

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Le clausole ‘in deroga’ nella fideiussione*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Applicabilità dell’art. 1341, cpv., c.c. alle garanzie fideiussorie. - 3. Il rapporto di accessorietà tra garanzia e credito ed i suoi riflessi in termini di applicazione della disciplina consumeristica a favore del fideiussore. - 4. Le clausole in deroga all’art. 1948 c.c. - 5. Le clausole in deroga all’art. 1956 c.c. - 6. Le clausole in deroga all’art. 1957 c.c. - 7. Sull’ammissibilità della c.d. clausola di reviviscenza. - 8. Clausole ‘in deroga’ nella fideiussione bancaria e violazione della normativa *antitrust*.

1. Il tema delle clausole ‘in deroga’ - ossia delle clausole che si discostano dalla disciplina legale - nella fideiussione costituisce non da oggi argomento di riflessione e confronto tra dottrina e giurisprudenza. Ciò in quanto la disciplina codicistica della fideiussione è costruita su un gioco di equilibri tra gli interessi dei soggetti coinvolti nel rapporto di garanzia che, inevitabilmente, rende problematica l’individuazione dei confini entro i quali l’autonomia dei privati può muoversi. Ovvio rilevare che una riflessione di questo tipo deve prendere le mosse dalla indagine sul fondamento teleologico e assiologico delle singole regole, al fine di valutarne, *in primis*, la eventuale natura imperativa. In altre parole, occorre partire dalla valutazione degli interessi sottesi alle singole disposizioni per stabilire se ai privati sia consentito derogarvi o meno.

Senonché, questa valutazione, nell’essere la prima da svolgersi sul piano logico, in quanto idonea – in caso di responso di imperatività – a precludere ogni spazio all’autonomia privata, non è anche la sola da compiersi, coinvolgendo questa materia profili di valutazione diversi e ulteriori rispetto a quello di «pura validità» delle deroghe convenzionali. Ed invero, il contratto di fideiussione e, più in generale, il comparto delle garanzie, soprattutto di quelle personali, svolge la propria funzione economica in un contesto – quello della erogazione del credito a tutti i livelli – connotato dalla standardizzazione delle negoziazioni e dal ricorso ai moduli contrattuali, nonché, più di recente, dalla rilevanza delle asimmetrie contrattuali, *in primis* quella tra

* Il saggio è frutto della riflessione congiunta e coordinata dei due autori. Nicola Cipriani ha curato la stesura dei §§ 1-4, e Gabriella Cazzetta dei §§ 5-8.

professionista (il creditore) e consumatore (potenzialmente il debitore e/o il garante).

Non vi è da stupirsi, quindi, se l'indagine sulle clausole "in deroga" trova, per tradizione, uno dei suoi fronti più caldi nel controllo di vessatorietà delle singole clausole, transitato dalla mera tutela formale della specifica sottoscrizione, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., nella primigenia formulazione del codice civile, alle più articolate forme di tutela sostanziale del contraente debole previste dal codice del consumo.

Sempre nell'ottica di una visione ampia del fenomeno, va poi considerato il contesto di mercato - e di quello bancario in particolare - nel quale le garanzie fideiussorie operano, contesto che, secondo alcuni recenti (e condivisibili) sviluppi¹, collega il tema delle clausole "in deroga" alla normativa *antitrust*.

In queste pagine si analizzeranno alcune tra le più diffuse (e controverse) clausole derogatorie della disciplina legale della fideiussione, *in primis* valutando la loro possibile invalidità e vessatorietà, in secondo luogo esaminando alcune tendenze che stanno emergendo nella dottrina e nella giurisprudenza più recente.

2. Il controllo di vessatorietà sulle clausole "in deroga" deve svolgersi lungo il duplice percorso della contrattazione standardizzata (artt. 1341-42 c.c.) e della tutela del consumatore (artt. 33 ss. c. cons.). Vero è che, prima della introduzione della disciplina consumeristica, la tutela del garante, specie in ipotesi di fideiussioni bancarie rilasciate mediante sottoscrizione di moduli predisposti dall'istituto di credito, è stata affidata agli artt. 1341 e 1342 c.c., quali unici strumenti legali capaci di mettere in discussione l'efficacia delle varie pattuizioni a partire dalla astratta presunzione di liceità del loro contenuto. Nello specifico, seguendo l'interpretazione più condivisa della tassatività dell'elenco di clausole vessatorie contenuto nell'art. 1341, cpv., c.c., l'aggancio più saldo per compiere tale controllo è stato individuato nelle formule contrattuali latamente introduttive di «limitazioni alla

¹ V. *infra* § 8.

facoltà [del garante] di opporre eccezioni» o, talvolta, di «tacita proroga o rinnovazione del contratto»².

La chiave di lettura proposta dalla dottrina ha, tuttavia, trovato riluttante la giurisprudenza, più volte decisa ad escludere che la clausola in concreto censurata costituisse una limitazione della facoltà di opporre eccezioni per il garante, sulla scorta del rilievo che essa, più che limitare la possibilità di sollevare eccezioni, rimodulava il regime sostanziale del rapporto³. Si tratta, per la verità, di argomento da maneggiare con cautela, in quanto non sempre convincente e talvolta artificioso. Per intendersi: affermare, ad esempio, che la clausola la quale, in deroga all'art. 1948 c.c., obbliga il fideiussore di secondo grado ad adempiere «pur in assenza dell'insolvenza o dell'incapacità del fideiussore di primo grado e del debitore», non comporterebbe una limitazione della facoltà di sollevare eccezioni esprimendo soltanto «il regolamento pattizio del regime sostanziale del rapporto»⁴ è, probabilmente, un modo troppo formalistico di approcciarsi al problema. Nella sostanza, infatti, il garante si trova privato - rispetto alla disciplina legale - della possibilità di rifiutare il pagamento invocando un determinato fatto (la non insolvenza o incapacità del fideiussore di primo grado e del debitore)⁵.

Se si resiste alla tentazione di accomodarsi su facili *escamotage* stilistici e terminologici, è d'obbligo allora per l'interprete ragionare in termini di effetti concreti della clausola, e quindi di «funzione», così mettendo in discussione molte delle costruzioni che giungono ad affermare la validità delle clausole in questione. L'approccio sostanziale al problema ha guidato la giurisprudenza, soprattutto di merito, verso giudizi di inefficacia *ex art.* 1341 c.c. di alcune clausole particolarmente gravose per il fideiussore nei seguenti casi:

² V., in dottrina, le esemplificazioni di M. SESTA, *I contratti bancari*, in *Commentario al Capo XIV bis del c.c.: dei contratti dei consumatori (artt. 1469-bis - 1469-sexies)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1109.

³ V. *infra* nota 33-34.

⁴ In questi termini Cass., 4 settembre 1991, n. 9363, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, p. 265.

⁵ Talvolta, peraltro, il problema si presenta in termini opposti, nel senso che la giurisprudenza reputa vessatorie - in quanto idonee a privare la parte della possibilità di avvalersi di una eccezione - clausole che, a veder bene, incidono sulla struttura del rapporto: è, in alcune ipotesi, il caso della clausola derogatoria dell'art. 1955 c.c., sulla quale v. *infra*, nel testo.

a) della clausola c.d. di «reviviscenza», ossia la clausola con la quale il fideiussore «si obbliga a rimborsare alla banca le somme che questa debba restituire al debitore per effetto di revocatoria»⁶, in quanto «clausola limitativa della facoltà di opporre eccezioni»⁷;

b) della clausola del contratto di fideiussione, costituente appendice di un contratto di assicurazione fideiussoria, con la quale venga convenuto che la garanzia avrà effetto fino a quando sarà efficace il contratto di assicurazione fideiussoria, quest'ultimo prorogabile su accordo delle parti, senza necessità di successive pattuizioni espresse al riguardo⁸;

c) in un caso più risalente⁹, della clausola con la quale il fideiussore convenga con il creditore la solidarietà dei propri eredi in ordine all'obbligazione fideiussoria¹⁰.

Al contrario, si è esclusa la natura vessatoria *ex art. 1341 c.c.*:

a) della già citata clausola di deroga all'art. 1948 c.c.¹¹;

b) della clausola di rinuncia - in deroga all'art. 1957, comma 1 c.c. - alla decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale¹²;

⁶ Trib. Mondovì, 18 maggio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 176, con nota di A. BADINI CONFALONIERI, *Il fido e la rivalsa verso i fideiussori nella revocatoria delle rimesse in conto corrente, alla luce della recente riforma della legge fallimentare*.

⁷ Trib. Milano, 18 gennaio 1993, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, p. 455.

⁸ Cass., 10 maggio 2001, n. 6510, in *Giur. it.*, 2001, p. 1655.

⁹ Trib. Rovigo, 20 gennaio 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, p. 397.

¹⁰ Va pur detto che, nei modelli attualmente in circolazione, per questa clausola non è solitamente richiesta la specifica approvazione. Si fa leva sul fatto che la regola posta dall'art. 752 c.c., della ripartizione proporzionale dei debiti del *de cuius*, è derogabile dal testatore e, quindi, anche dal fideiussore in sede di prestazione della garanzia. Sul punto, L. RUGGERI, *La fideiussione*, in S. MONTICELLI e L. RUGGERI, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 51.

¹¹ V. *infra* nota 33.

¹² Cass., 18 aprile 2007, n. 9245, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 936, con nota di G. GENNARI; nello stesso senso la giurisprudenza di merito: App. Milano, 31 gennaio 1996, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 309; Trib. Cagliari, 20 maggio 1994, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 34, con nota di A. SASSI, *Chiose sulla natura giuridica della c.d. polizza fideiussoria e sull'operatività della deroga all'art. 1957 cod. civ.*; Trib. Rimini, 21 agosto 2000, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3415, con l'eccezione dell'ormai risalente Trib. Napoli, 12 novembre 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, p. 446.

c) della clausola di pagamento «a prima richiesta»¹³;

d) solo per la giurisprudenza più recente, della già menzionata clausola di «reviviscenza»¹⁴.

Una giurisprudenza più risalente ha anche vagliato la clausola con la quale il fideiussore rinunci, in deroga all'art. 1955 c.c., ad avvalersi della estinzione della fideiussione quando, per fatto del creditore, non possa più avere luogo la surrogazione nei confronti del debitore principale. La soluzione fornita sembra propendere per la natura vessatoria *ex art.* 1341 c.c. della clausola in questione¹⁵. Tuttavia, pare legittimo sollevare qualche perplessità: nella specie, infatti, non dovrebbe trattarsi tanto di una rinuncia ad avvalersi della eccezione di estinzione, bensì di una diversa conformazione del rapporto, di guisa da escludere direttamente l'estinzione della garanzia.

Naturalmente, gli artt. 1341 e 1342 c.c. apprestano, come è risaputo, una tutela soltanto formale, facilmente aggirabile mediante la specifica approvazione per iscritto, che normalmente il creditore (specie se una banca), si preoccupa di ottenere. Questa è, probabilmente, la prima ragione per la quale il contributo della giurisprudenza è piuttosto limitato. Altro profilo rilevante è costituito dall'impatto della disciplina a tutela del consumatore la quale, quando applicabile, finisce spesso con il sovrapporsi – risultando in concreto preferibile – alla tutela *ex artt.* 1341 e 1342 c.c., che così vede ridotto il suo spazio di azione

¹³ Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Impresa*, 2006, p. 319 ss.

¹⁴ Cass., 8 febbraio 2008, n. 3011, in *Foro it. online*; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 268, con nota di G. GENNARI, *Fideiussione: reviviscenza della garanzia*.

¹⁵ Trib. Venezia, 16 giugno 1962, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1963, p. 111; Cass., 27 aprile 1995, n. 4643, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 273, con nota di D. CHINDEMI, *Accertamento del valore derogatorio delle clausole aggiunte al contratto per adesione*. *Contra*, Trib. Firenze, 4 maggio 1962, in *Giur. it.*, 1962, p. 383; Trib. Napoli, 18 settembre 1987, in *Dir. e giur.*, 1988, p. 930 ss., con nota di G. PANZA, *Fideiussione «omnibus» e validità delle deroghe agli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c.*; Trib. Trieste, 23 febbraio 2010, in *Foro it. online*. Per una ricostruzione delle diverse teorie sulla clausola v. L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., pp. 187-188. Con particolare riferimento ai contratti di garanzia assicurativa, C. RUSSO, *La rinuncia alle eccezioni fideiussorie (artt. 1955 e 1957 c.c.) nelle garanzie assicurative: spunti per una diversa impostazione del problema*, in *Assicurazioni*, 1997, p. 628, sostiene la nullità della deroga perché in contrasto con la causa del contratto e tenuto conto peraltro del fatto che l'utile esercizio del diritto di rivalsa rappresenta un elemento predominante per il calcolo del premio e delle riserve tecniche.

essenzialmente alle ipotesi nelle quali risulti inapplicabile la disciplina consumeristica.

3. L'applicabilità delle normative a tutela del consumatore al contratto di fideiussione – e in particolare all'ipotesi del fideiussore/consumatore – è oggetto di dibattito tuttora acceso in giurisprudenza e in dottrina. È chiaro che dalla risposta all'interrogativo deriva la possibilità per il garante di fare ricorso all'apparato rimediale caratteristico della tutela del consumatore, *in primis* in relazione alla possibile nullità di protezione *ex art. 36 c.cons.* delle condizioni contrattuali derogatorie della disciplina legale che risultino particolarmente gravose e squilibrate.

Sul problema ha inevitabilmente pesato anche l'evoluzione normativa. Un primo argomento invocato per escludere l'applicabilità della disciplina in tema di clausole vessatorie al contratto di fideiussione traeva fonte dalla lettera dell'art. 1469 *bis* c.c. il quale, nella sua formulazione originaria, delimitava l'ambito di applicazione della predetta disciplina ai contratti aventi «per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi». Ebbene, in virtù del rilievo secondo il quale nella fideiussione il consumatore-garante non è destinatario di alcuna cessione di beni o prestazioni di servizi da parte del professionista, si era esclusa l'applicabilità alla fattispecie della normativa in questione. L'argomento è però venuto meno allorquando, con la l. 21 dicembre 1999, n. 526, l'inciso in questione è stato soppresso, e la fattispecie del contratto del consumatore è stata individuata in chiave esclusivamente soggettiva.

Ciò non di meno, il problema è nella sostanza rimasto sul tavolo. Il primo intervento su una fattispecie di fideiussore-consumatore è stato operato dalla Corte di Giustizia, la quale, di fronte al caso del figlio fideiussore chiamato a garantire l'esposizione debitoria dei genitori imprenditori verso una banca, ha escluso la possibilità di riconoscere al garante la qualità di consumatore¹⁶. Segnatamente, la Corte ha attribuito rilievo centrale al vincolo di accessorietà che lega l'obbligazione fideiussoria a quella principale, vincolo che, se da un lato poteva

¹⁶ Corte Giust. CE, 17 marzo 1998, C-45/96, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, p. 129 ss., con note di A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e accessorietà della fideiussione*. Così anche Corte Giust. CE, 23 marzo 2000, C-208/98, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 201.

giustificare l'astratta inclusione della fideiussione nella disciplina invocata (la direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali), dall'altro, e per converso, impediva di riconoscere in concreto al fideiussore la qualità di consumatore se questa, come nella specie, mancava in capo al debitore principale. La medesima impostazione si ritrova, sostanzialmente, nella giurisprudenza nostrana: la Corte di Cassazione, alle prese con un caso analogo, ha infatti negato la possibilità di applicare il previgente art. 1469 *bis* c.c. ad un contratto di fideiussione in presenza di un debitore principale privo della qualifica di consumatore¹⁷.

La soluzione del c.d. «professionista di rimbalzo» suscita, tuttavia, più d'una riserva. Essa, a voler tutto concedere, poteva avere una sua tenuta quando l'elemento della accessorietà costituiva il grimaldello argomentativo per far rientrare la fideiussione nell'ambito della disciplina a tutela del consumatore¹⁸, sebbene in senso difforme già si osservasse che l'accessorietà è criterio di collegamento di tipo oggettivo e non soggettivo¹⁹. Contro questa ricostruzione, oltre a un singolo caso di merito²⁰, si è così schierata la dottrina maggioritaria. In

¹⁷ Cass. 11 gennaio 2001, n. 314, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1589, con nota di A. PALMIERI, *Fideiussione e clausole vessatorie: quali garanzie per il consumatore?*; Cass., 13 maggio 2005, n. 10107, in *Foro it. online*; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, p. 225, con nota di E. GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, cit.; Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Contratti*, 2012, p. 148, con nota di F. MACARIO, G. OREFICE e F.P. PATTI; Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, p. 281, con nota di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*.

¹⁸ E dunque, per quello che riguarda gli artt. 1469 *bis* ss., fino alla riforma operata con la l. n. 526 del 1999, che ha eliminato il riferimento ai contratti aventi ad oggetto cessione di beni o prestazione di servizi.

¹⁹ Sull'uso dell'accessorietà per individuare la tutela applicabile al fideiussore, v. E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 112; A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma, n. 4109/2013*, in *dirittobancario.it*.

²⁰ Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corr. merito*, 2006, p. 317, il quale, pur negando che il fideiussore di una società della quale è amministratore possa essere considerato consumatore (in quanto l'atto di concessione della garanzia ha assunto in concreto natura imprenditoriale), nella motivazione adopera argomentazioni che trascendono lo specifico caso oggetto di indagine ed approdano a conclusioni di più ampio respiro. In particolare, la pronuncia in questione rileva che «lo status di consumatore [...] tuttavia, va giudizialmente riconosciuto ogni volta che la garanzia

particolare, in una varietà di sfumature²¹, da più parti si è sottolineato come il *discrimen* vada individuato non nella posizione di consumatore o professionista del debitore principale, bensì, come sempre deve accadere per la disciplina di protezione del consumatore, nella matrice degli interessi che in concreto muovono il fideiussore. Se manca del tutto un collegamento tra la posizione del garante e l'attività economica del debitore principale (si pensi alla fideiussione prestata dal coniuge o da un parente dell'imprenditore), l'esclusione della qualità di consumatore non è allora giustificabile.

Tra i primi a recepire le indicazioni della dottrina, si trovano alcuni Collegi ABF: benché in effetti anche qui l'orientamento maggioritario sia stato quello del «professionista di rimbalzo», alcune decisioni hanno preso le distanze da questa impostazione, sottolineando come la tesi in questione, nell'individuare l'unico riferimento utile nella qualifica soggettiva del debitore principale, produca il paradossale effetto di considerare consumatore - qualora appunto tale sia il debitore principale - anche il fideiussore professionale (come nel caso della

rilasciata in favore di un professionista provenga da persona che non partecipa, né in modo indiretto né direttamente, all'attività imprenditoriale cui si riferisce il credito garantito».

²¹ Cfr. E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, pp. 109-117, il quale già molto prima dell'avvento della disciplina dei contratti del consumatore sottolineava la necessità di una valorizzazione della *ratio* della disciplina delle clausole generali e del principio di buona fede. M. GRANIERI, *Natura accessoria della fideiussione*, in *Danno resp.*, 1998, p. 773; E. GUERINONI, *La fideiussione negoziata fuori dai locali commerciali*, in *Contratti*, 1999, p. 742; A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessarietà della fideiussione*, cit., p. 136 s.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 103 ss., critico nei confronti dell'applicazione restrittiva delle norme a tutela del consumatore. Fino ai più recenti contributi di F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ.*, R. SACCO (diretto da), Torino, 2009, p. 104 ss.; S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, pp. 534-537; A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit.; L. VIZZONI, *Verso una tutela "consumeristica" del fideiussore: spunti di riflessione*, in *Contratti*, 2015, p. 195 ss.; P. SIRENA e D. FARACE, *I contratti del consumatore*, in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2016, p. 267 ss.; A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 173.

banca o dell'assicurazione che garantisca il pagamento di canoni di locazione)²².

Il mutamento di rotta della giurisprudenza è stato definitivamente consacrato da un nuovo intervento della Corte di Giustizia²³ la quale, rivedendo il suo precedente orientamento, ha affermato da ultimo che è «in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito». La Corte di Giustizia ammonisce, tuttavia, che l'attribuzione della qualità di consumatore non è conseguenza diretta dell'assenza della qualifica di imprenditore, dovendosi altresì integrare il requisito negativo dell'assenza di qualsiasi collegamento di natura funzionale tra gli interessi del fideiussore e quelli del garantito²⁴.

Sulla stessa linea di valorizzazione dei rapporti in concreto esistenti tra garante e garantito, una recente decisione ABF²⁵ stabilisce che, nel caso in cui una persona fisica, nel rivestire il ruolo di socio, abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta all'organo giudicante determinare se questi abbia operato nell'ambito di un'attività professionale o sulla scorta di collegamenti funzionali con la società, tra i quali il rivestire il ruolo di amministratore o la detenzione di partecipazioni rilevanti, o, se di contro, egli abbia agito per fini di natura privata²⁶.

²² ABF Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, in *dirittobancario.it*; nello stesso senso, ABF Roma, 7 aprile 2010, n. 205, *ivi*; ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 323, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Roma, 28 febbraio 2013, n. 1136, *ivi*; ABF Napoli, 8 aprile 2015, n. 2698, *ivi*.

²³ CGUE, ordinanza 19 novembre 2015, in *curia.europa.eu*.

²⁴ In questi termini, L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria: fra qualifica soggettiva del garante e abusi del creditore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, p. 291.

Il nuovo orientamento è stato confermato da CGUE, ordinanza 14 settembre 2016, in *curia.europa.eu*: nella specie, uno dei due garanti risultava socio e amministratore unico della società debitrice e, per questo, egli non poteva essere considerato consumatore, mentre detta qualifica andava riconosciuta in capo al coniuge.

²⁵ ABF, Collegio di coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

²⁶ Nella specie, il socio di cooperativa edilizia, privo di partecipazioni rilevanti e incarichi gestori, nel sottoscrivere la garanzia fideiussoria - volta a agevolare la concessione di un finanziamento alla società per la realizzazione di immobili -, è risultato essere mosso non già da un esclusivo *favor societatis*, quanto, piuttosto, da un interesse mutualistico a divenire proprietario di un immobile. Ciò ha favorito la qualificazione del socio garante quale consumatore.

E così l'ABF di Milano²⁷, in riferimento a due fideiussioni *omnibus* rilasciate da un socio di s.r.l., impronta la qualificazione soggettiva del garante su un'attenta analisi della posizione di questi rispetto all'operazione compiuta dal debitore principale, approdando all'attribuzione della veste giuridica di consumatore sulla scorta di indici univoci e concordanti²⁸.

La giurisprudenza ordinaria, invece, non sembra ancora voler correggere la rotta ed insiste nell'adottare la soluzione data dall'automatismo del «professionista di rimbalzo»²⁹. Non pare, tuttavia, che si tratti di una presa di posizione del tutto consapevole, dal momento che, anche nelle ultime pronunce della Suprema Corte, non si dà conto del nuovo corso della giurisprudenza europea rispetto al quale, dunque, manca ancora l'occasione del confronto diretto. D'altro canto, giacché come è noto le sentenze della Corte di Giustizia hanno efficacia vincolante sull'interpretazione delle norme comunitarie, si può prevedere che anche la giurisprudenza interna vorrà (e dovrà) presto allinearsi alle indicazioni del giudice sovranazionale. La conseguenza sarà di non poco conto, alla luce della prassi bancaria nazionale abituata a sottoporre al fideiussore il modulo per il contraente «non consumatore» se l'obbligato principale non lo è: ben presto, molte di queste fideiussioni potrebbero essere impugnate perché contenenti clausole vessatorie.

4. L'art. 1948 c.c. regola l'ipotesi del fideiussore del fideiussore. Come è noto, si tratta di una garanzia di secondo grado³⁰, accessoria

²⁷ Collegio di Milano, 27 settembre 2016, n. 8296, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

²⁸ In particolare, viene ritenuta determinante: a) l'estraneità del socio rispetto alle dinamiche operative della società; b) la mancanza di cariche amministrative e dirigenziali ricoperte; c) l'incapacità di concorrere a determinare decisioni dirimenti per la vita economica della società: v. M. RENNA, *La fideiussione del socio: aspetti problematici*, in *Contratti*, 2017, p. 471.

²⁹ Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, cit.

³⁰ In questo la *fideiussione del fideiussore* si distingue dalla *fideiussione alla fideiussione*. Cfr. Cass., 12 settembre 2011, n. 18650, in *Foro it. online*: «La fideiussione alla fideiussione (o fideiussione al fideiussore, o fideiussione di regresso) va distinta dalla fideiussione del fideiussore (cosiddetta approvazione), di cui all'art. 1940 c.c., che costituisce una particolare modalità della fideiussione tipica, nella quale il «secondo» fideiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione del «primo»

all'obbligazione (non del debitore principale ma) del fideiussore, alla quale trova applicazione (nel rapporto con l'obbligazione del garante) tutta la disciplina della fideiussione³¹.

L'obbligazione del fideiussore del fideiussore è sussidiaria, perché diviene attuale (esigibile) soltanto a seguito della evoluzione patologica del rapporto principale e di quello di garanzia fideiussoria semplice. Da questo punto di vista, emerge una chiara differenza con l'ipotesi della cofideiussione, ossia della fideiussione di primo grado prestata da più soggetti (art. 1946 c.c.): nella cofideiussione il creditore può esigere la prestazione, oltre che naturalmente dal debitore, da uno qualsiasi dei garanti; nella fideiussione di secondo grado può esigerla dal solo fideiussore di primo grado, e soltanto in caso di sua insolvenza o liberazione per incapacità anche dal fideiussore di secondo grado. Per queste ragioni, per lo più si ritiene che il debito del fideiussore di secondo grado non sia solidale³². Inoltre, il fideiussore del fideiussore è tenuto verso il creditore non per il caso di semplice inadempimento, ma soltanto in ipotesi di insolvenza o liberazione per incapacità del debitore principale e del fideiussore: una posizione, quindi, decisamente privilegiata rispetto a quella del normale fideiussore.

Le brevi puntualizzazioni svolte costituiscono la necessaria premessa al tema della derogabilità della disciplina legale posta dall'art. 1948 c.c., nelle forme di una esclusione del limite alla possibilità di rivolgersi al fideiussore di secondo grado soltanto in caso di insolvenza o liberazione per incapacità del debitore principale e del fideiussore di primo grado. La clausola, come anticipato, è stata reputata non vessatoria, in quanto essa esprimerebbe il regolamento pattizio del regime sostanziale del rapporto e non una mera rinuncia alla facoltà di proporre eccezioni³³. Quale corollario di questa interpretazione,

fideiussore, e non l'adempimento dell'obbligato principale, laddove nella fideiussione alla fideiussione il fideiussore si obbliga verso colui il quale è già fideiussore, per garantirgli, una volta che egli abbia pagato, la fruttuosità dell'azione di regresso nei confronti del debitore principale, sicché il fideiussore è un terzo rispetto alla prima fideiussione, ed il creditore garantito è, in effetti, il soggetto che nella prima fideiussione era il fideiussore».

³¹ G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1377 ss.

³² G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore*, cit., p. 1380 ss.

³³ Cass., 24 febbraio 2004, n. 3610, in *Guida dir.*, 2004, p. 50; così le precedenti Cass., 17 luglio 1997, n. 6587, in *Foro it. online*; Cass., 4 settembre 1991, n. 9363,

un'opinione diffusa fa presente che la eliminazione del limite suddetto, nel comportare il venir meno della sussidiarietà, condurrebbe la fattispecie al di fuori del modello legale della fideiussione del fideiussore per dirigerla verso quello della confideiussione³⁴. Altri, invece, rilevano che ai fini qualificatori l'elemento dirimente vada individuato non nella disciplina del rapporto di garanzia, bensì nel suo oggetto: in altri termini, ciò che rileva non è il venir meno della sussidiarietà, ma più semplicemente il fatto che nella fideiussione del fideiussore sia garantita non l'obbligazione principale, ma quella del fideiussore di primo grado³⁵.

In posizione intermedia si colloca chi osserva che, in sostanza, la clausola derogatoria dell'art. 1948 c.c. potrebbe il fideiussore di secondo grado in una posizione molto simile a quella del cofideiussore, al punto da costituire un indice presuntivo della volontà di porre una fideiussione di primo grado³⁶.

In giurisprudenza si sostiene che la semplice deroga all'art. 1948 c.c. non solo non è illecita, ma neanche comporta la necessità di qualificare la fattispecie in termini di cofideiussione³⁷. La soluzione va senz'altro condivisa, ed è gravida di conseguenze in punto di disciplina: elemento centrale è il fatto che oggetto della garanzia sia l'obbligazione del fideiussore, con la conseguenza che, ad esempio, il fideiussore di secondo grado è liberato tutte le volte in cui non sia valida la fideiussione di primo grado, anche se l'obbligazione principale lo sia,

cit.; Trib. Ferrara, 11 maggio 1992, in *Riv. not.*, 1993, p. 664. Perplesso G.B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Milano, 2006, p. 194, secondo il quale la rinuncia alla sussidiarietà causerebbe uno squilibrio eccessivo delle prestazioni in favore della parte forte. Critico anche F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 284 s.

³⁴ A. RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992., p. 271; F. MASTROPAOLO e A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *I contratti di garanzia*, F. MASTROPAOLO (a cura di), t. I, in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2006, p. 446; L. ARU, *Della fideiussione*, in *Commentario*, M. D'AMELIO e E. FINZI (a cura di), II, *Delle obbligazioni*, pt. 2, Firenze, 1949, p. 410.

³⁵ A. SALVADÈ, *Solidarietà dell'obbligazione tra confideiussore e fideiussore del fideiussore*, nota a Cass., 18 luglio 1997, n. 6635, in *Banche e banchieri*, 1998, p. 594 e 595.

³⁶ G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore*, cit., p. 1384. V., anche, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 286.

³⁷ Cass., 4 settembre 1991, n. 9363, cit.

ovvero allorquando si verifichi una vicenda estintiva della fideiussione di primo grado *ex artt. 1955 e ss., c.c.*³⁸. Inoltre, ad ulteriore differenziazione delle figure, vale la pena rilevare che il fideiussore di secondo grado può rivalersi per l'intero, oltre che sul debitore, sul fideiussore di primo grado *ex artt. 1949 ss., c.c.*, mentre il cofideiussore ha un regresso nei confronti degli altri fideiussori limitato alla rispettiva porzione (art. 1954 c.c.).

Particolarmente delicata è l'ipotesi della fideiussione del fideiussore in caso di fideiussione *omnibus*: il problema che si pone è se, nella fideiussione *omnibus*, possa essere compresa la garanzia per una fideiussione prestata dal garantito verso altro soggetto. La giurisprudenza ha dato risposta affermativa, purché sia il contratto di garanzia a prevederlo con specifica clausola³⁹, laddove per specificazione non si deve intendere necessariamente la indicazione nominativa del terzo garantito ma, più semplicemente, la previsione dell'estensione della fideiussione *omnibus* anche alle obbligazioni assunte dal garantito quale garante di altri soggetti⁴⁰.

La soluzione richiede, in tal caso, che la fideiussione *omnibus* sia qualificata come fideiussione di secondo grado. Diversamente, qualora cioè si volesse ricostruire la fattispecie in termini di cofideiussione, opererebbe una causa di nullità per indeterminatezza dell'oggetto⁴¹. Osservazione, questa, che comporta qualche complicazione ulteriore ove la fideiussione *omnibus* contenga la deroga all'art. 1948 c.c. Chi, infatti, ritiene che la deroga a quest'ultima norma comporti (necessariamente⁴² o presuntivamente⁴³) una riqualificazione della fattispecie in termini di cofideiussione, richiede per la validità della

³⁸ Così, la citata Cass., 4 settembre 1991, n. 9363: «pur rimanendo inadempito il debito principale, il fideiussore di secondo grado rimane liberato in conseguenza degli eventi giuridici che, per una qualsiasi ragione, rendano improduttiva di effetti, nei confronti del creditore principale, la fideiussione di primo grado». V., anche, le successive Cass., 18 luglio 1997, n. 6635, cit.; Cass., 22 maggio 2000, n. 6613, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, p. 525; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145, con nota di A. FRANCHI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*.

³⁹ Cass., 7 ottobre 1974, n. 2630, in *Riv. dir. comm.*, 1975, p. 196.

⁴⁰ Cass., 22 maggio 2000, n. 6613, cit.

⁴¹ G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore*, cit., p. 1385 ss.

⁴² V. *supra*, nota 34.

⁴³ V. *supra*, nota 36.

garanzia l'indicazione della persona del terzo debitore garantito⁴⁴; se, invece, si reputa compatibile con la fideiussione di secondo grado la clausola derogatoria dell'art. 1948 c.c., tale indicazione non risulta necessaria: in quest'ultima direzione si esprime la Cassazione⁴⁵. Va, in ogni caso, precisato che la validità della clausola non esime la banca dal comportarsi secondo buona fede e, quindi, dall'informare il fideiussore *omnibus* della sottoscrizione di una nuova fideiussione da parte del soggetto garantito. La violazione di tale obbligo, da considerarsi inderogabile, comporta estinzione della fideiussione⁴⁶.

5. L'art. 1956 c.c. prevede la liberazione del fideiussore se il creditore, senza la sua speciale autorizzazione, ha continuato a fare credito al terzo pur in presenza di un peggioramento delle condizioni patrimoniali di quest'ultimo. Il capoverso, introdotto dalla novella del 1992⁴⁷, sancisce l'invalidità della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi di tale liberazione. Il creditore è quindi tenuto da un lato a vigilare sulla situazione patrimoniale del debitore, dall'altro ad astenersi dall'erogare credito in caso di aggravamento delle sue condizioni patrimoniali. Il tutto, ovviamente, al fine di tutelare il fideiussore dal rischio di veder crescere la propria esposizione in maniera incontrollata, nonché di trovare difficoltà maggiori di quanto inizialmente previsto nell'esercitare il proprio diritto di regresso. Viceversa, il fideiussore, diligentemente avvisato dal creditore, può decidere di sottrarsi alla garanzia.

Tra le condotte ascrivibili al creditore idonee a produrre l'estinzione dell'obbligazione di garanzia vi è non solo la erogazione di somme di denaro in spregio ai criteri di corretta gestione del credito ma anche, in special modo per i rapporti continuativi, il mantenere la linea di credito

⁴⁴ G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore*, cit., p. 1386 s.

⁴⁵ Cass., 22 aprile 2009, n. 9627, in *Notariato*, 2009, p. 482.

⁴⁶ App. Perugia, 3 agosto 1998, in *Rass. giur. Umbra*, 1999, p. 9, con nota di A. SASSI, *Fideiussione omnibus per obbligazioni indirette: oggetto della garanzia e applicazione della clausola di buona fede*.

⁴⁷ Il comma 2 della norma è stato introdotto dall'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n. 154, recante norme per la trasparenza delle operazioni bancarie.

nonostante il debitore non sia più in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni⁴⁸.

Aspetto particolarmente dibattuto nell'ambito della riflessione sull'articolo 1956 c.c. riguarda l'ammissibilità della deroga convenzionale alla tutela predisposta dalla norma. Già prima che la riforma del 1992 introducesse il comma 2, dottrina e giurisprudenza avvertivano la debolezza della posizione del fideiussore nel contesto di regolamenti contrattuali nei quali si prevedeva la rinuncia preventiva alla liberazione attraverso l'esonero del creditore dall'obbligo di richiedere l'autorizzazione. Debolezza che, è appena il caso di dirlo, era ancora più chiaramente avvertita per l'ipotesi di fideiussione *omnibus*.

Vi erano per questo voci in dottrina apertamente contrarie all'ammissibilità della clausola in deroga, costruite sui diversi argomenti del contrasto con l'ordine pubblico o della violazione del divieto espresso contenuto nell'art. 1229, comma 1, c.c.⁴⁹.

⁴⁸ Così Cass., 1° luglio 1998, n. 6414, in *Foro it. online*: «la facoltà della banca di estendere il debito originariamente garantito, con conseguente responsabilità del fideiussore, non ha carattere meramente potestativo: la discrezionalità della banca trova, infatti, un limite nella necessità della osservanza del principio della buona fede e della correttezza nello svolgimento del rapporto di garanzia, che impone di operare secondo criteri legali e regole obiettive di corretta gestione del credito; correlativamente, quando i predetti limiti sono violati, la fideiussione diventa inefficace». Il richiamo espresso alla buona fede si trova anche in Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, cit., relativa a un caso nel quale l'istituto di credito aveva continuato a erogare finanziamenti a una società in condizioni economiche disastrose fin dal primo bilancio. La decisione merita di essere segnalata in quanto, oltre a riconoscere l'effetto liberatorio dell'art. 1956 c.c., aggiunge che, in presenza di condotte creditorie non rispettose dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, la fideiussione per obbligazioni future è «nulla». Il ricorso alla categoria della nullità evoca le note pronunce in materia di caparra confirmatoria (Corte cost., ord. 13 ottobre 2013, n. 248, e ord. 26 marzo 2014, n. 77, in *giurcost.org*). A differenza di quanto è accaduto per la caparra confirmatoria, però, nella pronuncia in esame la conseguenza della nullità è in realtà solo accennata, ed anche il collegamento fra la clausola generale e il principio di solidarietà costituzionale relegato ad un richiamo contenuto fra parentesi (v. sul punto, la nota alla sentenza di L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria*, cit., p. 292).

⁴⁹ Per la teoria del contrasto con l'ordine pubblico: G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 229, S. SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura: art. 1956 c.c.*, *Giust. civ.*, 1990, p. 132; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 1991, p. 262. Sostiene, invece, la violazione dell'art. 1229,

L'opinione maggioritaria era, tuttavia, nel senso dell'ammissibilità della clausola in deroga, argomentata sulla base della sottile distinzione tra «la natura disponibile dell'interesse protetto dalla norma» e la «indisponibilità del precetto di buona fede»⁵⁰. In altre parole, la deroga era in linea di principio considerata valida se prevista da apposita clausola contrattuale, spostandosi su un piano diverso, quello della esecuzione secondo buona fede del contratto, la eventualità che il creditore, pur esonerato in astratto dall'obbligo dell'art. 1956 c.c., tenga una condotta lesiva della posizione del fideiussore, essendo egli comunque tenuto alle normali cautele richieste dalla singola situazione concreta. Si è così ritenuto, ad esempio, violato il canone di buona fede, allorquando il creditore, pur alleggerito dall'obbligo di chiedere l'autorizzazione al garante:

- compia operazioni bancarie illecite⁵¹;
- conceda credito pur conoscendo lo stato di insolvenza del debitore, ovvero ignorandolo con colpa⁵²;

comma 1, c.c.c., M. IACUANIELLO BRUGGI, *Fideiussione «omnibus»: chi ha paura dell'art. 1956 c.c.?*, in *Giur. it.*, 1990, p. 468. *Contra*, Cass., 20 febbraio 1997, n. 1567, in *Contratti*, 1997, p. 573, con nota di M. SPATARO, *Nullità della clausola di deroga all'art. 1956 c.c. prima e dopo la l. n. 54/92*: «il fideiussore, col dispensare la banca dall'obbligo di chiedergli la preventiva autorizzazione, si limita a rimettere a essa il compito di valutare discrezionalmente la nuova situazione che potrà determinarsi nel futuro svolgimento del rapporto, accettando consapevolmente il rischio di una sopravvenuta mera difficoltà di adempiere del debitore garantito, ma non certo accollandosi quello di una condotta scorretta dell'istituto di credito o della vera e propria insolvenza del garantito, da cui derivi la certezza della sua responsabilità accessoria».

⁵⁰ G. BOZZI, *La fideiussione*, Torino, 2013, p. 507; così anche C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 1985, XII, p. 1023; L. BARBIERA, *Inefficacia parziale della fideiussione «omnibus»*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 223.

⁵¹ Cass., 18 marzo 1991, n. 2890, in *Dir. fall.*, 1991, p. 1048; Cass., 25 gennaio 1995, n. 888, in *Foro it. online*.

⁵² Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750, con osservazioni di R. PARDOLESI, e note di A. DI MAJO, *La fideiussione «omnibus» e il limite della buona fede*, e di V. MARICONDA *Fideiussione «omnibus» e principio di buona fede*; Cass., 20 luglio 1989, n. 3387, in *Giust. civ.*, 1990, p. 468; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1101, in *Foro it. online*; Cass., 9 marzo 2005, n. 5166, in *Foro it. online*; Cass., 11 gennaio 2006, n. 394, in *Guida dir.*, 2006, p. 85; Cass., 1 ottobre 2012, n. 16667, in *Guida dir.*, 2013, p. 64.

- rassicuri il fideiussore sul rientro del debitore dalla sua esposizione per distoglierlo dalla facoltà di recedere dalla garanzia⁵³.

A seguito della novella dell'art. 1956 c.c., la posizione del fideiussore è testualmente più tutelata, chiarendosi il dubbio sulla invalidità della rinuncia preventiva alla liberazione. La norma riformata si presenta quale espressione del principio di solidarietà applicato al rapporto di garanzia. Ciononostante, i margini di una deroga ammissibile all'art. 1956 c.c. continuano ad essere ricercati dalla prassi applicativa e a essere vagliati dalla giurisprudenza. Vi sono pronunce di legittimità⁵⁴ nelle quali si mantiene valido il distinguo tra derogabilità della regola *de qua* e inderogabilità del canone di buona fede *in executivis*, ponendosi l'accento sulla circostanza che, pur in presenza di una clausola di dispensa della banca beneficiaria dal chiedere l'autorizzazione, «l'operatività della garanzia rimane esclusa qualora il comportamento della banca creditrice non sia stato improntato al rispetto dei principi di correttezza e buona fede»⁵⁵. In concreto, il distinguo si traduce nella ammissibilità della clausola che ponga a carico del fideiussore l'obbligo di tenersi informato sulle condizioni patrimoniali del debitore, sia pure facendo salva la possibilità di chiedere alla banca aggiornamenti sulla sua esposizione. La validità di una simile clausola è subordinata all'esistenza di una situazione di fatto

⁵³ Cass., 6 febbraio 1997, n. 1123, in *Contratti*, 1997, p. 299.

⁵⁴ Cass., 29 ottobre 2005, n. 21101, in *Contratti*, 2006, p. 775, con nota di A. ANGIULI, *La fideiussione "omnibus" tra silenzio del fideiussore e scorrettezza del creditore*. Così la successiva Cass., 15 febbraio 2016, n. 2902, in *ilcaso.it*: «Il socio che abbia prestato fideiussione per ogni obbligazione futura di una società a responsabilità limitata, esonerando l'istituto bancario creditore dall'osservanza dell'onere impostogli dall'art. 1956 c.c., non può invocare, per ottenere la propria liberazione nonostante la sottoscritta clausola di esonero, la violazione dei principi di correttezza e buona fede da parte del creditore per avere quest'ultimo concesso ulteriore credito alla società benché avvertito dallo stesso fideiussore della sopravvenuta inaffidabilità di quest'ultima a causa della condotta dell'amministratore. In tale situazione, infatti, per un verso, non è ipotizzabile alcun obbligo del creditore di informarsi a sua volta e di rendere edotto il fideiussore, già pienamente informato, delle peggiorate condizioni economiche del debitore e, per altro verso, la qualità di socio del fideiussore consente a quest'ultimo di attivarsi per impedire che continui la negativa gestione della società (mediante la revoca dell'amministratore) o per non aggravare ulteriormente i rischi assunti (mediante l'anticipata revoca della fideiussione)».

⁵⁵ Cass., 29 ottobre 2005, n. 21101, cit.

che consenta al fideiussore di acquisire direttamente dal debitore le informazioni sulla sua situazione patrimoniale⁵⁶.

Per questa via, si esclude la possibilità per il fideiussore socio della società finanziata di invocare la liberazione ove egli sia stato nella condizione, per un verso, di conoscere le peggiorate condizioni economiche del debitore e, per altro verso, di attivarsi per impedire la malsana gestione della società (mediante la revoca dell'amministratore), o di recedere dalla fideiussione⁵⁷. In questo modo, si attribuisce carattere decisivo alla possibile esistenza di una «comunione di interessi» tra debitore e fideiussore o, comunque, di una «situazione di contiguità» tale da consentire al garante di avere costante contezza della esposizione debitoria⁵⁸. Si valorizzano, così, elementi fattuali quali il rapporto di parentela tra garante e garantito e il legame, per carica rivestita o partecipazione al capitale sociale, con la società debitrice⁵⁹.

Di contro, si conferma l'effetto liberatorio per il fideiussore allorquando, nonostante la deroga pattizia, la banca alimenti «un ciclo perverso», per essere il crescente indebitamento del cliente strettamente correlato ai sempre maggiori finanziamenti concessi. A parere dei giudici di legittimità, infatti, non si può certo «definire corretto» il comportamento di un creditore che «concorre a rendere sempre più rischiosa» la posizione del debitore, per poi rivalersi nei confronti di

⁵⁶ Trib. Napoli, 6 maggio 2016, in *ilcaso.it*, che ha escluso la liberazione dei fideiussori in quanto nel contratto si era previsto a loro carico l'onere di informarsi sulle condizioni economiche della società garantita. Dagli atti non risultava alcuna informativa appositamente richiesta dai fideiussori i quali, dunque, non avevano assolto l'onere a loro carico. In secondo luogo, la sentenza valorizza il fatto che i fideiussori fossero soci (e uno dei due anche rappresentante) della società, presumibilmente al corrente del suo stato di indebitamento. Così anche Trib. Catania, 9 febbraio 2018, in *Foro it. online*.

⁵⁷ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2902, cit.

⁵⁸ In questi termini, la ricostruzione di G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 524.

⁵⁹ Per le singole ipotesi, Cass., 5 gennaio 1981, n. 23, in *Foro it.*, 1981, I, c. 704; Cass., 20 aprile 1982, n. 2461, in *Dir. fall.*, 1982, p. 980; Cass., 6 aprile 1992, n. 4208, in *Foro it. online*, 1992; Cass., 3 agosto 1995, n. 8486, *ivi*; Cass., 9 dicembre 1997, n. 12456, *Giur. it.*, 1999, p. 1; Cass., 7 settembre 1998, n. 8850, in *Contratti*, 1998, p. 613; Cass., 5 giugno 2001, n. 7587, in *Contratti*, 2001, p. 917; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3761, in *Foro it. on line*.

chi, prestando una fideiussione *omnibus*, ignora il forte aumento del debito originariamente garantito⁶⁰.

Continuano a registrarsi, comunque, decisioni di merito ferme nel negare ogni spazio alla clausola in deroga all'art. 1956 c.c. Una recente decisione del Tribunale di Taranto⁶¹, ad esempio, invoca l'interpretazione sistematica della norma per trarne l'inderogabilità per violazione del canone della buona fede nell'esecuzione del contratto e dell'art. 1229 c.c.

La giurisprudenza prevalente tende ad escludere l'applicabilità dell'art. 1956 c.c. al contratto autonomo di garanzia⁶²; si hanno, tuttavia, più recenti decisioni favorevoli alla indipendenza della tutela offerta dalla norma al fideiussore dal carattere di accessorietà della garanzia⁶³. Con riferimento alla diversa ipotesi del mandato di credito,

⁶⁰ Così Cass., 29 ottobre 2005, n. 21101, cit.

⁶¹ Trib. Taranto 12 settembre 2017, in *ilcaso.it*: «Il rilievo che l'art. 1956 c.c. sia una speciale applicazione del precetto generale della buona fede nell'esecuzione del rapporto ha indotto i migliori interpreti a configurarne il precetto come imperativo e quindi inderogabile dalla volontà delle parti del contratto. Non solo, ma ammettere una rinuncia preventiva, con apposita clausola contrattuale, anche se rispettosa della forma prescritta per le clausole vessatorie, avrebbe implicato la previsione di una clausola di esonero da responsabilità per colpa grave a favore della banca e quindi in dispregio del disposto pure imperativo ex art. 1229 c.c.: e non ci sarebbe alcun dubbio che sarebbe in colpa grave la banca che avesse elargito credito ad un debitore in cattive acque. In ogni caso il comma dell'art. 1956 esclude espressamente la validità di una rinuncia preventiva da parte del fideiussore ad avvalersi della liberazione. L'autorizzazione preventiva – “speciale” – deve allora avvenire in ogni caso prima della concessione del nuovo credito ed è irrilevante che il fideiussore conoscesse le difficoltà economiche in cui versava il debitore principale: nel caso in esame si trattava della moglie del legale rappresentante della società debitrice; rileva piuttosto la buona fede della banca, che invece nel caso in esame va esclusa pacificamente». Nello stesso senso, il precedente Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9100, *ivi*.

⁶² *Ex multis* Cass., 1 giugno 2004, n. 10486; Cass., 9 novembre 2006, n. 23900; Cass., 9 agosto 2007, n. 17490; Cass., 6 aprile 2017, n. 8926: *tutte in Foro it. online*.

⁶³ Secondo Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9100, cit., la liberazione del fideiussore derivante dal disposto di cui all'art. 1956 c.c. non «risulta di per sé derivante dal vincolo di accessorietà tra obbligazione del debitore principale e obbligazione del garante, ma, piuttosto, riguardare una esigenza di protezione del garante che prescinde dalla 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, risolvendosi, in sostanza, nella applicazione del canone generale di buona fede al rapporto tra beneficiario della garanzia e garante, canone la cui mancata applicazione rispetto a tale rapporto non risulta giustificata dal

benché l'art. 1959 c.c. richiami espressamente la disposizione in esame, si è sottolineata⁶⁴ la necessità di valorizzare il peculiare assetto di interessi sotteso all'operazione, in quanto sovente il fideiussore è il vero titolare dell'interesse al finanziamento ed ha il pieno controllo della situazione patrimoniale del debitore. Oltretutto, il rinvio all'art. 1956 c.c. è precedente alla novella della norma della quale, dunque, presumibilmente, si è voluta richiamare anche la originaria derogabilità. Quest'ultima notazione diviene tanto più rilevante ove in conclusione si osservi che, soprattutto in relazione alla fideiussione *omnibus*, il contratto può essere in concreto ricondotto proprio allo schema del mandato di credito⁶⁵.

6. La norma posta dall'art. 1957 c.c., laddove impone al creditore di coltivare con tempestività e diligenza le proprie istanze contro il debitore, si preoccupa di tutelare la posizione di coobligato del fideiussore; segnatamente, si intende evitare che il garante rimanga esposto troppo a lungo alle pretese del creditore e che l'inerzia di quest'ultimo possa comprometterne l'azione di regresso. Non vi è uniformità di vedute sulla natura del dovere del creditore: per alcuni si

carattere autonomo della garanzia, anche in presenza del quale la condotta del beneficiario che abusi della propria posizione in spregio di quella del garante merita dunque di essere sanzionata con la liberazione del garante, così come, sempre nell'ipotesi di garanzia autonoma, la assenza di accessorietà tra il rapporto principale e quello di garanzia non impedisce al garante l'*exceptio doli* laddove il beneficiario escuta il garante pur se consapevole della sopravvenuta estinzione del debito garantito».

⁶⁴ L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 172 ss.

⁶⁵ In argomento, v. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Camerino-Napoli, 1993, p. 292 ss. In questa prospettiva, L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 174, osserva: «In tale contesto potrebbe trovare giustificazione una rinuncia all'automatica liberazione prevista dall'art. 1956 c.c., funzionale alla soluzione di assetti di interessi diversi espressi da una pura e semplice fideiussione codicistica. Viceversa, potrebbe risultare irragionevole l'imposizione *tout court* dell'inderogabilità dell'art. 1956 c.c.».

tratterebbe di un vero e proprio obbligo⁶⁶, per altri, forse più condivisibilmente, di un onere⁶⁷.

La disposizione è ormai reputata applicabile anche al caso della fideiussione solidale. In questa ipotesi, il creditore può scegliere il debitore da escutere; è discusso però se, qualora scelga di agire direttamente contro il fideiussore, egli debba comunque agire anche contro il debitore principale: in senso negativo si esprime la giurisprudenza⁶⁸; diversamente, parte della dottrina⁶⁹ fa derivare dal carattere sussidiario della fideiussione solidale l'obbligatorietà del *beneficium ordinis*.

Mentre una autorevole dottrina continua a sostenere l'inderogabilità dell'art. 1957 c.c., reputandolo espressione di un principio di ordine

⁶⁶ Ad es., Trib. Torino, 8 maggio 2001, in *Contratti*, 2002, p. 65, che rileva come «L'art. 1957 c.c. pone a carico del creditore garantito un vero e proprio obbligo di condotta - specificazione dell'obbligo di buona fede e correttezza previsto dagli art. 1175 e 1375 c.c. - la cui *ratio* deve essere individuata nella salvaguardia dell'interesse del garante, tenuto conto che questi ha azione di regresso e di surroga solo dopo aver pagato; quale sanzione per la violazione di tale dovere, il legislatore ha previsto la liberazione del garante».

⁶⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 498. La Cassazione condivide questa tesi: Cass., 8 settembre 1983, n. 5525, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, p. 142; Cass., 20 agosto 1992, n. 9719, in *Giur. it.*, 1993, p. 1256, con nota di M. IACUANIELLO BRUGGI, *Nota sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*; Cass., 22 giugno 1993, n. 6897, *Foro it. online*. Per una ricostruzione delle diverse letture, G. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., p. 228 ss.

⁶⁸ Cass., 3 ottobre 2005, n. 19300, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 109, con nota di A. FALABELLA, *Fideiussione «a prima richiesta» e contratto autonomo di garanzia: elementi distintivi*; Cass., 1 luglio 1995, n. 7345, in *Foro it. on line*.

⁶⁹ M. FRAGALI, *Della fideiussione. Del mandato di credito*, in *Comm. Scialoja Branca*, Libro IV. *Obbligazioni* (artt. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 493; più scettico R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1966, p. 558. *Contra* F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata (Zeitbürgschaft) ed art. 1957 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, p. 569 ss., il quale discorre di «manipolazione del disposto dell'art. 1957 c.c.»; G. FERRI, *L'applicazione dell'art. 1957 c.c. alla fideiussione solidale*, nota a Cass., 29 marzo 1974, in *Riv. dir. comm.*, 1974, p. 364 s., il quale sostiene che soltanto quando il creditore agisca per la prima volta nei confronti del fideiussore «dopo che sia decorso il termine dei sei mesi o dei due mesi senza avere assolto all'onere che l'art. 1957 gli impone» il fideiussore potrà eccepire l'estinzione.

pubblico economico⁷⁰, la giurisprudenza è sostanzialmente assestata nel senso di escludere questa opzione giacché l'eventuale deroga determinerebbe soltanto l'assunzione di un maggior rischio (quello del mutamento nel tempo delle condizioni patrimoniali del debitore) da parte del fideiussore. Si ammette, per questa via, la rinuncia preventiva del garante alla decadenza del creditore⁷¹ anche in forma implicita⁷². In particolare, si ritiene che comporti rinuncia alla decadenza la clausola con la quale il fideiussore accetti di collegare la durata della garanzia all'integrale soddisfacimento del creditore, piuttosto che alla scadenza dell'obbligazione principale⁷³, ovvero quella con la quale le parti fissino un termine esplicito per l'escussione della garanzia⁷⁴.

La rinuncia può anche risultare da comportamenti concludenti. Naturalmente, in questo caso, si è fuori dai margini delle «clausole in deroga», trattandosi di comportamenti successivi alla scadenza del termine. In particolare, si è rinvenuta rinuncia tacita nei seguenti contegni:

- il fideiussore che paghi senza opporre la decadenza, o che inviti il creditore ad attendere l'esito della lite tra il creditore medesimo ed il debitore principale⁷⁵;

⁷⁰ F. BENATTI, *Sulla deroga all'art. 1957 c.c. nella fideiussione bancaria*, nota a Trib. Milano, 11 giugno 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, p. 216 ss.

⁷¹ Cass., 20 aprile 1982, n. 2461, cit.

⁷² Cass., 24 marzo 1994, n. 2827, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, p. 558 ss. con nota di F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata (Zeitbürgschaft) ed art. 1957 c.c.*, cit.; Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 379, con nota di M. CUCCOVILLO, *Pagamento "a prima richiesta" e decadenza del creditore tra autonomia e accessorietà della garanzia*. In senso contrario Trib. Torino 8 maggio 2001, cit.

⁷³ La clausola può essere formulata nei modi più vari: garanzia prestata «senza limiti di tempo»; estinzione della fideiussione «subordinata alla estinzione, o all'integrale soddisfacimento, della obbligazione principale; o alla liberazione del debitore».

⁷⁴ Cass., 2 febbraio 2006, n. 2263, in *Foro it. online*; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, cit.

⁷⁵ Per la prima ipotesi: Cass., 9 maggio 2002, n. 6649, in *Arch. civ.*, 2003, p. 314 ss.; Cass., 1° luglio 2005, n. 14089, in *Giur. it.*, 2006, p. 1605.; e per la seconda ipotesi, Cass., 21 maggio 2008, n. 13078, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1416 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La decadenza del creditore dal diritto di escutere la fideiussione ex art. 1957 cod. civ.*

- il riconoscimento del diritto da parte del fideiussore, purché espresso o comunque inequivocabile, nel senso di corrispondere ad una condotta incompatibile con la volontà di avvalersi dell'eccezione (ad es., richiesta di dilazione). Tale comportamento può costituire rinuncia alla decadenza anche se manifestato prima del compiersi del termine semestrale⁷⁶.

Viceversa, si è ritenuto che non comporti rinuncia:

- la volontà del fideiussore di esaminare la richiesta del debitore di rinnovazione della fideiussione⁷⁷;

- le trattative per comporre la controversia con il creditore, che non implicino riconoscimento della pretesa⁷⁸;

- il mero silenzio del fideiussore⁷⁹;

- l'azione del fideiussore volta a far dichiarare l'inoperatività della garanzia⁸⁰.

Sebbene la speciale protezione del garante sia sostanzialmente collegata al rapporto di accessorietà tipico della fideiussione ordinaria, l'art. 1957 c.c. è da alcuni ritenuto compatibile con l'ipotesi della garanzia autonoma⁸¹, purché espressamente richiamato dalle parti. La presenza del richiamo nel contratto di garanzia scatena, dunque, l'annosa questione della distinzione in concreto tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia. Come è noto, il dibattito è ancora piuttosto acceso in relazione alle clausole c.dd. "a prima richiesta": segnatamente, ci si chiede se la loro presenza comporti di per sé l'autonomia della garanzia. Le sezioni unite hanno chiarito che la clausola "a prima richiesta" costituisce un indizio rilevante nel senso dell'opzione per la garanzia autonoma, idoneo a far operare una vera e propria presunzione superabile soltanto dalla prova concreta di una diversa volontà delle parti. In tale occasione, si è altresì precisato che la garanzia autonoma esclude l'applicazione della tutela del fideiussore di

⁷⁶ Cass., 10 novembre 2006, n. 24060, in *Foro it. online*. Sul punto v. G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., pp. 542-543.

⁷⁷ Cass., 10 novembre 2006, n. 24060, cit.

⁷⁸ Cass., 2 maggio 2006, n. 10120, in *Foro it. online*.

⁷⁹ Cass., 22 ottobre 1994, n. 8723, in *Rep. foro it.*, 1994, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 61.

⁸⁰ Cass., 19 dicembre 1985, n. 6498, in *Giur. it.*, 1986, p. 1308.

⁸¹ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 541;

cui all'art. 1957 c.c.⁸²: ove però, nonostante il carattere autonomo altrimenti dimostrato della garanzia, le parti abbiano voluto comunque richiamare l'art. 1957 c.c., si deve ritenere che la decadenza ivi prevista sia impedita anche dalla semplice richiesta al fideiussore, formulata la quale nei termini di legge il creditore non è più tenuto ad agire contro il debitore⁸³.

Qualora creditore e debitore convengano una dilazione del termine, questa non è opponibile al fideiussore, in quanto patto *inter alios* peggiorativo della sua posizione⁸⁴. La dilazione comporta vicenda modificativa della disciplina del rapporto, sí che il garante non può essere tenuto a rispondere di un'obbligazione diversa da quella originariamente assunta. Il creditore che quindi voglia poter opporre la dilazione al garante non può prescindere dall'ottenere il consenso di quest'ultimo.

⁸² Cass., s.u., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Contratti*, 2010, p. 440, con nota di M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle sezioni unite*; Cass., 27 settembre 2011, n. 19736, in *Giust. civ.*, 2012, p. 60.

⁸³ Cass., 21 maggio 2008, n. 13078, cit.; Cass., 8 gennaio 2010, n. 84, in *Contratti*, 2010, p. 373. Di recente, v. Cass., 26 settembre 2017, n. 22346, in *Foro it. online*, che ha rilevato che «Il Collegio intende dare continuità al precedente del 2008, il quale nella specie trova ancora più giustificazione... nella circostanza che, in una pattuizione contrattuale in cui la garanzia si stabilisce a prima richiesta e, nel contempo, si prevede l'applicazione dell'art. 1957 c.c., comma 1 il criterio di esegesi di cui all'art. 1363 c.c. impone di leggere il rinvio a detta norma, tanto più se espresso, come nella specie, con un riferimento al termine di cui ad essa e non ad altro dei suoi contenuti, nel senso che il termine debba osservarsi con una mera richiesta stragiudiziale e non nel senso che si debba osservare con l'inizio dell'azione giurisdizionale, secondo la tradizionale esegesi della norma. È sufficiente osservare che, se il rinvio si intendesse anche alla previsione di tale azione, la garanzia non sarebbe più a prima richiesta, essendovi palese contraddizione nel postulare che una volontà contrattuale di imporre al garante l'adempimento dell'obbligazione di garanzia a semplice richiesta e senza possibilità di eccezioni, possa intendersi nel senso che tale richiesta si debba esprimere con l'azione giudiziaria: è sufficiente osservare che, esigendo l'esercizio dell'azione in giudizio la dimostrazione del bisogno di tutela giurisdizionale espressa nel precetto dell'art. 100 c.p.c., detta azione postulerebbe che il garante sia stato necessariamente attinto da una richiesta di adempimento dell'obbligo di garanzia in ragione dell'inadempimento del debitore garantito. Sicché, l'azione non potrebbe che iniziarsi dopo una richiesta stragiudiziale».

⁸⁴ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 549; Cass., 28 dicembre 1993, n. 12901, in in *Foro it. online*.

Si diceva della opinione che individua nell'art. 1957 c.c. una norma imperativa, come tale inderogabile, posta a presidio dell'ordine pubblico e, sempre secondo tale ricostruzione, espressione del dovere di buona fede *in executivis* del creditore. Sennonché, in realtà, i due profili si muovono su piani diversi: come sottolineato da una attenta dottrina⁸⁵, il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto non viene meno per effetto della deroga pattizia all'art. 1957 c.c., potendo il comportamento negligente o scorretto del creditore essere comunque sanzionato con la decadenza e l'estinzione della fideiussione.

Si discute della vessatorietà della clausola in deroga all'art. 1957 c.c. In dottrina vi sono voci favorevoli a questa conclusione⁸⁶, individuandosi nella pattuizione una limitazione alla facoltà di opporre l'eccezione di tardività da parte del fideiussore. L'opinione prevalente, tuttavia, esclude la vessatorietà in virtù della qualificazione come onere, e non obbligo, della condotta prescritta al creditore. La Cassazione rileva che la clausola non limita la facoltà di proporre eccezioni in quanto comporta «soltanto» una rinuncia all'applicazione dell'art. 1957 c.c.⁸⁷.

⁸⁵ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 551 s.

⁸⁶ F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata (Zeitbürgschaft) ed art. 1957 c.c.*, cit, p. 571; A. GIAMPIERI, *Disponibilità del termine di decadenza e principio di buona fede nel contratto di fideiussione*, in *Giur. it.*, 1989, p. 1524; A.A. DOLMETTA, *Sulla vessatorietà della clausola di rinuncia alla decadenza ex art. 1957 c.c. e sulla portata della liberazione del fideiussore di cui all'art. 1956 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, p. 424 ss. In giurisprudenza, Trib. Biella, 29 marzo 1988, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 445: «In altri termini, la regolamentazione degli opposti interessi delle parti, in modi differenti da quelli seguiti dal legislatore, quando avviene attraverso moduli e formulari, indipendentemente dalla esistenza di una vessazione, ma certamente solo per la tutela di chi contrae con il predisponente (finalità cui la norma dell'art. 1341 c.c. indubbiamente si ispira) deve essere soggetta alla forma particolare della specifica approvazione per iscritto ogni volta che pone la parte che contrae in una posizione deteriore sul piano giuridico, spostando a suo danno il punto di equilibrio individuato dal legislatore.

⁸⁷ *Ex multis*, Cass., 18 aprile 2007, n. 9245, cit., e Cass., 21 gennaio 2000, n. 675, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1153; Trib. Bologna, 3 novembre 2009, in *Contratti*, 2010, p. 160; Trib. Rimini, 21 agosto 2000, cit.; Trib. Foggia, 18 ottobre 2001, in *Foro it.*, 2002, I, c. 614.; App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, p. 222. Per questi e altri riferimenti, v. G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 552 ss. In dottrina, v. L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 149 ove si legge: «L'onere previsto dall'art. 1957 c.c. è un obbligo potestativo la cui introduzione è strumentale alla realizzazione della c.d. *perpetuatio obligationis*. Con la rinuncia da parte del consumatore ad azionare la

La soluzione continua a generare resistenze nella dottrina, che giudica l'atteggiamento della giurisprudenza troppo formalistico⁸⁸ e, comunque, afferma la certa vessatorietà della clausola ai sensi della disciplina consumeristica. In linea con questa osservazione si pone la prassi bancaria di previsione della deroga solo nei contratti di fideiussione con i «non consumatori» ai quali, in ogni caso, si premura di richiedere la specifica sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 c.c.

7. Con la clausola di reviviscenza le parti dispongono che qualora la banca, dopo aver incassato dal debitore il pagamento del credito garantito, si veda costretta a restituirlo in ragione del suo annullamento, revoca o altra causa, l'obbligazione fideiussoria «riviva» e, di conseguenza, il garante sia nuovamente tenuto a rimborsare le somme restituite dalla banca.

Sul punto, si è osservato che, per quanto nell'ordinamento vi siano tracce del fenomeno della reviviscenza (si pensi all'art. 2881 c.c. in materia di ipoteca)⁸⁹ non può individuarsi nel sistema un principio

decadenza, il professionista elimina l'obbligo che grava sul suo capo e, all'un tempo, mantiene l'effetto favorevole costituito dal mantenimento dell'obbligazione fideiussoria. Sembra, pertanto, possibile ricondurre nel n. 2 dell'art. 1469 *bis* c.c. anche l'ipotesi di rinuncia a far valere un'azione in caso di inadempimento dell'onere gravante sul professionista. Alla fattispecie risulta applicabile anche l'art. 1469 *ter*, comma 5, c.c., laddove si addossa al professionista l'onere di provare che, malgrado l'unilaterale predisposizione del modulo fornito al consumatore, la clausola in esame sia stata oggetto di specifica trattativa».

⁸⁸ G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 554.

⁸⁹ A favore dell'esistenza di un principio generale: G.A. MICHELI, *Revoca del pagamento della cambiale e reviviscenza dell'avallo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1948, p. 369; M. FRAGALI, *Fideiussione* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 382; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1007; M. DE MARCO e E. SPARANO, *La fideiussione bancaria*, Milano, 1981, p. 108; A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova 1974, p. 121; A. SASSI, *Le condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni omnibus*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, p. 805; G. PRESTI, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, p. 244; L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 45 ss. V., anche, M. CANTILLO, *Invalidità o inefficacia del fatto estintivo del credito e reviviscenza delle garanzie prestate da terzi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1967, p. 86, secondo il quale se il fatto estintivo non è idoneo a estinguere l'obbligazione, allo stesso modo sarebbe da considerare non idoneo a estinguere la garanzia. In linea, Trib. Firenze, 6 marzo 1978, in *Dir. fall.*, 1978, p. 314, con nota di M. BRONZINI, *Reviviscenza del credito dopo la revocatoria - Azione contro i coobbligati*.

generale valevole per tutte le forme di garanzia⁹⁰. Per questo, è abituale nelle fideiussioni bancarie il ricorso alla clausola espressa, contemplata anche nell'art. 2 del c.d. modello Abi sulle fideiussioni bancarie⁹¹.

La clausola è reputata valida⁹². Risalente e ormai abbandonata è, infatti, la prospettazione di dubbi di incompatibilità con l'art. 1957 c.c., al quale si attribuiva l'espressione di un principio di ordine pubblico di inammissibilità di un'obbligazione fideiussoria a tempo indeterminato⁹³. Piuttosto, è ancora attuale la questione se la clausola rivesta carattere di vessatorietà. In passato, alcune pronunce di merito vi riscontravano una limitazione del diritto del fideiussore di opporre l'eccezione di pagamento, bisognosa in quanto tale di specifica sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341, cpv., c.c.⁹⁴; essa, quindi, sarebbe anche soggetta, nei contratti con il consumatore, all'applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. *t*, c.cons.⁹⁵. In senso contrario, tuttavia, si è

⁹⁰ Cass., 15 novembre 2004, n. 21585, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Obbligazioni in genere*, n. 51; Cass., 20 dicembre 2002, n. 18156, in *Foro it.*, 2003, I, c. 770, con nota di M. FABIANI, *In tema di liquidazione revocatoria e liquidazione coatta amministrativa. Più di recente*, *Trib. Roma*, 24 settembre 2012, *inedita*.

⁹¹ Cfr. la Circolare ABI serie Legale Prot. LG/004231 del 26 settembre 2005, *Contratti bancari. Condizioni generali per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*, art. 2: «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 a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

⁹² Cass., 31 agosto 1984, n. 4738, in *Foro it.*, 1985, I, c. 505, con nota di G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fideiussione "omnibus" sia invalida*; Cass., 23 marzo 2004, n. 5720, in *Guida dir.*, 2004, p. 63; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, *cit.*; Cass., 27 maggio 2013, n. 13101, *Guida dir.*, 2013, p. 47. In dottrina, G. BOZZI, *La fideiussione*, *cit.*, p. 827.

⁹³ V. *supra* nota 71, nonché S. MAJO, *La garanzia "rediviva"*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 124 e, in giurisprudenza, Cass., 19 dicembre 1985, n. 6498, *cit.*

⁹⁴ *Trib. Mondovì*, 18 maggio 2005, *cit.*; *Trib. Milano*, 6 settembre 1979, in *Dir. fall.*, 1981, p. 419 ss.; *Trib. Milano*, 18 gennaio 1993, *cit.*, e il più recente *Trib. Monza*, 29 novembre 2007, n. 3349, in *Dir. e giust. online*.

⁹⁵ L. RUGGERI, *La fideiussione*, *cit.*, p. 50. Critici G. SETTANNI e M. RUGGI, *Fideiussione, clausola di reviviscenza e rinascita dell'obbligazione garantita*, in *Contratti*, 2015, p. 412, secondo i quali «sarebbe difficile individuare una proroga implicita di una garanzia che garantisce un pagamento fintantoché esso non sia effettuato, laddove questo effettivamente non possa essere considerato come tale... Passando ad analizzare la clausola in merito al profilo di un'eventuale introduzione di limitazioni alla possibilità del fideiussore di proporre eccezioni, sembrerebbe doversi ammettere che le eccezioni di cui parla l'art. 1341 c.c. dovrebbero riferirsi a quelle

stabilizzata la giurisprudenza della Cassazione, la quale ha escluso il riferimento all'eccezione di pagamento, giacché una volta revocato (o venuto meno per qualsiasi altra causa) questo, non è più dato riscontrare un atto solutorio rispetto al quale poter prospettare l'eccezione di avvenuto pagamento⁹⁶. Ad ogni modo, nella prassi bancaria è solitamente richiesta la specifica sottoscrizione della clausola, tanto più nelle ipotesi di fideiussioni prestate da consumatori.

La giurisprudenza di merito, tuttavia, opera delle differenziazioni in relazione alla causa di inefficacia del fatto estintivo dell'obbligazione. Nel caso di inefficacia del pagamento da revocatoria fallimentare, infatti, si precisa che la clausola del contratto di fideiussione omnibus con la quale il fideiussore garantisce anche i pagamenti restituiti dalla creditrice non opera nell'ipotesi di transazione della lite con il fallimento⁹⁷: probabilmente, si deve proprio a quest'ultimo approdo dei giudici la attuale tendenza della prassi bancaria di accompagnare alla clausola di reviviscenza la previsione secondo la quale, in caso di giudizio promosso nei confronti della banca per far valere l'annullamento, la revocatoria o l'inefficacia dei pagamenti conseguiti, questa avrà cura di acquisire il consenso del fideiussore «prima di formalizzare eventuali transazioni», aggiungendosi che, ove il fideiussore non presti tale consenso, egli «dovrà tenere indenne la banca dall'esito del giudizio e rifondere le spese legali sostenute».

8. Una interpretazione nel senso della invalidità delle clausole in deroga è quella che ne vaglia il potenziale contrasto con la disciplina *antitrust*. La Banca d'Italia, nel 2005⁹⁸, è intervenuta sulle norme ABI in tema di fideiussioni *omnibus*, all'esito di un procedimento nel corso

clausole che pongono limiti processuali e non limiti di natura sostanziale...Nondimeno, anche in questo caso bisognerebbe tenere presente che sarebbe solamente al momento dell'annullamento o della revoca del pagamento che occorrerebbe avere riguardo per verificare se l'eccezione di pagamento poteva essere opposta o no. Ed a quel momento il pagamento è come se non fosse stato mai effettuato».

⁹⁶ Cass., 27 maggio 2013, n. 13101, cit.; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, cit.; Cass., 8 febbraio 2008, n. 3011, cit.

⁹⁷ App. Milano, 19 settembre 2000, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, p. 167, con nota di A. ROMANO; Cass., 23 marzo 2004, n. 5720, cit.

⁹⁸ V. provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 «ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie».

del quale era stata interpellata anche l'AGCM, nel quale era emerso che alcune condizioni contrattuali, laddove siano oggetto di applicazione uniforme da parte degli istituti di credito, risultano lesive della concorrenza. Invero, a detta della Banca d'Italia, occorre impedire che l'inserimento nello schema contrattuale uniforme predisposto dall'Associazione di categoria di talune clausole, contenenti per il fideiussore oneri diversi da quelli derivanti dalla disciplina ordinaria, ostacoli la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche a uniformarsi a uno «*standard* negoziale deteriore» per il garante. Ciò si è rilevato, in particolare, con riferimento:

- alla clausola di deroga all'art. 1957 c.c. (art. 6 dello schema ABI⁹⁹), nella misura in cui è idonea ad arrecare «un significativo vantaggio» a favore della banca;

- alla clausola di reviviscenza (art. 2 dello schema ABI¹⁰⁰), nella misura in cui produce «conseguenze particolarmente pregiudizievoli» per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso;

- alla clausola che sancisce l'insensibilità della garanzia ai vizi del titolo dal quale deriva l'obbligazione principale (art. 8 dello schema ABI¹⁰¹), nella misura in cui può indurre la banca, in sede di concessione del credito, a «dedicare una minore attenzione» alla validità o all'efficacia del rapporto instaurato con il debitore.

Per vero l'AGCM, in quella occasione, aveva sollevato anche dubbi sulla clausola di pagamento a prima richiesta ma, sul punto, la Banca d'Italia ha adottato una soluzione diversa, reputando la clausola in

⁹⁹ A mente del quale «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato».

¹⁰⁰ A mente del quale «a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

¹⁰¹ A mente del quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

questione «funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito».

Orbene, in una recente decisione del Tribunale di Venezia, si è dichiarata la impossibilità per l'istituto di credito di opporre al fideiussore la clausola derogativa dell'art. 1957 c.c., anche nell'attuale formulazione corretta dalla Banca d'Italia, proprio in quanto reputata clausola in esecuzione di una intesa anticoncorrenziale vietata dall'art. 2, comma 2, lett. a, l. n. 287 del 1990¹⁰². Naturalmente, si tratta di una nullità che trova la propria ragione nell'intesa esistente a monte e, quindi, operante soltanto nel caso in cui manchi negoziazione individuale. Interessante rilevare che, nella specie, il Tribunale ha ritenuto dimostrato il rapporto causale tra norme ABI e singolo contratto, in virtù della perfetta identità dei testi delle clausole¹⁰³. L'effetto anticoncorrenziale della clausola in deroga all'art. 1957 c.c. è poi rintracciato dal Tribunale nello scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, imponendosi al fideiussore la sottoscrizione della clausola che sostituisce al suo «diritto di scelta effettiva» tra prodotti in concorrenza una «scelta apparente».

Non è in discussione l'astratta validità della deroga che sia il frutto della libera trattativa tra creditore e garante, bensì il profilo pubblicistico delle ricadute sulla concorrenza della reiterata riproduzione dello schema di fideiussione ABI, in grado di annullare il senso della deroga pattizia che, di contro, si riproduce quasi

¹⁰² Trib. Venezia, 6 giugno 2016, in *Foro pad.*, 2017, c. 198, nota G. SICCHIERO. *Sulla nullità della deroga all' art. 1957 c.c. (e di altre clausole delle fideiussioni omnibus) per violazione della disciplina antitrust (art. 2 l. n. 287/1990).*

¹⁰³ Afferma il Tribunale: «che nel caso di specie vi sia una intesa anticoncorrenziale deriva dal fatto che la forma della clausola fideiussoria in questione risulta contenuta nel contratto *standard* proposto agli istituti di credito dall'Associazione Bancaria Italiana e risalente al 2002 e che il contenuto di detto schema negoziale è risultato sostanzialmente riprodotto nei contratti dalle banche con ampia diffusione, non potendosi ascrivere ad un fenomeno spontaneo del mercato, ma piuttosto agli effetti di una pratica concordata tra istituti di credito sul tema della contrattualistica». Critico rispetto alla possibilità di rinvenire una pratica *antitrust*, E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), cit., p. 13 ss., spec. p. 19.

inavvertitamente fino ad essere percepita come un fatto dovuto dal fideiussore¹⁰⁴.

La motivazione forte del giudice di merito non ha tardato a trovare l'avallo della Corte di Cassazione la quale, con una recentissima sentenza¹⁰⁵, ne ha ripreso e sviluppato gli argomenti: la Corte conferma il carattere anticoncorrenziale di una contrattazione «che non ammette alternative» per l'effetto di una «collusione a monte» con conseguente danno «a valle» del contraente debole, in termini di privazione del suo diritto ad una «scelta effettiva tra prodotti in concorrenza».

La pronuncia ha altresì il merito di avere espressamente svincolato il giudizio di conformità delle «clausole in deroga» alla disciplina *antitrust* dalla sequenza temporale degli interventi in materia della Banca d'Italia. Con motivazione del tutto condivisibile, la Corte ha chiarito che la circostanza che il contratto impugnato sia anteriore (sia pure di pochi mesi) al provvedimento ABI del maggio 2005, non sottrae le relative clausole al controllo di validità, a condizione che l'intesa anticoncorrenziale «a monte» sia stata posta materialmente in essere prima del negozio denunciato come nullo. L'autorità garante non detiene, infatti, alcun «potere di prescrizione» sui comportamenti *in*

¹⁰⁴ Sul punto, v. anche G. SICCHIERO, *Sulla nullità della deroga all' art. 1957 c.c.*, cit., pp. 201-202. L'A. solleva, pur apprezzando la decisione di merito, solleva alcune critiche alla sentenza così come al provvedimento della Banca d'Italia del 2005, rilevando che: «in presenza di un accordo tra imprese, di cui l'ABI è l'esponente, diretti a fissare clausole di contratto da applicare in via generalizzata da parte degli associati, si è in presenza di un comportamento vietato (per sé), in quanto ricade nella lett. a) del comma 2 dell' art. 2 L. n. 287/1990 (al pari della lett. a) dell'art. 101 TFUE) e dunque è “nullo ad ogni effetto” ai sensi del terzo comma della medesima disposizione».

¹⁰⁵ Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it. online*. La vicenda è originata dalla circostanza che il contratto stipulato tra il fideiussore e la Banca il 18 febbraio 2005, non poteva, secondo la Corte territoriale, essere dichiarato nullo in forza di un *dictum* (dell'Autorità di garanzia) sopravvenuto al patto (il provvedimento della Banca d'Italia n. B423 del 2 maggio 2005) e ciò: a) perché la Banca d'Italia aveva invitato l'ABI a trasmettere le circolari emendate al sistema bancario; b) l'illegittimità delle singole previsioni contrattuali tipizzate era tale in conseguenza del loro inserimento uniforme nello schema ABI, sicché solo il mancato adeguamento dell'Associazione al provvedimento della Banca d'Italia sarebbe comportamento omissivo idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati in base alle NBU.

Sul tema, v. le riflessioni di B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2018, p. 21.

facto dei soggetti da essa vigilati, che sia necessario e pregiudiziale all'accertamento del giudice, non essendoci traccia di tale potere «in nessuna previsione di legge né nei principi regolatori della materia».

L'impatto della sentenza sulla più diffusa prassi bancaria non può che essere dirompente, prospettandosi una nuova e presumibilmente sofferta battaglia, da combattere a più livelli, sul tema della validità delle “clausole in deroga” alla disciplina legale della fideiussione.