garantito ha indotto, tuttavia, il Supremo Collegio a concludere nel senso dell'applicabilità degli artt. 1956 e 1957 c.c., ritenendo che il creditore avrebbe dovuto agire tempestivamente nei confronti del debitore principale inadempiente per il pagamento dei canoni di locazione maturati. La condotta del creditore inerte avrebbe, infatti, determinato la lievitazione dell'esposizione debitoria del conduttore, e quindi, del fideiussore, aggravando " oltre il consentito i margini di rischio di cui egli stesso aveva inteso sottoporsi stipulando la fideiussione "; mentre l'osservanza dell'art 1956 c.c. e, più in generale, degli obblighi di buona fede e correttezza, avrebbe imposto al locatore di riferire al garante della morosità del conduttore, si da farsi autorizzare ad attendere il pagamento e, in caso di rifiuto, di agire per la risoluzione ed il rilascio, limitando l'esposizione del fideiussore " sino al momento in cui il locatore non riesca ad affittare ad altri"²⁰². Dall'esame delle

fideiussione il cui oggetto sia determinabile per relationem.

²⁰² Al di là dell'invocabilità della disciplina fideiussoria ex artt. 1956-1957 c.c., l'obbligazione del garante è, infatti, soggetta al precetto di buona fede. Sicché non vi è alcuna ragione di dubitare della contrarietà a buona fede della condotta del creditore locatario il quale, piuttosto che avvalersi tempestivamente della facoltà di risoluzione del contratto per morosità nel pagamento dei canoni, abbia continuato- di fatto- a erogare credito al debitore moroso, conducendo ad una lievitazione dell'esposizione debitoria del garante. La necessità di contenere tale esposizione debitoria, particolarmente avvertita in assenza di una predeterminazione del limite massimo garantito é dunque alla base della soluzione interpretativa cui perviene la Suprema Corte, mentre con altrettanta evidenza, traspare la tendenza giurisprudenziale a forzare le maglie del modello codicistico, cui sono talvolta ricondotte fattispecie negoziali atipiche, che,

due pronunce emerge come la riconduzione di una prestazione di garanzia nell'alveo del tipo fideiussorio ovvero di quello autonomo rappresenti un'operazione connotata da sensibili margini di discrezionalità. Nell'un caso, la presenza di una clausola derogatoria della disciplina ex art. 1939 c.c. é stata ritenuta sufficiente a sorreggere la qualificazione della garanzia in termini di contratto autonomo di garanzia al di là della dizione " fideiussori " frequentemente utilizzata dalle parti nel contesto contrattuale; nell'altro, nessun rilievo ha assunto la presenza di una pattuizione derogatoria dell'art. 1945 c.c., ritenuta, seppur implicitamente, di per sé non ostativa alla riconduzione della garanzia prestata al modello normativo della fideiussione. Se l'attenzione al profilo funzionale della garanzia autonoma e, segnatamente, la funzione di copertura dei c.d. rischi atipici che la prestazione persegue nel commercio internazionale, in linea con il prevalente indirizzo interpretativo anche in altre esperienze europee, a sostegno della natura meramente indiziaria della clausola di pagamento " a prima richiesta ", dovrebbero indurre a concludere nel senso dell' idoneità della c.d. clausola di sopravvivenza (o della clausola " senza eccezioni ") a recidere il legame tra la prestazione di garanzia e l'obbligazione garantita, altrettanta considerazione va riservata alle recenti affermazioni delle Sezioni Unite destinate ad alimentare il dibattito che, lungi dall'avviarsi ad una definizione, appare rinvigorito, in ordine al carattere necessario (e/o sufficiente) della clausola " auf erstes Anforden " ai fini

contribuirebbe a spiegare, almeno in parte, l'omessa considerazione della deroga pattizia all'art. 1945 c.c. in ordine alla qualificazione della fattispecie. Preoccupazione, quest'ultima, che rappresenta il motivo conduttore del recente progetto di regolamentazione delle garanzie personali che fa capo a Ulrich Drobnig il cui art 2: 107 prevede che in caso di prestazione di una fideiussione omnibus, il creditore sia tenuto a comunicare al fideiussore " ogni incremento pattuito (a) ogni volta che tale incremento, a partire dal tempo della costituzione della fideiussione, raggiunga il 20 % dell'ammontare originariamente garantito e (b) ogni volta che l'ammontare garantito abbia subito un ulteriore incremento del 20 % rispetto all'ammontare garantito alla data in cui é stata o avrebbe dovuta essere fornita l'ultima informazione ai sensi del presente comma ".

dell'individuazione di una prestazione di garanzia " auf jeden Fall ". Né va trascurato, sotto un differente angolo prospettico, come la determinazione di specifici criteri qualificativi risponda all'esigenza di evitare che, nei moduli predisposti unilateralmente, deroghe sistematiche alla disciplina fideiussoria, concorrendo a snaturare il tipo evocato con il nomen iuris, conducano all'imposizione abusiva di un diverso tipo contrattuale.

Fideiussione <<a prima richiesta>> e fideiussione <<omnibus>> nella giurisprudenza del tribunale federale tedesco.

La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* tedesco in materia fideiussoria é alquanto ricca, infatti nel nostro ambiente gli echi di tale autorevole organo giudicante arrivano solo in via <<mediata>> e per problemi particolarissimi: anzitutto, non può essere tralasciato di menzionare lo sforzo che i giudici federali tedeschi hanno operato per distinguere l'istituto fideiussorio da quello, anch'esso ben noto nella prassi, del Garantievertrag. Il problema, che si é presentato a cavallo degli anni '70 e '80, ha riguardato in primo luogo la ricerca della volontà delle parti. Quello che è importante sottolineare è che i giudici germanici non considerano il solo testo della garanzia intercorrente fra garante e creditore nell'operazione interpretativa che consente di risalire alla qualificazione del negozio come di fideiussione o come Garantievertrag (contratto autonomo di garanzia), bensì richiamano anche circostanze esterne ad esso, come ad esempio il rapporto di incarico tra ordinante e garante, in cui è spesso presente la clausola <<a prima richiesta >>²⁰³. La giurisprudenza sin

²⁰³ Proprio questa clausola pone le premesse per la creazione, nel 1979, della figura della fideiussione <<a prima richiesta >>; gli scrittori tedeschi provvedono a descrivere i caratteri salienti che differenziano questa figura dal Garantievertrag : nel primo la clausola di pagamento <<a prima richiesta >> ha valore processuale, risolvendosi in una clausola solve et repete. Essa, pur attribuendo il vantaggio del possesso al creditore non romperebbe l'accessorietà della fideiussione, la quale resta solo sospesa, poiché risulta

qui richiamata del Bundesgerichtshof ha condotto parte della dottrina ad interrogarsi se con la nuova figura della fideiussione << a prima richiesta>> si fosse verificato un superamento del principio dell'accessorietà, proprio della fideiussione, così come regolata dai §§ 765 e ss. BGB. Ci si è chiesti in primo luogo se possa parlarsi di accessorietà << esterna >>, così come si è fatto per lo stesso contratto autonomo di garanzia, ravvisando un'autonomia giuridica verso il rapporto fondamentale tra ordinante e beneficiario, agendo la banca fideiubente sempre su incarico dell'ordinante ex §§ 675, 670 BGB e non volendo essa mai entrare nelle questioni tra i due soggetti di cui sopra. E' certamente da riconoscere che mediante lo spostamento di tutte le questioni processuali e sostanziali in un'eventuale successivo processo per la ripetizione di quanto pagato, si indebolisce l'accessorietà della fideiussione. Ma è proprio questo il punto : si indebolisce, o meglio la si pospone temporaneamente, ma non la si elimina, come nel Garantievertrag. E questo anche a voler accettare che anche normalmente la banca fideiubente non eserciterà in prima persona l'azione di ripetizione, trasferendola sul suo ordinante-debitore principale, e soddisfacendosi su questo in base all'incarico ricevuto ex §§ 675, 670 BGB, anche se si sono verificati casi decisi dal BGH in cui era proprio la banca ad esercitare l'azione di ripetizione verso il beneficiario nella restituzione

impregiudicato il potere del fideiussore che ha pagato, di far valere le eccezioni radicate nel rapporto principale in un successivo processo di restituzione attuato in seguito all'esperimento della *condictio indebiti*. Dunque la differenza tipologica tra le due figure starebbe sostanzialmente nella diversa spettanza dell'azione di ripetizione : nella fideiussione al fideiussore, all'ordinante nel contratto autonomo di garanzia. La distinzione in questione sembra comunque alquanto povera, poiché non si sofferma sui diversi rischi che sono coperti dai due contratti : in quello di fideiussione, anche con clausola di pagamento a prima richiesta, e il solo inadempimento, mentre in quello di garanzia, anche i rischi <<atipici >> che le parti prevedono nel loro accordo, tanto che al garante non sarà possibile sollevare eccezioni di qualsiasi ordine, salvo quella generale di dolo, con l'ulteriore limitazione della << liquidazione >> della prova.

Con successive pronunce, il Tribunale federale tedesco cerca di conciliare la permanente accessorietà della fideiussione con la clausola << a prima richiesta >>, richiamando il detto << prima pagare, poi processare>>, a fondamento dogmatico del quale v'è la norma di cui al § 812 BGB sull'ingiustificato arricchimento.

successiva al pagamento²⁰⁴. Contrariamente ad autorevoli posizioni in dottrina , il BGH ha stabilito che il fideiussore non possa servirsi di tale strumento in caso di azione di ripetizione che egli volesse esperire verso il creditore, in quanto la posizione di quest'ultimo ne uscirebbe troppo compromessa sul piano probatorio, non potendo egli essere limitato proprio al momento della contro-allegazione di prove miranti a dimostrare l'esigibilità del credito e, prima ancora, la fondatezza di una escussione avvenuta << a prima richiesta >> e connotata dai caratteri della provvisorietà. Recentemente i giudici federali hanno emanato alcune decisioni destinate a riflettersi su tutto il traffico commerciale interno tedesco ed internazionale : in base al nuovo orientamento del BGH, la clausola di pagamento << a prima richiesta >> è inefficace, per contrasto con il nuovo § 307, co. 1, BGB, che, dopo la riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, riproduce il contenuto del vecchio § 9, co. 1, AGBG (la legge sulle condizioni generali di contratto), stabilendo, appunto, l'inefficacia di quelle clausole contrattuali che, in contrasto con la buona fede, pongono il contraente << debole >> in una condizione di svantaggio. Una recente decisione di merito, con molta lucidità, ha stabilito che l'appena citata giurisprudenza del Tribunale federale in materia di fideiussione a prima

²⁰⁴ Problematica comune ai due istituti è in ogni caso quella dell'escussione abusiva da parte del beneficiario. Il tribunale federale tedesco si è sostanzialmente attenuto agli stessi requisiti richiesti per l'esercizio dell'*exceptio doli* nel contratto autonomo di garanzia (frode palese ovvero allegata mediante prove << liquide >>), non rilevando a suo avviso la differenza che nella fideiussione, anche se << a prima richiesta >>, ha luogo per tutte le eccezioni sostanziali e processuali una successiva restituzione che invece nel *Garantievertrag* non si verifica, se non appunto nei casi di frode nell'escussione. Questo significa che nella fideiussione a prima richiesta sarà concesso, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità tedesca, opporre l'*exceptio doli* e rifiutare il pagamento in caso di escussione abusiva, senza dover attendere un successivo processo. A riguardo dell'internazionalità del contratto, sempre il Tribunale federale tedesco aveva da lungo tempo precisato come tale connotato non rileva per distinguere la fideiussione a prima richiesta dal contratto autonomo di garanzia, cosicché il primo istituto è e resta una fideiussione, in cui il fideiussore è legittimato a far valere le eccezioni processuali e sostanziali nel processo nel successivo processo restitutorio, indipendentemente se si tratti o meno di contratto nazionale o internazionale.

Va qui menzionata la possibilità, in diritto tedesco, per il creditore che voglia far valere un diritto mediante una via processuale rapida e provvisoria, di agire con lo strumento del procedimento basato sui soli documenti regolato ai §§ 592 e ss. ZPO.

richiesta non può applicarsi alle garanzie bancarie internazionali, presso le quali si assiste di norma ad un bilanciamento degli interessi delle parti, consapevoli dei rischi cui le stesse vanno incontro. La costante giurisprudenza del Tribunale federale tedesco è nel senso dell'inefficacia della fideiussione con la quale il fideiussore risponde per tutte le obbligazioni presenti e future del debitore principale verso il creditore, nascenti dai loro rapporti negoziali : la motivazione è che tale ampia dichiarazione di scopo contrasta con il § 9 AGBG (ora § 307. co 1, BGB), e ciò, anche se a prestare garanzia sia una persona giuridica ovvero un commerciante. Una garanzia per crediti futuri è efficace soltanto qualora i rischi connessi alla sottoscrizione di tale negozio siano noti al fideiussore al momento della sua stipula. Il fideiussore risponderà, di regola, solo fino all'importo massimo garantito, qualora l'ammontare dell'obbligazione principale si sia innalzato per via di mora o successivo indebitamento. Si segnala tuttavia una decisione di merito che non ha radicalmente escluso l'efficacia di una fideiussione per tutti i debiti presenti e futuri, se al fideiussore, all'epoca della sottoscrizione della garanzia, erano noti la tipologia e l'entità dei crediti garantiti; in altra sentenza, una Corte d'Appello sottolineava che l'inefficacia di una clausola omnibus non era dovuta tanto alla contrarietà con il § 9 della legge sulle condizioni generali di contratto (AGBG)- che l'OLG riteneva esistere in ossequio alla recente giurisprudenza del Tribunale federale - bensì in quanto il rapporto giuridico in base al quale il fideiussore avrebbe dovuto rispondere, era stato novato e ne era sorto un altro. Infine, nonostante la sottoscrizione di una clausola omnibus a garanzia di tutti i crediti presenti e futuri dell'attore, il BGH ha stabilito in un recente caos che il creditore avesse perso il diritto di escussione delle fideiussioni a suo favore stipulate, in quanto egli era stato dai giudici ritenuto colpevolmente responsabile del dissesto

finanziario del debitore principale, frustrando in tal modo qualsiasi possibile regresso del fideiussore verso quest'ultimo.

Contratto autonomo di garanzia

Scopo e funzione

Il contratto autonomo di garanzia, da tempo ammesso nel nostro ordinamento, è stato autorevolmente qualificato come negozio con causa esterna (Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989 : l'autore fu il primo ad "esportare" il contratto autonomo di garanzia dalla Germania nel nostro Paese, condividendo la teoria che vede nel Garantievertrag un negozio con causa esterna, rifacendosi all'autorevole dottrina del Giorgianni). Per negozi con causa esterna si intendono tutte quelle situazioni nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come conseguenza di un negozio che contenga in sé la sua causa, senza che ciò imponga di considerare astratto il negozio. Esempio di ciò è il negozio di ritrasferimento dal mandatario al mandante nel contratto di mandato avente ad oggetto beni mobili acquistati dal mandatario (art. 1706 c.c.). In tali ipotesi è possibile rinvenire nel negozio solo l'indicazione dello scopo avuto di mira dal disponente (o dalle parti), mentre la giustificazione ed il " fondamento " della prestazione vanno ricercati al di fuori del negozio stesso. Per la validità di esso in tali casi basta, appunto, l'enunciazione dello scopo che le parti vogliono perseguire e quella del fondamento del negozio. Se poi il fondamento causale è erroneo o per una qualsiasi ragione manca originariamente o viene meno successivamente, non ne consegue la nullità del contratto, ma unicamente spetta alla parte che ha

eseguito la prestazione (o al soggetto per incarico del quale è stato stipulato il contratto dalla parte che ha eseguito la prestazione) una *condictio indebiti* ovvero un'analoga azione recuperatoria o risarcitoria²⁰⁵. Ciò detto appare chiaro come il *Garantievertrag* sia ormai dotato di una propria tipicità sociale e giurisprudenziale, che lo rende difficilmente assimilabile ad altre figure previste nel nostro ordinamento per la realizzazione di scopi meritevoli di tutela. L'errore in cui paiono essere incorse le Sezioni Unite consiste invece nell'aver attribuito al negozio in questione una funzione " indennitaria ", là dove esse statuiscono che il << contratto autonomo di garanzia >>, in particolare, 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 >>. In realtà l'obbligazione diviene esigibile non già in dipendenza dell'oggettiva realizzazione di un " sinistro", ma in forza dell'esercizio di un diritto potestativo riconosciuto al creditore garantito²⁰⁶.

²⁰⁵ Il " timore " di ammettere un tale negozio nel nostro ordinamento è spesso derivato dal rifiuto di giustificare spostamenti patrimoniali privi di causa, ma tale equivoco è già stato da tempo dissipato, in primo luogo dalla dottrina straniera, richiamata poi da quella italiana, che ha fatto presente come l'attribuzione patrimoniale del garante al beneficiario trovi per lo più il suo fondamento economico nel rapporto garante - terzo ed in quello tra il terzo ed il beneficiario : la ragione per cui il garante assume il rischio risulta dal suo rapporto con il terzo, in genere un rapporto di mandato; la ragione per cui il beneficiario deve ricevere la prestazione si desume, invece, dal rapporto con il terzo. Esiste anche la possibilità che il garante assuma il rischio sulla base di un accordo con il beneficiario : in tal caso, la giustificazione economica sarebbe da trovare nei rapporti garante - beneficiario e beneficiario - terzo. Inoltre, come accennato, si fa anche presente che il beneficiario che ha escusso la garanzia resa comunque esposto ad una *condictio indebiti* a favore del garante o del terzo per il recupero di quanto abbia ricevuto in eccesso, in base vuoi al rapporto sottostante, vuoi all'alea di perdite incolpevoli lecitamente trasferite sul garante attraverso la garanzia.

²⁰⁶ L'inquadramento in questione potrebbe inoltre finire per confondere il contratto autonomo di garanzia con l'assicurazione del credito. E' ormai pacifico che la funzione del contratto autonomo di garanzia sia quella di " assicurare " il beneficiario contro rischi atipici. Com'è stato fatto notare, bisogna intendersi esattamente sul concetto di rischio, che può assumere un significato tecnico, quale si riscontra nel contratto di assicurazione, o un significato ampio e a-tecnico. In ogni contratto, infatti, sono presenti fattori di rischio, e si pone un problema di distribuzione degli stessi. Tale problema, di delimitazione del rischio, attiene al rapporto tra garanzia e assicurazione del credito. La garanzia postula un rapporto principale di credito- debito, e mira allo scopo di rafforzare il soddisfacimento dell'interesse del creditore, nel senso che il creditore può fare affidamento o su un altro patrimonio oltre a quello del debitore (nelle garanzie personali), o su un bene, del debitore o di un terzo, specificamente vincolato al soddisfacimento del credito (nelle garanzie reali). La garanzia personale è, pertanto, un rapporto che si aggiunge a quello principale, in modo che il creditore, per il soddisfacimento del suo diritto, possa rivolgersi oltre che al debitore, anche al garante, o subordinatamente all'inadempimento del debitore principale (ove vi sia un beneficio d'escussione a favore del garante), o prescindendo da tale inadempimento (in caso di responsabilità solidale del debitore e del garante).

La prestazione del garante può essere identica a quella del debitore principale, o solo economicamente corrispondente a quest'ultima; può anche essere una prestazione quantitativamente minore. La prestazione del garante consiste di regola in un dare, ovvero in un fare infungibile. Più controverso è se la prestazione del garante possa consistere in un fare diverso da quello del debitore principale, ed eventualmente infungibile.

L'assicurazione del credito è contratto che interviene tra assicuratore e creditore, allo scopo di tutelare quest'ultimo contro il rischio dell'insolvenza o insolvibilità del debitore.²⁰⁷

Si può essere certamente d'accordo con quella dottrina che in senso ampio parla di obbligo del garante di "tenere indenne" il beneficiario dai rischi derivanti dalla mancata o non corretta esecuzione dell'obbligazione stessa, ma in ogni caso, il contratto di assicurazione si inserisce necessariamente nell'impresa assicurativa, che opera secondo precise regole tecniche di accertamento e monetizzazione del rischio; ciò non si verifica nel Garantievertrag, che ha una funzione di garanzia e non assicurativa in senso tecnico.

²⁰⁷ Apparentemente, gli scopi di tale operazione sono vicini a quelli della garanzia. Tuttavia, mentre il garante si impegna ad eseguire la medesima prestazione del debitore, nell'assicurazione il creditore non consegue l'identica prestazione pattuita, ma il suo equivalente pecuniario, ovvero una prestazione indennitaria. Inoltre, il fine principale della garanzia è di facilitare la concessione di credito, e solo in via accessoria viene realizzata l'eliminazione del rischio dell'inattuazione del rapporto obbligatorio; invece, nell'assicurazione, il fine principale è l'eliminazione del detto rischio attraverso la traslazione di esso in capo all'assicuratore. Nella garanzia manca inoltre l'elemento del premio, essenziale nell'assicurazione. Si è affermato che elemento essenziale di distinzione tra assicurazione del credito e garanzia autonoma va desunto dall'interpretazione delle concrete fattispecie contrattuali: ove nel contratto è inserita la clausola a prima richiesta, ed è sancita l'autonomia della garanzia, il contratto non può qualificarsi come assicurazione del credito: in quest'ultima operazione, infatti, la prestazione indennitaria dell'assicuratore è subordinata all'accertamento e all'effettiva sussistenza dell'evento rischioso dedotto in contratto (insolvibilità o insolvenza). Per altra tesi, la distinzione tra le due figure fondata sul dato della sussidiarietà non è condivisibile, perché l'autonomia del contratto di garanzia non minerebbe in alcun modo la sussidiarietà dell'obbligazione del garante, in quanto coesistente alla cavendi e, invece, la sovrapposizione funzionale dei due contratti sarebbe pressoché totale.

Funzione di garanzia, causa in concreto e operazione economica

Un cenno merita anche il richiamo operato dalle Sezioni Unite del 2013 alla causa concreta del contratto autonomo di garanzia. Già si è detto che la funzione di tale contratto è stata inquadrata, in modo criticabile come "indennitaria" (<< la funzione che ricopre il contratto autonomo di garanzia è, in definitiva, quella di indennizzare il creditore insoddisfatto >>).

Il richiamo alla causa concreta non costituisce una novità in pronunce sul tema; un precedente autorevole è costituito dalla decisione delle Sezioni Unite n. 3947 /2010. Allora, la causa concreta del Garantievertrag fu individuata in quella di garantire " la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario ", ovvero ancora in quella di " sottrarre il creditore al rischio dell'inadempimento, trasferito nei fatti su di un altro soggetto, istituzionalmente solvibile ". Nella sentenza richiamata, la causa concreta del contratto in questione si identifica con quella di << trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa o meno da inadempimento colpevole >>. Ora anche in base agli stessi studi sulla causa in concreto, non pare che un richiamo di questo tipo possa essere pienamente condivisibile (o quantomeno utile), se non altro perché non si ravvisa la necessità di menzionare detto concetto per spiegare il contenuto di un contratto. Sarebbe stato meglio approfondire il concetto di operazione economica sottesa al negozio in questione, per cercare di interpretarne la disciplina applicabile. Tale concetto, a differenza di quello di causa concreta, valutato alla luce del complessivo assetto degli interessi posto in essere dalle stesse, permette di cogliere il più profondo significato dell'affare, considerando le possibili soluzioni che si presentano all'interprete, senza confondere il contenuto del

contratto con la sua causa. L'operazione economica è espressiva di un assetto globale di interessi e rappresenta uno strumento concettuale utile soprattutto quando, come nel caso del Garantievertrag, serva ad indicare e ad indagare fattispecie sul piano strutturale particolarmente complesse che, per la funzione di garanzia che perseguono, e non esaurendosi in un singolo e particolare atto, richiedono che venga disciplinato il collegamento fra i molteplici atti che costituiscono l'operazione economica nel suo complesso.

Giurisdizione applicabile e conflitto di leggi

Veniamo ora alla questione principale oggetto della decisione, ossia la legge applicabile alla garanzia autonoma stipulata dalle parti, nella quale il ruolo di garante era stato assunto da una banca austriaca. Le Sezioni Unite, chiamate a stabilire quale fosse anzitutto la legge regolatrice dell'obbligazione controversa, e successivamente ad individuare la giurisdizione applicabile in base a tale legge, hanno stabilito che si dovesse trattare della legge italiana. La valutazione non convince.²⁰⁸ Appurato quindi che la legge regolatrice dell'obbligazione di

²⁰⁸ Correttamente, i giudici del Supremo Collegio hanno individuato quali norme applicabili al caso in questione, quelle di cui al Regolamento CE n. 44/2001, che riproduce con lievi modifiche le norme di cui alla Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e sulle esecuzioni in materia civile e commerciale del 27 settembre 1968. In base a questa Convenzione il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in altro Stato contraente davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita. Tale luogo però, secondo le stesse Sezioni Unite che correttamente richiamano l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario e della Cassazione medesima, va individuato con riferimento all'obbligazione corrispondente al diritto su cui si basa la domanda dell'attore ed al luogo di esecuzione della stessa, determinato in conformità alla legge che disciplina il rapporto controverso secondo il diritto internazionale privato del giudice adito. Tali norme, begli Stati che aderiscono all'Unione Europea, sono contenute nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 in materia di obbligazioni contrattuali. Poiché le parti del contratto non avevano fatto uso della facoltà di determinare esse stesse la legge regolatrice - come consentito dall'art 3 della Convenzione stessa trattandosi di rapporto internazionale -, la legge andava determinata sulla base dell'art.4 della Convenzione, che prevede una norma generale (par.1), corredata di una presunzione (par.2) e di una clausola di eccezione o comunque di un'espressa previsione di superamento della stessa (par. 5). Come richiamato anche dalle Sezioni Unite, la regola generale del par. 1 dispone che, in assenza di scelta delle parti, la legge dei contratti è quella che presenta con il contratto il legame più stretto. In base alla presunzione del par.2 la legge che presenta questo legame è quella del paese dove ha la sua residenza (o sede, se come nel caso di specie trattasi di persona giuridica) il contraente che fornisce la << prestazione caratteristica >>. Il par. 5 stabilisce infine che la presunzione del par. 2 viene meno " quando dal complesso delle circostanze risulta che il

garanzia non sarà la stessa legge regolatrice del rapporto di base , si avrà che al rapporto di garanzia dovrà applicarsi quella del Paese ove ha sede il prestatore caratteristico, che appunto è il garante. Nel caso di specie, si sarebbe dovuto quindi applicare la legge del paese della banca garante, ossia la legge austriaca. Le Sezioni Unite nella pronuncia qui commentata hanno disatteso questo criterio, in favore di quello alternativo di cui al par. 5 dell'art 4 della Convenzione di Roma del 1980. La motivazione di questa decisione è stata argomentata dai giudici col fatto " che l'obbligazione dedotta in giudizio atteneva all'indennizzo dovuto al creditore insoddisfatto, con il trasferimento del rischio contrattuale sul garante ", e quindi il " collegamento più stretto dell'obbligazione controversa " sarebbe proprio con l'Italia, paese in cui ha sede la società beneficiaria della garanzia. In realtà, le Sezioni Unite compiono un ulteriore passaggio che porta all'applicazione del diritto italiano : una volta individuata la legge italiana quale legge del Paese che presenta il collegamento più stretto con l'obbligazione controversa, si deve aver riguardo, sempre secondo le stesse Sezioni Unite, all'art. 1182 c.c. in tema di luogo dell'adempimento, per giungere all'applicazione del comma 3° di detta norma, che stabilisce il domicilio del creditore qualora l'obbligazione consista nel versamento di una somma di denaro, come nel caso in questione. Da quest'

contratto presenta il collegamento più stretto con un altro paese ". Riguardo alle obbligazioni di garanzia, la valutazione relativa alla prestazione caratteristica andrà fatta quindi con riferimento all'obbligazione del garante, non diversamente tuttavia da quanto avviene per i casi di obbligazione fideiussoria, in quanto a rilevare nell'operazione di individuazione della legge applicabile in caso di conflitto non è l'accessorietà o meno del contratto di garanzia rispetto all'obbligazione principale, ma la prestazione che deve essere effettuata dal garante o dal fideiussore e che costituisce ai sensi dell'art 4 della Convenzione di Roma, la prestazione "caratteristica" dedotta in contratto. La necessità di considerare come distinti e separati i rapporti derivanti dalle operazioni bancarie internazionali è ormai pacificamente ammessa dalla più attenta dottrina internazionalistica, anche nel caso di controgaranzia emessa da una banca italiana in favore di una banca straniera (questa fattispecie viene richiamata dalle stesse Sezioni Unite), laddove va pur tuttavia menzionato un orientamento minoritario che ha cercato di uscire dal solco tradizionale dell'autonomia dei singoli rapporti, tendendo a sottoporre ad un'unica legge, quella regolatrice della " relazione di base ", i diversi rapporti, - in particolare quello di garanzia- che a tale relazionale principale sono connessi.

ultimo criterio, e solo da quest'ultimo, si giungerebbe quindi a stabilire la giurisdizione del giudice italiano²⁰⁹.

Norme uniformi e Convenzione UNCITRAL in materia di garanzie autonome.

In questo quadro, oltre alle critiche già avanzate alla decisione in questione, v'è da fare un'ulteriore considerazione in merito alla normativa applicabile alle garanzie bancarie internazionali. Dal 1° luglio 2010 sono entrate in vigore le nuove Norme della Camera di Commercio Internazionale sulla garanzie a prima domanda (Uniform Rule for Demand Guarantees : pubblicazione n.458 / 2010) le quali hanno confermato la scelta già fatta nella prima edizione del 1991, di considerare dove non sia diversamente stabilito dalle parti, quale legge applicabile alla garanzia , quella della " piazza della filiale o sede del garante " che l'ha emessa (art.34, comma 1 °). L'art 35, facendo salva una diversa opzione stabilita nella garanzia, stabilisce che le controversie tra garante e beneficiario relative alla stessa saranno giudicate esclusivamente dal tribunale competente del Paese dove è stabilita la filiale o la sede del garante che ha emesso la garanzia. Analoga soluzione era già stata presa dalla Convenzione

²⁰⁹ I passaggi logici fin qui riportati non convincono, e di conseguenza a non essere convincente è la decisione finale su cui le Sezioni Unite sono giunte. Anzitutto, l'errore iniziale di inquadramento : il fatto che l'obbligazione dedotta in giudizio attenesse a quello che le Sezioni Unite- erroneamente definiscono- un " indennizzo" dovuto al creditore insoddisfatto è di per sé una tautologia (l'obbligazione del garante è quella di pagare a semplice richiesta del beneficiario, è dunque ovvio che essa attiene alla pretesa di quest'ultimo di essere pagato), e non può essere utilizzata per rinvenire il criterio del collegamento più stretto col paese in cui il beneficiario ha sede. Ciò, per la semplice ragione che a fornire tale prestazione di garanzia, che di per sé costituisce la prestazione caratteristica del Garanteviertrag, è la banca garante, e questo criterio appare in grado di essere prevalente, in base al par.2 dell'art.4 della Convenzione di Roma. La presunzione iuris tantum non può essere vinta, come sostengono le Sezioni Unite, dal fatto che l'obbligazione di garanzia " atteneva all'indennizzo dovuto al creditore insoddisfatto", tanto più se si considera, come fanno gli stessi giudici subito dopo, che ciò avviene " con il trasferimento del rischio contrattuale sul garante ", che quindi continua a rimanere il soggetto che effettua la prestazione caratteristica in base all'art.4, par 2 della Convenzione. Dall'aver erroneamente considerato applicabile la legge italiana, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la norma prevista per il caso questione dovesse essere l'art. 1182, comma 3, c.c., per via del quale se un'obbligazione consiste nel pagamento di una somma di danaro, deve essere eseguita al domicilio del creditore, ossia la società italiana beneficiaria della garanzia. Da qui, la conclusione che la giurisdizione spetti al giudice italiano, ossia quello del luogo dell'esecuzione dell'obbligazione.

dell'UNICITRAL dell'11 dicembre 1995 sulle garanzie indipendenti e le lettere di credito stand-by, ragion per cui ci si sarebbe potuti aspettare dalle Sezioni Unite una maggiore attenzione a questo particolare tipo di consuetudini internazionali, sebbene esse non siano immediatamente efficaci nell'ordinamento italiano.

Contratto autonomo di garanzia : Cass. civ., sez II, 7 marzo 2002, n.3326

Fatto

Con ricorso al Presidente del Tribunale, la Banca Alfa chiedeva che fosse ingiunto a Tizio di pagare la somma di lire 130.000.000, oltre ad interessi e commissioni. quale fideiussore della società Beta, della quale la Banca Alfa era creditrice per la maggior somma di lire 141.551.325, oltre interessi dal primo gennaio 1994 al tasso del 17% con capitalizzazione semestrale ed una commissione di utilizzo, trimestrale, dell'1,4% sul massimo scoperto di conto corrente. Il ricorrente affermava che Tizio aveva prestato garanzia per le obbligazioni della società Beta con fideiussione del 28 settembre 1988, successivamente limitata a lire 130.000.000, contenente la clausola << a prima richiesta >> e con telegrammi in data 16 marzo 1994 gli affidamenti della società Beta erano stati revocati ed il garante era stato invitato al pagamento del debito. Avverso il decreto d'ingiunzione, Tizio proponeva opposizione, la quale veniva rigettata dal Tribunale, la cui pronuncia veniva poi impugnata avanti la Corte d'appello. La sentenza con la quale quest'ultima confermava la pronuncia di primo grado veniva successivamente impugnata da Tizio davanti alla S.C. la quale rigetta.

Motivi della decisione

Il primo motivo di ricorso riposa sull'affermazione della nullità della fideiussione, in quanto prestata per tutte le obbligazioni future del debitore senza delimitazione del tipo di operazioni di credito garantite e senza limite di somma. Il ricorrente sostiene inoltre che nell'esecuzione del rapporto la banca non si sarebbe comportata secondo buona fede, avendo continuato a concedere credito al debitore principale nonostante le mutate condizioni patrimoniali del medesimo e senza averne dato avviso al fideiussore, in violazione dell'art. 1956 c.c. Tali argomentazioni sono state ritenute in parte infondate ed in parte inammissibili dalla S.C., la quale ha affermato che non sussiste nullità del contratto di fideiussione per indeterminatezza dell'oggetto, quando la fideiussione medesima è prestata a garanzia di tutte le obbligazioni che un cliente di una banca può assumere verso di questa in dipendenza di future operazioni di credito, poiché l'erogazione del credito non è lasciata alla completa discrezione della banca, che è tenuta al rispetto di regole tecniche, rilevanti in rapporto alla vigilanza esercitata sugli istituti di credito. Quanto al limite di somma, risulta già dalla domanda che l'importo massimo garantito fu introdotto dalle parti nel contratto di fideiussione dopo l'entrata in vigore della l. 17 febbraio 1992, n.154 e, infine, il ricorrente non ha fornito alcun elemento che dimostri la dedotta violazione dell'art. 1956 c.c. da parte della Banca Alfa, mentre è onere del fideiussore dare prova del comportamento contrario a buona fede da parte del creditore nell'erogazione del credito. Con ulteriore motivo, il ricorrente sostiene che il patto con cui era stato determinato il tasso di interesse superiore al saggio legale era nullo in quanto non stipulato per iscritto ai sensi dell'art. 1284 c.c., onde doveva ritenersi nullo per la parte corrispondente, anche il contratto di fideiussione. La S.C. ha censurato il motivo

di ricorso osservando che l'inserimento nel contratto di fideiussione della clausola <<a prima richiesta>> rende il rapporto fideiussorio del tutto autonomo ed indipendente da quello di conto corrente. Quando la garanzia è prestata attraverso il tipo del c.d. contratto autonomo, il garante non può opporre al creditore principale le eccezioni che attengono alla validità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, ma solo quelle che attengono alla validità dello stesso contratto di garanzia. Il fenomeno per cui la stessa situazione viziante determina insieme la nullità del contratto di base e di quello di garanzia può verificarsi solo nel caso in cui il primo risulti nullo per contrarietà a norme imperative od illiceità della causa ed il secondo sia stato utilizzato per assicurare il risultato che l'ordinamento vieta. Nel caso di specie, la legge ammette che la parte cui è fatto credito si possa obbligare a pagare interessi di saggio superiore a quello legale, purché determini per iscritto e non usurari, e pertanto l'invalidità di tale patto non si comunica al rapporto fideiussorio.

Osservazioni in tema di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia :

Sentenza Tribunale Napoli n. 8848/ 2012

La sentenza in commento ha ad oggetto un'opposizione a decreto inguntivo promossa da A.M. avverso la Italiana Assicurazioni s.p.a., che aveva ottenuto nei confronti dell'attore opponente, quale garante << a prima richiesta >> della Angelo Caroli International s.p.a., un'ingiunzione di pagamento dei canoni trimestrali di locazione da quest'ultima non corrisposti. Il Tribunale ritiene che l'inserimento dell' dell'espressione << a semplice richiesta >> nel testo dell'accordo stipulato tra A.M. e la Italiana Assicurazioni a garanzia delle obbligazioni assunte dalla Angelo Caroli International valga di per sé a

qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (c.d. Garantievertrag), per definizione privo del vincolo di accessorietà con l'obbligazione principale che caratterizza il negozio fideiussorio tipico²¹⁰.

Invero, benché non siano mancate pronunce che abbiano attribuito alle clausole << a semplice richiesta >> e << senza eccezioni >> uguale portata decisiva ai fini della qualificazione della fattispecie del Garantievertrag, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie hanno conferito a tali espressioni significati autonomi e distinti²¹¹. Inoltre, ogni perplessità interpretativa è destinata a sfumare se, prescindendo dalla specificità del caso concreto affrontato dalle Sezioni Unite, si guarda alle motivazioni che sorreggono la decisione del Supremo Collegio, le quali fanno perno sul principio della certezza del diritto e, in particolare, sull' << ineliminabile pregio 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 >>. Tale considerazione, di natura eminentemente pratica, pare essere la chiave di

²¹⁰ L'induzione, a partire dalla lettera del contratto dedotta in giudizio, della natura autonoma della garanzia viene argomentata rinviando alla famosa e pluri citata sentenza delle Sezioni Unite (n.3947/2010), che ha formulato il principio di diritto secondo cui l'inserimento, in un contratto di fideiussione, della clausola << a prima richiesta e senza eccezioni >>- salvo il caso di un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale- deve ritenersi sufficiente a definire il negozio come contratto autonomo di garanzia, con conseguente deroga della disciplina codicistica della fideiussione. La motivazione per relationem alla pronuncia delle Sezioni Unite- al cui orientamento hanno poi unanimemente aderito sia la giurisprudenza di legittimità che quella di merito- potrebbe destare qualche perplessità se si considera che la fattispecie concreta esaminata dal Supremo Collegio non era perfettamente coincidente con quella in esame. Essa, infatti, aveva ad oggetto un contratto in cui era prevista la clausola << a prima richiesta e senza eccezioni >>, alla quale dovrebbe essere attribuito un significato più specifico rispetto alla clausola << a semplice richiesta >>, salvo volerla considerare una semplice endiadi.

²¹¹ In particolare, la clausola << a semplice richiesta >> è stata interpretata nel senso che il garante è tenuto ad effettuare il pagamento in conseguenza della sola domanda avanzata dal creditore garantito, senza cioè che quest'ultimo sia tenuto a fornire alcuna prova dell'inadempimento del debitore principale, salvo l'esercizio della successiva azione di ripetizione, nell'ipotesi in cui la garanzia sia stata indebitamente escussa. Ciò, tuttavia, non implicherebbe automaticamente, in capo al garante, l'impossibilità di muovere eccezioni relative al rapporto di valuta, per le quali occorrerebbe prevedere espressamente la clausola << senza eccezioni >>, avente la specifica funzione di escludere il vincolo di accessorietà. Di conseguenza, l'impiego della clausola << a semplice richiesta >> non essendo di per sé sufficiente ad escludere tale vincolo, non sarebbe decisivo ai fini della configurabilità del contratto autonomo di garanzia.

lettura della soluzione accolta dal Tribunale di Milano : di fronte all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, la distinzione dogmatica tra la rilevanza formale e procedimentale delle clausole << a prima richiesta >> e quella sostanziale e causale delle clausole << senza eccezioni >> è destinata a passare in secondo piano nel giudizio di sussumibilità di un determinato rapporto nell'alveo della fideiussione piuttosto che in quello del contratto autonomo di garanzia. La clausola << a prima richiesta >>, dunque, anche se non affiancata dalla clausola << senza eccezioni >>, assume un'autonoma capacità di elidere il vincolo di accessorietà tra il rapporto di valuta e quello di provvista, consentendo di qualificare il negozio intercorso tra A.M. e la Italiana Assicurazioni come contratto autonomo di garanzia. Dopo aver definito il rapporto intercorrente tra le parti come Garantievertrag, la sentenza in commento esclude l'applicabilità ad esso dell'art. 1957 c.c., che libererebbe la Italiana Assicurazioni, non avendo A.M. agito nei confronti della Angelo Caroli International entro sei mesi dalla scadenza della prima rata del canone di locazione²¹². Ad una soluzione del tutto diversa giunge il Tribunale di

²¹² Il Tribunale osserva che l'art. 1957 c.c. è incompatibile con la figura del contratto autonomo di garanzia, in quanto postula un vincolo di accessorietà tra il rapporto che lega il garante al creditore garantito, da un lato, e quello intercorrente fra il creditore garantito e il debitore, dall'altro. Tale impostazione è stata disattesa da un filone giurisprudenziale che, in una prospettiva maggiormente rivolta alla ratio del dettato normativo, ha assunto un posizione meno netta, ritenendo l'art. 1957 c.c. << espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore, che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale, e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente >>. Questo orientamento ha avuto un'eco anche in recenti contributi della dottrina, secondo cui l'applicabilità al contratto di garanzia delle norme che regolano l'estinzione della fideiussione - tra le quali deve includersi l'art 1957 c.c. - deve essere valutata caso per caso, in quanto si tratta di norme che, << più dell'accessorietà del rapporto garantito rispetto a quello principale, sembrano espressione di doveri di buona fede del creditore principale rispetto al garante e pertanto non devono necessariamente essere emarginate rispetto al contratto atipico >>. Tale tesi sarebbe supportata sia dal richiamo al principio di correttezza contenuto nella Relazione al codice civile, n. 756 - per cui << se il creditore ha il diritto di agire per realizzare il suo credito, tale diritto, con l'inerente facoltà, diventa un dovere nei rapporti del garante. Affiora in tale situazione quel dovere di correttezza, che è norma di condotta anche nell'esercizio dei diritti (art. 1175 c.c.); la sua trasgressione genera responsabilità, che si può realizzare in forma specifica con la perdita del diritto di credito contro il garante >> - sia dal carattere inderogabile che, richiamando il principio dell'ordine pubblico, una parte della dottrina è andata affermando in relazione alla norma in esame sia, ancora, dal rilievo per cui il garante avrebbe diritto a non rimanere incerto troppo a lungo in merito alla sua corresponsabilità patrimoniale. Tuttavia il più volte citato arresto delle Sezioni Unite ha posto fine a

Milano in merito all'applicazione al contratto autonomo di garanzia dell'art. 1956 c.c., che libera il fideiussore per un' obbligazione futura qualora il beneficiario della garanzia abbia fatto credito al terzo pur conoscendo che le sue condizioni patrimoniali erano divenuti tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito. Secondo il giudicante, tale norma prescinderebbe dal vincolo di accessorietà intercorrente tra l'obbligazione principale e quella di garanzia e sarebbe ispirata ad un'esigenza di protezione del garante, rispondente al canone generale di buona fede e meritevole di tutela anche nell'ipotesi in cui il vincolo di accessorietà non sussista. La Italiana Assicurazioni, pur fronteggiando una morosità della conduttrice tale da giustificare la domanda di risoluzione del contratto di locazione, non ha proposto la relativa domanda in sede giudiziale né ha fornito al garante alcuna informazione circa la morosità del conduttore, per farsi autorizzare ad attendere il pagamento.

Al contrario, la convenuta opposta, senza alcuna autorizzazione del garante e a sua insaputa, , ha continuato a fare credito alla debitrice, benché vi fossero indizi inequivocabili di peggioramento della situazione patrimoniale di quest'ultima. Ciò avrebbe costituito un abuso, da parte della Italiana Assicurazioni, della propria posizione di creditore principale, a detrimento del garante, del tutto ignaro della sempre più elevata esposizione debitoria della beneficiaria, ed un abuso siffatto - ad avviso del Tribunale- merita di essere sanzionato con la liberazione di quest'ultimo. Da tale soluzione interpretativa emerge la volontà del giudicante di dare continuità a quell'orientamento- sopra

siffatte divergenze interpretative e, in linea con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, ha affermato che l'art. 1957 c.c. << instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, perciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma >>. Sulla base di tale principio, il giudicante ritiene infondata l'eccezione di decadenza ex art. 1957 c.c. sollevata dal garante.

richiamato a proposito dell'applicabilità dell'art 1957 c.c. al Garantievertrag - che, facendo leva su argomenti di ordine teleologico, ha ricondotto la previsione di cui all'art. 1956 c.c. non già al collegamento esistente nella fideiussione tra l'obbligazione di garanzia e l'obbligazione principale, da cui prescinderebbe, bensì ai principi di correttezza e buona fede che devono informare qualunque contratto di garanzia, a tutela della peculiare situazione giuridica soggettiva del garante²¹³.

L'ampia portata di tale nozione, del resto, trova riscontro in quella giurisprudenza e in quella dottrina secondo cui l'*exceptio doli*, quale strumento posto a presidio del generale principio di buona fede contrattuale di cui agli articoli 1175 c.c. e 1375 c.c., presenta contorni sfumati e che non possono essere racchiusi nelle strette maglie di una precisa definizione né delineati

²¹³ Tale soluzione, a ben vedere, pare in distonia con quanto statuito dalle Sezioni Unite. Infatti, se è vero che la fattispecie sottoposta al giudizio del Supremo Collegio ha avuto ad oggetto l'applicazione del solo art. 1957 c.c., è altrettanto vero che l'orientamento giurisprudenziale accolto nella pronuncia delle Sezioni Unite ha escluso l'applicabilità al Garantievertrag dell'art. 1956 c.c., salvo espresso richiamo della norma nel testo contrattuale, ritenendo trattarsi di una tipica eccezione fideiussoria incompatibile con l'autonomia della fattispecie contrattuale. Di particolare interesse è la conclusione dell'iter argomentativo del Tribunale, il quale, ricorrendo allo strumento dell'analogia, estende alla fattispecie che ci occupa la disciplina dell'*exceptio doli* prevista per il diverso caso di escussione di una garanzia riferita ad un credito già estinto. Più precisamente, l'abuso, da parte del creditore principale, del proprio diritto in danno del garante determina la liberazione di quest' ultimo, così come, rimanendo nell'ambito del Garantievertrag, l'escussione della garanzia da parte del creditore consapevole dell'avvenuta estinzione del debito garantito può essere paralizzata mediante l'*exceptio doli* sollevata dal garante. Sul piano del criterio ermeneutico seguito, l'argomentazione del giudicante non convince pienamente, in quanto lo strumento dell'analogia presuppone un rapporto di comparabilità e similitudine tra le fattispecie considerate, che non pare sussistere se - come si desume dalla sentenza annotata. si interpreta il presupposto causale dell'*exceptio doli* in modo restrittivo, riconducendolo alla specifica ipotesi dell'estinzione del debito garantito. Infatti, da un punto di vista oggettivo, l'applicazione dell'art.1956 c.c. presuppone la sopravvivenza del rapporto obbligatorio principale, in cui l'obbligazione del debitore, lungi dall'essersi estinta, si è addirittura aggravata in conseguenza del maggior credito concessogli dal beneficiario della garanzia. Da un punto di vista soggettivo, inoltre, il diverso grado di rimproverabilità della condotta del creditore- che, in caso di estinzione dell'obbligazione garantita, verrebbe soddisfatto due volte in relazione al medesimo credito, prima nei confronti del debitore e poi nei confronti del garante, con conseguente attribuzione patrimoniale priva di giustificazione- renderebbe iniqua l'applicazione della medesima conseguenza sanzionatoria civilistica, che in entrambi i casi si risolverebbe nell'estinzione della garanzia. Invero, l'applicazione dell'art. 1956 c.c. al Garantievertrag troverebbe più solido fondamento giuridico riconoscendo nel rifiuto del garante di onorare la garanzia a prima richiesta una vera e propria epifania della *exceptio doli*. Detto altrimenti, l'estinzione del rapporto creditore- garante opererebbe non per effetto dell'applicazione analogica dell' eccezione di dolo quale regola di disciplina di una fattispecie altra e diversa da quella in esame (l'escussione della garanzia nella consapevolezza dell'estinzione dell'obbligazione garantita), ma in forza di un' interpretazione estensiva della stessa nozione di *exceptio doli*, che giunga a ricomprendere anche la fattispecie in esame.

mediante il ricorso ad un *numerus clausus* di ipotesi semplificative. Non paiono esservi ostacoli, dunque, per ricomprendere in tale nozione anche il rifiuto del garante di onorare una garanzia a prima richiesta, qualora, in violazione della buona fede che presiede al contratto autonomo di garanzia, il beneficiario di quest'ultima abbia aggravato la posizione del garante, facendo credito al debitore nella consapevolezza delle difficoltà di quest'ultimo nell'adempiere l'obbligazione garantita. Da un punto di vista normativo, questa soluzione appare confortata dal comma 2 dello stesso art 1956 c.c., il quale nell'ambito del rapporto fideiussorio, sancisce la nullità di un'eventuale clausola con cui il garante rinunci preventivamente ad avvalersi della liberazione contemplata dal comma 1 del suddetto articolo. Senza voler acriticamente estendere l'ambito di applicazione di tale norma al contratto autonomo di garanzia, è innegabile che, su un piano più generale, da essa traspaia un particolare favore del legislatore verso la tutela della buona fede contrattuale nei rapporti di garanzia e, di converso, un disfavore rispetto a soluzioni aventi l'effetto di porre nel nulla tale dovere di correttezza. Da un punto di vista sistematico, inoltre, l'impostazione in questione è coerente con l'opportunità che la deroga pattizia alla disciplina della fideiussione, tipica del contratto autonomo di garanzia, non si traduca in una deroga ad ogni forma di tutela del garante rispetto ad un'eventuale condotta scorretta e contraria a buona fede del creditore garantito, come quella che il Tribunale ha ravvisato nel caso che ci occupa. Accogliendo questa soluzione, la legittimazione del ricorso all'eccezione prevista dall'art. 1956 c.c. da parte del garante autonomo non necessita di argomentazioni di tipo analogico e si giustifica semplicemente sulla base di una nozione "teleologica" di *exceptio doli*, tale da abbracciare qualunque condotta scorretta e contraria a buona fede posta in essere dal creditore garantito.

L'exceptio doli verrebbe così a configurarsi come "clausola di salvezza" particolarmente rilevante in punto di disciplina, in quanto consentirebbe l'applicazione al Garantievertrag di quelle norme codicistiche sulla fideiussione che, non limitandosi ad esprimere un collegamento accessorio tra l'obbligazione di garanzia e quella principale, sono riconducibili a principi di correttezza di ordine generale che devono informare ogni fattispecie contrattuale.

L 'ESPROMISSIONE "INVERTITA"

Individuazione della fattispecie

Tale istituto è stato e viene considerato dalla dottrina maggioritaria (Cicala) una forma particolare di garanzia non fideiussoria. La figura era - e sarebbe - caratterizzata dall'inversione delle posizioni che espromittente ed espromesso tipicamente assumono nei confronti del creditore- espromissario. Nell'espromissione tipica il terzo- espromittente, che interviene nell'altrui rapporto obbligatorio, diventa - almeno verso il creditore - debitore principale; il creditore consente a che l'obbligazione del terzo (espromittente) divenga principale riguardo al suo interesse, impegnandosi, perciò, a chiedere innanzitutto all'assuntore, l'adempimento, quando non libera il debitore originario. Nella c.d. espromissione invertita, invece, la convenzione tra creditore e terzo ha per effetto il sorgere, in testa al terzo, di un'obbligazione identica per contenuto a quella del debitore originario , ma sussidiaria rispetto a questa. Il terzo, dunque, resterebbe tenuto verso il creditore soltanto in seguito al constatato inadempimento del debitore originario.

Profili causali del contratto espromissorio

L'analisi dell'istituto regolato dall'art. 1272 c.c. ha condotto la dottrina ad assegnare all'espromissione la precipua causa di assunzione del debito altrui, come la stessa giurisprudenza pacificamente ripete. Tale causa si sostanzia nello spostamento del peso del debito dall'originario debitore ad un terzo, almeno nei rapporti con il creditore. La disciplina delle eccezioni aiuta la conclusione : << Se non è convenuto diversamente, il terzo non può opporre al creditore le eccezioni relative ai suoi rapporti col debitore originario >> (art. 1272, 2 ° comma, c.c.). Il rapporto tra espromittente e debitore originario è normalmente estraneo all'impianto causale dell'espromissione, che proprio in ciò differisce dall'accollo²¹⁴. L'inciso dell'art 1272, comma 2 c.c. (<< Se non è convenuto diversamente...>>) autorizza ad affermare che non è escluso all'autonomia privata attribuire rilevanza causale- anche nell'espromissione - al rapporto espromittente - debitore principale. In tal caso, evidentemente, le parti del contratto espromissorio, espromittente e creditore espromissario, intenderanno <<titolare>> il negozio anche rispetto alla provvista, riproducendo uno schema di assunzione che si avvicina molto -negli effetti pratici che produce- all'accollo.

²¹⁴ Se è vero- come lo è- che l'espromittente di norma, non può opporre al creditore alcuna eccezione relativa ai suoi rapporti con il debitore originario, è vero pure che l'obbligazione da lui assunta non può trovare il proprio sostegno causale nel rapporto con il debitore, perché altrimenti- anche a voler considerare compatibile con l'espromissione un patto di inopponibilità sostanziale delle eccezioni relative a tale rapporto- in nessun caso potrebbe essere esclusa l'opponibilità delle eccezioni di inesistenza di tale rapporto. Il regime delle eccezioni riflette, sul piano processuale, l'impianto causale dell'espromissione (come in genere, di ogni contratto). Se non possono essere opposte le eccezioni relative al rapporto con il debitore (c.d. provvista), ciò vuol dire che tale rapporto non partecipa all'identificazione dei profili causali dell'espromissione (infatti, l'assunzione del debito verso il debitore, non è effetto neanche naturale, dell'espromissione, tant'è che l'unico modo per rendere rilevante, rispetto all'obbligazione dell'espromittente, il rapporto con il debitore è quello di ridurre espressamente in contratto la provvista). A voler concludere diversamente, infatti, non potendo prescindere dal dato normativo dell'art. 1272, 2° comma, c.c., bisognerebbe affermare, contro il principio generale, che l'espromissione sia un negozio astratto, per il quale, cioè, il legislatore non renderebbe rilevante, sul piano della disciplina concreta, un aspetto che concorre in maniera determinante ad individuare la causa del negozio. La deroga al principio di causalità non sarebbe davvero giustificabile, almeno alla luce di quelle esigenze che conducono a tanto in altri settori, come quello del diritto cartolare, e comunque entro i limiti ben noti.

La norma dell'art 1272 comma 2° c.c. si limita, quindi, a sancire la naturale estraneità del rapporto di provvista all'assetto di interessi che l'espromissione tipicamente mira a regolare, conducendo ad identificare in altro evento formale la minima unità effettuale che consente di rappresentare la causa del negozio. Questa, invero, qualunque sia la nozione che si voglia accogliere, non può certo fondarsi sopra un effetto che sia solamente eventuale, non necessario e quindi non assolutamente incidente sulla disciplina minima dell'istituto. Il 3° comma dell'art 1272 c.c., invece, sancisce l'opponibilità al creditore di tutte le eccezioni che potuto opporre il debitore originario, << se non sono personali a quest'ultimo e non derivano da fatti successivi all'espromissione >>, comunque esclusa l'eccezione di compensazione << quantunque si sia verificata prima dell'espromissione >>. Dall'analisi dei due commi (art. 1272, 2° e 3° comma, c.c.) risulta evidente, a questo, che l'espromissione poggia causalmente proprio sul rapporto di valuta, al quale l'espromittente chiaramente ed esclusivamente si riferisce, all'atto di assumere la propria obbligazione verso il creditore²¹⁵.

L'espromissione come strumento inidoneo a provocare la successione nel debito altrui. Distinzione dall'accollo.

Il riferimento al rapporto di valuta necessario, come visto, a fondare l'impianto causale dell'espromissione, ha generalmente condotto la dottrina a parlare

²¹⁵ all'espromissione. Se l'assenza di ogni rilevanza del rapporto di provvista nell'identificazione del profilo causale dell'espromissione consente sempre di tenerla distinta dall'accollo, allo stesso modo la mancanza di qualunque riferimento all'eventuale << delega >> del debitore originario impone la distinzione tra espromissione e delegazione. L'opponibilità delle eccezioni riguardanti il rapporto di valuta conferma che l'obbligazione dell'espromittente ha senso soltanto in quanto riferita oggettivamente a quella già gravante in testa al debitore originario, e quindi, che proprio in tale riferimento trova il proprio sostegno causale. Se, a differenza dall'accollo, nell'espromissione manca ogni riferimento al rapporto con il debitore originario e se, a differenza dalla delegazione, il terzo (espromittente) non può far cenno ad alcun rapporto di delega per giustificare il suo impegno, salvo a voler concludere una delegazione invece che un'espromissione, allora proprio e soltanto nel riferimento al debito originario si sostanzia la causa del negozio. Nell'assumere l'impegno verso il creditore l'espromittente deve riferirsi al debito originario, le cui esistenza e validità, perciò, devono diventare determinanti per la valida assunzione dell'obbligazione nascente dall'espromissione.

dell'espromissione come di un contratto idoneo a produrre la successione nel debito altrui. Il concetto di successione nel debito, ormai accolta dalla dottrina fin dall'inizio del secolo ed anche sotto il vigore della precedente codificazione, che pure espressamente disciplinava la modificazione novativa, esprime l'effetto del subingresso di un soggetto nella stessa posizione debitoria di altro, legato : 1) o all'acquisto di un'autonoma qualità, in virtù della quale si rimane investiti della titolarità di un complesso di situazioni giuridiche sia attive sia passive (come nella successione universale mortis causa); 2) ovvero al trasferimento della situazione giuridica soggettiva passiva, proveniente evidentemente da soggetto legittimato, come nel caso della successione a titolo particolare²¹⁶. Nell'espromissione, l'art. 1272, comma 3, c.c. consente

²¹⁶ Sia in un caso sia nell'altro è evidente che quello di successione è concetto diverso dall'assunzione del debito altrui, se è vero che di assunzione del debito si parla per indicare tanto l'assunzione c.d. privativa, quanto quella novativa, riferendosi soltanto col primo termine ad una forma di assunzione che importa pure successione nel debito. I due concetti vanno tenuti rigidamente distinti, sia quando si parla di assunzione esterna (riguardante, cioè, i rapporti tra terzo e creditore) sia quando si parla di assunzione interna (perché in questo caso, siccome la pattuizione interna non si risolve in alcun rapporto del terzo con il creditore, la relazione originaria di debito-credito rimane immutata). Può esservi certamente assunzione del debito altrui che non sia accompagnata da successione. Il primo dato da acquisire è, dunque, la non co-essenzialità dei due concetti : dire che la causa dell'espromissione è quella di assumere il debito altrui non significa dover dedurre necessariamente che l'espromissione produce successione nel debito altrui, con le conseguenze che ne derivano. Occorre allora verificare, un dato che troppo spesso è stato ritenuto scontato. Se la successione nel debito, come la successione in generale, quando a titolo particolare è strettamente dipendente da un atto di trasferimento, tant'è che non ricorre nei casi di acquisto derivativo-costitutivo, bisogna chiedersi come sia possibile riscontrarla nell'espromissione che, strutturalmente, non vede la partecipazione, alla fattispecie di assunzione, del debitore, ossia del soggetto titolare del debito, ossia del soggetto titolare del debito al quale riferire il trasferimento e perciò la successione. Vero è che la successione, in quanto effetto giuridico , discende dalla particolare valutazione che la norma fa di un fatto naturalistico determinato e d è anche vero che la norma è sovrana nella predisposizione dei profili effettuali del fatto , per cui sarebbe ben possibile, che in alcuni casi determinati, in ragione di particolari interessi concreti, la norma ricollegghi lo stesso effetto (nella specie successione nella situazione attiva o passiva) a fatti diversi. In linea di massima, tuttavia, nel nostro ordinamento, l'effetto della successione per atto tra vivi è immediatamente collegato alla vicenda traslativa, caratterizzata dall'unità logico - giuridica tra dismissione del diritto da parte del titolare ed acquisto dello stesso da parte del terzo. Non c'è necessità di indagine ulteriore, per stabilire se ricorre successione nella situazione giuridica, quando ci troviamo di fronte ad un trasferimento. Il legislatore ha tipicamente attribuito al trasferimento la forza formale occorrente a produrre una successione a titolo particolare. Di trasferimento (del debito) non può esservi allora traccia nell'espromissione, alla quale il debitore, titolare della situazione che dovrebbe essere alienata, resta completamente estraneo, come del resto confermato dalla disciplina delle eccezioni dettata dall'art 1272 c.c. Sicuramente manca nell'espromissione una successione nel debito dipendente dall'assetto di interessi cui l'ordinamento tipicamente assegna la capacità di attuare la successione. Tuttavia la successione a titolo particolare potrebbe discendere da una specifica e puntuale qualificazione formale operata dalla norma riguardo all'espromissione, indipendentemente dal ricorrere di un trasferimento, come atto di autonomia negoziale.

all'espromittente di opporre al creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre il debitore originario, se non derivano da fatti successivi all'espromissione. Il riferimento al rapporto di valuta, che, come detto, non può mancare, da un lato non si traduce in accessorietà del rapporto espromissorio rispetto a quello principale (come accade invece per la fideiussione); dall'altro, conferma una sostanziale identità di posizioni tra espromittente e debitore originario, che non vuol dire necessariamente modificazione soggettiva passiva in un rapporto che, oggettivamente, resta uguale a se stesso. Se espromittente e debitore originario si trovano nella stessa identica situazione passiva ciò accade, tuttavia, in maniera differente rispetto a quanto avviene nell'accollo. Esclusivamente per l'accollo si può affermare ricorrente un fenomeno di successione dipendente da trasferimento del debito dall'accollato (debitore originario) all'accollante (terzo), tant'è che, in questo caso, l'opponibilità delle eccezioni relative alla valuta non richiede un espresso riferimento a quel rapporto ma discende unicamente dall'effetto successorio che dall'accollo deriva. Solo nel caso dell'accollo, il terzo, che si obbliga verso il creditore, contrae direttamente con il debitore originario, che perciò, intervenendo nell'atto che produce anche l'assunzione, può disporre, trasferendolo, del proprio debito. Nell'accollo, dunque, la successione nel debito pur autorevolmente contestata, è effetto di un atto di disposizione del debitore nei confronti del terzo e trova nel rapporto tra questi due soggetti la propria giustificazione causale, come reso evidente dalla disciplina delle eccezioni fissata dall'art.1273, comma 4, c.c., che non contiene alcun riferimento al rapporto di valuta, statuendo espressamente, invece, l'opponibilità al creditore delle eccezioni << fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta >>. Il fondamento dell'accollo va rinvenuto nel

rapporto tra debitore e terzo, come complessivamente congegnato. D'altra parte la corrente ricostruzione dell'istituto in chiave di contratto a favore di terzo impone di rinvenire il fondamento dell'obbligazione del promittente (accollante) nell'obbligazione corrispettiva dello stipulante (accollato). E' poi il regolamento di interessi complessivo, entro cui l'accollo si inserisce, a provocare il sub-ingresso del terzo accollante nella stessa identica posizione dell' accollato, consentendogli, per questa via, di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di valuta. Non a caso, quando la dottrina ha escluso che l'accollo potesse avere effetti privativi ha dovuto pure escludere l'opponibilità delle eccezioni riguardanti il rapporto di valuta, non trovando altro sostegno funzionale per giustificarla²¹⁷.

Da questo generico raffronto tra espromissione ed accollo si può allora dedurre che nell'espromissione , pur verificandosi un fenomeno di assunzione del debito altrui, non si produce anche un trasferimento del debito, essendo il

²¹⁷ Non è così per l'espromissione il cui assetto strutturale impedisce di pensare ad un legittimo atto di disposizione del debito, che non potrebbe certamente provenire dal creditore, unica controparte dell'espromittente nel contratto espromissorio. L'opponibilità delle eccezioni relative al rapporto di valuta, infatti dovrebbe essere certamente negata per l'espromissione se non ci fosse l'espressa disposizione di legge , perché non può dirsi ricorrente un trasferimento del debito, rimanendo estraneo alla struttura espromissoria proprio il debitore. Occorre verificare, infine, se la norma dell'art. 1272, comma 3. c.c. permetta di individuare una qualificazione formale dell'effetto successorio anche indipendentemente dal trasferimento. La risposta negativa sembra obbligata. Infatti la limitazione temporale contenuta nella norma più volte richiamata, che esclude l'opponibilità delle eccezioni di valuta maturate in dipendenza di fatti successivi all'espromissione, impone di negare che il nostro contratto possa dar vita ad una semplice modificazione soggettiva passiva di un rapporto obbligatorio oggettivamente immutato. Se l'espromittente dovesse essere reputato successore a titolo particolare dell'espromesso non si capisce perché non possa opporre al creditore tutte le eccezioni che allo stesso avrebbe potuto opporre il debitore originario. Se l'espromittente fosse succeduto nell'unico rapporto giuridico originario, di tutte le vicende di quel rapporto, in qualunque momento accadute, dovrebbe risentire le conseguenze. La valutazione dell'estraneità del debitore alla fattispecie espromissoria, che perciò non consente di parlare di trasferimento del debito (e, quindi, eventualmente, di successione dipendente da trasferimento), nonché la valutazione dell'insufficienza della norma dettata dall'art. 1272, comma 3, c.c. a qualificare la vicenda espromissoria come produttiva di successione, anche indipendentemente dal ricorrere di un trasferimento, impone di concludere nel senso che l'espromissione , come probabilmente nella delegazione, non ricorre mai un fenomeno di successione nel debito altrui, pur in presenza di un'assunzione del debito altrui. Il dato sicuramente imprescindibile è l'esistenza di un diretto ed immediato rapporto tra l'obbligazione dell'espromittente e quella del debitore originario; rapporto che non giustifica l'effetto successorio, certamente testimonia una dipendenza funzionale innegabile, della quale occorre dar conto.

debitore originario estraneo al contratto espromissorio. Gli artt. 1272. comma 3 e 1273, ultimo comma, c.c. se confrontati, lo dimostrano. Unicamente nel primo caso l'opponibilità delle eccezioni relative al rapporto di valuta trova un limite nel non dover derivare da fatti successivi all'espromissione. Nel caso dell'accollo, invece, l'opponibilità delle eccezioni relative alla valuta, se non si nega l'effetto privativo, non incontra alcun limite riguardante il fatto da cui l'eccezione promana. La differenza si spiega proprio perché nell'espromissione l'opponibilità delle eccezioni derivanti dal rapporto di valuta si giustifica esclusivamente in ragione del richiamo che a tale rapporto si è operato per fondare causalmente l'obbligazione dell'espromittente, nei limiti in cui tale richiamo è sufficiente allo scopo²¹⁸.

L'espromissione c.d. atipica: in particolare l'espromissione invertita come ipotesi di contratto << a causa di garanzia >>, diverso dalla fideiussione.

Le distinzioni tra espromissione e garanzia rimangono nette fin quando il raffronto intercorra tra espromissione tipica e fideiussione (garanzia personale tipica).

Si complicano invece per i casi comunemente definiti di espromissione atipica e di garanzia personale non fideiussoria. I due concetti vanno chiariti. Per

²¹⁸ Nell'assunzione del debito derivante dall'espromissione è necessario che il debito da assumere dipenda da un contratto valido ed esista nella consistenza indicata all'atto dell'espromissione. E' dunque coerente sancire l'opponibilità di tutte le eccezioni relative alla valuta non derivanti da fatti successivi all'espromissione, perché queste eccezioni altro non sarebbero che la manifestazione di disfunzioni, genetiche o funzionali, che affettano il rapporto, riflettendosi per questa via, sull'obbligazione dell'espromittente. Solo in tal modo si può giustificare il limite posto dell'art 1272, comma 2 c.c. La spiegazione è proprio nel fatto che l'espromissione non determina il sub-ingresso del terzo nella posizione di debito originario, non produce la successione nel debito: se così fosse l'espromittente dovrebbe poter opporre tutte le eccezioni relative al rapporto di valuta, anche quelle dipendenti da fatti che si siano dati dopo l'espromissione; anche questi fatti, invero, inciderebbero sulla consistenza dell'obbligazione originaria, che sarebbe divenuta la stessa obbligazione del terzo. L'art 1272, comma 3 c.c., invece, esprime la piena autonomia dell'obbligazione dell'espromittente da quella originaria, alla quale la prima resta legata soltanto come al suo referente oggettivo esterno. Non così nell'accollo, ove se l'accollante può opporre al creditore le stesse eccezioni che poteva opporgli il debitore originario, ciò è perché l'accollo fa succedere l'accollante nella stessa posizione passiva dell'unico rapporto obbligatorio, riguardo al quale si è data la modificazione soggettiva passiva.

espromissione atipica si intende la già descritta espromissione invertita, ossia quel contratto mediante il quale il terzo (presunto espromittente) si obbliga verso il creditore, riferendosi oggettivamente ad un debito precisamente gravante su altro soggetto (debitore originario) verso lo stesso creditore, ma conservando una posizione sussidiaria, in forma più o meno attenuata. Rispetto all'interesse del creditore, in tal caso obbligato principale resta il debitore originario, al cui patrimonio si aggiunge quello del presunto espromittente, in un' operazione di rafforzamento della pretesa creditoria, tipica della garanzia personale. Dell'assunzione del debito manca, com'è stato esattamente rilevato, il tratto caratteristico ed indefettibile, ossia lo spostamento del peso del debito, verso il creditore, dal soggetto originariamente gravato a quello nuovo. Per garanzia non fideiussoria, invece, si intende, con accezione diffusa presso tutta la dottrina quella forma di garanzia personale mancante del requisito dell'accessorietà, ossia connotata da un'autonomia dell'obbligazione (pur sempre sussidiaria) del garante, tale da consentire la soddisfazione della pretesa creditoria << a semplice richiesta >> e << senza eccezioni >>. Da queste premesse si può arguire che, se lo schema posto in essere dalle parti , in caso di espromissione invertita, riproduce tipicamente quello della garanzia (conservando il debitore originario nella posizione di debitore principale) , ciò non vuol dire automaticamente che si sia di fronte ad una fideiussione. Di questa mancherebbe infatti, nella c.d. espromissione invertita, il requisito dell'accessorietà, necessario alla qualificazione della garanzia personale in termini di fideiussione. La nostra fattispecie rimarrebbe soggetta all'art. 1272, comma 3 , c.c. e sottratta, invece, alla disciplina dell'art. 1945 c.c.²¹⁹.

²¹⁹ Si tratterebbe di una ipotesi di garanzia non fideiussoria, i cui profili, tuttavia, vanno ulteriormente chiariti ed approfonditi. Dire garanzia non fideiussoria significa dire, nell'accezione ormai corrente degli studiosi, garanzia non accessoria, distinta dalla fideiussione in quel tratto peculiare che è la dipendenza funzionale

Ma parlare di espromissione invertita, significa dire, sic et simpliciter, contratto autonomo di garanzia? Può l'espromissione invertita avere un proprio spazio tra le forme di garanzia del credito senza rimanere appiattita sul contratto autonomo di garanzia ?

Sono necessarie delle precisazioni a riguardo. La dottrina più recente ha fortemente criticato la rilevanza concettuale della nozione di garanzia autonoma, mettendo in evidenza che è contraddittorio parlare di << causa di garanzia >> e poi stipulare l'assoluta autonomia del contratto da una posizione formalmente già qualificata come creditoria da altra norma (Nappi).

Si è distinto perciò il contratto contenente << una prestazione di garanzia >>, che trova invece la propria giustificazione causale in un assetto di interessi di volta in volta mutevole e dipendente dai concreti rapporti tra debitore, garante e creditore. Del contratto autonomo di garanzia si è parlato, allora, come contratto con << prestazione di garanzia >> ed a causa variabile e non come contratto << a causa di garanzia >>²²⁰.

dell'obbligazione di garanzia da quella principale con una certa approssimazione che è stata ben messa in luce dalla dottrina più recente (Nappi). La funzione concretamente esplicata dal c.d. contratto autonomo di garanzia risiederebbe proprio nella possibilità di << garantire >> la soddisfazione dell'interesse creditorio, senza vincoli di dipendenza genetica e funzionale dall'obbligazione garantita.

²²⁰ La tesi, sostenuta in particolare da F. Nappi ma già chiarita dal Betti prende lo spunto dalla non necessaria correlazione tra scopo della prestazione e causa del contratto che sorregge il dovere di adempimento, riproducendo per la verità, lo schema della scissione tra causa e negozio e causa dell'obbligazione, che, negli Autori più moderni, trova una riproposizione nell'alternativa tra causa in senso programmatico e causa in concreto dell'operazione negoziale. Secondo l'autore citato il concetto tecnico- giuridico di << garanzia del credito >> postula, per necessaria definizione, un accesso dell'obbligazione di garanzia ad una situazione di interesse già formalizzata, da altra norma o pattuizione legittima, in termini di diritto di credito. Non può esservi giuridicamente garanzia se non vi é credito. Nelle fattispecie comunemente designate come contratti autonomi di garanzia, invece, per la mancanza di qualunque relazione tra l'obbligazione del garante ed una situazione creditoria formale non può parlarsi di << causa di garanzia >> in senso proprio, mancando ogni forma di accesso dell'obbligo del garante ad una pre-formalizzata situazione di interesse. L'assunzione dell'obbligazione di garanzia, siccome si rivolge alla protezione di un interesse, che soltanto economicamente può definirsi a struttura creditoria, non consente di individuare nel contratto che la contiene una << causa di garanzia >>, se è vero che l'obbligo del garante sussiste e persiste anche in caso di nullità o annullamento del contratto da cui è sorta l'obbligazione originaria (e cioè nel caso in cui, per non essere esistita o per essere venuta meno la qualificazione formale dell'interesse,, non si può proprio parlare di credito- da garantire). Tuttavia la prestazione nascente dal Garantievertrag può a ben dirsi a scopo di garanzia, in quanto comunque diretta a d offrire tutela ad una situazione di interesse economicamente corrispondente al credito. l'interesse cui l'obbligazione del garante si riferisce, però, è desunto a fondamento

La nuova ricostruzione , certamente soddisfacente sotto il profilo concettuale, lascia nel dubbio circa la possibilità di recuperare spazi propri alla garanzia autonoma, intesa stavolta nel senso più stretto cui la dottrina più recente fa riferimento. Se vi sia spazio, accanto alla fideiussione ed ai contratti recanti << prestazioni di garanzia >>, per i contratti autonomi << a causa di garanzia >> è da accertare. Soprattutto nella ricostruzione "cicaliana", il contratto di espromissione invertita si concreta in un accordo mediante il quale il soggetto terzo (rispetto al rapporto obbligatorio già in corso) conviene con il creditore l'assunzione di un'obbligazione sussidiaria rispetto a quella già gravante sul debitore originario, al quale, pertanto, il creditore originario dovrà sempre rivolgersi per primo nel richiedere la soddisfazione della sua pretesa. La convenzione della sussidiarietà, qualunque sia la sua forma espressiva, deve far escludere che l'obbligazione del terzo possa avere causa nell'assunzione del debito altrui, se è vero - e non sembra seriamente discutibile- che assunzione del debito, anche sotto il profilo meramente terminologico, significa << spostamento del peso del debito >> dal soggetto originariamente gravato a quello nuovo, almeno nei rapporti con il creditore. Sussidiarietà dell'obbligazione del terzo e causa di assunzione del debito appaiono inconciliabili, sebbene non si possa negare che, negli scopi pratici ogni operazione diretta a moltiplicare i patrimoni aggredibili in caso di inadempimento si risolve in una forma di garanzia. Ma la differente disciplina, specie per quanto attiene al regime delle eccezioni, tra garanzia in senso tecnico ed assunzione del debito, impone di mantenere chiara la differenza²²¹.

dell'obbligo di garanzia quale fatto naturalistico e non pure nel suo valore giuridico. Perciò può affermarsi che proprio la pattuizione << in garanzia >> lo qualifichi per la prima volta (o comunque per una seconda volta ma in maniera autonoma, prescindente dall'eventuale qualificazione primigenia) attribuendo ad esso rilevanza formale.

²²¹ Alla convenzione della sussidiarietà, nell'espromissione invertita, si potrebbe accompagnare l'espressa

L'art. 1272, comma 3, c.c., dunque, si spiega perfettamente nell'ottica del negozio di assunzione del debito altrui. Può trovare tuttavia applicazione anche quando l'operazione negoziale fuoriesca dai limiti di elasticità causale dell'espromissione (per non provocare l'assunzione del debito e, quindi, la collocazione, rispetto all'interesse del creditore, del terzo nella posizione di debitore principale), ma nemmeno confluisca entro lo schema tipico della fideiussione (per mancanza di quella dipendenza funzionale del rapporto di garanzia da quello base, che si traduce nella tipica accessorietà).

Una garanzia non fideiussoria, allora; una garanzia non accessoria, ma comunque dipendente dalla corretta esistenza del rapporto di valuta con riferimento al momento in cui il contratto (di garanzia) si conclude. Lo spazio da occupare sembra proprio quello della garanzia autonoma in senso proprio : un contratto che può dirsi <<a causa di garanzia>> perché accedente ad un interesse creditorio, già formalmente qualificato da altra norma, ma che non può definirsi certo accessorio, nel senso che il termine assume se riferito alla

soggezione del contratto alla norma dell'art. 1272, 3 comma c.c., pattuendosi che il c.d. espromittente (garante) possa sollevare tutte le eccezioni relative al rapporto di valuta derivanti da fatti non successivi al contratto di garanzia (c.d. espromissione invertita) e comunque escluse quelle personali e la compensazione. In tali ipotesi si determina certamente una dipendenza dell'obbligazione del terzo da quella originaria; deduzione dell'esistenza e validità di un obbligo originario a sostegno causale dell'obbligazione del terzo e pertanto parziale dipendenza della seconda dal primo. La limitazione temporale nella disciplina delle eccezioni e la soggezione del contratto all'art. 1272 comma 3 c.c., poi, consentono di ultimare la rappresentazione del fenomeno, espungendolo dall'area della fideiussione per mancanza di accessorietà.

Della fideiussione mancherebbe sempre l'accessorietà tipica, intesa come rifluenza delle vicende, genetiche e funzionali, del rapporto base sul rapporto di garanzia. Ma della garanzia (o meglio della causa di garanzia) sarebbe sempre presente l'« accesso » esterno dell'obbligazione del terzo ad un interesse (quello creditorio) già formalizzato da altra norma e perciò già, di per sé, giuridicamente autosufficiente. Tuttavia, nell'espromissione invertita, il riferimento al rapporto di valuta, che non può mancare e che solo consente di qualificare il contratto come << a causa di garanzia >>, non si traduce mai nella dipendenza funzionale che scaturisce dalla << garanzia di adempimento >> (art. 1936 c.c.), ma si risolve in una delimitazione oggettiva dell'obbligazione assunta dal terzo. Il c.d. espromittente << modella >> la propria obbligazione su quella già esistente, nei limiti in cui la stessa esiste, e ovviamente, se esiste. Ciò giustifica il riferimento temporale di cui all'art. 1272, comma 3, c.c., che, sicuramente, trova maggiore significato riguardo all'espromissione tipica, strumento di assunzione del debito altrui, per il quale, non viene in considerazione alcuna esigenza di relazione tra l'obbligazione dell'espromittente e quella originaria se non nei limiti della necessità di dare alla prima un fondamento causale. Non si può assumere un debito che non c'è o derivante da un contratto nullo; non si può assumere un debito già caducabile (all'atto dell'assunzione) se poi non si ha pure il potere di caducare o di sanare.

fideiussione. La compatibilità dell'art. 1272, comma 3, c.c. con un'operazione di garanzia sembra indiscutibile, anzi la norma appare il referente normativo necessario affinché si possa parlare, tecnicamente, di garanzia autonoma del credito. Se il concetto stesso di garanzia postula << accesso >> ad una situazione soggettiva già qualificabile come credito, in base ad una autonoma formalizzazione normativa, proprio la c.d. espromissione invertita può consentire di recuperare il concetto di garanzia autonoma che era stato liquidato dalla dottrina più recente. Certamente di << causa di garanzia >> non si può parlare riguardo a quelle ipotesi in cui l'obbligazione del terzo non << accede >> in alcun modo ad un interesse già formalizzato, restando soltanto la prestazione a garantire un interesse di fatto.

Ma certamente non si può escludere dignità concettuale alla nozione di << causa di garanzia >> : e proprio la fattispecie in esame ne costituisce conferma. Il riferimento all'esistenza di una situazione a contenuto obbligatorio, quando limitato a fondamento dell'obbligazione nel momento in cui il contratto (di garanzia) si conclude, permette all'obbligazione del terzo di << accedere >> ad altra situazione giuridica, ma ne consente pure l'autonomia dalle vicende che si dovessero produrre dopo l'assunzione della garanzia. Nel contratto autonomo di garanzia, invece, in cui manca ogni riferimento al rapporto di valuta (come rapporto giuridico già qualificato) ed in cui l'obbligazione di garanzia non accede ad una situazione giuridico - formale bensì ad un mero interesse di fatto, qualificato e formalizzato per la prima volta proprio con il contratto di garanzia, non si può parlare certo di accessorietà, ma nemmeno si può correttamente discutere di autonomia a causa dell'assoluta mancanza di ogni tipo di relazione tra rapporto di garanzia e rapporto garantito.

Non così per la c.d. espromissione invertita, per la quale il riferimento al rapporto di valuta:

- 1) consente di fondare l'obbligazione del terzo (c.d. espromittente) sull'esistenza, la validità e l'efficacia del rapporto base , determinando un legame con una situazione soggettiva già formalmente qualificata da autonorma - norma e dedotta in contratto in quanto entità giuridico- formale;
- 2) sancisce, con il limitare l'opponibilità delle eccezioni a quelle << derivanti da fatti non successivi all'espromissione >>, un 'autonomia dell'obbligazione di garanzia che sicuramente impedisce di parlare di accessorieta ma che conferma l'<<accesso>> dell'obbligazione del terzo ad altra obbligazione preesistente ; unico dato che permette correttamente di parlare di garanzia.

La garanzia autonoma, o meglio il contratto autonomo a causa di garanzia (e non solo recante <<prestazione di garanzia>>), ritrova espressione proprio nella c.d. espromissione invertita, che:

- 1) si distingue dalla fideiussione per la già spiegata mancanza di accessorieta. La c.d. espromissione invertita rimanda all'esistenza di un debito altrui il proprio fondamento causale come ad un elemento formale esterno, la cui esistenza è da valutare solamente riguardo al momento dell'assunzione dell'obbligazione da parte del terzo ; per questo l'obbligazione del presunto espromittente discende da un contratto che può ben dirsi << a causa di garanzia >> e non soltanto produttiva di una << prestazione di garanzia >>, che deve trovare, di volta in volta, il proprio fondamento causale in più complessi assetti di interesse;
- 2) si distingue dalla fideiussione con clausola di solve et repete : sia perché conterrebbe un patto di inopponibilità sostanziale delle eccezioni, operante perciò non soltanto sulla tempistica processuale escludendo completamente la

possibilità di sollevare le eccezioni di valuta; sia perché non limitato, nell'oggetto, dall'art. 1462 c.c. Il tutto, ovviamente, nei limiti di cui all'art. 1272, comma 3, c.c.;

3) si distingue dai contratti autonomi di garanzia innanzitutto per essere un contratto << a causa di garanzia >> e non solamente recante << a prestazione di garanzia >>. Ciò perché l'obbligo del c.d. espromittente comunque si fonda sull'esistenza di un dovere giuridico di adempiere; di conseguenza, non realizza una piena emancipazione dell'obbligazione del terzo da quella originaria, come accade invece, nei contratti autonomi di garanzia. Gli aspetti di rilevanza pratica non mancano: nel caso della c.d. espromissione invertita, infatti, non occorre rinvenire una causa della << prestazione di garanzia >> che non sia nella stessa << causa di garanzia >>. L'accesso alla situazione giuridica di credito salva la pattuizione come pattuizione << a causa di garanzia >> in senso proprio; ma la limitazione temporale di cui all'art. 1272, comma 3, c.c. fa sì che ciò non si traduca nell'accessorietà fideiussoria.

Tutta la ricostruzione conferma un'estrema duttilità degli schemi negoziali posti in materia di espromissione ed accollo, permettendo di affermare che anche nel caso dell'espromissione, in cui più evidente è il legame tra la struttura ed una causa specifica (quella dell'assunzione del debito altrui), la disciplina di diritto positivo può essere estesa a fattispecie causalmente diverse, purché conservino - in comune con l'espromissione - il riferimento all'obbligazione nascente dal rapporto di valuta.

Quadro generale delle garanzie spagnole nei contratti commerciali.

Introduzione

La dottrina scientifica è solita accostare la tipologia e la nozione di "garanzia" alle figure che concedono al creditore un valore aggiunto per i vari istituti di credito e di difesa riconosciuti dalla legge. Quindi non sono garanzie, ma solo difese legali "ordinaria" e "comune" a tutti i crediti: la responsabilità illimitata (art 1911 c.c.) il risarcimento del danno (art 1.101 c.c.), la possibilità di risoluzione dei contratti bilaterali di default (art 1124 c.c.) o le azioni revocatorie e di surroga (artt. 1111 c.c.).

Infatti, esse, conferiscono maggiore sicurezza per consentire e garantire al creditore la possibilità di incassare il credito, ma non sono tecnicamente parlando, una garanzia. "Garanzia" vuol dire maggiore facilità di recupero ottenuta dal creditore tramite un patto con il debitore o con un terzo, e si differenzia dalle norme legali che tutelano il credito in generale, che derivano dalla legge e sono indipendenti dalla volontà delle parti. La summa divisio tra le garanzie è quella tra : reali e personali. Quelle che interessano un bene o un diritto specifico di esecuzione di un' obbligazione, che in caso di non soddisfazione, il creditore può vendere il suddetto bene o il diritto e rifarsi con il ricavato, restituendo l'eccedenza al titolare. Le garanzie personali, invece, detengono le attività di una persona per la soddisfazione del debito garantito, in modo che il creditore può citare in giudizio il garante in caso di inadempimento. Così, la riserva di proprietà, sulla quale ci si può accordare sulle vendite rateali, invece il carattere "reale" rimane discutibile, assumendo lo schema disegnato dalla legge sulle vendite rateali di beni personali un modello, che può essere seguito in riserva di dominio convenuto tra le parti; o di pegno, così comune nella pratica quotidiana, e quindi i saldi bancari di ammissibilità

discussi fino al ricevimento da parte della giurisprudenza in modo inequivocabile.

Per quanto riguarda le garanzie personali, il tipo contrattuale che si trova nel Codice di commercio è la fideiussione commerciale che è fondamentalmente la stessa di quella civile, con minime differenze che non incidono sulle relazioni tra fideiussore - creditore e fideiussore- debitore. Dal carattere atipico, ma molto comuni nella pratica, soprattutto nella contrattazione internazionale, sono altre figure quali garanzie autonome e lettere di patronage. Un' altra forma di garanzia personale è la garanzia di scambio commerciale, regolato negli artt 35- 37 LCCH, la cui sede è il diritto cambiario, all' interno del quale si spiega la sua peculiare configurazione e il suo regime legale²²².

Nella proposta di regolamentazione del Diritto Europeo sono già stati pubblicati i *Principles of European Law* relativi alla *Personal Security* che si riflette anche negli artt. IV G.-1: 101 a IV G -4: 107 DCFR. In questo regolamento ci sono quattro capitoli: -disposizioni generali;-garanzie personali dipendenti;-garanzie personali indipendenti;-regole speciali per garanzie personali dei consumatori.

Il Regolamento è interessante perché riconosce come figure opposte, o almeno

²²² Ci sono, infine, figure che possono svolgere un ruolo simile alle garanzie personali, ma che costituiscono un istituto distinto. Il caso maggiormente trattato in dottrina è il contratto di garanzia (seguro de caucion), che svolge certamente una funzione simile alla fideiussione , assumendo un patrimonio aggiunto, che ne risponde, in forma sussidiaria, in caso di violazione dell' obbligazione garantita. A parte questa caratteristica comune, la costruzione giuridica è totalmente diversa, perché con l'assicurazione non si risponde al posto del debitore, ma si risarcisce il danno causato dalla violazione (funzione indennizzatoria rispetto a quella garante) . D'altra parte, l'assicurazione ha una normativa specifica nel diritto dei contratti di assicurazione, in modo che, per esempio, l'assicuratore ha diritto al pagamento del premio da parte del contraente, risponde ai ritardi di pagamento con regole proprie, ha diritto alla ripetizione, ecc, del tutto differente dalle regole applicabili al garante.

La dottrina maggioritaria sostiene che la garanzia dell'assicurazione, non è, in termini giuridici una fideiussione, sebbene può avere una funzione economica simile (Camacho, De Los Rios) e non tanto per la presunta natura compensatoria ma perché l'assicuratore e le sue tecniche così lo definiscono. Non mancano tuttavia autori che ritengono che ritengono che la funzione economica di tale garanzia la renda una vera e propria garanzia (Font Ribas, Embid Irujo). Per Carrasco Perera, Trattato pagg. 658 e segg. << la polizza assicurativa è una polizza, non una fideiussione però compie una comune funzione fideiussoria con questa, per questo potrebbe concordarsi congiuntamente o a prima richiesta senza modificare la sua natura di polizza >>.

separate le garanzie dipendenti e indipendenti..In linea di principio continua a essere trattata come garanzia tale assicurazione, ma se l'assicuratore rilascia un documento contenente una garanzia personale a favore del creditore è considerato garanzia personale [art. 1 :. 102 e Sec IV.G. Pers PEL-1: ...102 (2) DCFR*].

Fideiussione commerciale

Concetto, commerciabilità e caratteristiche.

Come concetto la fideiussione commerciale non si differenzia molto da quella civile, costituendo un' obbligazione di pagamento assunto dal garante in caso di inadempienza di un terzo : << con la fideiussione un soggetto si obbliga a pagare o ad eseguire per un terzo, nel caso in cui non lo faccia quest' ultimo >> (art 1822 c.c.). La fideiussione si mostra così come un'obbligazione accessoria e dipendente da un debito principale, il cui pagamento sia garantito o assicurato da un nuovo patrimonio, quello del fideiussore²²³.

Una questione diversa è quando la fideiussione è commerciale, e, pertanto, è disciplinata da norme speciali del codice di commercio e, inoltre, del Codice Civile.

La questione risulta di scarsa rilevanza pratica, poiché le specialità della norme commerciali sono minime e poco rilevanti, però si tratta come sempre, di una questione preliminare da risolvere²²⁴. Caratteristica fondamentale della

²²³ Nella proposta di " Diritto Privato Europeo " si è optato per un concetto più generale ed ampio di garanzia personale e dipendente che si riferisce non solo alle obbligazioni da pagare (se non l'ha fatto il debitore), ma a qualsiasi obbligazione di pagamento, di fare o di indennizzare danni. Ai sensi dell' art 1: 101 .(a) PEL Pers. Sec nella versione spagnola : << una garanzia dipendente (la fideiussione) è un' obbligazione contrattuale che un garante si assume di pagare o di effettuare altra prestazione o indennizzare danni al creditore, con il fine di garantire un' obbligazione presente o futura del debitore nei confronti del creditore e che dipende dalla validità, dal termine e dall'estensione di questa >>. Precisamente per essere così ampia si considerano le lettere di patrocinio << obbligatorie >> come una garanzia dipendente.

²²⁴ Stabilisce l'art 439 Ccom che : << Sarà considerato commerciale tutto il finanziamento che ha per oggetto assicurare il compimento di un contratto commerciale, anche se il fideiussore non sia un commerciante >>. Pertanto, il contratto finanziato è ciò che determina se la fideiussione è civile o commerciale, come

fideiussione, commerciale o civile, è l'accessorietà rispetto al debito garantito. Senza simile debito non esiste fideiussione (art 1824 c.c. << la fideiussione non può esistere senza una valida obbligazione), in modo tale che il compimento della stessa o la sua estinzione, comporta la stessa cosa per la fideiussione. Il fideiussore può obbligarsi o meno, ma non più del debitore principale, tanto nella quantità che nell'onerosità delle condizioni (art 1826 l.c.c.).

Il garante può opporre al pagamento le sue eccezioni personali e inoltre anche quelle del debitore principale che siano inerenti al debito (art 1853 c.c.).

Questa accessorietà invece non si ritrova nella <<garanzia a prima richiesta>> che la rimuove, per sua natura giuridica, dalla fideiussione commerciale.

Come requisito formale, l'art 440 Ccom, esige che la fideiussione commerciale si realizzi per iscritto. Questo requisito, che si pone in linea con l'esigenza generale per la fideiussione civile, cioè che sia espressa e inequivocabile (art 1827 l.c.c. << la fideiussione non si presume e deve essere espressa >>), pone la forma scritta come requisito ad solemnitatem, requisito necessario per la validità del contratto. Così lo ha inteso la giurisprudenza e la dottrina, che hanno ripetuto in varie occasioni che la fideiussione che non è scritta è invalida, sebbene sia stata flessibile ad ammettere che basta qualsiasi forma scritta²²⁵.La

conseguenza del carattere accessorio della fideiussione. Il criterio pone più di un problema, perché non è sempre facile determinare quando un'obbligazione o un contratto è commerciale, e questi dubbi si << comunicano >> per la valutazione della fideiussione, in modo che in una controversia si introduce grande incertezza dovuta al fatto che queste questioni vanno risolte in anticipo (sottolineano questo problema Cortes Dominguez, Avila De La Torre). Ciò che risulta chiaro, tuttavia, è che la fideiussione può essere commerciale anche se il fideiussore non sia un commerciante (Tirado Suárez, Sanchez Lerma, Carrasco Perrera). E' chiaro, che in applicazione di questo criterio, una fideiussione prestata per un Istituto di credito (ovviamente abbastanza comune) non è di per sé commerciale, ma dipende dall'obbligazione garantita. Così qualifica correttamente la fideiussione come civile, la STS 20.05.1975 anche se il fideiussore era un istituto di credito. Ancora, altre decisioni hanno marcato il concetto che la fideiussione bancaria è sempre commerciale, come la STS 07.03.1993, che afferma << il carattere commerciale della fideiussione è definita per un istituto di credito all'interno delle attività del suo traffico commerciale >>. Però la dottrina maggioritaria ritiene questa generalizzazione inadeguata, in quanto la disposizione di legge è chiara e logica e la giurisprudenza citata, invece, contraria alla legge e senza una chiara giustificazione soprattutto quando il regime commerciale della fideiussione non è né rigoroso né favorevole al commercio come quella civile.

²²⁵ Per la STS 06.10.05, << Infatti l'art 440 del Codice di Commercio vigente (come l'art 413 del codice del

fideiussione commerciale è, di regola, gratuita anche se si può stabilire un pagamento (art 441 Ccom : << il finanziamento commerciale sarà gratuito, salvo patto contrario >>). Se si stabilisce un canone e il contratto è a tempo indeterminato, sussisterà la fideiussione, fino a che, per la cessazione completa del contratto che si garantisce, si cancellano definitivamente le obbligazioni che nascono da questo, qualunque sia la sua durata, a meno che non è stato fissato per patto espresso un termine per la fideiussione (art 442 Ccom). Per questo, il fideiussore perde, per tale retribuzione, il diritto ad essere sollevato dalla fideiussione nei termini dell' art 1.843. I.5 ° Cc²²⁶.

1829) esige per il finanziamento commerciale, a differenza di quanto succede con il Codice Civile, " che dovrà essere scritto, altrimenti non avrà né valore né effetto ", e la stessa esigenza si riscontra in dottrina e nella giurisprudenza pacifica che si manifesta nelle sentenze del 2 luglio 1917, 13 maggio 1929, 3 novembre 1955, 14 novembre 1988, 30 gennaio 1990, 23 febbraio e 17 dicembre 1996. Però bisogna avvertire che il criterio giurisprudenziale non è specialmente rigoroso in questo requisito, e ha detto che non è richiesto documento pubblico (Ss. 14 novembre 1988, 30 gennaio 1990, 23 febbraio 1996- l'art 440 Ccom richiede solo il patto in forma scritta)-, che può essere sufficiente la comunicazione epistolare (Ss 2 luglio 1917 e Ss 14 novembre 1988); e che è solamente necessario provare che la manifestazione di volontà si è constatata per iscritto, anche se ciò nella pratica non avviene (S. 13 maggio 1929). Nel caso citato la Corte Suprema considerò sufficiente una dichiarazione firmata di attività presentata per ottenere un prestito con la piena consapevolezza che la concessione di questo richiedeva una garanzia ipotecaria e , inoltre, la garanzia personale personale dei soci rispetto alla parte restante.

²²⁶ Dalla STS 18.11.88 si deduce una dottrina che il nostro Tribunale considera che la fideiussione bancaria, è, di per sé, a pagamento, anche se non sembra che voglia dire esattamente questo : << Giudicata non la proprietà dei beni anteriormente in regime matrimoniale e poi assegnati alla consorte in capitolazioni, ma la possibilità di avere effettivamente sopra di essi diritti di terzi acquisiti anteriormente alla modificazione del regime economico matrimoniale, questa modificazione non può, conformemente all'art 1.322- oggi 1327 del Codice Civile pregiudicare tali diritti con l'argomento che la gratuità della garanzia prestata per il marito(avallo), in comunione dei beni, gratuità che deriva dal suo carattere commerciale- art 441Ccom-ostacola, conformemente al paragrafo 1° dell'art 1413 Cc. in quanto applicabile alla formulazione del caso civile interessato, dei beni coniugali suddetti, posto che come già ribadì questa Corte nella Sentenza dell'11 aprile 1972 la cui dottrina si è riproposta in quelle del 13 marzo e 29 dicembre del 1987, caduto il contratto di mutuo, il cui compimento approvò il marito, della clausola di gratuità dalla sua costituzione, poiché si tratta di un'operazione bancaria, per sua finalità, giacché il denaro concesso dalla Banca aveva lo scopo di risolvere i problemi finanziari della società debitrice formata dal marito della interventrice, dai suoi familiari e incrementare i benefici della stessa, è molto discutibile che, del contratto accessorio e della garanzia che caratterizza l'avallo, si possa, in tali circostanze, affermare la gratuità che nel secondo motivo il ricorrente pretende, facendo riferimento al dato, che insieme alla naturale accessorialità dell'avallo, che fu sottoscritto per il marito, in comunione legale dei beni, portò negli interessi della famiglia di essere prestato in difesa o a beneficio di un'impresa di carattere familiare, con che il finanziamento in tali condizioni va da considerarsi compreso dentro gli atti dello sposo che conformemente all'art 1408 del Codice Civile, applicabile al caso nella sua formulazione, obbligano i beni coniugali-Sentenza 6 ottobre 1980, 20 febbraio e 13 marzo 1987 >>.

Oggetto della fideiussione. Fideiussione omnibus o <<fluttuante>>

Quando si concorda una fideiussione si può delimitare l'oggetto della stessa, che non deve essere corrispondente a tutto il debito principale, ma anche solo parte dello stesso, o per un periodo di tempo determinato. L'unico limite posto dalla legge è che il fideiussore può obbligarsi di meno del debitore, però non per di più (art 1826 Cc. Se si obbliga ad una somma maggiore, il suo obbligo si ridurrà ai limiti di quella del debitore). L'obbligarsi di meno copre il fatto di rispondere per una quantità minore e farlo in un tempo minore, o con maggiori richieste di interpellanza, o con qualsiasi altra differenza con il debito principale che pone così una minore onerosità al fideiussore¹²⁸.

Conformemente all'art 1827, se la fideiussione è semplice o indefinita comprenderà << non solo l'obbligazione principale, ma anche quelle accessorie, comprese le spese processuali, intendendosi, rispetto a queste, che non risponderà di quelle maturate successivamente a quelle richieste al fideiussore per il pagamento>>. Per tanto sembra che una fideiussione pattuita rispetto al debito principale, senza entrare nei dettagli, include quella principale più le obbligazioni accessorie che possono nascere, come ad esempio risarcimento dei danni, interessi di mora, ecc¹²⁹.

¹²⁸ Se la fideiussione è per una quantità minore al totale, ci si è posti il problema in che misura saranno addebitati i possibili pagamenti parziali del debitore. La dottrina maggioritaria considera che tali pagamenti si imputeranno alla parte non assicurata (Avila De La Torre, Carrasco Perera). Nel caso in cui il garante abbia fissato un tempo limitato, passato il quale si estingue la fideiussione, si pone il problema se la sua responsabilità dipenderà dal fatto che l'obbligazione principale sia esigibile durante questo tempo, o si richiederà la richiesta effettiva realizzata durante questo tempo.

¹²⁹ In ambito commerciale è molto comune pattuire come oggetto della fideiussione tutte le obbligazioni che sono sorte contro il debitore e a favore del finanziato nel futuro, e altre clausole di questo tipo generico riferite ad alcune obbligazioni future. Questo tipo di fideiussione si definisce << omnibus >> o << fluttuante >> per garantire tutti i futuri debiti o per coprire in ogni momento tutti i diversi importi globali. La legalità viene garantita dal principio di autonomia della volontà (1.255 Cc), ma anche più specificamente dall'art 1825 Cc a norma del quale << può anche prestarsi fideiussione in garanzia di debiti futuri, il cui importo non sia ancora noto, però non si potrà reclamare contro il fideiussore fino a quando il debito sia liquido >>. Nonostante la riluttanza di alcuni autori, oggi la dottrina maggioritaria sostiene tale prassi, a condizione che si possano determinare chiaramente i concreti debiti futuri finanziati. La moderna giurisprudenza della Corte Suprema- di fronte alle passate riluttanze o restrittive interpretazioni di questa norma, interpreta la disposizione in senso ampio, dicendo che si possono accordare fideiussioni sopra obbligazioni anche se ancora non sorte, indipendentemente dal fatto che il suo processo di formazione sia iniziato, in attesa di ulteriori integrazioni che le completino o senza che tale processo sia stato ancora iniziato ; l'unica cosa necessaria è che rimanga determinata in questo atto l'obbligazione fideiussoria o lo sia

Posizione del fideiussore. Beneficio di escussione e solidarietà nella fideiussione commerciale. Diritto alla ripetizione

L'obbligazione del fideiussore è accessoria al debito principale. come visto ed inoltre è << sussidiaria >>. Intende dirsi con ciò, che il fideiussore risponde del fallimento del debitore principale, in modo che solo prima di tale inadempienza sarà esigibile la sua prestazione. Il Codice Civile pone in pratica questa caratteristica facendo sì che il fideiussore non solo risponda sussidiariamente, ma anche che sia precisa l'insolvenza del debitore. Questo è chiamato comunemente << beneficio d'escussione >>. Esso consiste nel fatto che se si richiede al fideiussore, egli può opporsi al pagamento richiesto, in maniera concreta e precisa, << i beni del debitore presenti nel territorio spagnolo, che siano sufficienti per coprire l'importo del debito >> (art. 1832 Cc). Il << beneficio >>, così, opera come un'eccezione, come un motivo che ha il fideiussore per opporsi al pagamento e che egli deve presentare

in futuro senza necessità di un nuovo accordo tra fideiussore e chi aveva contrattato con lui per di più che ciò implica riferire l'accessorietà non al momento della conclusione del contratto di fideiussione , ma nel momento in cui il creditore pretenda di esigere dal fideiussore il compimento della sua prestazione (Ssts 13.10.05, 28.02.06, 30.10.06).

Per la STS 13.10.05 : << D'altra parte, l'articolo 1.825 Cc, come il precedente art 1.736 del Progetto del 21851 (di contenuto sostanzialmente uguale) e successivamente gli artt. 1938 del Codice Civile italiano del 1942 (che esige la previsione dell'importo massimo garantito) e 628.2 del Codice Civile portoghese del 1966, ammette la possibilità che le parti di un contratto dal quale si origina un debito richiedano una fideiussione che si perfezioni già nel momento della conclusione di questo. Il precetto prevede espressamente, non solo che un terzo garantisca il compimento di un'obbligazione esistente, ma non liquida, ma anche di una non ancora sorta quando si constitui il finanziamento, in maniera tale che sia determinata in questo atto o sia suscettibile di esserlo in futuro senza necessità di un nuovo accordo tra fideiussore e chi aveva trattato con lui (in questo senso, sentenze 27 settembre 1993 e 23 febbraio 2000), per di più che ciò implica riferire l'accessorietà non al momento della conclusione del contratto di fideiussione, ma quello in cui il creditore pretenda di esigere dal fideiussore il compimento della sua prestazione. Per queste ragioni, il fatto che la fideiussione si perfezionerà un giorno prima di compiere la vendita fonte del debito garantito, non priva, solo per questo, la validità della garanzia, ne infine, l'esigibilità del credito della ricorrente contro la fideiussora, che non ha denunciato alcuna deviazione nel successivo contratto principale che si possa ripercuotere sulla sua prestazione, determinata con riferimento al debito per l'acquisto di bestiame >>.

Più precisamente questa dottrina, con riferimento alla sentenza precedente, stabilisce la STS 28.02.06 che << L'interpretazione del termine " obbligazioni future " che impiega l'art 1.825 Cc è stato controverso per la dottrina sebbene può affermarsi quella dottrina che intende dentro al concetto di obbligazione futura tutte quelle che nel momento della costituzione della garanzia non sono nate, indipendentemente dal fatto che il suo processo di formazione sia iniziato, in attesa di ulteriori integrazioni che la completino o senza che tale processo sia iniziato, essendo legato ad un evento futuro. In questo senso si pone espressamente la sentenza 31 ottobre 1984, secondo la quale << l'art 1825 Cc autorizza la costituzione della fideiussione con precedenza alla nascita dell'obbligazione principale- sentenza 3 marzo 1947- la quale una volta sorta opera come elemento costitutivo per la produzione degli effetti tipici del contratto di garanzia >>, criterio ripetuto nella recente sentenza 13 ottobre 2005.

Gli artt. 1:101.(f) PEL Pers. Sec. y IV.G.-1:101.(f) DCFR riconoscono espressamente la validità delle garanzie fluttuanti o << globali >> : << Una sicurezza globale (una garanzia globale) è una garanzia personale dipendente che si concorda per coprire tutti gli obblighi del debitore nei confronti del creditore o del saldo debitorio di un conto corrente o di una garanzia di una misura simile >>.

prima della richiesta; inoltre se lo esige possono essere segnalati i beni sufficienti del debitore, il quale si intende nel senso di segnalare i beni determinati e concreti- non un riferimento generico ed indeterminato, STS 29.10.91-, e il cui valore oggettivo sia per il pagamento. In tal modo, l'insolvenza del debitore causata per negligenza del creditore non pregiudica il fideiussore (art 1.833 Cc).

Il beneficio di escussione non si ha in alcuni casi : quando il fideiussore abbia rinunciato ad esso, quando si sia obbligato in maniera solidale con il debitore, o nel caso di fallimento o insolvenza del debitore, e quando non può essere richiesto giudizialmente all'interno del Regno (art 1.831 Cc). Di tutti questi casi, il più rilevante è il secondo, cioè il caso in cui il fideiussore si sia obbligato solidalmente con il debitore. Statisticamente, è il più comune, soprattutto nelle fideiussioni mercantili pattuite per o a favore di professionisti del credito, nelle quali risulta una clausola di stile che il fideiussore si obbliga solidalmente con il debitore (spesso, mescolando rinuncia al beneficio di escussione e divisione e obbligazione solidale). Nei casi di solidarietà la dottrina e la giurisprudenza intendono che il fideiussore risponde come un debitore solidale (ex art 1.822 II Cc), ma in ogni caso resta un garante (per esempio, in quanto alle relazioni interne con il debitore garantito)¹³⁰.

¹³⁰ La dottrina difese inizialmente questa idea di presumere la solidarietà (Garricues). Attualmente, la maggioranza degli autori è molto critica con questa corrente giurisprudenziale (Alventosa Del Rio, Varea Sanz, Marimon Dura, Valenzuela Garach, Bonet Sanchez, De La Torre, Cortes Dominguez Carrasco Perera).

Se il fideiussore si vede costretto al pagamento, dopo può chiedere la ripetizione al debitore principale, richiedendo come risarcimento la quantità totale del debito, gli interessi legali maturati per il pagamento al debitore, anche se non prodotti per il creditore, le spese sostenute dal garante dopo che siano state portate a conoscenza del debitore a cui è stato richiesto di pagare; e i danni e pregiudizi, quando derivati (art 1.838 Cc).

Inoltre, il fideiussore si surroga per il pagamento in tutti i diritti che il creditore aveva nei confronti del debitore (art 1.839 Cc).

In dottrina si è discusso largamente se si tratta di due azioni, di ripetizione e surrogatoria, o di una. A favore della prima tesi, tra gli altri, Guilarte Zapatero, in modo che necessita di un esercizio successivo di entrambe per risultare totalmente soddisfatto. Per l'altra tesi, oggi maggioritaria, esiste un'unica azione di ripetizione, nella quale il richiedente potrà rivalersi dei privilegi e garanzie del credito soddisfatto (Perez Alvarez, Reyes Lopez, Alonso Sanchez, Carrasco Perrera).

Conformemente all' art 2 : 113. (1) PEL Pers. Sec. << Se e nella maniera in cui il fornitore di garanzia ha eseguito gli obblighi derivanti dalla fideiussione, può aversi il rimborso da parte del debitore. Inoltre il "provider" di garanzia è surrogato nella misura indicata nella frase precedente nei diritti del creditore nei confronti del debitore. Le due attestazioni sono concorrenti.

Co-fideiussione, sub-fideiussione e controgaranzie

Nel caso in cui esistano vari fideiussori di uno stesso debito si costituisce la c.d. << co-fideiussione >>, la cui principale caratteristica è che l'obbligazione di pagamento si divide tra tutti i fideiussori ("beneficio di divisione ". Art 1.837 Cc: << Essendo vari i fideiussori di uno stesso debitore e per lo stesso debito, l'obbligo di rispondere di esso si divide tra tutti. Il creditore non può richiedere a ciascun fideiussore se non la parte di quota che gli corrisponde, a meno che non sia stata prevista espressamente la solidarietà >>). Questo beneficio di fideiussione si può escludere quando si assume la fideiussione e spesso è comune che il fideiussore rinunci tanto ai benefici di escussione come di divisione e concorda una responsabilità solidale (comunemente ciò viene fatto, aggiungendo la rinuncia e la solidarietà, che concettualmente sono istituti differenti sebbene anche se hanno effetti simili)¹³¹. Distinta dalla co-fideiussione è la <<sub-fideiussione >>, che consiste nel fatto che una persona, << il sub-fideiussore >>, si obbliga a pagare per il caso che il fideiussore non soddisfi la sua obbligazione. Si tratta, per tanto, di una fideiussione del fideiussore, che è disciplinata dalle regole della fideiussione commerciale o civile, a seconda del caso. Conformemente all'art 1.823 C.c. la fideiussione << può anche costituirsi, non solo a favore del debitore principale, ma anche per un altro fideiussore, ignorandolo e anche contraddicendo questo >>. Tale sub-fideiussore << gode del beneficio, tanto rispetto al fideiussore come al debitore principale >>, art 1.836 Cc. Senza dubbio è molto comune concordare la rinuncia a questo beneficio e/o solidarietà (e la Corte suprema presume inoltre la solidarietà in caso di fideiussione commerciale), nel qual caso per reclamare al sub-fideiussore basterebbe la morosità da parte del garante.

¹³¹ La giurisprudenza, come detto, deduce questa rinuncia o solidarietà dal fatto che la fideiussione sia commerciale o tra persone d'affari. Nei casi della co-fideiussione, il fideiussore che paga può reclamare contro il debitore, ma anche ripetere il pagamento di altri co-fideiussori - se il pagamento si realizzò in virtù di domanda giudiziale o per stare il debitore principale in concorso o in perdita- conformemente alle regole degli artt. 1.844 e ss. Cc. Se qualcuno dei co-fideiussori risulta insolvente, tale parte sarà ripartita tra tutti nella stessa quantità. (art 1.844 II Cc).

Infine occorre fare un breve riferimento alla c.d. figura della <<controgaranzia>>, che costituisce una garanzia che si stabilisce a favore del fideiussore, perché se questo paga la sua obbligazione può facilmente recuperare quanto necessario per il suo soddisfacimento. La controgaranzia può consistere in un'obbligazione personale del debitore principale o di un terzo, però, per esempio, anche in una garanzia reale sopra un bene concreto, o nel pignoramento di determinati saldi bancari. Non si tratta, quindi, di una fideiussione per il fideiussore, ma di una figura molto più ampia che può inglobare garanzie reali o personali, o forme atipiche di obbligo di rimborso al fideiussore che paga.¹³²

Estinzione

L'estinzione della fideiussione si produce, principalmente, con il pagamento del credito finanziato, o con l'estinzione del medesimo per qualsiasi altra causa di estinzione delle obbligazioni (artt. 1.182 a 1.213 Cc). Come regola specifica, risulta che la concessione di una proroga al debitore estingue la fideiussione (art. 1.851 Cc), posto che aggrava la posizione del fideiussore, salvo che il proprio fideiussore acconsenta a tale proroga e continui ad essere obbligato¹³³.

Fideiussione e concorso del debitore principale

La dichiarazione di concorso del debitore principale ha come effetto principale di eliminare il beneficio di escussione (art 1.831.3° Cc). Ma essa non suppone la

¹³² Per questo la << controgaranzia >> ne è una categoria concreta e univoca ne ha un regime specifico, quindi si rifarà alle regole del tipo di garanzia o di assicurazione che si realizza. Nel caso in cui si tratti di un'obbligazione personale di pagamento assunta per un terzo, questo << contro-garante >> agisce come un responsabile del diritto di rimborso nei confronti del creditore principale, che non vede aumentare così le sue possibilità di recupero del denaro,

¹³³ Il precetto citato opera solo se la proroga fu volontaria da parte del creditore (SsTS 05.02.55, 07.04.75, 08.05.84 e 8.10.86), per questo dottrina e giurisprudenza intendono che non si riferisca ai casi nei quali il creditore si vede obbligato a concedere una proroga mediante un concordato previsto in un accordo fallimentare. Se si vota contro a tale concordato, il creditore sarà vincolato da questo, ma continuerà ad esistere l'obbligazione del fideiussore (STS 24.01.89); se si vota a favore di tale concordato, in cambio opererà l'art 1.851 Cc e si estinguerà la fideiussione, salvo che il fideiussore consenta al che continui ad essere obbligato (Tuttavia la STS 20.06.89 considerò che nonostante il creditore finanziato votò a favore , lo fece con l'intento di conseguire la sospensione dei pagamenti, e quindi la volontarietà non era chiara e non si estingueva la fideiussione). Ci si trova, inoltre, di fronte ad una vera e propria proroga , per la quale non sarà applicabile l'art 1.851 Cc se semplicemente il creditore accettò di non disporre dell'immobile consegnato fino a che non sia trascorsa una scadenza (STS 20.12.02), o si emisero alcuni pagamenti pr soddisfare il debito principale con alcune scadenze che si trovano entro la condizioni stabilite nella fideiussione (STS 13-10-05).

scadenza dell'obbligazione , quindi se non è in ritardo, non sarà esigibile niente dal fideiussore. Se si produce tal effetto, con l'apertura della fase della liquidazione (art 146 LC), il quale permetterà l'azione contro il fideiussore. Egli può alludere il suo possibile credito di restituzione per il caso di pagamento come credito condizionale (art 87. III LC), così come surrogarsi nel credito riconosciuto al creditore nel concorso quando egli paga (art 1.839 Cc)¹³⁴.

Garanzie autonome

Concetto e caratteristiche

¹³⁴ Però a parte questi aspetti generali la "Legge fallimentare " stabilisce due regole specifiche che possono avere un'incidenza importante nell'obbligazione del fideiussore. La prima di queste è contenuta nel comma 6 dell' art 87 LC. In maniera conforme al tenore originale dello stesso (ora modificato), << I crediti che il creditore utilizza dalla fideiussione del terzo si riconosceranno per i loro importi senza alcuna limitazione e senza pregiudizio della sostituzione del titolare del credito in caso di pagamento per il fideiussore. Nella qualificazione di questi crediti si opererà, in tutti i casi , per quella che risulta meno gravosa per il fallimento per la corrispondente concorrenza tra il creditore ed il fideiussore >>.

Secondo la formulazione di questa regola, se il fideiussore aveva molte relazioni con il fallito (situazione molto comune del fideiussore che è socio, con una partecipazione rilevante nella società debitrice principale o amministratore, o il fideiussore ha legami di parentela con il debitore persona fisica (artt 92.5 e 93 LC), tanto il credito del creditore come quello del fideiussore si qualificano come << subordinati >> con le importanti conseguenze che ciò comporta.

L'interpretazione del precetto diede luogo ad un'importante discussione dottrinale e giurisprudenziale, tra due correnti quella letterale e quella correttiva, che finalmente è stata risolta dalla nuova redazione data dal regio decreto Legge 3/2009, del 27 marzo, secondo la quale << I crediti nei quali il creditore gode della fideiussione del terzo si riconoscono per il loro importo senza limitazione e senza pregiudizio della sostituzione del titolare del credito in caso di pagamento per il fideiussore. Sempre che si produca la surrogazione per il pagamento, nella qualificazione di questi crediti si opererà per quella che risulta meno gravosa per il concorso tra il fideiussore e il creditore >>. Così, se il garante è una persona molto relazionata col soggetto garantito verrà qualificato il suo credito come corrispondente, e solo se è coperta dal fideiussore ed egli si surroga nel credito, si << riqualificherà>> il credito come subordinato.

Nei Tribunali era maggioritaria la tesi correttiva o finalista, secondo la quale la qualificazione come subordinato si doveva avere solo se il fideiussore pagava e si surrogava nel credito. Sopra questa discussione da segnalare anche il lavoro di Valpuesta- Gastaminza, << con innumerevoli riferimenti alle posizioni citate e ai loro argomenti, dove viene difesa l'interpretazione letterale.

In secondo luogo, l'art 135 LC sembra terminare con interminabili discussioni sul campo di applicazione, rispetto al fideiussore, del contratto che obbliga il creditore. Prima della promulgazione della Legge fallimentare era maggioritaria la dottrina e la giurisprudenza che consideravano che se si stipulava un accordo che rimuove e/o prevede, queste rinunce o proroghe favoriranno solo il fideiussore se il creditore votò a favore dell'accordo; in caso contrario, il contratto vincola il creditore, però non si estende a nessuna parte dell'obbligazione del fideiussore. Questa è la posizione che sembra assumere il citato precetto, conformemente al quale << I creditori che non hanno votato a favore dell'accordo non potranno vincolarsi a questo in quanto la sussistenza piena dei loro diritti contro gli obbligati solidalmente con il fallito e contro i suoi garanti o avallanti, che non potranno invocare né l'approvazione né gli effetti dell'accordo in pregiudizio di questi.

La responsabilità degli obbligati solidalmente, fideiussori o avallanti del fallito contro i creditori che votarono a favore dell'accordo è regolata dalle norme applicabili all'obbligazione che contrassero o da convenzioni, che erano stabilite nei particolari >>. Secondo questo : a) se il creditore vota contro l'accordo, le rimozioni e/o le aspettative e altri contenuti non comportano effetti né modificano l'obbligazione del fideiussore; b) se il creditore vota a favore, la possibile rimozione richiede una riduzione in parti uguali dell'obbligazione del fideiussore, e la possibile estensione comporterà estinzione della fideiussione, salvo che consenta a ciò il fideiussore (art 1.851 Cc).

Nell'attuale traffico commerciale è molto comune che si pattuisca come garanzia non una semplice fideiussione, ma figure meno definite con le quali il garante si appresta a pagare il debito di un terzo prima della violazione di esso, ma aggiungendo che il pagamento sarà effettuato come richiesto dal creditore. Si parla di garanzie, fideiussioni, avalli <<a prima domanda>> o a <<prima richiesta>>, dando enfasi a questa caratteristica, cioè del pagamento immediato alla richiesta del creditore. La caratteristica principale di queste figure, senza dubbio, non è tanto il dato dell'immediatezza, ma piuttosto ciò che questo comporta : il garante pagherà quanto richiesto e senza altri requisiti, perché si ritiene che non potrà opporsi a detto pagamento riguardante la relazione esistente tra debitore e creditore. In particolare, perché tale rapporto non lo tocca, paga senza chiedere nulla circa il suo compimento o meno. Successivamente il garante ripeterà dal debitore, e sarà egli, che se necessario, agirà contro il creditore, se egli eseguì la garanzia in maniera impropria (per esempio, essendo il debito già pagato, o essendo il contratto annullato o risolto).

Potremmo dire, in maniera semplicistica ma efficace, che il garante paga senza domandare nulla (cioè senza bisogno di spiegazioni o qualifiche del non compimento dell'<< obbligazione garantita >>) e dopo ripete questo pagamento del debitore. Ma il pagamento definitivo non è quello <<a prima richiesta>> ma l'inopponibilità di eccezioni basate sulla relazione sottostante.

Per questo è preferibile l'espressione <<garanzia autonoma>> o <<garanzia indipendente>> a quella di <<garanzia a prima richiesta>>¹³⁵.

¹³⁵ Queste forme di garanzia comportano vantaggi molto rilevanti rispetto ad una fideiussione tipica, tanto per il beneficiario che per il garante. Così, il beneficiario ha l'impegno del garante che pagherà, quando gli sia richiesto, cosa che facilita enormemente la domanda, in modo che non dovrà ripianare il mancato pagamento del debitore né gli potrà negare il pagamento opponendo eccezioni che competano al debitore principale o siano inerenti al debito (art 1.853 Cc.).D'altra parte, anche per il garante c'è una maggiore facilità per il fatto di non dover consultare il debitore per sapere che eccezioni può opporre, e se deve opporle (artt. 1840 e 1853 Cc) limitandosi unicamente a pagare e, successivamente, a ripetere il pagamento del debitore (anche se risulta ovvio, il garante si preoccupa molto di avere la sicurezza di poter recuperare la quantità pagata, spesso perché è un'entità di credito che conserva fondi vincolati del

In un primo momento, è facile accostare queste garanzie autonome con la fideiussione solidale, perché ugualmente che in questa il creditore può reclamare direttamente al fideiussore prima del mancato pagamento. Però esiste una differenza fondamentale con la fideiussione solidale, ed è che in questa il fideiussore può negare il pagamento allegando le eccezioni che competono al debitore principale o siano inerenti al debito (art. 1853 Cc), mentre nella <<prima richiesta>> il garante non può negare il pagamento basandosi su questa ragione.

Per questo si definiscono come << autonome >> o <<indipendenti >>, nella misura in cui sono sganciate dal debito " fissato " per diventare, tutt' al più un semplice impegno di pagamento del garante soggetto solo alla richiesta da parte del creditore. Così l'accessorietà della fideiussione viene completamente meno¹³⁶.

La mancanza di accessorietà non è senza dubbio assoluta; la dottrina, la giurisprudenza e la normativa internazionale ammettono che il fideiussore possa rifiutarsi di pagare opponendo *l'exceptio doli*, in quei casi nei quali è palese la mancanza di diritto del creditore che esegue la garanzia. D'altra parte, in questi casi

debitore sufficienti per coprire eventuali pagamenti che si realizzano in virtù delle garanzie prestate). Per dissociare la garanzia dell'obbligazione garantita, il garante non deve indagare circa il grado di compimento di questa ne delle vicissitudini che si sono create. In quanto al debitore, sebbene si esponga ad una richiesta abusiva del beneficiario, di norma ottiene il credito molto più facilmente, al fine di garantirlo con un'obbligazione molto facile da richiedere e può anche essere che il prezzo pagato dal garante sia minore. Su queste questioni :CERDÁ ALBERO, *Garantía*, 40; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Contrato*, 29 y ss.; MORALEJO, «Accesoriedad, 680, y «Garantías, 1074; ALCALÁ DÍAZ, «Función, 1793; NÚÑEZ ZORRILLA, 74 y ss.; RODRÍGUEZ BENOT, 19 y ss.

¹³⁶ Il concetto si ritrova nella regolazione dei PEL Pers. Sec. dove si sottolinea questa idea d'autonomia : << una garanzia personale indipendente è un'obbligazione contrattuale assunta ai fini della sicurezza di un fornitore di garanzie per effettuare il pagamento o per rendere un'altra performance o per pagare il risarcimento dei danni nei confronti del creditore che sono esplicitamente o implicitamente concordati, e non dipendono dalla validità, dalle condizioni o dalla durata di un'obbligazione di un'altra persona legata al creditore >>. [Art. 1:101.(b) PEL Pers. Sec. Sostanzialmente uguale all' art. IV.G.1:101.(b) DCFR].

Queste idee si riscontrano comunemente nella giurisprudenza del nostro Tribunale Supremo. Così, la STS 28.05.04 stabilisce : << In contrasto con la garanzia a prima richiesta l'accessorietà non concorre come determinante e quindi, come sostenuto dalla dottrina scientifica, il garante che paga, pagherà sempre anche se al beneficiario mancasse il diritto materiale nella relazione di valuta. La non accessorietà comporta indipendenza dell'obbligazione garantita rispetto al debito garantito, comportando lo scollamento tra la garanzia e la sua causa materiale e la conseguenza che il garante non può opporre al beneficiario le eccezioni che corrispondono al debitore principale. La funzione della garanzia a prima richiesta non è garantire il compimento dell'obbligazione principale, ma assicurare l'indennità del beneficiario quando accada il caso previsto nella garanzia che si riferisce al mancato compimento per il debitore, che può risultare danneggiato a spese del beneficiario che dedusse una richiesta ingiusta in quanto infondata >>.

di esercizio abusivo se il garante paga, il debitore potrà finalmente reclamare al creditore che ha pagato un debito inesistente, in modo che anche indirettamente opererà la copertura reale. In ogni caso risulta evidente che ci troviamo di fronte ad una figura distinta dalla fideiussione ordinaria e ciò giustifica un trattamento separato¹³⁷.

In abito internazionale esiste una regolamentazione in due livelli distinti.

Da una parte, le <<Regole uniformi della Camera di Commercio Internazionale relative alle garanzie a prima richiesta>> (Regole uniformi per la domanda di garanzia URGD), del 1992, che costituiscono semplicemente una proposta di regolazione che le parti possono accettare come regola per la garanzia che pattuiscono; la sua obbligatorietà per tanto, dipende dal fatto che le parti l'assumano come norma del loro contratto.

Dall'altra, si fa riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle Garanzie Indipendenti e Lettere di Credito, costituita nel 1995 a New York, aperta alla firma dei membri dell'ONU dal 1° gennaio del 2000. Si tratta di un Trattato Internazionale, che obbliga nella misura in cui entrambi i contraenti siano cittadini di Paesi che abbiano ratificato il trattato, o sia applicabile in virtù delle regole di rinvio del Diritto Internazionale Privato. Pochi Paesi lo hanno ratificato (la Spagna non lo ha fatto), in modo che il suo successo è relativo. Queste norme internazionali, nonostante non siano vincolanti in Spagna, mostrano i profili generali di questa figura, in modo che sebbene non esista una norma spagnola che la regoli, si può far riferimento a queste regole come dimostrative di ciò che suole intendersi per garanzia a prima richiesta

¹³⁷ Non esiste una regolamentazione legale in Spagna di questa figura, che senza dubbio è ammessa da dottrina e giurisprudenza dalla fine degli anni ottanta, anche se inizialmente la dottrina disse che poteva non essere valida un'obbligazione << astratta >> nel diritto spagnolo (similamente a come si costruì dottrinalmente la garanzia autonoma nel diritto tedesco), poi si giunse alla conclusione unanime che non si tratta di un negozio <<astratto>>, ma di una semplice << astrazione funzionale >>, cioè la causa esiste ma non c'è bisogno di dimostrarla per realizzare la richiesta, ne viene modulata inizialmente la misura della stessa, sebbene possa giocare un ruolo importante in alcuni casi. Da segnalare che risulta molto comune , incluso nelle garanzie << nazionali >>, apporre questa clausola di pagamento << a prima richiesta >>, conformemente alla quale sembra che si intenda già pattuita una garanzia di questo tipo.

nell'ambito internazionale¹³⁸. Risulta curioso che la giurisprudenza spagnola consideri esistente una categoria unitaria di << garanzia a prima richiesta >>, con alcuni profili concreti (pagamento a prima richiesta, inopponibilità di eccezioni derivanti dal debito, opponibilità dell'*exceptio doli*) a prescindere dal patto delle parti, come se ci fosse una base giuridica o legale per creare questa categoria. Ciò fa sì che, nonostante le vaghezze dei patti delle parti, possiamo dare per stabiliti alcuni profili concreti della figura che si applicano generalmente a tutte le garanzie <<a prima richiesta>>.

Per altro verso, è necessario notare che la <<clausola a prima richiesta>>, <<a richiesta>> o <<a prima richiesta>> è stata generalizzata per altri contratti, non solo di garanzia, in modo che possiamo parlare di una categoria di <<contratti a prima richiesta >>, nei quali l'obbligato alla prestazione l'effettuerà per quanto gli sia richiesto, senza discutere il merito della pretesa del creditore se non in casi evidenti di privazione di tale diritto.

Molto si è scritto sul fatto che queste forme di garanzia si possano assimilare ad una specie di << fideiussione >>- civile o commerciale, per tanto regolate dai Codici, o se invece costituiscano una forma di garanzia distinta, che non possano essere usati in via supplementare, né in analogia con le disposizioni di legge della fideiussione. Secondo parte della giurisprudenza, la garanzia chiamata << fideiussione >> regolata

¹³⁸ Secondo l'art 3 della Convenzione Uncitral, << ai fini di questa Convenzione, un'impresa è indipendente quando l'obbligazione del garante/ emittente al beneficiario non sia : a) dipendente dall'esistenza o validità delle operazioni sottostanti, o di operazioni di qualsiasi altra impresa (incluse lettere di credito o garanzie indipendenti o relative contro garanzie); o b) soggetta a qualsiasi condizione o termine non appartenenti all'impresa, o di futuri ed incerti eventi eccetto la presentazione di documenti di altro genere o di eventi rientranti nella sfera di un garante/ emittente delle operazioni >>.

Ai sensi dell' art 2b) delle garanzie URGD << Le garanzie sono, per propria natura, operazioni indipendenti dai contratti o condizioni dell'offerta alle quali si riferiscano e i garanti non sono vincolati in alcun modo da tali contratti o condizioni, a meno che non si faccia riferimento ad essi nella garanzia. L'obbligazione del garante è quella di pagare una somma stabilita prima della presentazione di una richiesta scritta di pagamento e di altri documenti specifici nei termini di questa >>. Come già visto in precedenza, i PEL Pers. Sec. e il DCFR contemplano anche la garanzia indipendente come una sorta di garanzia personale . Anche se non sono testi giuridici né convenzionali sono un punto di riferimento delle attuali tendenze del diritto comparato.

L a giurisprudenza spagnola ha ammesso la validità e i profili già segnalati della figura in discorso dalla STS 27.10.92 che fu specialmente rilevante per modificare le precedenti decisioni che negavano la validità della figura. Tale sentenza è stata così significativa che ha portato a diversi commenti dottrinali (vedi Sanchez-CALERO Guilarte, 'il riconoscimento, 544 ss.; MORENO DIAZ' Aval, 25 e segg., MARIMÓN dura, "Commento, 3057 e seguenti; BONET. SANCHEZ, "Giudizio Universale, 216 e segg.).

dai Codici si basa strutturalmente su una garanzia accessoria al credito garantito, e la maggior parte delle norme si giustifica su questa base, pertanto non risulterebbe adeguata un'applicazione generale o indiscriminata delle norme codificate. Di fronte a ciò si è sostenuto che risulterebbero applicabili le norme della fideiussione che non si basano sull'accessorietà. Non risulta certo una soluzione impeccabile, dato che non comporta molta sicurezza e non esiste un consenso generalizzato su quali norme legali siano il risultato o derivino da questo principio e quali no. Però risulta molto più coerente con l'idea che la garanzia sia una forma di garanzia atipica. Con ciò non si difende l'applicazione di alcune norme del Codice come un semplice automatismo, o la considerazione che siamo di fronte ad una fideiussione <<speciale >> (e non è così), ma perché tali regole codificate sono la base minima delle regole della logica giuridica nel garantire il debito estero. In buona misura possiamo segnalare che la normativa internazionale realizza questa stessa approssimazione, e concede un *exceptio doli* o un diritto di ripetizione del debitore contro il creditore che abusa non sulla base di regole codificate, ma semplicemente in base alla logica dell'arricchimento ingiusto¹³⁹.

¹³⁹ Pertanto la proposta di PEL Pers. Sec. e il DCFR sembra quindi logica, già che regola come forme distinte e contrapposte la garanzia dipendente e quella indipendente, sottolineando la sostanziale differenza tra le due con riferimento alla caratteristica dell'accessorietà. Senza dubbio, il diritto di ripetizione è comune per entrambe le figure (l'art 3 : 108 PEL Pers. Sec. si rifà a questi effetti all'art 2: 113). Detto in altra maniera il diritto di ripetizione non è << proprio >> della fideiussione, come sembra derivare dalla regolazione dei nostri Codici, ma di tutti i tipi di garanzia, ugualmente alla ripetizione a cui ha diritto il terzo che paga un debito altrui (art 1.158 Cc). All'interno della dottrina spagnola CARRASCO PERERA sostiene che la garanzia a prima richiesta può essere assimilata ad una fideiussione speciale, non essendo inseparabile l'accessorietà dal contratto di fideiussione (Fianza, 193 e ss, e più recentemente Tratado, 540 e ss). Il fatto di considerarla come una figura atipica, facendo ricorso alle norme codificate che non rispondono al principio di accessorialità, è stata difesa da SANCHEZ-CALERO Guilarte, Contratto, 146 ss.; ECHENIQUE, 163; MORENO DIAZ, 'Garanzie Verdera, 637, Menendez Moralejo' natura accessoria, 692; NÚÑEZ Zorrilla, 308; PEREZ MILLAN, 1102; o Bergia SEXTON, 1136.

Questione diversa è la confusione che spesso si crea tra figure affini, soprattutto quando la garanzia si pattuisce con una compagnia di assicurazioni coperte dalla forma esterna del << contratto di garanzia >>. La questione ha generato una viva polemica, dato che, il Tribunale Supremo è intervenuta più volte per chiarire se i contratti di garanzia << a primera demanda >> siano contratti di garanzia o garanzie. In un primo momento Il Tribunale, qualificò la figura come << compromiso atípico de garantía >> (Ssts 21.04.1989, 14.11.1989 o 02.10.90), ma successivamente ha optato per considerarlo una garanzia (Ssts 19.05.90, 07.04.92, 26.01.95 o 06.07.98). Recentemente la STS 13.12.00 che << La inserción de una cláusula de aval a primera demanda, a modo de complemento de la póliza suscrita, no desnaturaliza el contrato de seguro de caución transformándolo en un contrato autónomo de garantía, a pesar de acentuar esta función causal, sino simplemente que la cláusula, como dice la doctrina, ha de ser valorada en su perspectiva propia, lo que va a suponer tomar en cuenta su autonomía y singular operatividad >> (<< l'inserimento di una clausola di

Definizione di una garanzia < a prima richiesta>>

Non esiste una formula specifica che definisca direttamente la garanzia come tale. La determinazione come fideiussione o come garanzia a prima richiesta dipende da come le parti espressamente la delimitino come una o altra. La dottrina, generalmente, considera l'indicazione che si sia pattuito una garanzia autonoma dal fatto che vengano incluse clausole del tipo << pagamento a prima richiesta >> o << pagamento a prima domanda>>, ma tale unico dato, da solo, non definisce la garanzia come autonoma, infatti gli altri patti e condizioni dovranno avallare questa considerazione. Per tale ragione la dottrina esige, inoltre, che nella garanzia non figuri alcuna relazione o collegamento al debito principale tra debitore principale e beneficiario della garanzia, o che si indichi espressamente la rinuncia a tutti i tipi di eccezione e opposizioni derivanti dal contratto principale. La questione va decisa caso per caso, risultando in modo inequivocabile che quanto concordato non è una fideiussione, ma un'obbligazione di pagamento non vincolata da una relazione sottostante.

Nella pratica, la giurisprudenza del Tribunale Supremo risulta alquanto scarna nel determinare se viene pattuita una garanzia autonoma e non una fideiussione. A volte la semplice menzione che si pagherà quando lo richieda il creditore risulta sufficiente, cosa che non possiamo condividere, soprattutto quando si include nella garanzia il vincolo del debito del garante con quello del debitore. Né, inoltre, può bastare per definire questa figura la rinuncia al beneficio di escussione o l'aver pattuito la solidarietà, perché ciò non conduce ad una garanzia autonoma ma ad

avallo a prima richiesta, che completi la polizza sottoscritta, non va a snaturare il contratto di garanzia trasformandolo in un contratto autonomo di garanzia, nonostante accentui questa funzione causale, ma semplicemente che la clausola, come dice la dottrina, deve essere valutata nella sua giusta prospettiva, il che significa prendere in considerazione la sua autonomia e la sua singolare operatività >>).

La possibilità di inserimento di questa clausola in contratti di garanzia e di fideiussione è stata riconosciuta dalla Corte (sentenze 16 febbraio, 1983, 2 ottobre 1990, 15 GIUGNO 1991, 30 marzo 2000, in un senso diverso Nov 14, 1989). Come conseguenza di ciò e dal punto di vista della tecnica assicurativa, la clausola significa che l'incidente si ritiene prodotto dalla semplice richiesta di pagamento dell'assicurato (beneficiario). Anche nella dottrina si sono formate diverse posizioni, di solito in linea con la posizione tenuta sulla considerazione del contratto di garanzia come contratto o come garanzia personale atipica.

una fideiussione senza beneficio d'escussione o ad una fideiussione solidale (al massimo, questa rinuncia o solidarietà implica che il creditore considera espressamente che non ha pattuito una garanzia autonoma, e per questo precisa la solidarietà o la non escussione)¹⁴⁰.

¹⁴⁰ La STS 13.12.00 precisa una situazione dove si espongono gli antecedenti / presupposti della garanzia, consistenti in un contratto nel quale si pattuì che << se non c'era la concessione da parte della compratrice, la venditrice non sarà obbligata a procedere alla stipula dell'atto di compravendita, e il garante sarà tenuto a pagare, alla prima richiesta della venditrice la somma di cinquecento milioni di pesetas (500.000.000. de ptas) >>. In virtù di ciò si pattuì una garanzia dove si stabiliva : << per tale entità si estende l'avallo-cauzione numero...(che forma parte integrante di questa polizza) che approva C. prima C di F fino a pesetas 500.000.000 (cinquecento milioni di pesetas), con rinuncia espressa al beneficio d'ordine, divisione ed escussione, l'obbligazione di pagamento della citata somma che C ha posta nella terza e quarta clausola del contratto oggetto di promessa di compravendita soggetto a condizione sospensiva sottoscritto nella stessa data >>. Come si può osservare, i riferimenti all'operazione sottostante sono continui, per tanto non è condivisibile la considerazione che il Tribunale fa di riferirsi ad una garanzia a prima richiesta.

La STS 05.07.02 riguarda la seguente clausola : << La Banca E., SA Succursale di A.; soddisferà a L., Ltda la quantità di 15.000.000 di ptas, nel termine di 15 giorni seguenti alla risoluzione, per violazione del contratto da parte del Cantiere Navale come stabilito nel patto XIV del contratto tra L. Ltda ek M.; in data 16 marzo 1993, bastando la notifica da parte dell'Armatore di detta risoluzione del contratto notificata al Cantiere a partire dal 30 ottobre del 1994 e fino al 15 novembre 1994, in modo che se la Banca E., SA, Succursale Avilés, non era tenuta a pagare, in modo affidabile all'Ufficio che abbia rilasciato l'avallo, per l'adempimento di tutte le obbligazioni derivanti dal presente documento, anteriormente a questa data, il suddetto Istituto bancario sarà completamente liberato da tutte le obbligazioni assunte nel presente documento e di conseguenza il presente avallo sarà estinto e senza effetto >>. In questo caso ci sono state molte riflessioni del tribunale Supremo sul perché considerava esistente una garanzia autonoma : << In entrambe le motivazioni si considera che l'avallo di automobili non è a prima richiesta, ma bensì una fideiussione ordinaria, subordinata all'inadempimento dell'obbligazione garantita. Inoltre, questa Corte ritiene che sia un avallo a prima richiesta. Nel testo sopra citato, non è perfettamente chiaro, però ciò è dovuto alla Banca ricorrente, autrice del documento che avrebbe potuto scrivere in modo più chiaro e non può beneficiare delle poca chiarezza, conformemente alla regola contra proferentem, che si ritrova nell'art 1288 del Codice Civile. Nel documento si constata che l'avallo è " una sorta di garanzia di adempimento del contratto..", il che appare come funzione obbiettiva, o meglio, come causa del contratto. Ma nel testo, si obbliga a compiere l'avallo " bastando per esso, la notificazione da parte dell'armatore di detta risoluzione di contratto notificata al cantiere" e viene posto un termine brevissimo, di due settimane. Da ciò si deduce che la natura è di avallo, che si esegue bastando la notificazione della risoluzione del contratto, che non è altro che l'avallo a prima richiesta. Se fosse stata fideiussione si sarebbe richiesto la verifica dell'inadempimento causata dalla risoluzione.

La STS 31.05.03 ritenne sufficiente la clausola : << il pagamento dovrà effettuarsi su richiesta di A. >>, essendosi pagato con carattere solidale e irrevocabile e con rinuncia espressa ai benefici di escussione e divisione, per un tempo di validità di dodici mesi.

La STS 12.11.03 concluse che si stipulò una garanzia autonoma << " non solo per definire così l'attuale somma domandata" che nel primo paragrafo del citato documento si accetta e ci si obbliga a dare esecuzione alla somma garantita per i beneficiari....contro la semplice richiesta di queste", ma anche per dedurre dal contenuto di tale documento la caratteristica propria dell'anzidetta garanzia personale, consistente nella sua autonomia rispetto al contratto garantito. In effetti, dopo aver circoscritto l'oggetto della garanzia di pagamento per la garantita (" T., S.A. ") ai beneficiari ("M" e "E") e nel limite quantitativo di 25.000.000 di pesetas, concetti che furono a carico della finanziata come conseguenza della consegna del menzionato hotel pattuita mediante contratto del 21 giugno 1993, si insiste che " la Banca garantisce il pagamento in assenza della garantita, delle somme pendenti nel momento della consegna...o di qualsiasi altra passività a carico della beneficiaria che non siano state oggetto della liquidazione, come indicato nel punto 3 della clausola quinta del contratto che compaiano o siano maturati, successivamente alla data della consegna ", e ciò sottolinea che l'obbligazione assunta dalla Banca avallante si limitava al pagamento della somma risultante dalla liquidazione e non alle restanti obbligazioni derivate dal contratto sottoscritto dalla compagnia finanziata e i beneficiari in data 21 giugno del 1993; come unico requisito affinché la società avallata adempisse la citata obbligazione di pagamento, si pattuì che " i beneficiari accompagnassero alla richiesta di pagamento, la dichiarazione che c'era stata la scadenza di un passivo qualsiasi a carico della garantita.. dichiarando ugualmente che il passivo non era stato oggetto di liquidazione ed erano trascorsi quindici giorni dalla data di scadenza senza che la garantita lo avesse reso effettivo ", vale a dire, cioè, ai

Esercizio della garanzia da parte del creditore

Normalmente in questo tipo di contratti si stabilisce un periodo di tempo in cui il beneficiario può richiedere il pagamento al garante, passato il quale la garanzia si estingue (art 22 URGD). Ciò è importante perché il garante non accetta di rimanere vincolato a tempo indeterminato, e inoltre controlla la solvenza del debitore (ai fini di un'eventuale ripetizione) per un periodo di tempo specificato. Il patto relativo a questo periodo di tempo è molto comune nei presupposti di fatto delle sentenze prima citate (vedi SsTS 05.07.02, che prevede un periodo di tempo di quindici giorni, o 31.05.03).

A volte per esigere il pagamento è sufficiente la semplice richiesta al garante, senza ulteriori giustificazioni o requisiti, anche se dovrebbe pattuire altre modalità. Nel più semplice dei casi, a parte la richiesta si esige una dichiarazione del beneficiario del fatto che il pagamento garantito non è stato realizzato, o che si sia verificato un' inadempimento. Sebbene non si esiga dimostrare il mancato pagamento, se si richiede una dichiarazione del beneficiario, affinché si possa successivamente giustificare, al momento della ripetizione del pagamento nei confronti del creditore, che esisteva una dichiarazione espressa del beneficiario e una responsabilità dello stesso per quanto dichiarato. In altri casi, in cambio, si richiede inoltre una prova

beneficiari si esige solo che " manifestino" quegli estremi, non dimostrando la liquidità del passivo rivendicato; una volta praticata la richiesta, si contempla come unica eccezione opponibile a detto pagamento il fatto che la garantita " si opponga formalmente allos tesso nel termine di cinque giorni...accompagnando a questa manifestazione il ricevimento del pagamento o la liquidazione del passivo rivendicato", cioè inverte l'onere della prova permettendo all'avallante di liberarsi dalla sua obbligazione di pagamento unicamente se dimostra che l'avallata oppone opportunamente l'eccezione di pagamento o di compensazione (paragrafo quarto); e, infine, abbondando nell'autonomia di questa garanzia, si ritrova la rinuncia espressa dell'avallante ai benefici d'ordine, escussione e divisione.

Per la STS 09.12.05 << Effettivamente, nei documenti contenuti nella domanda si prova che il ricorrente si impegnò " alla prima richiesta di questa Banca Commerciale Transatlantico, SA, a rimborsare gli eventuali debiti di Industrial Electronica, SA potendo Uds. esigere questo pagamento in qualsiasi momento e in virtù delle obbligazioni assunte nei confronti di Uds". Tale clausola definisce il modello contrattuale, differente dalla fideiussione, essendo una garanzia totalmente autonoma e non accessoria >>.

La clausola che costituisce il presupposto del fatto della STS 27.11.06 è la seguente : << La Cassa di risparmio effettuerà il citato pagamento, rinunciando al beneficio di escussione e divisione al quale si riferiscono gli artt. 1830 e ss del Codice Civile, alla prima richiesta formulata in maniera affidabile, senza che sia necessario l'autorizzazione dell'avallato, che rinuncia in maniera espressa alla notificazione prevista nell'art 1840 del Codice Civile, esonerando la Cassa di Risparmio delle Asturie da tutte le responsabilità che le possano esigere per il pagamento effettuato >>.

La conclusione sembra corretta, perché non solo si include la clausola a prima richiesta, ma si realizza anche una separazione rispetto all'obbligazione dell' << avallato >>.

documentale espressa del mancato pagamento dell'obbligazione garantita, o della pretesa senza successo al debitore. In questi casi, denominati dalla dottrina << garanzie a prima richiesta documentali >>, sicuramente viene meno l'autonomia del negozio, giacché vi è un esplicito riferimento alla relazione sottostante e alla mancanza di adempimento della stessa.

Senza dubbio si tratta di garanzie indipendenti, distinte dalla semplice fideiussione, perché il garante dimostra semplicemente il compimento di alcuni requisiti formali e che, a prima vista, i documenti presentati dimostrino il mancato pagamento, senza poter saperne di più né potendosi negare al pagamento riferendosi alle vicende della relazione sottostante. Prima che la garanzia venga esercitata, il soggetto obbligato al pagamento dovrà semplicemente dimostrare che la stessa si esige nel periodo di tempo pattuito, e nel caso in cui si sia stabilito la presentazione di documenti, che siano apparentemente corretti e riferiscano il mancato compimento o l'esigenza di pagamento realizzata, in questo caso. Si tratta, per tanto, di provare unicamente che si realizzino i requisiti pattuiti per esercitare la garanzia (tempo stabilito, documento, ecc), e non indagare sulla relazione sottostante. Normalmente si stabilisce un periodo di tempo affinché il garante realizzi questo controllo, che è di 7 giorni lavorativi come previsto dall'art 16.2 CGI.

Quando il garante abbia soddisfatto il pagamento, potrà ripetere lo stesso dal debitore principale, semplicemente giustificando che si sono realizzati i requisiti pattuiti nella garanzia (tempo stabilito, presentazione di documenti, ecc).Il debitore dovrà rimborsare la somma pagata. così come le altre somme che si siano pattuite (interessi, commissioni, ecc). Se la richiesta del beneficiario risulta impropria, il debitore potrà rivolgersi contro lo stesso e provare tale circostanza, poiché tra essi è impostata correttamente la relazione sottostante.

Eccezioni opponibili dal garante. Esercizio abusivo della garanzia.

Come << contrappeso >> alla speciale esigenza che presuppongono queste garanzie autonome o a prima richiesta, alcuni testi internazionali e la dottrina hanno sostenuto che sebbene l'obbligazione del garante sia indipendente dal negozio sottostante, lo stesso potrebbe opporsi al pagamento se la domanda del beneficiario risulti evidentemente abusiva (*exceptio doli*). Come mostrato, ammettere ciò presuppone che l'autonomia o l'indipendenza della garanzia non è assoluta. Proprio per questo si qualifica che tale eccezione sarebbe valida solo se sia accreditato prima il garante in maniera affidabile con la quale si realizzò il pagamento. Non basterebbero dei semplici << sospetti >> del fatto che esistette un pagamento o una risoluzione del rapporto sottostante, né il fatto che il debitore richieda al garante che non pagò affermando che già lo aveva fatto lui. Sicuramente ci si trova su un terreno molto scivoloso e impreciso, però si tratta di evitare un arricchimento ingiustificato del beneficiario.

Come visto, inoltre, questa possibilità di opporre la *exceptio doli* la si ritrova nei testi internazionali, in dottrina e giurisprudenza, ma di solito non suole far parte dell'accordo entro le parti. Di solito nella garanzia niente si dice relativamente a ciò. Si tratta di una variante introdotta come conseguenza logica per evitare un arricchimento ingiustificato. Questa possibilità di opporre l'eccezione di richiesta abusiva la si ritrova nell'art 19 CGI, sebbene con un'ampiezza che forse risulta eccessiva (praticamente, se l'evento assicurato non si è realizzato, se la relazione sottostante fu resa invalida in tribunale, se si compì l'obbligazione per la soddisfazione del beneficiario, o se il beneficiario impedì l'adempimento). Sebbene la norma richiede che queste circostanze si realizzino incondizionatamente, la possibilità di riprodurre la relazione sottostante in alcuni casi forse è molto incerta. Le URGD, in cambio, non fanno riferimento all'*exceptio doli*, che pone in evidenza la difficoltà di inserirla in un testo fornito alle parti affinché la includano come clausola

del proprio accordo. L'art 3:104. PEL Pers. Sec. stabilisce che << il fornitore di garanzia è tenuto a compierla con una richiesta di prestazione, a meno che non si dimostri da prove evidenti che questa domanda sia manifestamente abusiva o fraudolenta>> (sostanzialmente uguale, art. IV G-3:105 DCFR). In generale la dottrina ha sottolineato che il rifiuto di pagare debba basarsi su una circostanza affidabile in base alla quale si realizzò il pagamento, per esempio per disporre della sentenza che così la definisce¹⁴¹.

La citata eccezione è stata anche accettata dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo, sebbene non sempre in maniera chiara. In molte sentenze semplicemente si afferma che nella garanzia autonoma esiste un << inversione dell'onere della prova >>, di modo che il beneficiario potrà richiederla senza altri requisiti oltre a quelli pattuiti (in termini di tempo e di eventuali documenti), e sarà il garante che, per far sì che sia l'adempimento dell'obbligazione sottostante , potrà opporre questa. Una concettualizzazione delle garanzie autonome non la si ritrova nei testi internazionali né nella dottrina, perché l'autonomia sarebbe minima e la sicurezza per il beneficiario praticamente inesistente, in quanto potrebbe essere coinvolto in qualsiasi reclamo, per discutere o accreditare la falsità delle affermazioni esposte nell'eccezione. La dottrina sottolinea che l'eccezione non può valere per discutere la relazione sottostante, né per dimostrare gli eventi accaduti tramite prove contraddittorie, ma solo per i casi nei quali sia " indiscutibile " o "assoluta" l'abusività della domanda del beneficiario¹⁴².

¹⁴¹ Conformemente all'art 19 CGI : << se é evidente e chiaro che: [...] a giudicare dal tipo e dallo scopo dell'impresa, la domanda non ha presupposti fondati, il garante/ emittente, agendo in buona fede, ha diritto, nei confronti dei beneficiari, di trattenere il pagamento. Ai fini della lettera (c) del paragrafo (1) di questo articolo, le seguenti sono le possibili situazioni nelle quali la domanda non ha una base concepibile : (a) la contingenza o il rischio contro il quale l'impresa fu previsto per garantire il beneficiario che non ha materializzato; (b) l'obbligazione sottostante del committente/ richiedente è stata dichiarata invalida da un tribunale o da una decisione arbitrale, a meno che l'impresa specifichi che questo evento rientri nel rischio oggetto dell'impegno; (c) La sottostante obbligazione fu senza dubbio soddisfatta per la ragione del beneficiario; (d) il rispetto dell'obbligazione sottostante fu chiaramente impedito dal dolo del beneficiario; (e) nel caso di domanda di contro-garanzia, quando il beneficiario della contro-garanzia ha effettuato il pagamento in mala fede in qualità di garante/ emittente dell'impresa a cui la contro-garanzia si riferisce >>.

¹⁴² Nel senso citato, la STS 27.10.92 stabilì che << il garante non può opporre al beneficiario altre eccezioni che derivino dalla garanzia medesima, sebbene, in linea con il principio di buona fede (articolo 1258 del Codice civile

Confronto tra il modello di garanzie personali spagnole e il progetto "Principi di diritto europeo sulle garanzie personali"

Il progetto di quadro comune regola le garanzie personali nella sezione G del libro IV, e segue i <<Principi di diritto europeo sulle Garanzie Personali (Principles of European Law on Personal Security)>> elaborati dal <<Gruppo di Studio per un Codice Civile Europeo>> (Study Group on a European Civil Code), diretto da Ulrich Drobnig, che in Spagna collaborò con Angel Carrasco Perera in qualità di consulente. I Principi di Diritto Europeo sulle Garanzie Personali coincidono sostanzialmente con la sezione G del Libro IV dei Principi, Definizioni e Modello delle regole di Diritto Privato Europeo del Progetto di Quadro Comune di Riferimento.

A parte una leggera differenza di formulazione e una non sempre precisa correlazione di elementi corrispondenti, il nuovo progetto ha aggiunto solo una regola sui doveri del garante indipendente di informare il debitore (art. IV.G.-3:102 DCFR), con la novità di incorporare un dovere anche pre-contrattuale, al pari di escludere altri tre non necessari :

a) la regola sul carattere dispositivo e imperativo della regolamentazione (art. 1:103 PEL Pers. Sec.), poiché ridondante e superfluo rispetto a quanto previsto nell'art 4:102.2. PEL pers. Sec. (IV.G.-4 : 102.2 DCFR);

), è permesso al garante, in caso di lite giudiziale, provare che il debitore principale ha pagato, con la conseguente liberazione dello stesso, producendosi un'inversione dell'onere della prova che può esplicitare la non accessorialità della garanzia >>. Tale affermazione è stata ripresa innumerevoli volte, per esempio nella STS 28.05.04. Nella STS 31.05.03 si afferma che << si autorizza il garante a provare, in caso di lite giudiziale, che il debitore principale ha soddisfatto il debito garantito per evitare situazioni di arricchimento ingiusto, con la conseguente liberazione dell'avallante, producendosi un'inversione dell'onere della prova, che non si può richiedere al beneficiario che dimostri l'inadempimento dell'obbligazione principale>>. Sebbene si tratti di un obiter dicta, chiaramente si apprezza che il Tribunale Supremo viene ad ammettere che, per via delle eccezioni, si discuta il compimento o le circostanze relative alla relazione sottostante con totale sicurezza, ciò appare eccessivo. Non si tratta di una << semplice inversione dell'onere della prova >>, ma di un'autonomia che deve essere utilizzata in casi di totale abuso. Naturalmente , a parte questa exceptio doli, il garante potrà opporre le eccezioni derivate dalla propria garanzia, come concordato : richiesta del beneficiario realizzata oltre i termini stabiliti; mancata presentazione dei documenti richiesti per realizzare la domanda; o presentazione dei documenti richiesti, ma in maniera non corretta [copie illeggibili, documenti falsificati, o dei quali il contenuto non corrisponde con quanto pattuito, ecc (vedi in questo senso artt. 19.1 Convenzione Uncitral, 3:102 Pel Pers Sec o IV.G-3:103 DCFR].

b) la regola dell'interpretazione (art. 1: 105 PEL Pers. Sec.), che risulta ora integrata in un'opera più ampia e ha il suo spazio nel capitolo 8 del libro II, di applicazione molto più generale;

c) la regola di applicabilità al garante consumatore della regolamentazione relativa a contratti conclusi fuori dal locale commerciale (art. 4: 104 PEL Pers. Sec.).

Il paragrafo G sulle garanzie personali consta di quattro capitoli e 39 articoli, e parte da una chiara distinzione tra garanzie dipendenti (capitolo secondo, tredici articoli) e indipendenti (capitolo terzi, otto articoli). Brevemente indica una serie di regole comuni a tutte e due le modalità (capitolo primo, dieci articoli), e conclude la regolamentazione riferendosi alle garanzie assunte da un consumatore (capitolo quarto, otto articoli). Seguendo una tecnica già consolidata, ogni principio appare intitolato e non viene eseguita la numerazione degli articoli ma vi è la divisione in capitoli¹⁴³.

Secondo l'autore PABLO GOMEZ BLANES sarebbe stato meglio procedere in maniera differente ed aver regolato la fideiussione semplicemente come modello, riservando un capitolo specifico alla garanzia indipendente o a prima richiesta, come modalità speciale caratterizzata dal patto generale di esclusione dell'eccezione.

¹⁴³La sua sistematica differisce, inoltre, dalla tradizionale, che non riconosce la categoria delle garanzie indipendenti e distingue tre grandi capitoli : uno sulla natura e la portata dell'obbligazione assunta dal fideiussore; altro sugli effetti rispetto al creditore, al debitore o dei garanti a vicenda; e , infine, un terzo, relativo alla sua estinzione. Quest'ordine appare già nel Codice Civile francese, che aggiunge un quarto capitolo relativo alla fideiussione legale e giudiziale.

In tale linea, il Codice Civile spagnolo regola la fideiussione nel Titolo XIV del suo Libro IV (delle obbligazioni e contratti); 34 articoli (1822- 1856) in quattro capitoli : a) natura e portata della fideiussione (capitolo primo, 8 articoli) ; b) gli effetti (capitolo secondo, 17 articoli) tra il fideiussore e il creditore (sezione prima, 7 articoli), tra il fideiussore e il debitore (sezione seconda, 6 articoli) e tra co-fideiussori (sezione terza, 3 articoli); c) l'estinzione (capitolo terzo, 7 articoli); e d) la fideiussione legale e giudiziale (capitolo quarto, 3 articoli). Tale schema viene seguito dai moderni codici civili, senza includere il capitolo relativo alla fideiussione legale e giudiziale, codici europei, come l'italiano del 1942 (artt. 1936-1957) o lo svizzero del 2010 (artt. 492-512) o anche non europei come il quebeco 1994 (artt. 2333- 2366) o il brasiliano del 2002 (artt. 818-839).

Un caso speciale è il Codice civile tedesco, che regola la fideiussione senza divisione di alcun tipo e in solo 14 paragrafi (§§ 765-778). Il codice civile olandese (artt. 850-870) segue la sistematica tradizionale con alcuni aggiustamenti, infatti , da un lato include norme speciali di protezione del fideiussore consumatore (sezione seconda); e dall'altro dedica l'ultima sezione esclusivamente alla relazione del fideiussore con il debitore (sezione terza). Il resto viene regolato nella prima sezione sotto il titolo disposizioni generali. Appare singolare l'ordine del Codice Civile francese dopo la riforma del 2010. Il titolo relativo alle garanzie personali del libro IV incorpora tre capitoli : uno relativo alla fideiussione (artt. 2288-2320); un altro relativo alle garanzie autonome (art. 2321); e, un terzo per le lettere di intenti odì patrocinio (art. 2322). Tutto ciò, segue la sistematica tradizionale nel capitolo della fideiussione. In qualunque caso, sembra molto interessante la regolamentazione congiunta del principio di responsabilità patrimoniale e delle garanzie del credito nello stesso libro.

Si accentuerebbe così la necessaria unità della garanzia personale del credito. Certamente, anche la garanzia reale cominciò essendo una figura unitaria con due specie, " pignus datum" e "pignus conventum" o hypotece, e, senza dubbio, attualmente, si considerano e trattano separatamente. Senza dubbio, lo stesso sarebbe potuto accadere con la fideiussione accessoria e a prima richiesta. Oggi tuttavia, l'ampia regolamentazione e in diverse questioni differente, del pegno e dell' ipoteca giustifica questa soluzione, che anche se così, non dovrebbe far perdere la loro relazione. Ma questo, non è il caso della garanzia indipendente, come si cercherà di dimostrare¹⁴⁴.

Disposizioni generali

Tale parte risulta necessaria per filtrare l'essenza dell'obbligazione assunta dal fideiussore, e determinare la sua portata ed estensione¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Proprio come la compravendita di beni è il paradigma dei contratti in generale e molte delle sue norme si applicheranno per analogia ad altri contratti misti che contengano elementi della vendita, la fideiussione accessoria occupa una posizione preminente nelle garanzie personali come segnalato nei commenti all' art IV.g.-2 : 101 DCFR (Full Ed., 2580-2581). Che alcune nozioni e regole riguardino le garanzie dipendenti e indipendenti non esige necessariamente che vengano considerate nella parte generale. Sembrerebbe più opportuno trattarle in connessione ad un modello concreto (la fideiussione accessoria), nel quale riflesso si ritroverà l'indipendente (e altre modalità), al fine di preservare le loro specialità. Sempre la dottrina recente aveva proposto una diversa divisione in sette capitoli :

Capitolo primo- Disposizioni generali

Capitolo secondo- La costituzione della garanzia

Capitolo terzo- L'esecuzione della garanzia, sua modificazione ed estinzione

Capitolo quarto- Il regresso

Capitolo quinto- Pluralità di fideiussori

Capitolo sesto- Il patto di esclusione dell'eccezioni

Capitolo settimo- Norme speciali in protezione del fideiussore

Tale schema verrebbe utilizzato per commentare questa parte del progetto relativa alle garanzie personali e la sua correlazione con il diritto vigente, specialmente con il Codice Civile spagnolo. Molti autori preferiscono riservare il termine << fideiussione >> per riferirsi all' accessoria, alla << garanzia personale dipendente >>, e optano per ampliare il termine << garanzia indipendente >> o << a prima richiesta >> per alludere alla << garanzia personale indipendente >>. Sicuramente questa è una possibilità. Con l'opzione terminologica adottata unicamente per far risaltare la necessaria e inscindibile unità tra entrambe le modalità, e la convenienza di dare priorità alla prima, come archetipo e modello basico. Si noti che il progetto utilizza anche termini diversi per riferirsi alla dipendente e all'indipendente. In entrambi i casi si tratta di << garanzie personali >>.

¹⁴⁵ Prima di procedere alla regolamentazione delle concrete garanzie personali del credito, il primo capitolo del progetto contiene una serie di regole comuni ad entrambe le modalità di garanzia dipendente e indipendente. In primo luogo, definisce diversi termini e segnala l'ambito di applicazione (artt. IV.G.- 1 : 101 E 1 : 102); dopo di che si riferisce a due regole, la prima, riguarda l'accettazione della garanzia da parte del creditore (art. IV.G.-1 : 103), e, la seconda, alla situazione di co-debitore solidale che si assume il debito con fini di garanzia (art IV.G.- 1: 104); per ultimo il capitolo si conclude con la regolamentazione della situazione di una pluralità di garanti (art. IV.G.- 1:105 a 1: 107) e con l'applicazione sussidiaria delle regole di solidarietà dei debitori (art IV.G.-1 : 108). Il codice Civile spagnolo

Il progetto fa risaltare con maggior chiarezza che il Codice Civile spagnolo la strettissima relazione del credito garantito con la solidarietà dei debitori.

Tale vincolo si manifesta in : a) applicazione sussidiaria delle regole di solidarietà (art IV.G.- 1:108); b) la configurazione solidale delle situazioni di pluralità di fideiussori (artt.IV.G.-1 : 105 a 1:107); e, c) l'assunzione del co-debitore solidale con fini di garanzia [artt. IV.G.- 1 : 101 e 1:104]. L'obbligazione del fideiussore e del debitore garantito sono obbligazioni distinte, ma servono lo stesso interesse. La fideiussione è un'obbligazione di rinforzo nella garanzia altrui. Il creditore può rivolgersi contro il debitore principale o contro il fideiussore per soddisfare l'interesse creditorio, ma solo una volta.

Giudizio positivo merita l'introduzione del presupposto del co-debitore solidale con fini di garanzia. Il progetto segue così la linea tracciata dal diritto francese ed italiano. Secondo l'art 1216 CC francese, se l'operazione per la quale il debito viene contratto solidalmente riguarda solo uno degli obbligati, gli altri saranno considerati come fideiussori rispetto allo stesso. Anche il precedente codice italiano del 1865 contemplava la possibilità di una solidarietà nell'esclusivo interesse di uno dei co-debitori e segnalava che gli obbligati non interessati << non sono reputati come suoi fideiussori >> (art. 1201 CC italiano del 1865); con il nuovo codice italiano, sebbene sparisce ogni riferimento alla fideiussione, si mantiene la distinzione tra una solidarietà paritaria e la solidarietà nell'esclusivo interesse di uno (cfr. artt. 1298 e 1299 CC italiano), e, per molti autori, questa distinzione si manifesta anche nel

definisce la fideiussione nel primo degli articoli del titolo XIV (art. 1822); inoltre, si riferisce alla co-fideiussione negli artt. 1837, 1845 e 1846; inoltre segnala l'applicazione sussidiaria delle regole di sussidiarietà dei debitori, sebbene riferita solo alla c.d. << fideiussione solidale >>, che non ha il beneficio dell'escussione (art. 1822.2 CC). Il resto delle regole del progetto non hanno un corrispettivo spagnolo. Per sua parte, il testo spagnolo ha altre regole non riportate nel progetto: a) la possibilità che la fideiussione sia onerosa o gratuita (art. 1823.1 CC); b) l'obbligo di fornire la fideiussione (artt. 1823.1, 1828, 1829 e 1854-1856 CC); e c) la non necessità del consenso del debitore garantito (art 1823.2 CC). Il silenzio del progetto sulla prima non implica che la fideiussione debba essere onerosa e che la commissione sia pagata dal creditore garantito, anche se sarà certamente insolito. L'obbligo di prestare fideiussione non entra propriamente nel campo della fideiussione, ma si riferisce alla relazione di copertura (ma probabilmente è il luogo idoneo se ci fosse un' indicazione al rispetto per una ragione di affinità e perché la sua regolamentazione in sede di mandato risulterebbe di difficile adattamento. La non necessità del consenso del debitore è ovvia, inoltre la relazione di fideiussione è tra creditore e fideiussore, e la relazione di copertura (del debitore con il fideiussore) è di altra natura e potrebbe non esistere, La regola sull'accettazione (art IV.G.-1: 103) ha la sua sede nel relativo capitolo della costituzione della garanzia.

regime delle eccezioni (artt. 1297 e 1945 CC italiano), in modo che si applicherà una o altra normativa a seconda del tipo di solidarietà, anche per analogia.

Al contrario il carattere accessorio della fideiussione rimane in penombra: da un lato, l'accessorietà della fideiussione, sebbene si presuma, può escludersi (artt. IV.G.-2:101.1); dall'altro, il beneficio di escussione cessa di essere un elemento naturale della fideiussione (art IV.G.-2:105). Ma, nonostante le apparenze, ciò non implica che l'accessorietà cessa di essere un principio delle garanzie del credito. Senza dubbio, rimane il perno sul quale si muove la regolamentazione della fideiussione, anche se per escluderla in casi particolari.

Inoltre come accade nel diritto spagnolo (art 1853 CC), tale principio si scopre e manifesta dal regime di eccezioni applicabili e, per tanto, a partire dall'approccio processuale e di realizzazione del diritto [art. IV.G.-2: 103]. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, è lodevole l'intento di unificare le garanzie personali in due categorie, dipendente e indipendente, includendo rispettivamente nelle stesse, da un lato, le carte di patrocinio; dall'altro, quelle realizzate sotto forma di una carta di credito o di <<stand-by>>, senza pregiudizio della riserva che garantisce la stessa esistenza delle due categorie come distinte e separate [art. IV.G.-1: 102 (1.) (a) e (b)].

Sembra anche accertato l' applicazione della sua regolamentazione al debitore solidale con fini di garanzia [art.IV.G.-1:102(1)(c)], alle obbligazioni di garanzia assunte dalle compagnie di assicurazioni, e a quelle che risultano da titoli di valore, come avalli e cambiali, tranne che per le regole proprie derivanti dal suo carattere solidale, attuariale o cambiario [art. IV-G 1: 102.3]¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Appare inoltre opportuno che si consideri l'obbligazione del fideiussore in termini ampi in modo che includa oltre al pagamento in natura, il pagamento per equivalente, cioè, il suo valore o, che è lo stesso, quei presupposti nei quali la prestazione del fideiussore non consiste esattamente in un "idem debitum" rispetto a quello del debitore assicurato, ma in un indennizzo per danni e pregiudizi [cfr. art. 1: 101 (a) PEL Pers. Sec.]. Per altra parte, sembra molto opportuna la correzione del progetto rispetto ai Principi di Diritto europeo sulle Garanzie Personali, del non assumere necessariamente la natura contrattuale dell'obbligazione del garante. L'obbligo di fideiussione può sorgere da una dichiarazione unilaterale e inoltre può essere richiesta per la buona fede, nel qual caso si può parlare di un obbligo legale, come sarebbe per esempio l'obbligazione che contrae il mandante nei confronti del mandatario che riceve e realizza il compito di prestare denaro ad un terzo. La sua responsabilità è senza dubbio, fideiussoria (Cf. §

La costituzione della garanzia

Per costituire una garanzia personale dovranno applicarsi le regole generali di costituzione di obbligazioni (libro secondo). L'art IV.G.-1:103 del progetto sull'accettazione del creditore fa riferimento alla peculiare natura, di solito unilaterale, della fideiussione, e al fatto che si contrare in beneficio del proprio creditore¹⁴⁷.

Come ci si aspetta, l'accessorietà si manifesta con intensità in questa fase di costituzione o perfezionamento della garanzia. In generale, tutto ciò si traduce in tre grandi regole : a) la fideiussione presuppone la validità dell'obbligazione garantita (accessorietà alla nascita); b) si presume che la fideiussione garantisca il credito nel miglior modo possibile e, in nessun caso, il suo contenuto può eccedere l'importo dell'obbligazione principale, né riferirsi a condizioni più onerose (accessorietà nel contenuto); e ; c) la scadenza e l'esigibilità della garanzia presuppone, salvo patto contrario, la previa scadenza ed esigenza dell'obbligazione garantita (accessorietà nell'esercizio).

La regola generale dell'accessorietà alla nascita è contenuta nell'art IV.G.-2:102(1) ed equivale all'art 1824.1 CC. Il criterio dell'art IV.G.-2:103.3 per il quale il fideiussore garantisce il creditore (incluso la mancanza di capacità del debitore coincide con lo spirito del secondo paragrafo dello stesso precetto dello spagnolo

778 BGB tedesco). L'adesione di un nuovo debitore (assunzione cumulativa del debito) apparentemente rimane fuori dall'ambito della garanzia personale (artt. III.-5:208 E 5:209 DCFR) e si rimette alle regole di pluralità di debitori. A tal punto, data la configurazione del co-debitore con fini di garanzia, in realtà sarà sempre suscettibile di rinvio indiretto alla regolamentazione delle garanzie personali se e nella maniera nella quale compia una funzione di garanzia.

In cambio, la distinzione netta tra garanzie dipendenti e indipendenti appare eccessiva. Secondo parte della dottrina sarebbe stato opportuno riferirsi alla garanzia indipendente come una modalità speciale nella quale, con carattere generale, si esclude il riferimento al credito ai fini della regolamentazione del contenuto della garanzia, vale a dire come una fideiussione con patto di esclusione delle eccezioni.

¹⁴⁷ Il progetto contempla in realtà, tre possibilità sul momento del perfezionamento della garanzia : a) che si perfezioni senza necessità di accettazione del creditore (paragrafo secondo in relazione con l'art II.-1:103, paragrafo secondo); b) che si perfezioni con l'accettazione del creditore, presumendo iuris tantum che egli accetti dal momento in cui giunga a sua conoscenza senza rifiuto immediato o senza riservarsi un tempo per le sue considerazioni (paragrafo primo come eccezione alla regola generale dell'art II.-4:204); e, c) che la propria offerta di garanzia richieda un'accettazione espressa (paragrafo primo). Appare molto difficile determinare quando ci si trova di fronte ad una promessa unilaterale e quando di fronte ad un contratto che deve essere accettato. Inoltre non risulta indispensabile l'esigenza che la fideiussione sia espressa (art 1827 CC); ed inoltre sembrerebbe opportuno che si richiedesse la sua prova per iscritto (§ 766 BGB; art 859 CC olandese) che risulta essere, di solito, la pratica abituale.

dovutamente reinterpretedato, e aggiunge il presupposto che il debitore sia persona giuridica incapace o inesistente).

Anche Il progetto concede al fideiussore una eccezione temporale nel caso in cui il credito garantito sia annullabile (art IV.G.-2:103.4); con tale misura si intende proteggere il fideiussore, in modo che possa negare il pagamento al creditore, e intanto corrisponda al debitore principale il diritto ad impugnare il contratto garantito¹⁴⁸.In quanto all'esigibilità, il progetto, non segnala espressamente la scadenza dell' accessorietà, come fa il Codice Civile spagnolo nell'art 1841, ma così dovrà intendersi salvo patto contrario.

Lo stesso inoltre non si riferisce neanche alle condizioni sospensive, ma nello stesso modo deve intendersi applicabile salvo patto contrario, e precisamente ad esse si riferisce direttamente la redazione degli artt. 2:102.1 e 2:103.1 PEL Pers. Sec. Al contrario, introduce come novità la possibilità di rifiutare il pagamento della garanzia fin quando il debitore principale possa rifiutare il compimento della sua obbligazione quando il creditore a sua volta non compia od offra reciprocamente il pagamento della propria obbligazione essendo previo o simultaneo il compimento [cfr. l'art. IV.G.-2:103(b)].

Il Codice Civile spagnolo non tratta questa regola, ma essa deve intendersi ugualmente applicabile a tale diritto. Inoltre, a differenza del diritto spagnolo, il beneficio di escussione non si presume ma deve accordarsi espressamente, ad eccezione unicamente dalla fideiussione assunta per un consumatore [artt. IV.C.2:105 E 2:106 in relazione con il 4:105 (b)]. Infine, per quanto riguarda l'accessorietà, il progetto prevede due regole classiche in materia: una di *ius cogens*, per la quale l'obbligazione del fideiussore, come la fideiussione, mai può eccedere

¹⁴⁸ L'art IV.G.-2:103 deriva dal § 770.1 BGB. Il legislatore spagnolo ha taciuto su questa questione, ma sembra indiscutibile tale convenienza. Dal momento che l'esercizio di un diritto di natura potestativa è di carattere personalissimo e, quindi, preoccupazione esclusiva del suo titolare, il fideiussore non può impugnare l'obbligazione garantita, in quanto questa è una decisione che spetta solo al debitore personalmente, ma, senza dubbio, risulta favorito per la sua effettiva impugnazione. L'eccezione temporale protegge il fideiussore e gli evita il lungo e pericoloso cammino da compiere e, successivamente, richiedere la restituzione di quanto pagato.

l'obbligazione garantita [art.IV.G.-2:102 (2) primo comma]; altra di diritto positivo, per la quale si presume che la fideiussione copre nella maniera più ampia possibile il debito garantito, vale a dire con tutti i suoi accessori (art IV.G.-2104).

Tali articoli hanno i propri equivalenti, rispettivamente negli artt. 1826 e 1827.2 CC¹⁴⁹.

L'esecuzione della garanzia, sua modificazione ed estinzione

Rispetto all'idea generale secondo la quale le obbligazioni nascono per essere compiute, la fideiussione, obbligazione di rinforzo, nasce perché sia compiuta l'obbligazione garantita, e , solo in suo difetto, per essere la stessa eseguita. Prima della richiesta della garanzia, il fideiussore può opporre al creditore le eccezioni proprie della sua obbligazione , così come quelle derivanti dalla relazione garantita [art. IV.G.-2:103(1), analogo all'art. 1853 CC].

Il diritto a far valere eccezioni del principale obbligato costituisce a sua volta un onere per il garante, che deve ricercare informazioni e, se esistono eccezioni, dovrebbe rifiutarsi a pagare e a sostenere il potenziale contenzioso; in tal senso, il debitore potrà farle valere quando pretenda la ripetizione contro lo stesso. Tuttavia,

¹⁴⁹ La portata dell'obbligazione assicurata è amplissima e qualsiasi credito può essere garantito mediante fideiussione; questo può essere perfettamente determinato, o può esistere una relativa indeterminazione in alcuni dei suoi elementi. La relativa indeterminazione può essere riferita all'esigibilità dell'obbligazione assicurata (fideiussione soggette a condizione sospensiva); all'effettività (fideiussione in garanzia di obbligazioni annullabili o soggette a condizione risolutoria); alla sua esistenza e quantità (fideiussione in garanzia di obbligazioni future e fideiussione omnibus o fideiussione globale o generale); o al soggetto del diritto di credito (fideiussione in garanzia di titoli trasmissibili e fideiussione cambiaria).

Il progetto definisce e regola con certi dettagli le fideiussioni future e, in specie, la fideiussione globale (fideiussione omnibus o fideiussione generale) per debiti che risultano da una relazione continua tra creditore e debitore (fornitura, conto corrente, per tutti i debiti contrattuali, ecc.). In effetti, riconosce la fideiussione per debiti futuri nell'art.IV.G.-1:101(a) e definisce la fideiussione globale nel paragrafo (f). Altre regole relative alla fideiussione omnibus o fideiussione generale sono : a) il diritto di recesso ex nunc con ampio preavviso (art IV.G.-2:109); b) l'esclusione della possibilità di una fideiussione globale indipendente o a prima richiesta [art IV.G.-1:101 (f)]; c) la presunzione che comprende solo le obbligazioni derivate dalle relazioni contrattuali [art IV.G.-2:104(3)]; d) la determinazione della massima responsabilità ai fini del ricorso interno tra co-fideiussori, che eccedono, sono ridotti al saldo finale [art.IV.G.-1: 106 (4) e (7); e , e)la possibilità di modifiche dell'obbligazione assicurata posteriore alla garanzia [art.IV.G.-2102 (3) e (4)], con il debito addizionale del creditore di informare il fideiussore di ogni incremento del debito di un 20% [art IV.G.-2107 (2)] e, nel caso delle fideiussioni prestate per i consumatori, con il dovere annuale di informare sugli importi dovuti dal debitore, se lo stesso avesse acconsentito (art IV.G.-4: 106 (a)].

Nel diritto spagnolo, la regolamentazione del Codice Civile è scarsa e conosce solo la fideiussione per debiti futuri (art 1825 CC); senza dubbio, la fideiussione globale o generale è stata ampiamente riconosciuta ed elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

in linea con quanto detto precedentemente, se il garante comunica al debitore la sua intenzione di pagare, la buona fede esige che questi lo informi sulle eccezioni esistenti e gli faciliti i mezzi di prova pertinenti; se non lo fa, risponderà del danno risultante (art IV.G.-2:112)¹⁵⁰.

Inoltre, il garante può rifiutare il pagamento se, per opera del creditore, possa ritrovarsi pregiudicato nel suo diritto di regresso; se il fideiussore aveva già pagato, potrà richiedere il risarcimento del danno (art IV.G.-2.110).

Precetto equivalente esiste nel diritto spagnolo (art. 1852 CC)¹⁵¹.

La configurazione della fideiussione come un'obbligazione accessoria di rinforzo influisce in maniera decisiva nella <<fase di sicurezza>> della garanzia; dalla sua nascita fino al suo esercizio o consumazione, la prestazione dovuta si può estinguere o ridurre, aumentare o modificare, così come passare ad altro soggetto, sia come titolare del diritto ad esigerla o come soggetto passivo che deve realizzarla. Sorge, inoltre, la questione del modo in cui queste vicissitudini interessino il fideiussore¹⁵². In primo luogo, anche la garanzia si estingue per qualsiasi altra causa che presupponga la risoluzione del debito assicurato [art.IV.G.-2:103(2) (c)], a meno che la finalità di sicurezza esiga la sua continuità, per trattarsi di rischi assunti dal fideiussore, come l'insolvenza [art.IV.G.-2:102(2) secondo comma] o l'incapacità del debitore [art IV.G.-2:103 (3)].

¹⁵⁰ Migliore e più completa appare in questo caso la regolamentazione del Codice Civile spagnolo. Da un lato, conformemente all'art.1840 CC, di non comunicare al debitore le eccezioni, il debitore non potrà allegarle quando il fideiussore richieda la ripetizione del pagamento. Ciò appare più concreto e coerente di un ambiguo e generale riferimento ad una responsabilità << per il danno risultante >>. Da altro lato secondo il Codice Civile spagnolo, il fideiussore non solo deve informare il debitore sull'intenzione di pagare (art 1840 CC), ma anche deve notificargli il pagamento già realizzato (art 1842 CC), inoltre, il debitore garantito che, in buona fede, paghi il creditore apparente, già soddisfatto dalla prestazione del fideiussore, è tuttavia, libero dall'obbligazione, e al fideiussore solvente non gli rimarrà altro rimedio che rivolgersi contro il creditore per arricchimento ingiustificato. Si noti che questa è l'unica soluzione equa, se, il debitore non avesse conosciuto, consentito o autorizzato la fideiussione.

¹⁵¹ In effetti, la redazione del progetto si riferisce solo al fideiussore solvente pregiudicato nel suo regresso per colpa del creditore, e non alla previa possibilità di rifiutare il pagamento per detto motivo: giusto il contrario si verifica nel Codice Civile spagnolo. Tuttavia entrambe le possibilità si ritrovano in uno e nell'altro diritto per ragioni di economia e di logica giuridica.

¹⁵² Precisamente, per il suo necessario riferimento alla relazione assicurata, il progetto introduce un dovere del creditore di informare senza ritardo ingiustificato il fideiussore di qualsiasi ritardo nel pagamento o ampliamento della scadenza, a meno che il fideiussore lo conosca o avrebbe dovuto conoscerlo (art. IV.G.-2:107). Ma tale disposizione sembra non aver posto nel diritto spagnolo anche senza formulazione espressa come esigenza derivata dalla buona fede.

Il progetto non si riferisce esplicitamente alla fideiussione che regola i distinti surrogati del compimento, come invece fa il Codice Civile spagnolo: a) nel caso di cessione solutoria (art 1849 CC; è interessante, a questo proposito l'art 1166 della Proposta di Aggiornamento del Codice Civile in materia di Obbligazioni e Contratti); b) sul conto deposito (art 1181 CC = art. 1175 della Proposta di Aggiornamento); c) in tema di compensazione (art 1197 CC; a tale proposito vedi art. 1182.3 della Proposta di Aggiornamento); d) in materia di remissione (artt. 1190 CC e 1232 della Proposta di Aggiornamento); e, e) in sede di confusione (artt. 1191 CC v. 1235 della Proposta di Aggiornamento).

Evidentemente, la fideiussione si estinguerà quando questo accade sul debito garantito in virtù di un diritto potestativo di risoluzione o di compensazione. Mentre il principale obbligato può esercitarlo, è possibile concedere al fideiussore un'eccezione temporale [artt.IV.G.-2:103(2) (a) e 2:103(5)], egualmente come accadeva con il diritto di impugnazione [art. IV.G.-2: 103 (4)].

L'inclusione di queste eccezioni sembra conveniente; anzi, forse, potrebbe applicarsi senza problemi al diritto spagnolo. L'eccezione di compensazione appare espressamente evidenziata nel Codice Civile tedesco (§ 770.2 BGB); la dottrina estende queste eccezioni temporali ai casi in cui il principale obbligato dispone di un diritto potestativo di risoluzione, che ora si ritrova nel progetto.

In secondo luogo, quando si riferisce alle variazioni dell'obbligazione assicurata, il progetto parte dalla necessaria armonia del principio di accessorietà con quello di relatività negoziale : nessun accordo posteriore tra creditore e debitore può pregiudicare il fideiussore senza il suo consenso.

Conformemente a questa regola, le possibili soluzioni sono tre: a) la garanzia non si estingue, ma si concede un diritto di rivalersi nei confronti del debitore; b) la garanzia non viene influenzata per il fatto della modificazione; c) la garanzia si

estingue con la modificazione del credito. Il progetto opta chiaramente per la seconda (art. IV.G.-2: 102, paragrafo 4).

Non esiste un precetto equivalente nel diritto spagnolo. La giurisprudenza e la dottrina hanno rielaborato la questione a partire da diversi precetti del Codice Civile (art.1207, sugli effetti della novazione e art.1851, relativo alla proroga) e, in generale, hanno distinto a seconda che si tratti di un cambiamento novatorio (la garanzia si estingue) o no (la garanzia non viene influenzata dal cambiamento).

La proroga del credito è considerata dalla dottrina maggioritaria come eccezionale, inoltre, estingue la garanzia anche se non supponga la novazione. Ma anche il progetto regola l'azione di rivalsa del fideiussore nell'art IV.G.2:111, che è in qualche modo equivalente a quella del Codice Civile spagnolo (art.1843 CC)¹⁵³.

In terzo luogo, l'accessorietà influisce in modo determinante nella titolarità. La regola generale è che il credito si ceda con i diritti destinati ad assicurarlo e con qualsiasi altro tipo di accessorio che possa accompagnarlo (art IV.G.-5: 115).

Regola simile esiste nel diritto spagnolo (artt. 1212 e 1528 CC; art.1166 della Proposta di Aggiornamento del Codice Civile, e art 76.1 del Progetto di costituzione di un nuovo Codice di Commercio). Al contrario molto complicata risulta la regola di intrasmittibilità della garanzia separata [art.IV.G.-5:105(2)], sebbene la dottrina suole intenderla implicita nel diritto spagnolo¹⁵⁴.

¹⁵³ Forse sarebbe preferibile combinare le tre soluzioni : la prima (l'azione di rivalsa del fideiussore) è perfettamente compatibile con la seconda (che la garanzia non venga influenzata dal cambiamento), la terza (l'estinzione della garanzia) sarebbe alternativa quando la seconda non offrirebbe protezione sufficiente. E' chiaro che l'incremento del quantum debito non estingue la fideiussione, sarebbe un effetto eccessivo: che il fideiussore non risulti influenzato è già protezione sufficiente. Ora che il fideiussore non si veda influenzato da una proroga che lo possa pregiudicare nel fatto che il debitore possa divenire insolvente durante il suo svolgimento. impedendogli così l'esercizio utile del diritto di regresso, sarebbe una soluzione plausibile se si assumesse la sua obbligazione tramite mandato o con autorizzazione del principale obbligato ; in un altro caso; l'estinzione della garanzia sembra essere la risposta giuridica adeguata. Come sembra logico, trattandosi di fideiussioni in garanzia di una relazione continuata (fideiussione globale), le nuove obbligazioni non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art IV.G.-2:102, paragrafo 4 DCFR, inoltre, anche se gli possano causare danni egli conterà sul previo consenso.

¹⁵⁴ Al contrario, con il cambiamento del debitore, le garanzie personali si estinguono, inoltre si oppone un accordo successivo pregiudicante per il fideiussore e la regola che semplicemente non risulti influenzato per il cambiamento termina di essere protezione sufficiente; così, inoltre, il debitore originario risponde del compimento del nuovo debito [art.IV.G.-5:205(4)]. In via eccezionale, non si estingue se, per accordo, il debitore originario sarà di per se garante con beneficio di escussione (paragrafo 3) e, in conseguenza, i suoi fideiussori saranno considerati come sub-fideiussori.

Infine, nei modi di estinguere la garanzia, il progetto allude alla possibilità di risolvere la garanzia per la scadenza del

Il diritto di regresso

Il diritto di regresso non è propriamente parte della fideiussione ma della relazione di copertura e ad essa dovrà attenersi. Come regola generale, il fideiussore che paga è un terzo solvente rispetto al debito garantito e, di conseguenza, imboccherà la via del regresso. Il progetto segue la linea della maggior parte dei Codici Civili della doppia azione concorrente (l'azione di surrogazione e di rimborso), includendo la possibilità, quando si tratti del fideiussore di un incapace, di reclamare nella misura dell'arricchimento (art. IV.G-2:113). Secondo le osservazioni del progetto, le due azioni sono cumulative. Una parte della dottrina ritiene che sarebbe stato meglio regolare un unico diritto di regresso che avesse compreso la surrogazione nel credito e un'eventuale compensazione per agli altri casi.

Equivalente, inoltre, agli altri artt. 1838 e 1839 CC. Senza dubbio, la dottrina spagnola era divisa sulla sua interpretazione.

Secondo un primo orientamento maggioritario, si tratta di un' unica azione di surrogazione nel credito, in modo che l'art 1838 vada a rendere concreto la regola dell'art 1839 CC. Per altri autori, si tratta di due azioni differenti, di esercizio opzionale e cumulativo quando la prima utilizzata non copra tutti i pregiudizi che originò il pagamento. Infine, secondo altra teoria, il diritto di rimborso si produce per il fatto del pagamento; la surrogazione, solo se il debitore aveva conoscenza di

termine di copertura (art IV.G.-2:108). E' frequente che, nella garanzia, si ritrovi una responsabilità massima e si segnali un periodo di validità, sia di copertura (la fideiussione è valida solo per le obbligazioni sorte prima di una determinata data) o tutte e due. Che in un caso concreto ci si riferisca ad un o ad altro tipo sarà questione di interpretazione. Trattandosi di fideiussioni globali o in garanzia di una fideiussione globale, senza periodo determinato, il fideiussore disporrà di un diritto di denuncia o risoluzione ex nunc per il semplice ampio preavviso (art.IV.G.-2:109). Il termine ultimo per la richiesta impone il limite di responsabilità del fideiussore. Senza dubbio, risponderà dopo la scadenza di detto periodo, se prima della stessa, vengano reclamati i debiti,essendo questi esigibili, o meglio, trattandosi di fideiussioni con beneficio di escussione, prima dello spirare del periodo, si fosse informato il fideiussore della sua intenzione di sollecitare il compimento e si fossero iniziati gli opportuni procedimenti. Eccezionalmente, quando i debiti sono alla scadenza del termine o nei quattordici giorni precedenti, la richiesta di compimento (fideiussione senza beneficio d'escussione) o di informazione (fideiussione con beneficio) potrà realizzarsi prima della scadenza del debito, sempre che si effettui prima dei quattordici giorni precedenti allo spirare del periodo (art IV.G.-2:108). Il progetto segnala alcune specialità per i casi nei quali la fideiussione con periodo di richiesta sia indipendente (art IV.G.-3:107) o prestata per un consumatore (IV.G.-4:107).

questa. Secondo un'altra teoria, l'azione di regresso comprende il diritto del creditore soddisfatto, nella quale posizione si surroga il fideiussore solvente (art. 1839 in relazione con l'art 1838.1° CC) e un'eventuale indennizzo che includa le spese procurate al fideiussore dopo aver informato il debitore a cui sia stato richiesto il pagamento (art. 1838, 2°,3° e 4° CC).

In caso di pagamento parziale del fideiussore, il creditore avrà la precedenza sul diritto di regresso per essere pagato dal creditore.

E' la stessa regola che il Codice Civile spagnolo segnala per i casi di pagamento del terzo (art. 1213 CC), e il garante solvente risulta un terzo rispetto alla relazione assicurata.

Pluralità di fideiussori: sub-fideiussione e co-fideiussione

Nulla dice il progetto sulla possibilità di garantire l'obbligazione assunta da un fideiussore (sub-fideiussione) ma è ovvio che possa realizzarsi (cf. artt. 1823.2 e 1836 CC). Al contrario se ci si riferisce ai casi di pluralità di fideiussori dello stesso grado avremo una co-fideiussione¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Senza dubbio, la questione è tutt'altro che pacifica nel Diritto spagnolo e il Codice Civile è chiaramente ambiguo, per non dire incongruente (cf. artt. 1837 e 1844 CC). Come avverte la dottrina il primo paragrafo dell'art 1837 CC si ispira all'art 2106 del Progetto "Laurent", contrario a configurare la co-fideiussione come solidale, mentre il secondo paragrafo, ispirato alla tradizione storica e al Progetto del 1851, richiama il beneficio di divisione, che ha un senso solo quando i fideiussori sono obbligati solidalmente e il creditore può reclamare tutto a qualsiasi tra essi, in coerenza con quanto previsto nell'art 1844 del Codice Civile spagnolo. Una volta soddisfatto il creditore garantito, ciascun fideiussore risponderà in via di regresso nei confronti al fideiussore solvente in proporzione alla sua quota, che si presume iuris tantum uguale [art IV.G.-1:106(1)] salvo che concorrano fideiussioni con un massimo di responsabilità diseguale, nel qual caso la misura del contributo interno sarà proporzionale al massimo garantito [art.IV.G.-1:106) (3)].

Al contrario, CARRASCO PERERA, << Garantias..., pgs. 432-433, propone, per il caso di fideiussioni indipendenti, una ripartizione degli oneri in parti uguali all'interno di ciascun nucleo di responsabilità, quando si tratta di una co-fideiussione solidale. D'altra parte non si riesce ad intendere la differenza di trattamento quando la solidarietà viene data tramite previo accordo o si tratti di fideiussori indipendenti : in entrambi i casi, i massimi di responsabilità dovrebbero ripercuotersi nella relazione interna. Di fronte alla regola della ripartizione della responsabilità, le tesi della proporzionalità secondo il massimo assicurato ha il vantaggio di essere un'applicazione ad casum della regola generale della proporzionalità. Inoltre, si tenga in conto che ciascun fideiussore garantisce tutto il debito, anche se solo fino ad un massimo : un fideiussore non garantisce il massimo, e, all'interno di questo massimo concorre con gli altri, all'importo totale del debito fino ad un massimo.

Esempio 1. Un prestito con cinque fideiussori.

L a fideiussione si presume piena e si applicano le regole generali della solidarietà che segnala la corrispondenza proporzionale. Tale regola non implica accettare, sempre e in tutti i casi, la ripartizione della responsabilità in parti uguali, ma solo quando manca un adeguato criterio. In tal modo, i soci di una società di capitali che garantiscono mediante fideiussione un debito sociale rispondono nella relazione interna in proporzione alla sua partecipazione

Inoltre ci sono altre norme specifiche, che, in realtà, non sono propriamente eccezioni, ma precisazioni in coerenza con il principio di accessorietà. In primo luogo, il comma terzo segnala che il momento rilevante per calcolare i massimi assicurati sarà quello della costituzione della garanzia¹⁵⁶.

Tuttavia, tale affermazione deve essere adeguatamente chiarita. In realtà, l'elemento determinante è che nessun fideiussore può ritrovarsi pregiudicato senza il suo consenso per la modificazione convenzionale di altre garanzie, successivamente al momento in cui assume la propria (accessorietà nella modificazione).

Precisamente per questa ragione una previa modifica della costituzione della propria garanzia non la pregiudica in nulla¹⁵⁷.

Il quarto e quinto comma del precetto si riferiscono a casi nei quali, congiuntamente con garanzie massime, concorrono altre senza un limite segnalato. Inoltre non si tratta di un'eccezione vera e propria, ma deve tenere in conto il principio di pienezza nell'accessorietà. In mancanza di determinazione in altro senso, si presume che la garanzia assicuri il credito nel modo più ampio possibile e dovrà rimettersi allo

sociale, anche se manchi un accordo espresso o tacito, inoltre chi possiede la maggior partecipazione sociale riceve, per la concessione del credito, maggiori possibilità di vincita e, in conseguenza, deve sopportare in misura maggiore i rischi. Al contrario, se si tratta di fideiussori indipendenti che garantiscono uno stesso debito, in mancanza di accordo, si intenderà che ciascuno risponde nella relazione interna per una quota uguale (1/5 ciascuno). Per quanto riguarda la responsabilità solidale di fideiussori nel diritto tedesco, cf. § 769 BGB, e rispetto al principio di proporzionalità, cf. §§ 774.2 e 426 BGB. Nel diritto spagnolo, vedesi artt. 1844 e 1145 CC.

Esempio 2. Un prestito di 1000 con due fideiussori massimo, uno per 400, altro per 200. Se ciascun fideiussore paga il debito fino ad un massimo, logicamente non avrà un ricorso interno tra i fideiussori. Se paga solo uno di essi (per esempio il primo), potrà dirigersi contro l'altro (il secondo) in proporzione ad un massimo assicurato, che nell'esempio sarebbe di 1/3 (così. se pagò 300, potrà reclamare in regresso 300).

¹⁵⁶ Esempio 3. Nel mese di gennaio, un primo fideiussore garantì il prestito di 3000 con un massimo assicurato di 3000. Nel mese di maggio, il creditore accorda di ridurre il massimo assicurato a 2000 e in giugno un nuovo fideiussore garantisce lo stesso prestito fino ad un massimo di 1000. Secondo il principio detto, il momento decisivo per determinare i massimi di responsabilità sarà il momento della costituzione dell' ultima garanzia, in maniera che il primo fideiussore sarebbe responsabile internamente per 2/3 e il nuovo fideiussore per il terzo restante.

¹⁵⁷ Nell'esempio prima illustrato, è chiaro che il secondo fideiussore non può allegare il pregiudizio che comporta la diminuzione del massimo della prima garanzia, inoltre, il momento in cui assume la propria è quello decisivo per determinare se una modifica convenzionale del prestito (e dei suoi accessori e garanzie) lo pregiudichi senza il suo consenso. Introducendo un terzo fideiussore nell'esempio precedente che assicuri fino ad un massimo di 2000 e assume la sua garanzia in aprile. L'accordo di riduzione del massimo di responsabilità della garanzia assunta dal primo fideiussore lo pregiudica chiaramente in via di regresso. Potrebbe allegarsi che, in questo caso concreto, accade che la percentuale di responsabilità di questo secondi fideiussore é esattamente uguale (2/5). Sicuramente c'è da tenere in conto, in primo luogo che è un caso che il terzo garante potrebbe aver assunto la garanzia per 500, non per 1000 (in questo caso si vedrà pregiudicato), ma, non per forza deve perché deve accettare in tale differenza, un cambio di garante (forse meno solvente) senza il suo consenso.

stesso per determinare la misura della fideiussione Nel caso di una garanzia reale, anche l'importo della garanzia verrà determinato per il valore di quanto dato in garanzia¹⁵⁸.

D'altra parte, i commi sesto e settimo esigono che bisogna attenersi all'importo del debito principale. Conformemente al principio dell'accessorietà minima, la garanzia non può essere superiore al credito garantito, ciò implica che i massimi di garanzia non superino l'importo del debito assicurato, a meno che questo non si sia ridotto per un fatto successivo del debitore (per esempio, per il pagamento), dal momento che avrebbe danneggiato un garante in beneficio di un altro, contravvenendo alla regola dell'accessorietà nella modificazione : un cambio del credito, successivo alla garanzia, non può pregiudicare il fideiussore senza il suo consenso¹⁵⁹.

Infine, secondo il paragrafo ottavo, le garanzie reali del proprio debitore non saranno coinvolte in tale ricorso, inoltre, com'è logico, formeranno parte dell'azione contro il debitore (art IV.G.-1:107). In caso contrario, tale ricorso tra co-fideiussori non impedisce le eccezioni personali che potrebbe usare uno dei garanti.

¹⁵⁸ Esempio 4. Due garanti di un certo credito, uno determinato nel massimo e l'altro senza indicazione. Resta inteso che il fideiussore senza il massimo garantisce l'importo totale del credito assicurato. Se il debito garantito è utilizzato per tutte le obbligazioni presenti e future di un certo debitore nei confronti di un determinato creditore, come nel caso di un conto corrente, ci sarà il limite di credito, se è il caso, o altrimenti il saldo finale. Se una delle garanzie fosse reale, dato che il suo titolare non è obbligato personalmente, risponderà solo nella misura nel quale il valore di quanto dato in garanzia permetta.

¹⁵⁹ Esempio 5. Se una garanzia indefinita assicura un credito indefinito (per esempio, un conto corrente), il rischio massimo che supera il saldo resta limitato a detto saldo. Così, se vi è un saldo di 500 ed è stato assicurato per una fideiussione con un massimo di 1000 e da un'altra senza tetto massimo, le due garanzie risponderanno tra loro per metà (come se le due garanzie fossero di 500 l'una). Trattandosi di un credito di quantità determinata, se il rischio massimo supera l'importo assicurato tali limiti si contraggono; ma ciò non succederà se in cambio se lo supera per una riduzione dell'importo assicurato posteriore ad una o all'altra garanzia (per esempio, per un pagamento del debitore), in quanto favorirebbe la garanzia, di una maggiore copertura. Supponendo che l'importo del debito principale è di 3000 e presenta due fideiussioni, una con un massimo di 4000 e un'altra con un massimo di 1000. Se il primo fideiussore paga il debito, potrà rivolgersi in regresso contro il secondo per 750, inoltre il massimo della prima garanzia si contrae per i limiti del credito assicurato ($3000 + 1000 = 4000$). Per tanto, il secondo fideiussore risponderà per 1/4. Al contrario, supponendo che un debito di 3000 garantito da un fideiussore fino ad un massimo di 2000 ed un altro fino ad un massimo di 1000, e il debitore paga 1500. In questo caso, la porzione rimarrà conforme ai massimi accordati ($2/3 [=1000]$, il primo fideiussore; $1/3 [=500]$, il secondo; per tanto, $15/25 [=900]$ e $10/25 [=600]$), inoltre un fatto successivo del debitore non può dare un vantaggio superiore per uno dei fideiussori senza oltretutto il consenso del soggetto pregiudicato (accessorietà nella modificazione). Se la garanzia si fosse costituita posteriormente al pagamento del debitore, in tal caso non potrebbe comportare nessun pregiudizio per la riduzione del massimo di responsabilità di altra garanzia per i limiti della quantità dovuta dopo tale pagamento, soprattutto quando costituì la sua garanzia con lo stesso.

Il patto di esclusione di eccezioni

Sono due, in realtà, le modalità di garanzia comprese nel progetto, che hanno in comune il generico patto di esclusione delle eccezioni. Si distingue, quindi, tra una << fideiussione indipendente >> da una << garanzia a prima richiesta>>: la prima esclude la possibilità di allegare eccezioni derivate dalla relazione assicurata (art IV.G.-3:103); la seconda, anche, esclude la possibilità di allegare eccezioni derivate da relazioni negoziali con il proprio creditore (art IV.G.-3:104)¹⁶⁰.

Tali modalità si estendono alle carte di credito stand-by (art.IV.G.-3:101). Ma, sembra che resti esclusa la possibilità di una fideiussione globale indipendente o a prima richiesta, inoltre il paragrafo (f) dell'art IV.G.-1:101 definisce questa come una fideiussione accessoria (<< la garanzia globale è una garanzia personale dipendente >>). Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, unicamente restano escluse le garanzie assunte dai consumatori [IV.G.-4:102 (1)]. Senza dubbio, sembra che sia da restringere l'ambito di applicazione soggettivo. Naturalmente, deve escludersi la sua prestazione per fideiussori disinteressati (fideiussione di amicizia o benevolenza, ma

¹⁶⁰ La distinzione sembra provenire dal diritto tedesco (Garantievertrag y Bürgschaft auf erstes Anfordern) anche se non sembra corretta. Il progetto configura << la fideiussione indipendente >> come un'obbligazione di pagamento in garanzia, a prima richiesta in debita forma e in un periodo di tempo di sette giorni. Prima del pagamento o del suo rifiuto, il fideiussore deve informare il debitore della richiesta e, se a suo giudizio, soddisfi o no i requisiti; inoltre dovrà anche informarlo del pagamento effettivo o, ove opportuno e giustificato, del suo rifiuto. Il mancato rispetto di questi obblighi pregiudicherà il diritto di regresso (art.G.IV.-3:103). Nei PEL Pers. Sec., tali precetti vengono inclusi in un solo articolo (art 3:102 PEL Pers. Sec.), che, del resto, non comprende il dovere di informare del pagamento effettuato o del suo rifiuto. Il progetto prevede, come distinta dalla garanzia indipendente, la categoria delle garanzie a prima richiesta. La differenza essenziale è che queste escludono la possibilità di allegare eccezioni personali del proprio garante (art IV.G.-3:104) e che non si possono cedere (art. IV.G.-3:108). E' chiaro che il progetto evita di enunciare concetti astratti per evitare equivoci, e a ragione, inoltre la teoria della causalità non è un costrutto per esplicitare fenomeni giuridici di impronta chiaramente romanista. Ma ciò non impedisce che possa farsi riferimento ad esse per esplicitare queste categorie. E' molto importante, come sempre nel diritto, evitare accuratamente le possibili confusioni terminologiche. In tal senso, la garanzia astratta ha una causa funzionale (rinforzare la posizione del creditore) ed una causa di attribuzione patrimoniale (il negozio giuridico che la origina); poiché in quanto negozio accessorio ha anche la sua causa nel negozio giuridico al quale si riferisce e dal quale dipende, sebbene tale vincolo tra negozi si astrae in questa modalità di fideiussione. Così inoltre, la << la fideiussione indipendente >> in realtà non fa altro che incorporare una clausola per la quale si astrae una promessa di debito (la fideiussione) della relazione sottostante (il credito garantito); allo stesso modo potrebbe dirsi che la relazione di copertura (tra il fideiussore e il debitore) è causa della fideiussione, sebbene in tale caso questa opera con totale astrazione della causa, ciò che si giustifica nel principio di relatività negoziale e in generale, in quello di sicurezza delle transazioni legali. La modalità della << fideiussione a prima richiesta>> suppone un secondo grado di astrazione, inoltre si estrae anche dalle altre relazioni giuridiche che possano aversi tra creditore e il proprio fideiussore.

rimane incluso che anche i fideiussori con interessi debbano restare fuori portata. In definitiva, la fideiussione indipendente o a prima richiesta debba limitarsi esclusivamente ai fideiussori professionali, nella maggior parte dei casi, la clausola <<indipendente >> o <<a prima richiesta >> dovrebbe ritenersi come non inserita. Inoltre, il progetto non si sottrae a tale << accessorietà minima >> propria di tutte le garanzie che si manifestano in: a) la possibilità di condizionare; b) la exceptio doli (art IV.G.-3:105); e, c) la condicio indebiti e quella di regresso (IV.G.-3:106 e 3:108). Come la nuda proprietà non si trasforma nonostante perda alcune delle sue caratteristiche più particolari come i frutti e l'apprensione immediata della cosa, la fideiussione non cambia di categoria contrattuale per il fatto che si accordi l'esclusione di eccezioni ex valuta; allo stesso modo che succede con la nuda proprietà, che tende a recuperare la sua pienezza, la fideiussione con patto di esclusione di eccezioni riguarda il necessario riferimento al credito assicurato in via di regresso, e inoltre incluso nella prima fase, diverse manifestazioni le fanno ricordare costantemente il suo carattere accessorio, come l'exceptio doli e la possibilità di condizionare in termini derivati dalla relazione garantita¹⁶¹.

¹⁶¹ L'art IV.G.-3:105 richiama l'exceptio doli. Gli articoli 3:106 e 3:108 regolano rispettivamente la condicio indebiti contro il creditore e la condicio di regresso nei confronti del debitore. Il periodo di validità della garanzia passa ad essere un elemento naturale ed incluso essenzialmente in questa modalità di garanzia, inoltre il garante può sempre farlo con un preavviso di almeno tre mesi. Il periodo di tempo si intende di richiesta della garanzia e il contenuto si limiterà al debito realizzatosi durante tale periodo [IV.G.-3:107(1)]. La possibilità di condizionare la carta di garanzia non la si ritrova espressamente nel progetto, ma si può ritrovare nell'art IV.G.-3:101 (1) nella parte finale, alludendo ai << termini stabiliti nella garanzia >>. Nella misura in cui questi termini si riferiscano al credito assicurato, in tale misura si aprono le porte alla via del rinvio della relazione assicurata, sebbene le eccezioni potranno farsi valere unicamente perché sono eccezioni derivate dalla propria garanzia; ma, in qualsiasi caso, è chiaro che suppongano un certo rinvio al credito principale.

Secondo CARRASCO PERERA << Garantias..., pgs.506-521 critica la dottrina giurisprudenziale spagnola a proposito della fideiussione a prima richiesta, in specie per il fatto che questa termina per vedere la clausola << a prima richiesta >> o << solve et repete >> come una semplice inversione dell'onere della prova. Senza dubbio, la realtà è che l'exceptio doli, dalle sue origini romane, serviva per traslare al promittente (il debitore) l'onere di provare l'inesistenza della causa, inoltre questa si presumeva iuris tantum (cf. Ulpiano, Digesto 45.1.75.6). Se la garanzia indipendente non implicasse realmente un'inversione dell'onere della prova, il debitore non potrebbe utilizzare l'exceptio doli; si tratterebbe allora di una forte astrazione con presunzione iuris et de iure (Istituzioni di Giustiniano, 3.21). In definitiva, secondo CARRASCO PERERA non è del tutto irragionevole l'interpretazione della giurisprudenza spagnola.

Però le prove per dimostrare l'inesistenza o invalidità della causa (del credito garantito) devono essere manifeste. Qui il problema è di descrizione per determinare quando il dolo è manifesto. Senza dubbio, si tratta di uno dei grandi temi della garanzia indipendente, che tuttavia non è stato ancora risolto.

Tale modalità speciale di garanzia è carente di regolamentazione in Spagna, anche se è stata riconosciuta (cf. artt. 64.2, 449.5, 529.3, 700 e 728 LEC; e l'art. 46 della Legge 13/1995, del 18 maggio, dei Contratti della Pubblica Amministrazione).

Senza dubbio, la dicotomia di garanzie con esclusione di eccezioni viene disconosciuta e si parla indistintamente di fideiussioni o <<garanzie indipendenti>>, <<a prima richiesta >> o << astratte >>. Tale dicotomia neanche viene riconosciuta dalle Regole Uniformi sulle Garanzie a Prima Richiesta del 1991, né dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulle Garanzie Indipendenti e Carte di Credito Contingente del 1995.

Il progetto si riferisce eccessivamente a tali termini per riferirsi ad una o ad altro tipo di garanzia, il quale può essere fuorviante, in special modo dovuto all'ampio campo di applicazione che dovrebbe avere il progetto. In verità dovrebbe presumersi *iuris tantum* che si tratti di una semplice fideiussione con esclusione di eccezioni derivate dalla relazione garantita.

Protezione del fideiussore

Innovativa è la regolamentazione della fideiussione prestata per un consumatore che, a quanto pare, si ispira al Codice Civile olandese (artt. 857-864). Inoltre, questo regolamento risponde in qualche modo alla speciale attenzione che ha meritato la questione della protezione del fideiussore nel diritto di *common law*, con l'applicazione al fideiussore della dottrina della <<*undue influence*>>, come nei sistemi di *civil law* e in particolare del diritto tedesco, a partire dalla dottrina della rescissione della fideiussione per squilibrio patrimoniale¹⁶².

¹⁶² Il progetto, nel paragrafo G, relativo alle garanzie personali, dedica l'ultimo capitolo, il quarto, ad una serie di regole speciali applicabili quando il garante è un consumatore, cioè colui che non agisce nell'esercizio della sua attività professionale, a condizione che non eserciti una notevole influenza sul debitore persona giuridica, e nella misura nel quale il creditore non sia a sua volta consumatore (regola 4:101). Inoltre proprio il capitolo quarto (regole specifiche in protezione del fideiussore consumatore), il primo capitolo (sulle regole comuni a tutte le garanzie) e il secondo (relativo alle garanzie dipendenti) avranno carattere imperativo per questo tipo di << garanzie di consumo >> e le sue disposizioni solo potranno modificarsi o derogarsi se siano favorevoli al fideiussore (regola 4:102). Una volta coperto l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione, il capitolo si concentra sulle concrete regole speciali di protezione del fideiussore << di consumo >> in accordo con le diverse fasi della garanzia : una

In realtà, la protezione del fideiussore che presta la sua garanzia in un rapporto di consumatori deve inquadrarsi nella più generica tutela dovuta a qualsiasi fideiussore. Però, sebbene è certo che tutti i fideiussori meritano protezione, lo stesso è dire che non tutti i fideiussori meritino la stessa protezione. In tal senso, sarebbe possibile distinguere quattro aree principali : a) il garante professionista; b) il garante con interesse; c) il garante disinteressato o benevolente; e d) il garante che attua un rapporto con il consumatore.

Si é soliti riferirsi al <<consumatore>> in termini negativi, come persona che agisce in un campo esterno alla sua attività professionale. Il progetto di Quadro Comune di Riferimento non fa eccezione e così dice nelle sue definizioni.

Sicuramente fa riferimento ad un concetto negativo, ma soprattutto definisce il <<Consumatore>> come colui, che senza agire nell'esercizio della sua attività professionale, contratta con colui che agisce nell'esercizio della sua attività professionale.

Indi per cui, l'art. IV.G.-4:101 si vede obbligato a precisare che le regole speciali di protezione delle garanzie prestate per i consumatori non si applicheranno se il creditore è anche un consumatore. Precisazione superflua se si farà riferimento al concetto relazionale e non puramente negativo di consumatore : si può parlare di consumatore solo se sia presente una relazione di consumo e ciò si potrà avere solo se una delle parti agisce nell'esercizio della sua attività professionale e l'altra no.

prima precontrattuale, una di perfezionamento o costitutiva ed una di sicurezza ed esecuzione della garanzia.

Nella fase precontrattuale, il creditore deve informare il fideiussore dei rischi assunti, e deve anche assicurarsi che il garante strettamente legato con l'obbligato principale riceva consulenza indipendente (regola 4:103). Rispetto alla fase di perfezione, la garanzia deve essere realizzata in forma scritta ed essere firmata dal fideiussore consumatore per la sua validità (regola 4:104). Così, rispetto alle regole generali, la sua responsabilità si presume sussidiaria; un eventuale clausola di fideiussione << indipendente >> o << a prima richiesta >> si representerà come non posta; e, considerata una fideiussione globale senza quantità determinata (fideiussione omnibus o generale), questa si considera coperta per il valore del credito assicurato al tempo in cui si perfezionò la garanzia (regola 4:105). Il fideiussore consumatore ha anche una speciale protezione nella fase di sicurezza della garanzia. Così, il creditore deve informare annualmente il garante sulla situazione del debito principale, sugli interessi e sulle obbligazioni accessorie, sempre che abbia il previo consenso del debitore che, una volta prestato, sarà irrevocabile (regola 4:106). Inoltre il garante consumatore potrà limitare il periodo di una garanzia continua o di periodo successivo a partire dal terzo anno con un preavviso di almeno tre mesi (regola 4:107).

In accordo con tali presupposti, le misure di protezione non sempre si riferiscono esclusivamente al garante consumatore. Secondo la dottrina maggioritaria, la regola della forma dovrebbe essere applicabile a qualsiasi tipo di garanzia personale (art.IV.G.-4:104), così come la facoltà di risolvere relazioni periodiche con un periodo minimo di preavviso (art. IV.G.-4:107).

Tale considerazione siccome non fa riferimento alla clausola a prima richiesta dovrebbe essere riferibile a tutti i tipi di fideiussione ad eccezione del garante professionista. La regola di presunzione di sussidiarietà e la limitazione della fideiussione globale senza quantità determinata (art IV.G.-4:105) comprenderebbe non solo il fideiussore consumatore ma anche quello disinteressato o benevolente. Norme specifiche del fideiussore consumatore sarebbero, inoltre, l'onere del creditore di assicurare che il fideiussore riceva consulenza indipendente (art IV.G.-4:103) e il dovere di informarlo annualmente¹⁶³.

Le Garanzie personali nel DCFR del 2009 (Draft Common Frame of Reference).

Premessa. Distinzione tra DCFR E CFR.

Il Gruppo di Studio per un Codice Civile Europeo (the "Study Group) e il Gruppo di Ricerca sull'Esistente Diritto Privato CE (the "Acquis Group) presentano il rivisitato e finale progetto accademico <<Draft of a Common Frame of Reference (DCFR ovvero un "Quadro Comune di Riferiment")>>. Tale Progetto contiene Principi, Definizioni e Norme Modello di Diritto Privato Europeo in una edizione strutturata. Tra gli altri obiettivi, il suo completamento adempie all'obbligo della Commissione Europea intrapreso nel 2005.

¹⁶³ Inoltre, sulla base dell'art. II.-7:207 dovrebbe aggiungersi la protezione dispensata, come previsto nel diritto angloamericano e tedesco, sebbene per differenti strade che si applicherebbero al fideiussore che si comporta come consumatore e anche a qualsiasi fideiussore disinteressato o mosso da ragioni di amicizia e benevolenza : la rescissione o risoluzione della fideiussione per sfruttamento, in proprio beneficio del creditore, dell'inesperienza contrattuale del primo e della situazione di pressione che si pone con il debitore.

Uno degli scopi del testo è di servire come progetto per l'elaborazione di una "politica" per un Quadro Comune di Riferimento (CFR) che fu così denominato dalla Commissione Europea "Piano d'Azione per una maggiore coerenza nel Diritto Contrattuale Europeo" del febbraio del 2003. Da sottolineare che il DCFR e CFR devono essere chiaramente distinti.

Il DCFR serve a diversi importanti scopi. Come già indicato Il DCFR é (tra le altre cose) un possibile modello per un attuale o "politico" Quadro Comune di Riferimento (CFR). Il DCFR risulta essere un testo concreto, ben definito in tutti i suoi dettagli, in modo da poter risolvere le questioni relative al CFR. Il politico CFR non sarebbe necessario, avendo la stessa ampiezza e contenuto dell'accademico DCFR. Tuttavia, il DCFR non deve essere considerato solo come un lavoro di costruzione di un " politico "Quadro Comune di riferimento". Il DCFR dovrà essere considerato nel suo significato proprio, infatti esso è un testo accademico ed espone i risultati di una vasta ricerca europea di progetti ed invita ad una valutazione da tale prospettiva. Indipendentemente dalla sorte del CFR, il DCFR ha lo scopo di promuovere la conoscenza del diritto europeo nelle giurisdizioni dell'Unione Europea. In particolare serve a dimostrare quanto i diritti privati nazionali si assomiglino e quanto si stimolino reciprocamente. In definitiva la funzione del DCFR risulta essere distinta da quella del CFR, poiché il primo serve per affinare la consapevolezza dell'esistenza di un diritto privato europeo e anche per dimostrare l'esiguo numero di casi in cui i diversi ordinamenti producono risposte differenti a problemi comuni.

Il DCFR può fornire la nozione di diritto privato europeo con un nuovo fondamento che incrementi la comprensione reciproca e promuova la collettiva crescita in materia di diritto privato nell'ambito europeo¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Da sottolineare che l'importante opera di commento al << Pel. Pers. Sec. >> é stata realizzata dallo Study Group o più nello specifico dal cd. << The Hamburg Working Team >> composto da : Professor Ulrich Drobnig (Chairman of the Working Team on Personal Security), Christopher Bisping, LL.M. Edinburgh, Luca Bizarri (Italian Law, April - May 2004) Ole Böger, LL.M. London, Cristiana Cicoria (Italian Law, October 2003- January

Nell'attuale situazione il DCFR è stato abbandonato (o meglio rimane un punto di riferimento per gli studiosi di diritto privato europeo) e si è optato per la <<Normativa Comune della compravendita europea >> che non regola le garanzie¹⁶⁵.

Garanzie personali nel DCFR

Parte IV.G.-1:101; Definizioni:

- (a) una "garanzia personale dipendente" "costituisce un'obbligazione di un garante che si assume nei confronti del creditore per garantire il diritto di esecuzione di un'obbligazione presente e futura del debitore dovuta al creditore e le prestazioni dovute, solo e se, nella misura in cui, prestazioni di tale ultimo obbligo sono dovute.
- (b) una "garanzia personale indipendente" è un'obbligazione di un garante che si assume nei confronti di un creditore ai fini della sicurezza e che implicitamente o esplicitamente dichiara di non dipendere dall'obbligazione dovuta al creditore da altra persona.
- (c) il "garante" è la persona che si assume le obbligazioni nei confronti del creditore ai fini della sicurezza;
- (d) il "debitore" è la persona che deve dell'obbligazione garantita, se è il caso, al creditore, ed in omaggio agli obblighi previsti, comprende il debitore apparente;
- (e) il "co-debito per motivi di garanzia" è un'obbligazione assunta da due o più debitori in cui uno dei debitori, il garante, si assume l'obbligazione principale ai fini della garanzia nei confronti del creditore;
- (f) la "garanzia globale" è una garanzia personale dipendente che viene assunta al fine di garantire il diritto di prestazione di tutte le obbligazioni del debitore nei confronti del creditore o di un diritto di pagamento del saldo a debito del conto corrente o di un titolo di una garanzia simile;

2004), Dr. Francesca Fiorentini (Italian Law, since October 2004), Alessio Greco (Italian Law, February- May 2004), Judith Hauck, LL.M. Munchen, Menelaos Karpathakis, Caroline Lebon, Birte Lorenzen, Almudena de la Mata Munoz, Teresa Pereira, Frank Seidel, Dr. Malene Stein Poulsen, Yves Thiery.

¹⁶⁵ La proposta di diritto comune della compravendita europea (CESL), costituisce un passo in avanti verso l'unificazione del Diritto Contrattuale nell' Unione Europea, caratterizzato dalla tutela del consumatore.

(g) la "garanzia reale" copre i diritti di protezione in tutti i tipi di attività, mobiliari o immobiliari, materiali o immateriali; e (h) " l'obbligazione garantita " è l'obbligo e il diritto di realizzare la prestazione garantita.

Garanzie personali dipendenti

IV.G.-2.101: Presunzione di garanzia personale dipendente.

Sarà l'impresa a pagare, per rendere qualsiasi prestazione o per pagare i danni al creditore a titolo di garanzia si presume di dare origine ad una garanzia personale dipendente, a meno che il creditore mostri che fu concordato diversamente. Anche una lettera informale può dar luogo ad una garanzia personale dipendente.

IV.G.-2:102: Dipendenza dell'obbligazione del garante.

Se e in quale misura l'esecuzione dell'obbligazione del garante, di una garanzia personale dipendente è dovuta, dipende dal fatto e in quale misura le prestazioni delle obbligazioni del debitore sono dovute al creditore. L'obbligazione del garante non può eccedere l'obbligo del debitore.

Questa regola non si applica se le obbligazioni del debitore sono ridotte :

- (a) in una procedura di insolvenza;
- (b) in qualsiasi altro modo causato dall'incapacità del debitore di adempiere perché insolvente;
- (c) in virtù della legge a causa di eventi che riguardino la persona del debitore.

Tranne nei casi di una garanzia globale, se l'importo non è stato fissato per la stessa e non può essere determinata dal patto tra le parti, l'obbligazione del garante è limitata al valore del diritto garantito al momento in cui la garanzia è divenuta effettiva. Tranne nel caso di garanzia globale, qualsiasi accordo tra creditore e debitore per eseguire prestazioni dell'obbligazione garantita ha precedenza, o per rendere l'obbligazione più onerosa cambiando le condizioni per le quali la

prestazione è dovuta; o per aumentare il suo importo, non pregiudicando l'obbligazione del garante, se l'accordo fu concluso dopo che l'obbligazione dello stesso è divenuta effettiva.

IV.G.-2:103: Le difese del debitore a disposizione del garante.

Come contro il creditore, il garante può invocare alcune difese del debitore rispetto all'obbligazione garantita, anche se tali difese non sono più a disposizione del debitore per atti od omissioni del debitore che si verificano dopo che la garanzia sia divenuta effettiva.

Il garante ha il diritto di rifiutarsi di eseguire l'obbligazione garantita se :

- (a) Il debitore ha il diritto di recedere dal contratto con il creditore in base al Libro II, Capitolo 5 (diritto di recesso).
- (b) il debitore ha il diritto di trattenere le prestazioni secondo il Libro III.- 3:401 (diritto di rifiutarsi di adempiere alle reciproche obbligazioni) ;
- (c) il debitore ha il diritto di porre fine alla relazione contrattuale con il creditore secondo il Libro III, Capitolo 3, Sezione 5.

Il garante non può invocare la mancanza di capacità del debitore, se una persona fisica o giuridica, o la non esistenza del debito, se si tratti di persona giuridica, se i fatti rilevanti erano conosciuti dal garante al tempo in cui la garanzia divenne effettiva. Fino a quando il debitore ha diritto di annullare il contratto da cui l'obbligazione garantita sorge su un terreno differente da quello prima citato e non ha esercitato tale diritto, il garante ha diritto di rifiutare la prestazione. Il precedente paragrafo si applica con gli opportuni adattamenti se l'obbligazione garantita sia soggetta a compensazione.

IV.G-2:104: Copertura di sicurezza. La sicurezza comprende, nel suo ammontare massimo, se esiste, non solo la principale obbligazione garantita, ma anche obblighi accessori nei confronti del creditore, in particolare :

- (a) interessi contrattuali e gli interessi dovuti per legge per il ritardo del pagamento;
- (b) danni, una penalità o un pagamento concordato per l'inadempienza del debitore;
- (c) i ragionevoli costi di recupero stragiudiziali;

I costi di procedimenti legali e procedimenti esecutivi nei confronti del debitore sono coperti, a condizione che il garante fosse stato informato sulla volontà del creditore di intraprendere tali procedimenti in tempo utile per consentire al garante per evitare tali costi.

La garanzia globale comprende solo le obbligazioni che hanno avuto origine nel contratto tra debitore e creditore.

IV.G.-2:105: Responsabilità solidale del garante.

Salvo diverso accordo, la responsabilità del debitore e del garante è solidale e, di conseguenza, il creditore ha la scelta di rivendicare prestazioni solidali da parte del debitore, o , nei limiti della garanzia, dal fornitore di garanzia.

IV.G.-2:106: Responsabilità sussidiaria del garante.

Nel caso in cui sia stato concordato, il garante può invocare nei confronti del creditore il carattere sussidiario della responsabilità del garante. Una lettera informale servirà solo a presumere una responsabilità sussidiaria.

Prima di richiedere la prestazione del garante, il creditore deve aver preso adeguate misure per ottenere soddisfazione dal debitore e dagli altri garanti, se garantendo la stessa obbligazione con una garanzia personale o reale sia stabilita la responsabilità solidale.

Il creditore non è tenuto a tentare di ottenere soddisfazione dal debitore e da qualsiasi altro fornitore di garanzia in base al paragrafo precedente se e in quanto

sia impossibile o estremamente difficile ottenere soddisfazione dalla persona interessata. Tale eccezione si applica se e nella misura in cui il fallimento o un procedimento equivalente è stato aperto nei confronti della persona interessata o l'apertura di tale procedimento non è riuscito a causa di attività insufficienti, a meno che una garanzia personale fornita da tale persona e per la stessa obbligazione sia disponibile.

Garanzie personali indipendenti

IV.G.-3:101: Scopo

L'indipendenza di un titolo non viene pregiudicato da un semplice e generale riferimento ad un obbligo sottostante (inclusa una garanzia personale).

Le disposizioni di questo capitolo si applicano anche alle lettere di credito.

IV.G.-3:102 : Notifica al debitore da parte del garante.

Al fornitore della garanzia è richiesto :

- (a) di notificare al debitore immediatamente la domanda di prestazione ricevuta, e di dichiarare se tale prestazione può essere realizzata;
- (b) di notificare immediatamente al debitore se la prestazione è stata realizzata in accordo con la domanda;
- (c) di notificare immediatamente al debitore se la prestazione è stata rifiutata in deroga alla domanda e di indicare i motivi del rifiuto.

Se il garante non si conforma ai requisiti suddetti i suoi diritti nei confronti del debitore secondo l'art IV.G.-3:109, sono ridotti nella misura necessaria per impedire la perdita al debitore come conseguenza di tale fallimento.

IV.G.-3:103: Prestazioni del garante.

Il garante è obbligato ad eseguire le prestazioni solo se sia presente, in maniera formale, una richiesta di prestazioni conforme esattamente ai termini indicati nel contratto o in un atto giudiziale da cui nasce la garanzia.

Se non diversamente concordato, il garante può invocare le proprie difese che possiede contro il creditore. Il garante deve senza indugio e al massimo entro 7 giorni dal ricevimento, in maniera formale, della domanda di prestazione:

- (a) eseguire la prestazione secondo la domanda;
- (b) informare il creditore del rifiuto della prestazione, specificando le ragioni di tale rifiuto.

IV.G.-3 :104: Garanzia personale a prima richiesta:

Una garanzia personale indipendente con la quale si esprime come dovuto, a prima richiesta o che si può indubbiamente dedurre in questi termini, è disciplinata dalle regole dell' articolo precedente, ad eccezione dei due paragrafi seguenti.

Il garante ha l'obbligo di eseguire la prestazione solo se la richiesta del creditore è supportata da una dichiarazione formale del creditore che confermi espressamente che qualsiasi condizione che costituisce causa della prestazione viene soddisfatta.

IV.G.-3:105: Richiesta manifestamente abusiva o fraudolenta

Un fornitore di garanzia non è obbligato a compiere la richiesta di prestazione se lo stesso prova che la domanda è manifestamente abusiva o fraudolenta.

Se sono soddisfatte le condizioni del precedente paragrafo, il debitore può vietare :

- (a) le prestazioni da parte del garante;
- (b) l'emissione o l'utilizzazione della richiesta di prestazione da parte del creditore.

IV.G.-3 : 106: Diritto di reclamo del garante.

Il fornitore di garanzia ha il diritto di reclamare i benefici ricevuti dal creditore se :(a) le condizioni per la domanda del creditore non sono o hanno cessato di essere soddisfatte; (b) la domanda del creditore fu manifestamente abusiva o fraudolenta.

Il diritto del fornitore di garanzia per reclamare benefici è soggetto alle regole del Libro VII (arricchimento ingiustificato).

IV.G.-3:107: Garanzia con o senza limiti temporali :

Se il limite temporale è stato concordato, direttamente o indirettamente, per il ricorso ad una garanzia, il garante eccezionalmente rimane responsabile anche dopo la scadenza del termine , a seconda che il creditore abbia chiesto prestazioni secondo l'art IV G.-3:103 (prestazioni del garante) paragrafo (1) o IV.G.-3.104 (garanzia personale a prima richiesta) nel momento cui il creditore aveva il diritto di farlo e prima della scadenza del termine previsto per la garanzia. La responsabilità massima del garante è limitata all'importo che il creditore avrebbe potuto chiedere a partire dalla data della scadenza. Se una garanzia non ha un limite temporale, il garante può fissare un limite temporale con un preavviso di almeno tre mesi per l'altra parte. La responsabilità del garante è limitata all'importo che il creditore avrebbe potuto chiedere a partire dalla data stabilita dal garante.

Le indicazioni suddette non si applicano se la garanzia è data per scopi specifici.

BIBLIOGRAFIA

- Bianca M.C. *Diritto civile -V la responsabilità* - 1994 Milano
- *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, in particolare Ravazzoni, *Fideiussione*, 1992 Torino
- F. Roselli, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, 2005 Torino
- R. Giovagnoli, M. Fratini, *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, 2010 Roma
- G. Bozzi, *Il diritto privato oggi: la fideiussione*, 1995 Milano
- A. Munari , *Fideiussione omnibus e buona fede* 1992 Milano

- *Commentario al codice civile a cura di P. Cendon art 1882-1986*, in particolare F. Arangio, Milano 2010
- A. Giusti, *Trattato di diritto civile e commerciale : la fideiussione e il mandato di credito* Milano 1998
- G. Grippo, *Le garanzie personali* 2007 Torino
- C. Risi, *La fideiussione* 2005 Padova
- G. B. Petti, *La fideiussione e le garanzie personali del credito* 2000 Padova
- S. Merz, *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie : Ipoteca, pegno , fideiussione. Teoria e pratica del credito privilegiato nelle procedure concorsuali, nelle esecuzioni collettive e nelle liquidazioni* 1995 Padova
- G. Valcavi , *Sulla fideiussione bancaria e i suoi limiti* 1990 Roma
- A. Calderale, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia* 1989 Bari
- E. Simonetto, *La fideiussione prestata dai privati* 1985 Padova
- V. Visconti, *La fideiussione bancaria : nei rapporti interni ed internazionali* 1983 Milano
- E. Briganti, *Fideiussione e promessa del fatto altrui* 1981 Napoli
- M. De Marco, E. Sparano, *La fideiussione bancaria : profili di dottrina e di giurisprudenza* 1981 Milano
- M. Fragali, *Fideiussione, mandato di credito : art 1936 - 1959;* 1968 Bologna
- L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale : disposizioni generali artt. 2740 - 2744 ;* 2010 Milano
- M. Checchin, *Art 2740-2906 : responsabilità patrimoniale - privilegi- pegno e ipoteca- revocatoria- sequestro conservativo* 2009 Milano
- G. L. Barreca, *Spinte e contropinte della responsabilità patrimoniale* 2007 Milano
- G. Laserra, *La responsabilità patrimoniale* 1966 Napoli

- G. Duni, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale* 1968 Milano
- G.A. Nuti, *La garanzia della responsabilità patrimoniale* 1954 Milano
- G. Stella, *La fideiussione omnibus : importo massimo garantito ex art. 1938 c.c. e liberazione del fideiussore ex art 1956 c.c. nell'attuale prassi bancaria* 2010 Pavia
- G.B. Barillà, *Contratto autonomo di garanzia, prestazione caratteristica e giurisdizione applicabile al vaglio delle Sezioni Unite : alcune considerazioni critiche* 2014 Bari
- F. Pugliese, *Fideiussioni omnibus c.d. aperte e modifica dell'art 1956 c.c. ex L.17 febbraio 1992 n.154* Milano 2007
- M. Cuccovillo, *clausola di pagamento " a prima richiesta" (o senza eccezioni) e qualificazione della garanzia personale* Roma 2011
- F. Leoni, *Fideiussione omnibus - contratto autonomo di garanzia* Padova 2002
- A. Angiuli, *La "fideiussione omnibus" tra silenzio del fideiussore e scorrettezza del creditore* Palermo 2006
- G. B. Barillà, *Fideiussione a " prima richiesta" e fideiussione "omnibus" nella giurisprudenza del tribunale federale tedesco* 2005 Bari
- P. Amicizia, L. Ghigliotti, *sulla fideiussione " omnibus"* Verona 2003
- R. De Nittolis, *Nuove garanzie personali e reali : Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale- lease- back* Verona 1998
- U. La Porta, *Brevi note sulla c.d. espromissione invertita* Milano 1996
- D. Marasciulo, *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza* Milano 1999
- R. Cicala, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende* Napoli 2008
- R. Cicala, *Espromissione* Napoli
- A. Blandini, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie* Torino 2011
- S. Cordopatri, *Natura della polizza fideiussoria con clausola di pagamento << a*

prima richiesta >> e art. 1957 c.c. Milano 2011

- M. Cavanna, *Brevi note in tema di clausola di pagamento a prima richiesta, contratto autonomo di garanzia, fideiussione* Napoli 2004
- A. Nicola, *La sorte delle fideiussioni omnibus contratte anteriormente all'entrata in vigore della legge n° 154 / 1992* Bari 1998
- V. Mariconda, *Fideiussioni omnibus e interessi usurari : questioni comuni di ius superveniens* Milano 2001
- A. Ureba, J. Martinez-Simancas y Sanchez, *Derecho del mercado financiero*, Madrid 1994
- Tirant lo Blanch, *Estudios Broseta : Estudios de Derecho mercantil : Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia 1995
- *Estudios Menéndez: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996.
- M. Pons, *Estudios Olivencia: Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005.
- McGraw- Hill, *Estudios Sánchez Calero: Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002.
- Estudios Verdera, *Estudios de Derecho Bancario y Bursantil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Madrid 1994.
- A. Alonso Ureba, J. Mertinez- Simancas y Sanchez, *Instituciones del mercado financiero*, Madrid 1999
- A. Alonso Ureba, R. Bonardell Lenzano, R. Garcia Villaverde, *Nuevas entidades : figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid 1990.
- U. Nieto Carol, J.I. Bonet Sanchez, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid 1996.
- M.A. Adamez Martinez << *Fianza y asuncion cumulativa de deuda;diferencias. Asuncion por socio de clausola penal >>*, Madrid 2001

- A. Dohermann, K. Jochen, << *Las bases dogmaticas de las garantias bancarias* >>, RCDI, NUM. 636, Barcellona, 1996
- E. Alcain Martinez, << *Consecuencias juridicas del pago de la deuda por un cofiador* >>, RDP, Siviglia 1996.
- M. A. Alcala Diaz, << *Garantias bancarias a primera demanda* >>, Derecho del mercado financiero, Tomo II, VOL 2; << *Funcion economica y naturaleza juridica de las garantias bancarias a primera demanda* >>, Instituciones del mercado financiero, T. IV, Madrid 2007
- G. Alcover Garau, << *Derechos reales sobre participaciones sociales* >> en *La reforma del Derecho de sociedades Limitadas, Rds, extraordinario, 1994.*
- J. Aldaz, << *La Directiva del Seguro de Credito. El tema tecnico de la provision de estabilizacion y su significado mas al respecto del riesgo y la solvencia de la empresa de seguros* >>, Revista de Estudios e Investigacion de las Comunidades Europeas, num 8, Bruxelles 1989.
- J. Alemany Eguidazu << *La prenda de creditos financieros diferenciales* >> RDBB, num 91, Madrid 2003
- Alvarez de Sotomayor, << *El mandato de credito* >>, RCDI, Madrid 1948
- J. Alventosa del Rio << *Fianza Mercantil y resonsabilidad del fiador* >>, Estudios Broseta ; *La fianza : Ambito de responsabilidad*, Comares, Granada, 1988.
- X. Anoveros Trias de Bes, *El aval cambiario*, Madrid, 1990.
- A. Avila De la Torre, << *La fianza mercantil* >>, en Bercovitz Rodriguez-Cano, Alberto (dr.)- Calzada Conde, M. Angeles (dra. adjunta), *Contratos mercantiles*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor (Nvarra), 2007.
- P. Avila Navarro << *La hipoteca en garantia de cuenta corriente* >> RjCat, num 3, Salamanca, 1995
- J. Aviles Garcia << *Evolucion de las garantias personales en el Derecho*

español>>, ADC, Pamplona, 1996.

- F. Azofra Vegas - A. Redondo Aparicio << *La " hipoteca condicionada " como instrumento de garantia en financiones complejas* >>, RDBB, num 100, Madrid, 2005.
- C. Balligera Gomez, << *Clausulas abusivas en los prestamos con garantia hipotecaria* >> RDM, num 242, Barcelona, 2001
- J. I. Bonet Sanchez, *Contractos bancarios. Cine preguntas clave y sus repuestas*, Madrid, 1997.
- M. Broseta Pont - F. Martinez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid 2008.
- J. Caffarena Laporta ,Voz «Fianza (Dº Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. II
- J. Camacho De Los Rios, *El seguro de caucion. Estudio critico*, Madrid 1994
- M.I. Candelario Macias, << Comparaciones entre el Factoring y el Seguro de Credito ante la situacion de insolvencia >>, Revista Española de Seguros, num 104, Valladolid, 2000
- Carrasco Perera, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantia*, Madrid, 1992.
- L.F. Carrillo Pozo << La tutela del ordenante frente a reclamaciones abusivas de las garantias bancarias internacionales >>, RDBB, num 80, 2000.
- Castro Martin, *Las cartas de patrocinio*, Madrid, 1991.
- L. Diez Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 2007, vol II.
- J.C. Espigares Huete, << Actualidad y vigencia practica de las garantias "a primer requerimiento " en la reciente jurisprudencia >>, RDBB, num 92, Navarra, 2007.
- E. Estrada Alonso, *Las garantias abstractas en el trafico civil y mercantil*, Madrid, 2000.

- J.I. Font Galan, << *Los contractos mercantiles de garantia* >> en Jimenez Sanchez (coord.) Derecho mercantil, Barcelona, 2007.
- J. R., Garcia Vicente, *La prenda de créditos*, Navarra, 2006.
- P. Gomez Blanes, *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcellona, 2011
- U. Drobnig , *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Personal Security (PEL. Pers. Sec.)* 2007, Munich.

RINGRAZIAMENTI

Ho pensato tanto a questo momento durante il mio percorso di studi , poiché un grazie va a tutte le persone che mi hanno sostenuto in questi anni, chi con una parola, un rimprovero , un sorriso o magari anche inconsapevolmente.

Il primo pensiero va alla mia famiglia, sempre presente in questi anni: a mio padre sempre premuroso nel mio percorso, una persona che mi è stata sempre vicino, incoraggiandomi, consigliandomi, spronandomi e confrontandosi con me sullo studio. A mio fratello che mi ha sostenuto con parole e gesti nei momenti di difficoltà, che mi ha abbracciato dopo gli esami e ha partecipato e festeggiato della mia gioia dopo il superamento degli stessi. E in ultimo, ma non ultima mia madre, una persona straordinaria che mi ha assistito e accompagnato alle sedute di esame. Molti pensano che sia un demerito o una vergogna essere accompagnato da un proprio genitore ad un appello, io credo che sia un gesto d'amore importantissimo oltre che un sacrificio fisico (non è il massimo prendere il pullman alle 6 del mattino per arrivare a Napoli alle 8) e per i suoi gesti, per le sue parole e per i suoi consigli le sarò grato tutta la vita. Chiaramente nella famiglia vanno compresi zii, cugini e cugine (vicini e lontani, non ha importanza), la piccola nipotina, tutti per me stimolo ed esempio per realizzare al meglio questo percorso.

A seguire ringrazio i miei amici; mi è impossibile nominarli tutti (ma tanto già sapete che siete stati presenti) per tutte le esperienze condivise, per le suonate fatte, per i lunghi discorsi notturni in auto, per le feste e vacanze realizzate, per i calcetti lionesi e napoletani, per l'a.c.r. a cui tanto teniamo....insomma GRAZIE ORA E PER SEMPRE.

Ed inoltre grazie a Lei, la Residenza Monterone, luogo di studio e crescita formativa, struttura che mi ha permesso di laurearmi in 5 anni, dove ho incontrato amici importantissimi e persone meravigliose. Luogo in cui le discussioni (felici e non) sono state tante, ma tutto mirato alla crescita umana e spirituale. Una realtà di grande formazione umana e professionale, ma anche sede di un clima familiare di cui mi sono sentito (e mi sento) parte. Un posto che è stato e sarà sempre casa mia.

Infine voglio ringraziare due persone in particolare : mia Nonna Lucia, da cui viene l'ispirazione per la citazione della prima pagina, una donna di grande cultura e sapienza, una nonna che non saprà fare bene i c.d. "cavatielli ", ma che poi, quando inizia a parlare di Hegel , Marx, della Seconda Guerra Mondiale, della DC e della politica attuale non puoi far altro che innamorartene. Inoltre ringrazio l'amico e maestro Domenico Frascino, mio tutor alla Monterone durante il primo anno, il quale mi ha insegnato che il sacrificio ripaga sempre, che lo studio va condotto in modo intelligente e lucido, e di cui, spero un giorno, di seguirne le orme.

