

il diritto del figlio a conoscere le proprie origini finirebbe per trovare un ostacolo tanto insormontabile, quanto del tutto inconsapevole, nell'incapacità materna, conclusione ritenuta non accettabile ove si tratti, come nella specie, di diritti fondamentali.

La decisione in commento, al contrario, sceglie l'opzione più cautelativa dell'interesse materno all'anonimato, dando così continuità all'interpretazione espressa nell'unico precedente già espresso dalla S.C. nel 2021⁵⁴.

Deve, infatti, in primo luogo rilevarsi che la persona assente o irreperibile può essere equiparata a quella deceduta solo a seguito di un preciso *iter* procedimentale (art. 58 c.c.); prima di tale momento la persona, pur eventualmente perdendo la capacità naturale o di agire, certamente non perde la titolarità dei diritti fondamentali, tra i quali anche quelli che qui vengono più direttamente in rilievo: diritto alla riservatezza, all'oblio e all'identità personale, i quali anzi, proprio nelle situazioni di minorata capacità, devono trovare nell'ordinamento una fonte di precipua tutela e promozione.

Né, d'altronde, in caso di incapacità legale, l'onere di rispondere all'interpello può essere affidato al rappresentante della persona vulnerabile. La decisione di rinunciare all'anonimato, infatti, proprio perché incide sui diritti personalissimi su individuati, non può essere in alcun modo delegata; certo non lo può essere con i meccanismi tradizionali delle misure a tutela dell'incapace (interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno) e forse nemmeno con i nuovi strumenti che il legislatore oggi offre per permettere alla persona di esprimere anticipatamente la propria volontà e il proprio consenso per il caso in cui un giorno non sia più eventualmente in grado di farlo. La L. n. 219/2017, sulle c.d. "*disposizioni anticipate di trattamento*" – DAT –, infatti, consente alla persona maggiorenne e capace di intendere e di volere di autodeterminarsi oggi, in previsione di una eventuale futura incapacità, ma ciò solo dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte; ove ciò avvenga può, attraverso le DAT, esprimere *ora* le proprie volontà in materia di tratta-

menti sanitari, consegnandole ad un fiduciario, che potrà farle valere in futuro.

Tale normativa, dunque, da un lato, è precisamente perimetrata intorno alle cure e ai trattamenti sanitari e, sotto altro profilo, assicura ad ogni modo che il medico, in accordo con il fiduciario, possa disattendere le DAT, qualora queste appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente (art. 4, 5° comma, L. cit.). Un siffatto meccanismo riesce quindi a rinnovare e riattualizzare le DAT, eventualmente anche superandole, se necessario. Ebbene, con riferimento all'anonimato materno tale attualizzazione appare problematica; sembra dunque opportuno distinguere; *i*) si può ipotizzare che la madre, rimasta anonima, confermi tale volontà anche nelle DAT, per il caso di propria futura incapacità. In tal caso appare difficoltoso ammettere che il medico, in applicazione dell'art. 4, 5° comma, cit., possa superare detta volontà materna, rischiando altrimenti di pervenire surrettiziamente al superamento del diritto all'anonimato, in aperto contrasto con il patto di riservatezza siglato con la madre al momento del parto. Oppure, *ii*) si può ipotizzare che la madre rimasta anonima dichiari nelle DAT, ora per allora, di acconsentire all'eventuale interpello che il figlio dovesse porle in futuro, quando ella potrebbe già essere naturalmente incapace. In tal caso il meccanismo delle DAT appare più coerentemente applicabile: il medico sarebbe un giorno chiamato ad attualizzare la volontà materna di disvelarsi al figlio, valutando se l'esito positivo dell'interpello possa o meno essere in contrasto con la condizione psichica in cui la donna si troverà in quel momento. In questo secondo caso, lo strumento delle DAT appare quindi sufficientemente duttile e coerente con il sistema. Nel primo, invece, partendo doverosamente dal presupposto secondo il quale l'anonimato materno trova fondamento nell'esigenza di tutelare la vita e la salute della madre e del nascituro, nel conflitto ultimo e non risolvibile tra i due diritti antagonisti, quello della madre all'anonimato dovrà comunque prevalere su quello del figlio a conoscere le proprie origini.

Contratto autonomo di garanzia

Corte d'Appello di Napoli, 1° marzo 2022 – Pres. Fusillo – Rel. De Paola – P.E. (avv.ti Montagnani e Rosapepe) – B.P.V.S. COOP. (avv.ti A. Riccardi e E. Riccardi).

Obbligazioni e contratti – Qualificazione – Clausola di pagamento anche in caso di opposizione del debitore – Contratto autonomo garanzia – Non sussiste

La clausola del contratto di fideiussione secondo la

quale il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, non è di per sé solo idonea a qualificare tale atto come un contratto autonomo di garanzia, non essendo sufficiente ad escludere l'accessorietà della garanzia e il conseguente diritto del fideiussore di opporre le eccezioni relative al rapporto fondamentale.

Omissis. – Venendo ora all'esame del motivo di gravame,

⁵⁴ Cass. civ., 9 agosto 2021, n. 22497, cit. e, nella giurisprudenza di merito, App. Ancona, sez. minori, 12 marzo 2021, in *Fam e dir.*, 2021, 743, con nota di Bugetti, *Il diritto all'anonimato della*

madre incapace prevale sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini.

la Corte ritiene di qualificare il rapporto giuridico intercorso tra il P. e la banca come un contratto di fideiussione e non come un contratto autonomo di garanzia, come invece ritenuto dal giudice di prime cure.

Infatti, l'analisi degli artt. 6, 7, 8 e 9 del contratto intercorrente tra le parti, laddove sono specificati i perimetri della garanzia, fa propendere per la tesi dell'accessorietà del rapporto, e ciò soprattutto perché manca una clausola "senza eccezioni", ovvero una clausola che obblighi il garante a corrispondere al garantito la somma richiesta senza possibilità di poter sollevare le eccezioni sollevabili dal debitore principale.

Infatti, esaminando il contratto *de quo*, non emerge una chiara autonomia del contratto di garanzia rispetto all'obbligazione contratta dalla A. Spa, non rinvenendosi in particolare la clausola di rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c.; tale non può essere la clausola contenuta nell'art. 8 della fideiussione, ove vi è la clausola del pagamento "a semplice richiesta scritta" ma non quella "senza eccezioni", che impedisce al fideiussore di sollevare le eccezioni spettanti al debitore principale.

Proprio la concessa facoltà al fideiussore di poter sollevare le eccezioni spettanti al debitore principale qualifica il rapporto garantito come accessorio, e non autonomo, rispetto a quello principale, ragion per cui, in assenza di una espressa clausola impeditiva di ciò, il rapporto deve qualificarsi come fideiussione e non come contratto autonomo di garanzia, con piena applicazione, pertanto, dell'art. 1945 c.c.

Le medesime Sezioni Unite, pur nell'affermare, in termini generali e come indicazione di principio da seguire, che la previsione di una clausola "a prima richiesta, senza riserva di eccezioni", deve indirizzare l'interprete verso la qualificazione di contratto autonomo, ha, in ogni caso, ri-

marcato come ciò possa valere in assenza di indici che possano condurre ad una diversa opzione interpretativa, capace di riportare la fattispecie nell'ambito del contratto di fideiussione, ancorché, magari, connotato da aspetti di atipicità, ma, comunque, sempre accessorio a quello principale.

Orbene, esaminando le clausole contenute nel contratto in discorso, si ritiene che queste non contengano affatto elementi decisivi per affermare che sia stato reciso il collegamento tra il rapporto principale, cioè il corretto adempimento delle obbligazioni contratte dalla A. Spa, e l'obbligazione di pagamento cui è tenuto il P., oggi appellante.

Infatti, art. 8 del contratto recita quanto appresso: "Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio". All'art. 9 si legge: "Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate".

Orbene, già da una semplice lettura degli artt. 8 e 9 del contratto, emerge che non vi è alcun accenno alla rinuncia a proporre eccezioni in merito alla invalidità o insussistenza del rapporto garantito, sostanziandosi l'obbligo del pagamento "a prima richiesta" in un impegno al più configurabile in termini di *solve et repete*.

Quindi, dalla lettura delle pattuizioni, non si può trarre in alcun modo il significato che, con quelle previsioni, al fideiussore sia impedita la possibilità di eccepire l'invalidità della applicazione di tassi ultralegali non espressamente concordati, della cms o di altre spese e costi non pattuiti. – *Omissis*.

Qualificazione del contratto: clausole indice e tipizzazione del contratto autonomo di garanzia

Marco Ticozzi*

La qualificazione di un contratto quale fideiussione piuttosto che contratto autonomo di garanzia può portare a delle conseguenze molto rilevanti sulla disciplina applicabile alla fattispecie: basti pensare alla discussa inapplicabilità dell'art. 1957 c.c. al contratto autonomo di garanzia, questione di estrema attualità tenuto conto della nullità parziale della clausola derogativa di tale disposizione contenuta nelle fideiussioni laddove conforme allo schema ABI (Cass. civ., Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994). Essendo il contratto autonomo di garanzia un contratto atipico, non è facile delineare a priori quale possa essere un contenuto contrattuale caratterizzante questo contratto. Fermo il fatto che la qualificazione deve essere fatta caso per caso, esaminando quello specifico contratto in ipotesi riconducibile alla tipologia del contratto autonomo di garanzia, resta il fatto che può essere opportuno identificare quelle clausole frequentemente utilizzate nella pratica che siano indicative della presenza, nel caso concreto, di un contratto autonomo di garanzia. Da tale profilo, se è pur vero che l'atipicità del contratto non consente un'indicazione aprioristicamente sempre valida, potendo ogni ipotesi differire dalle altre, resta il fatto che i modelli contrattuali tendono a ripetersi: da tale profilo, quindi, l'obiettivo è quello di delineare quali clausole possano – in assenza di indicazioni di segno contrario presenti nello specifico contratto – fare propendere per la qualificazione del contratto come contratto autonomo di garanzia piuttosto che fideiussione.

Introduzione

L'interesse all'approfondimento della questione concernente la distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia deriva non solo dal rilievo teorico ma anche dalle conseguenze pratiche: la qualifi-

cazione di un contratto in un modo piuttosto che in un altro, infatti, può portare a conseguenze rilevanti in merito alla disciplina applicabile alla fattispecie.

Un primo aspetto in cui può rilevare la distinzione è quello relativo all'inapplicabilità della disposizione di

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

cui all'art. 1957 c.c. anche al contratto autonomo di garanzia: si tratta, peraltro, di una tematica di estrema attualità, visto che Cass. civ., Sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994 ha indicato che vi è nullità parziale della clausola che preveda una deroga all'art. 1957 c.c. con una previsione conforme allo schema ABI.

In modo analogo rileva la qualificazione del contratto come fideiussione o contratto autonomo in relazione alla disciplina del consumatore. È di attualità la questione relativa alla applicabilità della disciplina del consumatore a chi concluda un contratto autonomo di garanzia senza essere professionista¹.

Un tempo² si riteneva che il contratto del garante accedesse al rapporto principale, non potendosi applicare la disciplina del consumatore al garante persona fisica ove la garanzia si riferisse a un debito sorto per esigenze imprenditoriali o professionali. Per contro oggi, anche a seguito di alcune sentenze della Corte di Giustizia³, si ritiene che la disciplina del codice del consumo e in particolare quella delle clausole vessatorie si applichi al contratto autonomo di garanzia concluso da un consumatore e ciò indipendentemente dalla tipologia di rapporto garantito⁴. Anche ora, le conseguenze che possono derivare dalla qualificazione del contratto sono rilevanti perché, ad esempio, se si riconoscesse abusiva la clausola limitativa della possibilità di opporre eccezioni, il garante consumatore di un contratto autonomo dovrebbe essere ammesso ad opporre tali eccezioni; allo stesso modo, dovrebbe dichiararsi abusiva la clausola che fissi la competenza in luogo diverso dalla residenza del consumatore⁵.

Quelle anticipate sono tematiche di indubbio inte-

resse, che meriterebbero una trattazione autonoma e che qui sono richiamate al solo fine di indicare perché vi sia un rinnovato interesse alla qualificazione del contratto di garanzia come fideiussione o contratto autonomo: in particolare, delineati i tratti caratterizzanti i due tipi contrattuali, il tentativo è diretto ad individuare quali siano le clausole tipiche di una tipologia e dell'altra.

La sentenza in commento offre lo spunto per chiare e, soprattutto, verificare in concreto quando ci si trovi di fronte a una fideiussione piuttosto che a un contratto autonomo di garanzia.

Nella maggior parte dei casi questi contratti derivano da garanzie prestate in favore di istituti di credito⁶ attraverso dei moduli standard⁷: per tale ragione, sembra alquanto improbabile che la qualificazione del contratto possa derivare dalla valorizzazione di elementi extratestuali. Pertanto, mentre in astratto è vero che la valutazione potrebbe essere fatta non solo sulle clausole contrattuali, in concreto e nella maggior parte dei casi è probabile che la valutazione sarà operata sulla sola base del dato testuale.

Anche per tale ragione ci sembra interessante la sentenza in esame, giacché si sofferma su differenti ipotesi di clausole tipicamente contenute in questi contratti di fideiussione o di garanzia a prima richiesta.

Fideiussione e contratto autonomo di garanzia

Non è questa la sede per ripercorrere in maniera articolata la differenza tra le due tipologie contrattuali.

¹ La questione è ampiamente trattata dalla dottrina. Tra gli interventi più recenti segnaliamo: Pagliantini, *Il consumatore di rito italiano e l'acquisto promiscuo: cronaca di un rebus*, in *Giur. It.*, 2022, 517 e segg.; Gola, *Tutela del consumatore, codice del consumo e contratto autonomo di garanzia*, in *Contratti*, 2022, 403 e segg.; Caporusso, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Giur. It.*, 2022, 533 e segg.; Melano Bosco, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*, in *Giur. It.*, 2021, 836 e segg.; Azzarri, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *Contratti*, 2021, 60 e segg.; Pagliantini, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2021, 106 e segg.; Bellino, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, 762 e segg.; Salvi, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, in *Contratti*, 2020, 93 e segg.; Renna, *La fideiussione del socio: aspetti problematici*, in *Contratti*, 2017, 465 e segg.

² Questo era l'orientamento in essere fino a Cass. civ., 5 dicembre 2016, n. 24846 e Cass. civ., 9 agosto 2016, n. 16827.

³ In particolare nelle sentenze Corte giust. UE, 19 novembre 2015, in causa C-74/15, Tarcau, e Corte giust. UE, 14 settembre 2016, in causa C-534/15, Dumitras.

⁴ Da ultimo in questo senso Cass. civ., 18 febbraio 2022, n. 5423 per la quale appunto "nel contratto autonomo di garanzia "a prima richiesta e senza eccezioni", l'accertamento della qualità di consumatore del garante dev'essere effettuato con riferimento a quest'ultimo contratto (e non a quello garantito) e, in caso di esito positivo, ne deriva l'applicazione dell'art. 33, 2° comma, lett. t), c. cons., la cui previsione circa la limitazione della facoltà di opporre eccezioni va riferita sia a quelle relative al rapporto di garanzia sia a quelle relative all'inadempimento del rapporto garantito da par-

te del debitore, con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, ove la clausola venga riconosciuta abusiva, il contratto conserverà validità ai sensi dell'art. 36, comma 1, c. cons., e il garante potrà opporre le suddette eccezioni". Ma il mutamento di orientamento rispetto al passato era già anticipato anche da Cass. civ., 13 dicembre 2018, n. 32225, Cass. civ., 16 gennaio 2020, n. 742, Cass. civ., 24 gennaio 2020, n. 1666 e da Cass. civ., 16 novembre 2021, n. 34515.

⁵ Su questo particolare caso la recente sentenza Cass. civ., 19 luglio 2021, n. 20633, che prima ricorda il principio generale per il quale "i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato in favore di un professionista devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale)" e poi, in applicazione di questo principio, ha indicato che "la conseguenza, lumeggiata segnatamente dalle decisioni della Corte giust. UE C-74/15, Tarcau e Corte giust. C-534/15, Dumitras, [è] che ove la prestazione di garanzia non si configuri come esercizio di un'attività professionale, anche se resa da un professionista, non viene meno la qualità di consumatore del fideiussore e la fattispecie non si sottrae perciò all'applicazione della disciplina consumeristica ed in particolare all'applicazione del foro del consumatore (Cass. civ., Sez., III-IV, 3/12/2020, n. 27618; Cass. civ., Sez., VI-I, 24/01/2020, n. 1666; Cass. civ., Sez., VI-I, 16/01/2020, n. 742)".

⁶ Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano 2012, 526.

⁷ Padovini, *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 125 e segg. Ritiene che la clausola che esclude l'accessorietà del vincolo non abbia carattere vessatorio, trattandosi di clausola che individua un differente tipo contrattuale.

Ai fini che ci interessano, è comunque necessario valorizzare gli elementi di differenziazione, vale a dire le caratteristiche peculiari che caratterizzano un tipo contrattuale differenziandolo dall'altro. Ricordiamo che, mentre il contratto di fideiussione è un contratto tipico, il contratto autonomo di garanzia è un contratto atipico la cui diffusione deriva dal commercio internazionale⁸. È chiaro, quindi, che il riferimento ai tratti tipici del contratto autonomo di garanzia non si basa su previsioni normative ma sulla tipizzazione di tale contratto: chiaramente l'identificazione di elementi caratterizzanti il contratto autonomo di garanzia non esclude che le parti possano, nel caso concreto, concludere un contratto, sempre atipico, privo di alcune di tali caratteristiche⁹.

In termini generali, il dato essenziale che caratterizza il contratto autonomo di garanzia è l'assenza di un rapporto di accessorietà della garanzia¹⁰, viceversa presente nella fideiussione in modo più o meno intenso¹¹.

Quindi, mentre il fideiussore può opporre tutte le

eccezioni che spettano al debitore principale salvo solo quella di incapacità (art. 1945 c.c.), nel contratto autonomo di garanzia il garante si impegna non solo a tenere indenne il garantito, provvedendo immediatamente all'adempimento, ma anche a non opporre le eccezioni che potrebbe opporre il debitore principale¹², con impossibilità di agire in ripetizione una volta eseguita la prestazione dovuta¹³.

L'assenza di un rapporto di accessorietà ha rilievo anche nei rapporti interni: il fideiussore che ha pagato ha regresso, ma può subire le eccezioni del debitore principale ai sensi dell'art. 1952 c.c. Nel contratto autonomo di garanzia il garante, una volta pagato, ha regresso, con impossibilità per il debitore principale di poter opporre eccezioni al garante¹⁴: ove anche fossero state presenti ragioni ostative all'adempimento dell'obbligazione, il debitore principale sarà tenuto al pagamento in favore del garante e potrà nel caso sollevare ogni contestazione al solo creditore¹⁵.

Dunque, il contratto autonomo di garanzia è carat-

⁸ Bianca, *op. cit.*, 526. Sui modelli utilizzati nel commercio internazionale: Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano 1991; Viale, *Il sistema delle garanzie personali negli Usa*, in *Contratto e Impresa*, 1989, 659.

⁹ Un tale contratto sarebbe possibile e valido se meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, andando tale meritevolezza valutata nel singolo caso, senza la possibilità di avvalersi di quella nella sostanza già verificata per i contratti che corrispondano al contratto autonomo di garanzia tipizzato.

¹⁰ Costanza, *Contratto autonomo di garanzia e clausole di deroga all'art. 1939 c.c.*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 1171.

¹¹ Sul contratto autonomo di garanzia e sulle differenze con la fideiussione ricordiamo in particolare: Carli, *Contratto autonomo di garanzia: differenze funzionali con il contratto di fideiussione*, in *Contratti*, 2021, 5, 531 e segg.; Cappai, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 127; Frigeni, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita Notar.*, 2013, 565; Secondo, *Osservazioni in tema di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. It.*, 2012, 2578 e segg.; Tartaglia, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*, in *Giust. Civ.*, 2011, I, 497; Stella, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, Milano 2010; Bertolini, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, II, 435; Tarantino, *Contratto autonomo di garanzia: causa e operazione economica*, in *Contratti*, 2009, 1103; Macario, *Garanzie personali*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, 2009, 411 e segg.; Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, Torino, 2006, 131 e segg.; Chiné, voce nuova 2008 "Contratto autonomo di garanzia", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XVI; Corapi, voce "Garanzie bancarie (ordinamento italiano)" *postilla di aggiornamento-2006*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XV; Cavanna, *Brevi note in tema di clausola di pagamento a prima richiesta, contratto autonomo di garanzia, fideiussione*, in *Giur. It.*, 2004, 2343; Lobo, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, 107 e segg.; Pardolesi, *Polizza fideiussoria in cerca d'identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*, in *Foro It.*, 2001, I, 3174; Petti, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2000, 495 e segg.; Meo, *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, in *Banca Borsa*, 1995, I, 443 e segg.; Mastro-paolo, *I contratti autonomi di garanzia*, II ed., Torino, 1994; Natucci, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova 1992; Nappi, *La garanzia autonoma*, Napoli, 1992; Pontiroli, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, Padova 1992; Padovini, *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, in *Con-*

tratto e Impresa, 1991, 125; Navarretta, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 285; Bozzi, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli 1990; Calderale, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Cacucci, Bari 1989; Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova 1988; De Sanna, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano 1988; Benatti, *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. Dig. It.*, appendice III, Torino 1982, 918; Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, Milano 1978, II, 1043.

¹² In particolare sui limiti alla possibilità di proporre eccezioni nel contratto autonomo di garanzia: Salvi, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, in *Corti salernitane*, 2012, 274; Montani, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2012, I, 552; Doria, *Riflessi sull'exceptio doli generalis dei doveri di protezione gravanti in capo al garante "autonomo"*, in *Giur. It.*, 2001, 1987; Lambrini, *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, II, 443; Garofalo, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996, I, 629.

¹³ In questo senso Cass. civ., 19 giugno 2001, n. 8324 ha sottolineato proprio che "nel contratto autonomo di garanzia, la recisione pattizia del collegamento tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia derivante dalla deroga convenzionale all'art. 1945 c.c. non si risolve nella mera imposizione di un onere di *solve et repete* in capo al garante; ne deriva che, una volta intervenuta la solutio (alla quale il garante è tenuto in ogni caso, salva la possibilità di formulare l'*exceptio doli*), costui – non essendo autorizzato a far valere in via riconvenzionale ciò che gli è inibito in via di eccezione – non è legittimato a promuovere azione di rivalsa nei confronti del creditore deducendo la sopravvenuta estinzione del rapporto principale (nella specie: per la sopravvenuta dichiarazione di fallimento del debitore principale), spettandogli unicamente l'ordinaria azione di regresso ex art. 1950 c.c. contro il debitore principale".

¹⁴ Bianca, *op. cit.*, 529. In questo senso Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5526 indica che, nel contratto autonomo di garanzia, vi è una "esclusione della facoltà, per il debitore principale, di opporre al garante che agisce in regresso le eccezioni di cui all'art. 1952 c.c."

¹⁵ In questo senso Galgano, *Trattato di Diritto civile*, III, Padova 2010, 383-384 il quale precisa che "il contratto autonomo di garanzia è, perciò, solo relativamente autonomo dal rapporto

terizzato dall'assenza di questo vincolo di accessorieta', del quale quindi si deve trovare riscontro nel contratto e, in particolare, nella presenza di clausole dirette a escludere la possibilita' per il garante di far valere le eccezioni del debitore. Un dato rilevante e' che tali previsioni contrattuali, per essere idonee a far ritenere sussistente un contratto autonomo di garanzia, non devono limitarsi a impedire l'eccezione nella fase di adempimento ma devono escludere in modo assoluto che il garante possa, anche in un secondo momento (ed esempio in sede di ripetizione), far valere tali eccezioni del debitore garantito.

Per questa ragione, la mera presenza di una clausola che impegna il garante a pagare a semplice richiesta scritta non e' sufficiente a far ritenere sussistente un contratto autonomo di garanzia: cio' perche' astrattamente tale previsione e' compatibile sia con una garanzia con caratteristiche di accessorieta' (assumendo una valenza meramente processuale e risolvendosi in una clausola di *solve et repete*, ai sensi dell'art. 1462 c.c.) e sia con una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un vero e proprio contratto autonomo di garanzia¹⁶.

In definitiva, per poter configurare un contratto autonomo di garanzia, e' necessario che dal contratto emerga la volonta' dei contraenti di rendere autonoma la garanzia, imponendo al garante non solo di pagare immediatamente ma anche di non sollevare in modo assoluto (anche in un secondo momento) eccezioni.

Qualificazione del contratto e clausole indice

Nella giurisprudenza e' possibile rintracciare diverse ipotesi di previsioni contrattuali che potrebbero astrattamente far sorgere dei dubbi sull'inquadramento del contratto come fideiussione piuttosto che come contratto autonomo di garanzia.

Vediamone alcune, con una premessa: chiaramente la qualificazione del contratto non puo' essere fatta in astratto basandosi solo sulla singola clausola, ma deve essere fatta in concreto esaminando il contratto nel suo complesso.

Riteniamo comunque di un qualche interesse verificare alcune clausole contrattuali rinvenibili nella casistica della giurisprudenza e spesso collegate alla possibilita' o meno di far ritenere sussistente un'ipotesi di

contratto autonomo di garanzia. Chiaramente questo esercizio non deve portare a rigidi schematismi per i quali, alla presenza di una certa clausola, debba corrispondere un dato tipo contrattuale. Nell'esame che seguirà vi sono casi di clausole che paiono idonee a una certa qualificazione, ma che nel caso concreto erano contraddette da altre previsioni del contratto, tanto da spingere il giudice a una soluzione opposta rispetto a quella che poteva derivare dalla considerazione della sola previsione in discussione.

Per cui il senso della ricerca che stiamo compiendo e' quella di raccogliere alcune previsioni contrattuali ricorrenti e valutare se queste possano essere un indice per qualificare il contratto come fideiussione o come contratto autonomo di garanzia. Poi, la presenza di una data clausola potra' essere confermata o contraddetta dagli altri elementi del contratto: nel primo caso la qualificazione pare più semplice, stante la convergenza di elementi sintomatici; nel secondo, chiaramente occorre pesare i diversi indici, interpretando il rapporto per determinare se le parti volessero o meno quel vincolo di accessorieta', che nel contratto autonomo di garanzia e' assente.

Esempi di singole clausole indice

Ferma la premessa metodologica di cui sopra e i limiti dell'indagine che stiamo per compiere, evidenziamo che una prima locuzione utilizzata nelle garanzie e' quella per la quale il garante deve procedere al pagamento "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta".

Tale previsione contrattuale, in assenza di altri elementi, non e' idonea a far ritenere sussistente un contratto autonomo di garanzia: in questo senso si e' correttamente indicato che tali espressioni possono riferirsi "sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorieta', più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia, infine, a clausole il cui inserimento nel contratto di garanzia e' finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957 c.c. (ad esempio, limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione

principale: l'accessorieta' e' inoperante nei rapporti tra garante e creditore garantito; e', invece, operante nei rapporti fra debitore principale e creditore garantito: proprio perche' l'obbligazione del garante e' accessoria a quella del debitore principale il pagamento ricevuto dal garantito, se non giustificato dal rapporto principale, e' soggetto a ripetizione".

¹⁶ In questo senso Cass. civ., 28 febbraio 2007, n. 4661 ha indicato che "costituisce contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta, la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validita' ed efficacia del rapporto di base con l'impossibilita' per il garante di sollevare eccezioni, onde tale contratto si distingue dalla fideiussione per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, poiche', mentre il fideiussore e' debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante nel contratto auto-

nomo 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; per distinguere le suddette figure contrattuali non si profila 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: le differenze, infatti, devono essere ricercate sul piano dell'autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorieta', assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di *solve et repete*, ai sensi dell'art. 1462 c.c.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia".

della garanzia), esonerando il creditore dall'onere di proporre l'azione giudiziaria"¹⁷.

La soluzione accolta dalla giurisprudenza è corretta perché l'indicazione per la quale il garante deve procedere al pagamento "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta" nulla indica circa la possibilità di proporre eccezioni e, anche a ritenerle non proponibili in sede di esecuzione perché in ipotesi incompatibili con la necessità di pagare immediatamente dopo la richiesta, certamente nulla indica circa la definitività di tale rinuncia¹⁸.

Una seconda ipotesi presa in considerazione da numerose altre sentenze è rappresentata dalla clausola per la quale il garante deve pagare "ogni eccezione rimossa".

Le massime delle sentenze che qualificano il contratto partendo dalla presenza di una tale clausola si limitano a indicare genericamente che "per la distinzione del contratto autonomo di garanzia da un contratto di fideiussione, nello stipulare il quale siano state utilizzate le espressioni "a prima richiesta" e "ogni eccezione rimossa", risulta fondamentale la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia, potendosi considerare, ai fini della qualificazione della garanzia, anche il contenuto dell'accordo tra debitore principale e garante; infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, integrata dal 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 c.c."¹⁹.

Non emerge quindi con chiarezza se tale clausola sia ritenuta idonea (quantomeno come indice a favore) per qualificare la garanzia come contratto autonomo di garanzia: ci torneremo subito.

Sempre con riferimento alle massime, risulta massimata App. Milano, 25 gennaio 2008, in *Banca Borsa*, 2010, II, 43 secondo la quale "la fideiussione in cui siano inserite le espressioni 'a prima richiesta' e 'ogni eccezione rimossa' non costituisce un contratto autonomo di garanzia in quanto le espressioni stesse non escludono né incrinano la relazione fondamentale che le parti hanno inteso prevedere tra l'obbligazione principale e quella di garanzia, essendo a tal fine rile-

vante anche il contenuto dell'accordo tra debitore principale e garante". Dunque, tale massima sembra indicare che la presenza di una tale clausola non è idonea a ritenere sussistente un contratto autonomo di garanzia.

Chiaramente, come detto, la valutazione che stiamo per compiere ha i limiti di ogni qualificazione in astratto di un contratto, vale a dire di una verifica che si basi non su un testo concreto ma solo su una singola clausola. Come anticipato, l'indicazione generale che si può fornire in astratto potrebbe essere contraddetta nel singolo caso ad esempio per la presenza di altre clausole di senso opposto: ad esempio, Cass. civ., 20 dicembre 1995, n. 12979 ha escluso la natura di contratto autonomo di garanzia di un contratto nel quale era contenuto l'impegno a pagare senza eccezioni, ma che subordinava tale impegno all'avveramento di determinate circostanze collegate al rapporto principale²⁰.

Detto questo, in questa sede chiaramente possiamo fare una valutazione che si basa solo sulla presenza della clausola "ogni eccezione rimossa", immaginando che per il resto il contratto sia neutro sulle indicazioni utili alla qualificazione come fideiussione o come contratto autonomo di garanzia.

Non ci sembra che l'indicazione per la quale viene rimossa ogni possibilità di far valere eccezioni sia neutra nella qualificazione del contratto. Per tale ragione non riteniamo corretta la valutazione operata dalla Corte d'appello di Milano, salvo appunto che nel caso concreto non fossero presenti altri elementi che potessero portare a una qualificazione del contratto come una fideiussione.

L'indicazione del contratto per il quale il garante sia tenuto a pagare "ogni eccezione rimossa" non ci sembra operare solo sul piano del pagamento come una clausola *solve et repete* ma ci pare indicare che il garante sia obbligato senza poter sollevare alcuna eccezione. Peraltro, sarebbe arbitrario intendere la limitazione alla possibilità di far valere le eccezioni come riferita alla sola fase di pagamento, immaginando dunque che il garante possa agire in sede di ripetizione contro il garantito, quantomeno in assenza nel contratto di altre indicazioni in senso contrario. La clausola, infatti, non circoscrive la sua operatività e, dunque, in assenza di indicazioni contrarie, deve essere riferita al garante da ogni prospettiva.

¹⁷ Cass. civ., 9 agosto 2016, n. 16825. In modo analogo anche Cass. civ., 17 giugno 2013, n. 15108 e Cass. civ., 3 marzo 2009, n. 5044. In questo senso è anche la giurisprudenza di merito: Trib. Alessandria, 9 febbraio 2022, in *banche dati Leggi d'Italia*.

¹⁸ In questo senso è anche la letteratura: per Meo, *op. cit.*, 444 la clausola 'a prima richiesta' ha una funzione solo procedimentale; anche Mastropaolo, *op. cit.*, 174, evidenzia come tale clausola non permetta di escludere l'accessorietà della garanzia; in questo senso anche Macario, *op. cit.*, 438 e segg.; Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Dir. Comm. e Dir. Pubbl. Eco.* a cura di Galgano, Padova, 1994, 180 e segg.; Sesta, *op. cit.*, 457.

¹⁹ Cass. civ., 9 novembre 2006, n. 23900.

²⁰ Cass. civ., 20 dicembre 1995, n. 12979, infatti, indica che: "l'autonomia pretesa dal ricorrente principale non trova riscontro

nella lettera e nella logica del documento così come intervenuto tra le parti, perché in esso viene specificamente richiamato il rapporto sottostante, contenutisticamente condizionando il pagamento dietro semplice richiesta scritta, in ogni caso, al previo accertamento della non corrispondenza delle macchine al capitolato tecnico per cause imputabili alla ditta venditrice, con verifica da eseguirsi mediante precollauda presso lo stabilimento della stessa entro il termine convenuto". Anche recentemente Cass. civ., 11 marzo 2019, n. 6974 ha confermato – trattandosi di una valutazione di merito – una sentenza di appello che ha qualificato come fideiussione una garanzia nella quale il garante era tenuto a pagare rimuovendo ogni eccezione e ciò tenendo conto delle altre previsioni contrattuali.

La nostra indicazione trova peraltro anche l'adesione di alcune decisioni di Cassazione e delle quali sopra abbiamo riportato la massima: Cass. civ., 20 aprile 2004, n. 7502, proprio in un contratto di garanzia nel quale si prevedeva l'impegno a pagare "ogni eccezione rimossa", ha confermato la sentenza di appello, che aveva qualificato come contratto autonomo di garanzia, l'impegno a pagare la somma garantita appunto "a prima richiesta ed ogni eccezione rimossa"²¹.

Una terza ipotesi di clausola ricorrente nelle garanzie è quella per la quale il garante deve adempiere "senza eccezioni", indicazione spesso accompagnata anche dalla previsione per la quale occorre procedere "a semplice richiesta".

Come abbiamo già indicato, questa seconda locuzione di per sé nulla chiarisce circa la natura della garanzia. Quanto alla prima, invece, l'indicazione di dover adempiere "senza eccezioni" sembra con chiarezza delineare una garanzia senza vincolo di accessorialità e in questo senso la giurisprudenza, con maggior decisione rispetto all'ipotesi della clausola "ogni eccezione rimossa", indica che le garanzie di questo tipo vanno qualificate come contratti autonomi di garanzia, salvo non emerga una volontà differente da altre previsioni del contratto²².

Resta ora da soffermarsi sulla clausola esaminata dalla Corte d'appello di Napoli per la quale il garante è tenuto a "pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovutole...".

Per la sentenza Corte Appello di Napoli in tale previsione contrattuale "non vi è alcun accenno alla rinuncia a proporre eccezioni in merito alla invalidità o insussistenza del rapporto garantito, sostanziosamente l'obbligo del pagamento "a prima richiesta" in un impegno al più configurabile in termini di *solve et repete*. Quindi, dalla lettura delle pattuizioni, non si può trarre in alcun modo il significato che, con quelle previsioni, al fideiussore sia impedita la possibilità di eccepire l'invalidità tale previsione contrattuale...".

È vero che, rispetto ad altre ipotesi esaminate, qui

non si precisa espressamente che il garante non possa sollevare eccezioni: si indica, comunque, che è tenuto a pagare immediatamente "anche in caso di opposizione del debitore". Ci sembra che tale indicazione sia chiara nell'escludere che il garante possa far valere le eccezioni del debitore: la locuzione utilizzata in questo caso specifico sembra anche andare oltre, prevedendo qualcosa di più restrittivo e non di meno limitativo. Quindi, in definitiva, una tale clausola deve essere letta nel senso che si vuole escludere la possibilità per il garante di sollevare eccezioni del debitore perfino nel caso in cui lo stesso debitore le abbia già sollevate.

In relazione a una tale previsione contrattuale, potrebbe astrattamente restare il dubbio se il garante possa, una volta adempito, agire in ripetizione facendo valere le eccezioni che non potevano limitare l'adempimento, il tutto come in una clausola *solve et repete*. Al riguardo, a noi pare che la soluzione non possa essere diversa rispetto a quella accolta, anche dalla giurisprudenza, per la clausola "ogni eccezione rimossa" e "senza eccezioni": anche in una previsione contrattuale nella quale il garante si impegni a pagare subito senza eccezioni o ogni eccezione rimossa, la limitazione alla possibilità di far valere le eccezioni è generalmente riferita al pagamento o adempimento. Non per questo, come visto, si ritiene che da ciò si possa trarre la volontà delle parti di limitare la possibilità di opporre eccezioni alla fase di adempimento, deducendone invece il permanere della possibilità di far valere le contestazioni in via riconvenzionale.

In definitiva, come in questi ultimi casi, anche nell'ipotesi della clausola "anche in caso di opposizione del debitore" emerge la volontà delle parti di impedire al garante la possibilità di far valere le eccezioni del debitore, come detto perfino se lui stesso le abbia già sollevate: si tratta, quindi, di una previsione contrattuale indicativa della volontà delle parti di far sorgere un contratto autonomo di garanzia, da qualificarsi come tale in assenza di altre previsioni di segno contrario.

Anche la giurisprudenza di merito sembra in linea

²¹ Cass. civ., 20 aprile 2004, n. 7502 indica in particolare che "a quella qualificazione il giudice di merito è in particolare pervenuto con considerazioni corrette in diritto, segnatamente nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto che l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponga al garantito le eccezioni scaturenti dal rapporto principale e la rinuncia ad opporre eccezioni di sorta al garante che abbia pagato e che agisca in regresso costituisce sicuro indice di una deroga alla normale accessorialità della garanzia fideiussoria, nella quale il garante ha invece l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore (art. 1952 c.c., comma 2°), all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore [...]. Non è dunque fondatamente censurata la conclusione della corte d'appello che le sei polizze in questione integrassero la pattuizione atipica di un contratto autonomo di garanzia, la cui caratteristica fondamentale che lo distingue dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorialità della garanzia, integrato dal fatto che il garante, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c.c., si impegna a

pagare al creditore senza possibilità di opporgli le eccezioni che spettano al debitore principale (in termini la citata Cass., n. 3964/99)".

²² Cass. civ., 20 ottobre 2014, n. 22233 indica proprio che "l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cosiddetto *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorialità che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (nella specie, la suprema corte ha escluso che tale evidente discrasia fosse riscontrabile – con riferimento alla garanzia prestata da un istituto di credito in favore di una associazione temporanea di imprese, in relazione a quanto dalla stessa rimborsabile per eventuali difformità e manchevolezze che fossero risultate nella esecuzione di lavori di costruzione di un immobile oggetto di appalto – nella sola previsione di operatività della garanzia una volta emesso il certificato di collaudo definitivo dei lavori)". In questo senso anche Cass. civ., 27 settembre 2011, n. 19736 e Cass. civ., 27 giugno 2007, n. 14853.

con la nostra considerazione di tale clausola. Ad esempio, sono per la natura di contratto autonomo di garanzia del contratto che contenga una tale previsione: Trib. Bari, 10 luglio 2012²³, Trib. Cagliari, 14 novembre 2013²⁴, Trib. Roma, 1° aprile 2015, n. 7200²⁵, Trib. Roma, 21 febbraio 2018²⁶, Trib. Crotone, 17 ottobre 2018, n. 1266²⁷, Trib. Latina, 6 giugno 2019, n. 1473²⁸, Trib. Bolzano, 21 settembre 2020²⁹, Trib. Perugia, 17 settembre 2020³⁰ Trib. Napoli, 10 febbraio 2022³¹. In senso contrario, ritenendo che tale clausola si limiti a individuare un meccanismo analogo a quello della clausola “*solve et repete*”: Trib. Roma, 11 luglio 2019³².

Ma anche recenti sentenze di appello confermano che la clausola per la quale il garante è tenuto a “a

pagare immediatamente, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore” sia indicativa della volontà di costituire una garanzia autonoma: in questo senso recentemente App. Milano, 8 luglio 2020³³ e App. Potenza 28 luglio 2020³⁴.

Per contro, la Cassazione si è espressa in modo non costate, avendo da un lato confermato una sentenza di appello che nel merito aveva qualificato in tal modo garanzie contenenti le medesime previsioni contrattuali³⁵ e, dall’altro, cassato sentenze analoghe³⁶.

Da una prospettiva differente, una recente sentenza della Corte d’appello di Salerno, nella quale si discuteva della medesima clausola qui in esame³⁷, ha invece ritenuto che sarebbe incompatibile con un contratto autonomo di garanzia una garanzia che (come la *om-*

²³ Trib. Bari, 10 luglio 2012 evidenzia che “deve ritenersi che con le fideiussioni rilasciate le parti attrici si sono obbligate ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia senza potere, per clausola espressa pattizia, opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale e ciò non tanto alla stregua dell’impiego della espressione letterale ‘a semplice richiesta’ quanto piuttosto tenuto conto dell’espressione testuale ‘anche in caso di opposizione del debitore’ (v. Cass. civ., 21 aprile 1999, n. 3964). Nel senso comune delle parole adoperate la volontà negoziale delle parti è stata inequivocabilmente quella di recidere il collegamento tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia, con la conseguente assenza dell’elemento dell’accessorietà della garanzia posta dall’art. 1945 c.c.”.

²⁴ Trib. Cagliari, 14 novembre 2013, in *Riv. Giur. Sarda*, 2014, I, 337.

²⁵ Trib. Roma, 1° aprile 2015, n. 7200, in *www.expertcreditoris.it*.

²⁶ Trib. Roma, 21 febbraio 2018, in *Banche dati di leggi d’Italia*.

²⁷ Trib. Crotone, 17 ottobre 2018, n. 1266, in *www.centroanomaliiebancarie.it*.

²⁸ Trib. Latina, 6 giugno 2019, n. 1473 in *www.lexced.it*.

²⁹ Trib. Bolzano, 21 settembre 2020 nella cui motivazione si indica la presenza delle seguenti clausole: “la presunta fideiussione oggetto di causa reca (doc. 8 allegato al ricorso, alla clausola g), l’obbligo di pagare immediatamente, a semplice richiesta scritta, “anche in caso di opposizione da parte del debitore”, quanto dovuto. La clausola b) obbliga il fideiussore al rimborso anche delle somme incassate e poi restituite in seguito di annullamento o revoca dei pagamenti, mentre la lettera h) dispone che nessuna eccezione possa essere opposta dal fideiussore riguardo al momento in cui la società esercita la facoltà di recedere dai rapporti col debitore; la lett. f) dispensa la H. dall’agire nei termini *ex art.* 1957 c.c.; la lett. e), infine, impone, al fideiussore di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore”. Alla luce della presenza di tali clausole il tribunale ha indicato che “quanto esposto porta a ritenere che il contratto vada qualificato come garanzia autonoma”.

³⁰ Sentenza che fa riferimento a clausole analoghe a quelle riportate dalla sentenza di cui alla nota precedente e che conclude sempre per la qualificazione della garanzia quale contratto autonomo.

³¹ Trib. Napoli, 10 febbraio 2022, in *Banche dati di leggi d’Italia*.

³² Trib. Roma, 11 luglio 2019, in *Banche dati di leggi d’Italia*.

³³ App. Milano, 8 luglio 2020, in *Banche dati di leggi d’Italia*, indica infatti che “invero, le evidenze documentali consentono di qualificare la natura delle fideiussioni, emesse dalla B.P., in termini di contratto autonomo di garanzia (doc. 13, 14, 15, 16 fasc. convenuta). Dall’analisi dell’art. 7 Condizioni Generali delle fideiussioni in oggetto si evince l’obbligo del garante di pagare all’istituto di credito “a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio”. L’autonomia dei suindicati

contratti è confermata anche nell’art. 8, il quale statuisce che nel caso di dichiarazione di invalidità delle obbligazioni, la fideiussione si estende a garanzia dell’obbligo di restituzione delle somme comunque erogate, derogando dunque all’art. 1939 c.c. Parimenti, l’art. 6 stabilisce che “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 nei termini previsti dall’art. 1957 c.c., che si intende derogato”. Ne deriva l’esclusione della facoltà di opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale garantito, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall’art. 1945 c.c.”.

³⁴ App. Potenza, 28 luglio 2020, in *Banche dati di leggi d’Italia*, esamina proprio una garanzia come quella al nostro esame e così ritiene: “l’assoluta irrilevanza, ai fini dell’adempimento dell’obbligazione di garanzia preteso dall’istituto creditore, della eventuale opposizione manifestata dal debitore principale al pagamento richiesto al garante vale ad escludere la legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponesse al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale e tanto costituisce una chiara deroga alla accessorietà della obbligazione fideiussoria e sancisce l’autonomia dell’obbligazione di garanzia assunta dagli oppositori rispetto all’obbligazione principale”.

³⁵ Cass. civ., 18 aprile 2018, n. 9569 indica proprio che “la Corte territoriale ha, invero, accertato che, nel contratto di garanzia del 17 gennaio 1985 – peraltro riprodotto compiutamente nel ricorso – il garante, oltre a rinunciare espressamente alle eccezioni di cui agli artt. 1956 e 1957 c.c., si obbligava a “pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta anche in caso di opposizione del debitore quanto dovuto per capitale, interessi ed ogni altro accessorio”, e a non proporre eccezioni “riguardo al momento in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dal contratto”. Orbene, è evidente che l’obbligo di pagamento immediato da parte del garante, a semplice richiesta scritta, di quanto dovuto dal debitore principale, e senza che quest’ultimo potesse opporsi al pagamento chiedendo al medesimo di opporre al garantito le eccezioni fondate sul rapporto principale, è perfettamente in linea con la qualificazione – operata dalla Corte d’appello – del contratto de quo come contratto autonomo di garanzia, e non come fideiussione, dovendo ravvisarsi in siffatta previsione un’evidente deroga – sia pure implicita – al disposto degli artt. 1945 e 1952 c.c. Di più, la Corte territoriale ha evidenziato che il suddetto contratto conteneva, altresì, l’espressa previsione secondo cui “in deroga all’art. 1939 c.c., la fideiussione mantiene tutti i suoi effetti anche se l’obbligazione principale sia dichiarata invalida”; il che si palesa in perfetta coerenza con la natura autonoma del contratto di garanzia in esame. Per cui – al di là dell’uso improprio, ancorché reiterato, dei termini “fideiussione” e “fideiussore”, da parte dei contraenti – la qualificazione del contratto in parola come contratto autonomo di garanzia, effettuata dalla Corte di appello, deve ritenersi del tutto corretta”.

³⁶ Cass. civ., 9 dicembre 2014, n. 25842.

³⁷ Nella sentenza App. Salerno, 15 settembre 2020, in *Banche*

nibus) non predetermini in maniera precisa l'oggetto della prestazione del garante, ma lo individui in relazione al debito del debitore principale (limitatamente all'importo massimo garantito), che può variare nel tempo³⁸.

La tesi è interessante ma ci pare che l'autonomia della garanzia non vada ricercata dal profilo della prestazione da adempiere (prefissata o determinabile in collegamento con il debito principale), quanto piuttosto negli aspetti coinvolgenti la fase esecutiva dei rapporti tra garante e garantito³⁹: il contratto autonomo di garanzia (qualche che sia il contenuto della prestazione del garante⁴⁰ e quale sia la modalità per determinarla) è tale se vi sia autonomia tra questa prestazione dovuta dal garante al garantito e il rapporto principale, di modo che nell'ambito dell'obbligazione dovuta dal garante non siano proponibili le eccezioni che spettano al debitore principale. Se una garanzia prevede l'obbligo del garante di pagare la stessa somma dovuta dal debitore principale, anche se sia una somma variabile purché determinabile, resta un contratto autonomo di garanzia appunto se le previsioni contrattuali escludano la possibilità di sollevare eccezioni.

Clausole indice e qualificazione della garanzia: conclusioni

In conclusione, è possibile qualificare una garanzia

come contratto autonomo di garanzia e non fideiussione quando emerge dal contratto stesso la volontà delle parti di creare un impegno non legato a un vincolo di accessorialità con il rapporto principale.

La presenza di alcune clausole può essere indicativa di tale volontà di creare un contratto autonomo di garanzia laddove vi sia un riferimento all'esclusione della possibilità per il garante di far valere le eccezioni del debitore principale ("ogni eccezione rimossa", "senza eccezioni" e "anche in caso di opposizione del debitore"). In presenza di tali clausole e in assenza di indicazioni di segno opposto il contratto andrà qualificato quale contratto autonomo di garanzia e ciò vale, tanto più, ove vi siano indicazioni nel medesimo senso. Ove, invece, nel caso concreto il contratto contenga clausole di segno opposto, vale a dire che implicino una possibilità per il garante di sollevare eccezioni anche solo in via riconvenzionale, le diverse previsioni andranno valutate nel loro complesso per determinare se siano riconducibili alle caratteristiche di un contratto autonomo di garanzia.

Per contro, le clausole che si limitano a far riferimento alla tempistica dell'adempimento ("a prima richiesta", "a semplice richiesta scritta" o "immediatamente") non hanno rilievo determinante per la qualificazione della garanzia come fideiussione o contratto autonomo di garanzia, essendo compatibili con entrambe le ipotesi.

dati di leggi d'Italia, si indica la seguente clausola: "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio".

³⁸ App. Salerno, 15 settembre 2020 indica infatti che "l'autonomia dell'obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione del garantito, che vale ad escludere la sua accessorialità e la possibilità di proporre le eccezioni del debitore principale, richiede la sussistenza di un contratto (anziché un atto unilaterale di prestazione di garanzia) e la predeterminazione della somma di denaro che il garante in via autonoma si obbliga a corrispondere, in via sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore. Tale contenuto, che risponde al requisito di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.), richiesto a pena di nullità (art. 1418, 2° comma, c.c.), è incompatibile con una fideiussione *omnibus* che indica solo l'importo massimo garantito e che comporta, da parte del garante l'impossibilità di conoscere preventivamente la prestazione che si obbliga ad effettuare a sem-

plice richiesta, senza possibilità di proporre eccezioni inerenti il rapporto obbligatorio garantito. In altri termini una garanzia personale che, come quella di cui si discute, indica un importo massimo garantito e la prestazione alla quale sarà tenuto il garante in base al saldo finale del conto corrente bancario, non ha alcun carattere di autonomia rispetto al contratto di conto corrente, dal quale dipende il quantum garantito, e può qualificarsi solo come fideiussione per obbligazioni future".

³⁹ La letteratura, come ricordato precedentemente, ha evidenziato come l'autonomia del contratto in esame sia solo parziale, essendo essenziale per potersi parlare di contratto autonomo di garanzia che coinvolga i rapporti tra garante e garantito: Galgano, *op. cit.*, 384.

⁴⁰ Che potrà coincidere o differire rispetto alla prestazione del debitore principale, come nel caso in cui la garanzia sia prestata per tenere indenne il creditore per prestazioni non pecuniarie: Galgano, *op. cit.*, 385.