

**FIDEIUSSIONE BANCARIA E DURATA DEL RAPPORTO GARANTITO:  
NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE***Daniele Giglio\****Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2014, n. 27531**

*Deve ritenersi consentita la possibilità di prevedere un limite di tempo alla fideiussione inferiore a quello del rapporto garantito: sebbene non espressamente prevista dal codice, può ricondursi alla previsione dell'art. 1941 secondo comma c.c. che consente di prestare la fideiussione per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose, e comunque non è vietata perché pur sempre tesa a mettere il garante in una posizione più favorevole rispetto a quella del debitore principale. È la possibilità inversa, ovvero la possibilità che il garante sia impegnato più severamente che il debitore principale, che è vista sfavorevolmente dall'ordinamento e sanzionata con la riconduzione della garanzia fideiussoria prestata a condizioni più onerose rispetto al debito principale alle stesse condizioni della obbligazione principale stessa (art. 1941 terzo comma c.c.).*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Casus decidus* – 3. Il ragionamento della Corte – 4. Il principio di accessorialità dell'obbligazione fideiussoria – 5. I possibili limiti della fideiussione bancaria – 6. Segue: la durata della garanzia fideiussoria in relazione al rapporto principale – 7. Riflessioni di sintesi.

1. – Con la sentenza in rassegna (Cass., Sez. III Civile, sentenza n. 27531/14)<sup>1</sup>, la Suprema Corte ha confermato il principio secondo cui non può procedersi ad esecuzione forzata nei confronti di un fideiussore qualora la garanzia prestata sia scaduta. Per vero, la questione di diritto sottesa al caso in esame concerne una tematica poco approfondita da parte della giuri-

\* Dottorando di ricerca in Diritto privato per l'Europa, Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Per il testo integrale della sentenza, tratta dal sito ufficiale della Cassazione, v. [www.giureta.unipa.it/Cass\\_57231\\_2014.pdf](http://www.giureta.unipa.it/Cass_57231_2014.pdf).



sprudenza di legittimità: *id est* la possibilità di imporre al contratto di fideiussione<sup>2</sup> limiti non solo quantitativi ma anche di durata, nel senso che la fideiussione<sup>3</sup> possa essere prestata per un periodo minore rispetto alla durata del rapporto garantito, allorché il rapporto principale cui acceda la garanzia sia un contratto di mutuo ipotecario.

Sotto un profilo meramente descrittivo, può osservarsi come la disciplina predisposta dal legislatore del 1942 per le garanzie personali si sia rivelata sufficientemente elastica, tanto da permettere alla prassi, da un lato, di ap-

<sup>2</sup> Sulla fideiussione, senza alcuna pretesa di completezza, vedasi V. Campogrande, *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1902; Ciccaglione, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur. it.*, VI, Milano, 1903; E. Redenti, voce *Fideiussione*, in *Diz. Prat.*, III, Milano, 1923, 118 ss.; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948; L. Aru, *Della fideiussione*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, II, 2, Firenze, 1949; V. Carbone, *La fideiussione. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Dir. giur.*, 1958, 321 ss.; G. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, XIII, Torino, 1985; C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994; C. Barbieri, *La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale*, in *Giur. it.*, 1999; F. Di Sabato, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri d'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969; M. D'Orazi Flavoni, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1961; M. De Marco, *La fideiussione bancaria: profili di dottrina e giurisprudenza*, in *Studi di banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1978; M. Franzoni, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 1993, 428 ss.; G. Grippo, *Le garanzie personali: la fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Vol. XI, Tomo I, Torino, 2007; G. Valcavi, *Sulla fideiussione bancaria e i suoi limiti*, in *Foro it.*, 1990, I, 558 ss.; V. Visconti, *La fideiussione bancaria nei rapporti interni e internazionali*, Milano, 1983; V. Falaschi, *L'art. 1956 c.c.: fideiussione e mandato di credito*, in *Foro it.*, 1958; C. Falqui Massidda, voce *Fideiussione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; E. Favara, *Fideiussione di obbligazione principale invalida e validità della clausola che estende la garanzia fideiussoria anche a tali ipotesi*, in *Econ. e cred.*, 1974, 936 ss.; G. Ferri, *Ancora sull'applicazione dell'art. 1957 alla fideiussione solidale*, in *Riv. dir. comm.*, 1977; M. Fragali, *Della fideiussione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1960; Id., voce *Fideiussione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 346; Id., *Sulla natura dell'assicurazione fideiussoria*, in *Banca borsa*, 1972; A. Giusti, *La fideiussione ed il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVIII, Milano, 1998; S. Maccarone, *La fideiussione bancaria come contratto atipico?*, in *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976; F. Macioce, *L'atipicità della fideiussione omnibus*, in *Rass. dir. civ.*, 1981; G. Grisi, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 187 ss.; F. Mastropaolo – A. Calderale, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *Tratt. contr. Rescigno*, I, Torino, 2006, 334 ss.; R. Miccio, *Della fideiussione*, in *Comm. c.c.*, Torino, IV, 1966; B. Moretti, *La fideiussione*, in *Giurisp. sistematica*, Torino, 1980; G.B. Petti, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2006; L. Pontiroli, *Fideiussione omnibus*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2000, 373 ss.; A. Ravazzoni, *Sulla c.d. polizza fideiussoria*, in

portare una pluralità di emendamenti ai tradizionali e tipici schemi codicistici (si pensi al caso della fideiussione *omnibus*<sup>4</sup>), dall'altro, di importare da ordinamenti stranieri, in particolare da quelli di *common law*, figure negoziali atipiche (si pensi alle garanzie autonome a prima richiesta, o alle lettere di *patronage*<sup>5</sup>), le quali, sospinte dalla rapida diffusione di cui hanno potuto godere soprattutto nel settore bancario, hanno superato le iniziali oscillazioni manifestate da dottrina e giurisprudenza in merito alla loro liceità<sup>6</sup>.

È ricorrente, inoltre, il rilievo che l'ordinamento regoli essenzialmente il

---

*Foro it.*, 1957; Id., voce *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, 254 ss.; Id., *La fideiussione generale*, in *Banca borsa*, 1980, 257 ss.; Id., *Le garanzie dell'obbligazione*, Parma, 1993; C. Risi, *La fideiussione*, Padova, 2005; L. Ruggeri, *La fideiussione*, in *Tratt. Perlingieri*, III, 19, Napoli, 2005, 3 ss.; U. Salvestroni, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977; Id., *Fideiussione speciali atipiche o miste e solidarietà "attenuata"*, in *Banca borsa*, 1982, I, 1085 ss.; E. Simonetto, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985; G. Stolfi, *In tema di fideiussione generale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 529 ss.; G. Villanacci, *Confideiussione e obbligazione solidale*, Napoli, 2005. In argomento, cfr. pure G.F. Campobasso, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974; G. Cavalli, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976; G. Tamburrino, *Appunti sulla natura e sulla disciplina della cosiddetta assicurazione fideiussoria*, in *Assicurazioni*, 1970, I, 523 ss.; M. Lo Buono, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. Perlingieri*, IV, 30, Napoli, 2007, 258 ss.; A. Alpini, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014.

<sup>3</sup> L'espressione deriva dalla formula che era necessaria, nel diritto romano classico, per costituire a favore del creditore questa garanzia personale da parte di un terzo: «*idem fide tua esse iubes?*». Cfr. A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 791.

<sup>4</sup> Si tratta di una pattuizione negoziale, come ormai noto, diretta ad estendere la garanzia prestata, in linea di massima senza limiti di tempo (e, prima della l. 17 febbraio 1992, n. 154, anche di importo), in relazione a qualsiasi obbligazione che il garantito ha assunto o potrà assumere nei confronti del debitore principale, ivi comprese, in deroga all'art. 1948 cod. civ., le obbligazioni derivanti da garanzie prestate dal titolare principale a beneficio di terzi. Va segnalato che, di recente, Cass. 26-1-2010 2010, n. 1520, pronunciandosi per la prima volta sull'argomento, ha ritenuto che l'art. 1938 cod. civ., come modificato dalla l. 17 febbraio 1992, n. 154, «*nel prevedere la necessità dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, nell'ambito della disciplina della fideiussione, pone un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, valevole anche per le garanzie personali atipiche*». Cfr., sul punto, F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2012, 374.

<sup>5</sup> In argomento v. R. Natoli, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in questa *Rivista*, vol. X, 2012; nonché le acute osservazioni di A. Montanari, *Qualche considerazione a margine di Corte di Cassazione n. 15108 del 2013: le clausole «a prima richiesta», senza eccezione» e «a prima richiesta e senza eccezioni» tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, ivi, vol. XIII, 2015. Tra i tanti contributi si vedano pure A. Mazzoni, *Lettere di patronage*, Milano, 1986, 131; Id., *Lettere di patronage, mandato di cre-*

rapporto fideiussorio, lasciando nell'ombra il momento costitutivo<sup>7</sup>. Basti considerare, in tal senso, che la norma definitoria della fattispecie (art. 1936 cod. civ.) fa riferimento non già ad un contratto di fideiussione, bensì alla figura del fideiussore, nonostante la collocazione topografica dell'istituto tra i contratti speciali nominati<sup>8</sup>. Ciò rende superabile, per lo meno in determinati casi, la configurazione contrattuale della fideiussione<sup>9</sup>, con la conseguente ammissione di un negozio fideiussorio unilaterale, di cui nella pratica se ne avver-

---

*dito, e promessa del fatto del terzo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 352 ss.; M. Sesta, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto impr.*, 1985, 939 ss.; Id., *Le garanzie atipiche. I. Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988, 455 ss.; P. De Sanna, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 35; G. Grisi, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 201-202; C.M. Bianca, *Diritto civile, V. Responsabilità*, Milano, 1994, 518-519; G. Stella, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 780 ss.

<sup>6</sup>Sull'evoluzione del diritto delle garanzie personali *cf.*, *ex multis*, F. Nappi, *Studi sulle garanzie personali. Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997; G. Biscontini, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993; Id., *Fideiussione omnibus*, in *Contratti*, 1995, 1, 109 ss.; F. Arangio, *Commento artt. 1936-1957*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 817 ss.; G. Bozzi, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990; G. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1985; M. Viale, *Le garanzie bancarie*, cit., 69 ss.; G. Chinè, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996, 93 ss. Tra le disamine che si occupano sia di garanzie personali che reali, ricche di riferimenti giurisprudenziali, v. M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, 455 ss.; R. De Nicolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, 20 ss., 207 ss., 375 ss. In prospettiva geograficamente allargata, v. G. Chinè, *I contratti di garanzia*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, II, Padova, 1997, 894 ss.

<sup>7</sup>In tal senso, v. E. Redenti, *Fideiussione*, cit., 118 ss., par. 1; M. Fragali, *Della fideiussione*, cit., 3 ss.; G. Bo, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934, 12, spec. nt. 2; M. D'Orazi Flavoni, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, cit., 24.

<sup>8</sup>In ordine all'inquadramento nel sistema delle garanzie, è lo stesso tenore letterale dell'art. 1936 cod. civ., con l'avverbio "personalmente", a ricondurre la fideiussione nell'alveo delle c.d. garanzie personali (di cui, peraltro, rappresenta l'archetipo).

<sup>9</sup>La prima formulazione della teoria contrattuale della fideiussione risale a R.J. Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, II (trad. it.), Napoli, 1819, 102 ss., 131. Illuminanti risultano anche le osservazioni di F. Laurent, *Principes de droit civil français*, XXVIII, Bruxelles-Paris, 1878, 124, il quale però sembra già intuire l'opportunità di una diversa soluzione rispetto a quella di Pothier, ponendosi altresì il dubbio se il negozio fideiussorio, in quanto negozio unilaterale, sia soggetto al rigore formale dell'art. 1326 cod. nap. (*op. cit.*, 131). L'illustre A. risolve la questione, in senso positivo, soltanto per il negozio costitutivo di un'obbligazione solida-

te l'opportunità<sup>10</sup>. In senso contrario, si è osservato che l'individuazione di una struttura unilaterale non esaurisca il processo ricostruttivo dell'istituto, restando aperto il problema se l'attribuzione unilaterale sia definitiva o sia invece suscettibile di essere caducata in forza del rifiuto del destinatario<sup>11</sup>. Eppure, la struttura unilaterale del negozio appare essenzialmente connaturata con la funzione di garanzia, tanto nella creazione di un vincolo su di un singolo bene, quanto (nelle garanzie personali) sul proprio patrimonio, giacché la stessa non pone immediatamente l'autore in contatto con la sfera giuridica altrui ma, in un certo senso, si esaurisce in sé, secondo uno schema logico non dissimile da quello dei negozi di destinazione<sup>12</sup>. Questa prospettiva consente, invero, di "staccare" il rapporto di garanzia dal rapporto principale, pur avendo sempre (il primo) carattere causale nello scopo di garanzia, enunciato dalle parti con l'indicazione del rapporto principale garantito, e costituito dalla funzione di trasferire dal creditore al garante il rischio economico inerente al rapporto principale stesso. Questo risultato viene perseguito dai privati mediante l'inserimento di diverse clausole le quali derogano alle regole proprie della fideiussione "classica", svincolando, talvolta in misura maggiore, talaltra in misura minore, la posizione del garante da quella del debitore<sup>13</sup>.

In tale ottica, la pronuncia in esame va apprezzata, poiché procede all'interpretazione della clausola per cui è causa alla luce del contenuto contrattuale nella quale si inserisce. Tale approccio, che non si risolve nella mera attestazione della presenza letterale della clausola, appare il più corretto perché presta attenzione – come verrà precisato in seguito – alla relazione che le parti hanno voluto instaurare tra la garanzia ed il contratto garantito<sup>14</sup>.

---

le, mediante il quale – egli ritiene – si compie un concreto incremento della sfera giuridica del creditore (*op. cit.*, XIX, Bruxelles-Paris, 1878, 258 ss.).

<sup>10</sup> Sul punto, *cf.* L.V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzo. Artt. 1411-1413*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 1997, 22, con ampi riferimenti bibliografici.

<sup>11</sup> *Cfr.*, sul punto, D. Rubino, *L'ipoteca*, Milano, 1956, 237, il quale sembra incline ad escludere il potere di rifiuto del creditore, prospettando la disciplina del negozio ipotecario come deroga ad una regola generale che egli ravvisa nell'art. 1333 cod. civ.

<sup>12</sup> *Cfr.* L.V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzo*, cit., 22.

<sup>13</sup> Così A. Montanari, *Qualche considerazione a margine di Corte di Cassazione n. 15108 del 2013: le clausole «a prima richiesta», «senza eccezione» e «a prima richiesta e senza eccezioni» tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in questa *Rivista*, vol. XIII, 2015.

<sup>14</sup> *Cfr.* sul punto E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, a cura di G. Crifò, I, Mila-

2. – La decisione in commento trae origine dall'opposizione formulata dagli amministratori di una società avverso l'atto di precetto notificatogli dalla Banca sulla base delle fideiussioni prestate a garanzia del mutuo ipotecario<sup>15</sup> concesso alla società stessa<sup>16</sup>. A sostegno dell'opposizione, i predetti eccepivano che le garanzie, a suo tempo prestate, avessero perso efficacia per decorso del termine previsto dal contratto. In effetti, l'art. 8-*bis* del contratto di mutuo cui accedeva la fideiussione prevedeva che gli amministratori prestassero la prefata garanzia dalla data della stipula del contratto fino al termine del mandato di amministratori ovvero del successivo mandato triennale qualora non fossero più rieletti per la durata di tre anni dalla scadenza del mandato in corso. Gli amministratori, inoltre, si erano obbligati a far valere il loro credito nei confronti della parte mutuataria soltanto dopo l'integrale soddisfo del credito vantato dal banco mutuante, esonerando altresì l'istituto

---

no 1965 rist. corretta e ampliata 1990, 309 il quale, sulla scorta del pensiero di F. Schleiermacher, (*Hermeneutik und Kritik*, Berlino, 1838), rammenta «il circolo di reciprocità ermeneutica che corre fra l'unità del tutto e i singoli elementi di un'opera: reciprocità tale, che consente d'intraprendere l'interpretazione sia assumendo d'intendere l'unità del tutto per mezzo delle singole parti, sia assumendo d'intendere il senso delle singole parti in funzione del tutto».

<sup>15</sup>La garanzia ipotecaria si dimostra normalmente richiesta nelle operazioni a medio e lungo termine. Sulle ipoteche si vedano, in generale, G. Gorla – P. Zanelli, *Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna, 1992; A. Ravazzoni, *Ipoteca. I) Ipoteca immobiliare*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; Id., *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 20, Torino, 1985, 3 ss.; A. Chianale, *Ipoteca*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 1999, 495 ss.; Id., *Ipoteca*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1993, 504 ss.; Id., *Ipoteca*, in *Dig. IV, Disc. Priv.*, Sez. civ., X, 1993, 158 ss.; P. Zanelli, *Considerazioni di interesse notarile in tema di ipoteca: flessibilità e altre innovazioni*, in *Contr. e impr.*, 2, 1998, 901 ss.; F. Realmonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16 ss.; G. Presti, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992; Id., *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1995, I, p. 594.

<sup>16</sup>La banca e gli intermediari finanziari, come è noto, esercitano il credito avvalendosi di un'ampia varietà di strumenti negoziali: prestiti, assistiti o meno da garanzia reale o personale, compreso il credito al consumo; *factoring*; anticipazioni su pegno di titoli o di merci; anticipazioni su titoli cambiari a breve scadenza o su crediti, compresi credito commerciale e *forfaiting*; aperture di credito (semplici o in conto corrente; garantite o allo scoperto); *leasing* finanziario; rilascio di garanzie e di impegni alla firma, ecc. Alle banche, poi, è riservata la concessione di erogazioni di speciali finanziamenti (fondiario, agrario e peschereccio) e di particolari finanziamenti alle imprese, garantiti da privilegio su beni mobili non registrati e assistiti o meno da agevolazioni previste dalle leggi vigenti. *Cfr.*, in argomento, F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, cit., 365 ss.

di credito dall'obbligo di cui all'art. 1957 cod. civ. Il Tribunale di prime cure, però, rigettava l'opposizione. I fideiussori, pertanto, impugnavano la decisione del Tribunale in appello.

In secondo luogo, gli stessi garanti proponevano opposizione avverso l'esecuzione immobiliare intrapresa dalla Banca nei loro confronti, sostenendo il medesimo motivo suesposto. In questo caso, il Tribunale, discostandosi da quanto stabilito nel precedente giudizio, decideva in maniera favorevole agli opposenti, dichiarando l'inefficacia del pignoramento a causa dell'estinzione della fideiussione. Avverso quest'ultima sentenza l'istituto bancario presentava atto di appello.

In sede di gravame, la Corte d'Appello, riunendo le due cause, rigettava l'opposizione proposta dall'istituto bancario, ritenendo che all'epoca della cessazione della garanzia non sussistesse alcun inadempimento della società garantita. Conseguentemente, l'istituto bancario non aveva diritto a procedere contro i garanti, in quanto durante il periodo di vigenza delle garanzie fideiussorie non si erano verificati inadempimenti.

Alla luce di ciò, la Banca proponeva ricorso in Cassazione, articolato in due motivi, cui resistevano i fideiussori con controricorso.

Nello specifico, con il primo motivo di ricorso, l'istituto bancario deduceva la violazione e falsa applicazione di norme di diritto ed in particolare dell'art. 1941 cod. civ., eccependo che l'inserimento di un termine di efficacia o termine di durata nella fideiussione comportasse che per il periodo successivo alla scadenza di tale termine le obbligazioni assunte dal debitore principale non sarebbero più coperte dalla garanzia costituita dal patrimonio personale del fideiussore, mentre per gli importi maturati fino alla data di scadenza della garanzia il fideiussore continuerebbe a rispondere in via sussidiaria fino all'estinzione del debito (avendo, peraltro, i fideiussori rinunciato al beneficio di cui all'art. 1957 cod. civ.). Secondo l'istituto bancario, dal momento che nel caso di specie veniva garantito l'adempimento di un mutuo ipotecario, in cui la dazione di denaro avviene una sola volta all'inizio del rapporto ed il debito è unitario, la garanzia fideiussoria – anche se a termine – coprirebbe tutto il capitale residuo perché l'obbligazione è unica ed è stata contratta nel periodo di vigenza della garanzia. In sostanza, secondo l'istituto bancario, la perdita di efficacia della fideiussione alla scadenza del termine di durata non può far venire meno l'obbligo di garantire l'adempimento delle

obbligazioni sorte in dipendenza delle operazioni garantite nel periodo di operatività della garanzia, anche se il loro adempimento sia stato differito ad un momento successivo a quello di scadenza della garanzia stessa.

Con il secondo motivo di ricorso, invece, la Banca deduceva la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363 c.c., nonché degli artt. 1366 e 1367, oltre che l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, per aver seguito la Corte di Appello nell'interpretazione dell'art. 8-*bis* del contratto di mutuo, il solo criterio della interpretazione letterale, limitandosi ad una considerazione non approfondita della stessa e non considerando né il contesto dell'atto in cui essa era stata inserita, né il comportamento delle parti, anche successivo alla conclusione del contratto.

In definitiva, l'istituto bancario ricorrente sosteneva che la durata della validità della fideiussione dovesse ricollegarsi all'integrale soddisfacimento del credito, avendo i fideiussori accettato anche la sussidiarietà della loro azione di rivalsa all'esito dell'integrale soddisfacimento della banca.

3. – La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha confermato la sentenza della Corte d'Appello, non condividendo la ricostruzione del contenuto della clausola contrattuale così come delineato dall'opponente. Secondo gli ermellini, l'interpretazione della suddetta clausola da parte della Corte territoriale risulta corretta, in quanto quest'ultima non si è limitata ad un'interpretazione solo letterale, come sostenuto dal ricorrente, ma ha valutato la comune intenzione delle parti, tenendo in considerazione il loro comportamento complessivo, anche dopo la formazione del contratto<sup>17</sup>. Come si è anticipato in esordio, tale approccio ermeneutico risulta preferibile perché più rispettoso dei canoni dell'interpretazione del con-

---

<sup>17</sup> Cfr., in questo senso, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 348-356; N. Irti, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 1-21; L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*<sup>2</sup>, Art. 1362-1371, a cura di V. Calderai, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013, 111-115, la quale sottolinea che le regole sull'interpretazione del contratto assegnano sì rilevanza al dato letterale, il quale va inserito, però, all'interno di un procedimento ermeneutico in cui assumono rilevanza ulteriori indici extratestuali. Esclude la rilevanza dei dati extratestuali, come ad es. il comportamento delle parti ex art. 1362, co. 2, c.c., nelle garanzie autonome F. Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 149. Segnala tale orientamento anche nella giurisprudenza G.B. Portale, *Le garanzie bancarie*, cit., 65.

tratto. Quest'ultima impone la funzionalizzazione del dato testuale allo scopo perseguito dai contraenti<sup>18</sup>, nel senso che l'interprete deve unire l'analisi letterale all'indagine della «comune intenzione delle parti»<sup>19</sup> di modo da rendere il primo il più possibile conforme alla seconda (art. 1362 cod. civ.)<sup>20</sup>. Il che non significa, beninteso, che l'interpretazione del contratto implichi l'accertamento dell'atto psicologico di volontà dei contraenti, quanto piuttosto la necessità che tale attività ermeneutica muova dal dato testuale per arricchirlo tramite il riferimento «extratestuale», ora, al comportamento dei contraenti anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c.), ora, ai casi non espressi e, infine, al luogo in cui il contratto è stato concluso o a quello in cui ha sede l'impresa, qualora una delle parti sia un imprenditore (art. 1368 c.c.)<sup>21</sup>.

Quanto detto trova un significativo riscontro nel caso in esame, ove la Corte d'Appello non ha trascurato la regola di interpretazione c.d. oggettiva, contenuta nell'art. 1367 cod. civ., secondo la quale in caso di incertezza nell'interpretare i precedenti criteri, l'interpretazione deve essere assunta nel senso che possa avere un qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno. In sede di gravame, la clausola contrattuale è stata interpretata in senso favorevole agli amministratori, non volendo essi rispondere del comportamento della società debitrice a partire dal momento in cui, non avendo più il potere di amministrarla, sarebbe uscita dal loro potere di controllo; prevedendo, quindi, un termine di durata della garanzia inferiore al

<sup>18</sup> In merito al legame tra l'interpretazione e la causa/funzione del contratto *cf.* E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 346 ss.; P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, 227, Id., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 166; V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 103; G. Alpa, *Alle origini della teoria moderna dell'interpretazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 324; N. Irti, *Testo e contesto*, cit., 44 ss.; C. Scognamiglio, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, II<sup>2</sup>, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, 1050 ss., 1077-1078; C. Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*<sup>2</sup>, Napoli, 2007, 205; A. Gentili, sub art. 1362, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 437 ss.

<sup>19</sup> *Cf.* invece G. Liotta, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 972 ss., il quale assegna minore rilevanza al riferimento alla «comune intenzione».

<sup>20</sup> In senso conforme v. A. Montanari, *Qualche considerazione a margine di Corte di Cassazione n. 15108 del 2013*, cit.

<sup>21</sup> *Ibidem.*

termine di durata del mutuo, ancorato al permanere della qualifica di amministratori in capo agli stessi. A conferma di ciò, le parti, per dare maggior peso e stabilità alla garanzia, altrimenti di scarsa tutela per il garantito, hanno inserito anche la previsione per cui, se al termine del mandato in corso la carica di amministratori non fosse stata rinnovata in capo ai garanti, la fideiussione sarebbe stata prestata per altri tre anni mantenendo in tal modo ferma la garanzia per un tempo minimo dotato di una sua consistenza. Pertanto, la Corte territoriale ha accolto l'opposizione presentata dagli amministratori accertando che durante il periodo di vigenza della garanzia fideiussoria non si erano verificati inadempimenti o, comunque, che gli inadempimenti per i quali la banca agiva si erano verificati in un periodo successivo, non più coperto dalla garanzia. In senso contrario, secondo la ricostruzione operata dal banco ricorrente, la clausola non avrebbe effettivamente senso, essendo chiaro l'intento perseguito da parte degli amministratori di prestare una piena garanzia fideiussoria (rinunciando anche al beneficio di cui all'art. 1957 cod. civ., oltre che alla rivalsa nei confronti del debitore principale fino all'integrale estinzione del mutuo), seppur circoscritta nell'arco di tempo in cui gli stessi, in quanto amministratori, avrebbero potuto effettivamente controllare che le rate del mutuo fossero corrisposte da parte della società garantita.

Ne consegue, in termini generali, la possibilità di prevedere un limite di tempo alla fideiussione inferiore a quello del rapporto garantito. Ed infatti, nonostante il nostro codice civile non preveda una simile disposizione, viene in rilievo la previsione di cui all'art. 1941, secondo comma, cod. civ. che consente di prestare la fideiussione per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose. In realtà, una simile previsione non potrebbe essere vietata dall'ordinamento in quanto pone pur sempre il garante in una posizione più favorevole rispetto a quella del debitore principale. Ad essere vietata, semmai, nel nostro ordinamento è sanzionata con la riconduzione della garanzia fideiussoria – prestata a condizioni più onerose rispetto al debito principale – alle stesse condizioni della obbligazione principale stessa, è la possibilità inversa, cioè il caso in cui il garante sia impegnato più severamente che il debitore principale, così come disposto dall'art. 1941, terzo comma, cod. civ.

Non giova invocare da parte dell'istituto di credito ricorrente che nell'interpretare la clausola, che circoscrive il periodo di durata della fideiussione, non si possa prescindere dal considerare la peculiarità del rapporto ga-

rantito, vale a dire un contratto di mutuo ipotecario, che impone al garante fin da subito, come al garantito, di restituire l'intera cifra mutuata, a prescindere dal tempo in cui si verifica il successivo inadempimento<sup>22</sup>. A tal proposito, la Suprema Corte osserva che se per l'intero periodo di prestazione della garanzia il piano di ammortamento viene rispettato, il debitore non può essere considerato decaduto dal beneficio del termine e pertanto non si è verificato alcun inadempimento, onde il residuo credito capitale, pur in quel momento esistente, non è esigibile. Conseguentemente, il fideiussore non può essere tenuto a pagare per un inadempimento verificatosi dopo la scadenza della garanzia.

4. – Abbiamo visto che l'obbligazione del fideiussore, in quanto *obbligazione di garanzia*, costituisce un'*obbligazione accessoria* rispetto a quella principale<sup>23</sup>: con essa si aggiunge, appunto, all'originario debitore un ulteriore debitore, il quale, in virtù del più generale principio della presunzione di solidarietà tra i condebitori di cui all'art. 1294 cod. civ., è solidalmente obbligato con il primo verso il creditore principale<sup>24</sup>. Da questo deriva che la garanzia fideiussoria non potrà mai comunque eccedere quanto è dovuto dal debitore, né

---

<sup>22</sup> In ordine alla natura del contratto deve escludersi l'inquadrabilità della fideiussione nella categoria dei rapporti *lato sensu* di durata, in quanto nella fideiussione l'elemento temporale, limitandosi a fissare il momento in cui la prestazione dell'obbligazione fideiussoria dovrà eseguirsi, non è idoneo a identificarne la funzione. Sembra più corretto, invece, considerare la fideiussione come un contratto ad esecuzione differita, poiché l'atto di adempimento dell'obbligazione fideiussoria non dura continuativamente e non si ripete con periodicità, come accade nei contratti eseguiti mediante prestazioni continuate o periodiche, ma tende a soddisfare un'esigenza che si verifica in un momento che, anche se non determinato preventivamente, è in ogni caso successivo rispetto a quello della stipula del contratto. In tal senso, cfr. F. Macario, *Le garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, *I singoli contratti*, vol. X, Torino, 2009, 298.

<sup>23</sup> Cfr., per tutti, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1953, 144 ss.

<sup>24</sup> Invero, le parti possono derogare a questo generale principio, stabilendo nel contratto di fideiussione l'obbligo per il creditore della preventiva escussione del debitore principale (*beneficium excussionis*); così come, nel caso in cui diversi soggetti si obblighino quali fideiussori nei confronti del creditore (ad esempio in una società di capitali i soci garantiscono l'esposizione debitoria della stessa verso la banca, che proprio alla società ha effettuato un finanziamento), le parti possono convenire il beneficio della divisione del debito tra i garanti (*beneficium divisionis*).

potrà essere prestata a condizioni più onerose. Se questo avvenisse, la fideiussione non sarebbe totalmente invalida, ma solo parzialmente, cioè solo per i patti che dovessero eccedere le condizioni dell'obbligazione principale (arg. ex art. 1941 cod. civ.), per nullità della clausola peggiorativa (per il riferimento alla nullità parziale v. anche l'art. 1419, comma 2, cod. civ.)<sup>25</sup>. Peraltro, la centralità del principio di accessorietà nella disciplina della fideiussione si comprende agevolmente, sol che si consideri la diretta incidenza del vincolo tra le obbligazioni fideiussoria e principale su tutte le vicende inerenti al rapporto fideiussorio, dalla fase genetica sino a quella estintiva<sup>26</sup>. Tale connotato determina, in buona sostanza, che l'obbligazione fideiussoria in tanto sussiste o può sussistere in quanto sussista l'obbligazione principale, ovvero essa può ritenersi valida solo se si dimostra valida l'obbligazione il cui adempimento vuole garantirsi (artt. 1939, 1941 e 1945 cod. civ.)<sup>27</sup>. Ma, accanto all'ipotesi di nullità della fideiussione conseguente alla nullità dell'obbligazione principale, vi sono anche cause di nullità della fideiussione per vizi propri, che determinano la nullità dell'obbligazione fideiussoria indipendentemente dal rapporto con l'obbligazione principale (così, ad esempio, in giurisprudenza si discute se la fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali sia nulla per mancanza della causa, stante la sua inidoneità a rafforzare le garanzie del creditore, come afferma Trib. Nocera Inferiore, 2 marzo 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3047 ovvero sia valida, per la presenza del requisito dell'altruità dell'obbligazione garantita, come invece sostiene Trib. Milano, 14 marzo 1988, in *Banca borsa*, 1988, II, 464)<sup>28</sup>.

In ordine alla capacità di adattamento del formante legale del nostro sistema delle garanzie specifiche alle nuove esigenze imposte dall'evoluzione del mercato dei finanziamenti possono stilizzarsi alcune indicazioni generali.

<sup>25</sup> Cfr., sul punto, B. Inzitari, *Le garanzie personali*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2013, 495.

<sup>26</sup> Per un approfondimento in merito alle vicende del rapporto tra garante e debitore garantito cfr. F. Macario, *La fideiussione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari – P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, 299, spec. 304 ss.

<sup>27</sup> Si comprende, pertanto, come la giurisprudenza abbia riconosciuto la legittimazione ad agire per far valere la nullità del rapporto principale anche al fideiussore, «*atteso il suo interesse a far risultare l'invalidità di tale obbligazione, che determina l'invalidità anche dell'obbligazione fideiussoria, in ragione del suo carattere accessorio*» (cfr., in tal senso, Cass., 8 luglio 1983, n. 4605, in *Foro it.*, 1983, I, 2789).

<sup>28</sup> Cfr. F. Macario, *La fideiussione*, cit., 300.

Nel commercio bancario, in deroga ai caratteri propri del modello negoziale tipico, si sono da anni diffusi, sulla base di una più ampia prassi del commercio internazionale, contratti di garanzia contenenti, *inter alia*, clausole mediante le quali le parti convengono: *a)* che la validità dell'obbligazione di garanzia non sia inficiata dalla invalidità dell'obbligazione principale; *b)* che al garante non sia consentito di evitare il pagamento opponendo eccezioni relative al rapporto garantito; *c)* che il garante sia tenuto ad onorare la garanzia sulla base di una semplice richiesta del garantito, anche in caso di opposizione del debitore principale <sup>29</sup>.

Come efficacemente rilevato, per effetto di tali clausole le parti, nella determinazione del contenuto contrattuale, possono convenire sia di affrancare il rapporto di garanzia dal rapporto principale, rendendolo per così dire insensibile alle vicende di quest'ultimo, sia di impedire contestazioni da parte del garante circa la sussistenza dei presupposti che legittimano il garantito ad ottenere il pagamento della garanzia <sup>30</sup>, realizzando in tal modo una completa autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto principale.

Orbene, sulla validità di siffatte clausole si è aperta una lunga e articolata discussione tra molti studiosi <sup>31</sup>. Per vero, il dubbio di fondo, che per i delicati problemi di ordine sistematico da affrontare non può certo essere approfondito in questa sede <sup>32</sup>, non sembra tanto quello della validità della figura negoziale contenente tali clausole, quanto quello di verificare se queste figure possano o meno ricomprendersi nell'ambito della fattispecie fideiussoria, la cui funzione tipica è indicata dall'art. 1936 cod. civ., anche in mancanza di quel riferito connotato dell'*accessorietà* rispetto al rapporto garantito <sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, cit., 370. Vedi per le varie figure anche F. Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1978, 127 ss.; nonché A. Frignani, *Il contratto di finanziamento*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. Galgano, vol. XII, Padova, 1990, 182 ss. In argomento v. pure R. Natoli, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in questa *Rivista*, vol. X, 2012.

<sup>30</sup> In senso conforme al testo, D. Corapi – V. Cappuccilli, *Garanzie bancarie*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, 6.

<sup>31</sup> Per un'accurata disamina si rinvia a D. Corapi – V. Cappuccilli, *Garanzie bancarie*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XV, Roma, 1989, 7 ss.

<sup>32</sup> Si rinvia, tuttavia, all'esposizione di A. Montanari, *Qualche considerazione a margine di Corte di Cassazione n. 15108 del 2013*, cit., spec. par. 2.

<sup>33</sup> Sul punto, cfr. A. Marini, *Sull'art. 1939 cod. civ.*, in *Dir. giur.*, 1968, 830 ss.; E. Favara,

Taluni dubbi sulla validità di tali figure negoziali, nonostante l'ampio dibattito ancora in corso, non sembrano completamente dissolti anche dopo l'accostamento, e persino l'identificazione, delle stesse con il c.d. contratto autonomo di garanzia (il c.d. *Garantievertrag* individuato dalla dottrina tedesca)<sup>34</sup>, riconosciuto valido dalla nostra giurisprudenza<sup>35</sup> e dalla nostra prevalente dottrina<sup>36</sup>, perché idoneo a realizzare esigenze economiche rilevanti e meritevoli di tutela<sup>37</sup>. Nel concreto, tale figura negoziale configurerebbe una garanzia personale autonoma rispetto al rapporto che intercorre tra debitore

---

*Fideiussione di obbligazione principale invalida e valida, della clausola che estende la garanzia fideiussoria a tale ipotesi*, in *Econ. e cred.*, 1974, 936 ss.; R. Rascio, *La fideiussione "omnibus". Premesse per la discussione del tema*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, 31; N. Salanitro, *Le fideiussioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, 142 ss.; F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, 141 ss.; A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, Milano, 1998, 315 ss.

<sup>34</sup>L'idea di una garanzia personale distinta dalla fideiussione in quanto carente del carattere di accessorietà fu prospettata sul finire del 1800 da R. Stammler, *Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, 1 ss. Nella dottrina italiana si distingue in modo particolare l'analisi condotta sul contratto autonomo di garanzia da parte del prof. G.B. Portale i cui principali lavori (*Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, 1044 ss.; *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 169 ss.; *Le garanzie bancarie internazionali. (Questioni)*, ivi, 1988, I, 1 ss.; *Le sezioni unite e il contratto autonomo di garanzia. («Causalità» ed «Astrattezza» nel Garantievertrag)*, in *Dir. della banca e del merc. fin.*, 1988, I, 504 ss.) sono raccolti ora nel volume G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989. Per la ricostruzione storica dell'istituto v. in part. *ibidem*, 8 ss. Tra i contributi più recenti sul contratto autonomo di garanzia vanno citati anche i lavori di E. Navarretta, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I. *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012, 553 ss.; C. Frigeni, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2013, 565 ss.; G. Stella, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Tratt. dei contratti*, IV. *Opere e Servizi*, 2, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano, 2014, 937 ss.

<sup>35</sup>Cass., 10-3-1980, n. 1602, in *Riv. not.*, 1980, II, 842; Cass., 7-10-1987, n. 7341, in *Foro pad.*, 1980, I, 103 con nota di M. Viale, in *Dir. Fall.*, 1988, II, 237, con nota di G.B. Simonetto, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 329 con nota di G. Ferri; Cass., 23-6-2000, n. 8450; Cass., 1-10-1999, n. 10864, in *I contratti*, 2000, 139 ss. con nota di Lamanuzzi. Da ultimo si veda Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 257 ss. con nota di G.B. Barilla, *Le sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, ivi, 279 ss. e di F. Nappi, *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e garantievertrag*, ivi, 425; in *Corriere giur.*, 2010, 1022 ss. con nota di F. Rolfi, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grand arrêt delle Sezioni Unite tra massime ed obiter*

principale e creditore, pur svolgendo una funzione di garanzia, enunciata dalle parti con l'indicazione del rapporto principale garantito, volta a trasferire dal creditore al garante il rischio economico inerente all'obbligazione principale<sup>38</sup>.

Tale opinione ha tuttavia determinato numerosi dubbi sulla possibilità di considerare il modello di garanzia in parola quale mera figura atipica<sup>39</sup> del negozio di garanzia disciplinato dal codice civile ed avente la medesima funzione di quest'ultimo. In senso critico, si è sostenuto che il modello in questione mostri una "funzione" sostanzialmente diversa dalla fattispecie codicistica tesa ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione principale<sup>40</sup>. Si tratterebbe, nello specifico, non tanto di una funzione di garanzia, sibbene di

---

dicta; in *Giust. civ.*, 2010, I, 1365 ss. con note di A. Lamorgese, *Il Garantievertrag secondo le sezioni unite* e G. Pasciocco, *Le polizze fideiussorie e un'occasione di riflessione sulle clausole di pagamento «a prima richiesta» e ivi*, 2011, I, 497 ss. con nota di Tartaglia, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*; in *Contratti*, 2010, 453 s. con nota di M. Lobocono, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *NGCC*, 2010, I, 904 ss. con nota di C. Puppo, *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorialità della garanzia*. Nel 2005 è stato concordato tra ABI e Confindustria uno schema di contratto autonomo di garanzia, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 379 ss. con commento di G.B. Barilla, *Il nuovo schema negoziale di contratto autonomo di garanzia*, *ivi*, 376 ss.

<sup>36</sup> Cfr., *ex multis*, S. Maccarone, *La fideiussione bancaria come contratto atipico?*, in *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, 151 ss.; G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 1045 ss.; Id., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, 169 ss.; Id., *Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia ("causalità" e "astrattezza" nel Garantievertrag)*, in *Dir. Banca*, 1988, 504 ss.; F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, 171 ss.; F. Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, *cit.*, 142 ss.

<sup>37</sup> Così F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, *cit.*, 371.

<sup>38</sup> Il rilievo è di G.B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag*, *cit.*, 1063 ss.; nello stesso senso, tra gli altri, F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, *cit.*, 177 ss.; F. Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, *cit.*, 144 ss.

<sup>39</sup> Al riguardo cfr. E. Briganti, *Garanzie personali atipiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 573 ss. In argomento, v. pure G. Bozzi, *Le garanzie atipiche*, I. *Garanzie personali*, Milano, 1999, 105 ss.; F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, in *Tratt. di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, II, t. 3.X, Torino, 2006, 247.

<sup>40</sup> Cfr. F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, *cit.*, 415; in senso conforme al testo v. N. Salanitro, *Banca e contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, VIII, Torino, 1983, 225 ss.

una «funzione di tipo cauzionale» resa possibile dal particolare ruolo economico del soggetto bancario, che si dimostra più vicina ad una creazione di una disponibilità monetaria a favore di una delle parti del rapporto economico sottostante<sup>41</sup>. Sicché proprio la mancanza della predetta funzione comporta che tale figura fideiussoria costituisca non già una forma di rafforzamento della garanzia patrimoniale afferente ad un determinato rapporto obbligatorio, ma uno strumento negoziale volto a favorire l'accesso del debitore garantito al credito bancario. Al riguardo, va notato, però, come siffatta funzione non si discosti dalla funzione tipica della fideiussione per obbligazione futura disciplinata dal codice (artt. 1938 e 1956 cod. civ.) alla quale sarebbe connaturale l'elemento della promozione del credito<sup>42</sup>. Va ricordato che il modello di garanzia in parola nasce per effetto della conclusione di un contratto tra il "debitore" ed una banca e fa sorgere un rapporto obbligatorio tra quest'ultima ed un terzo estraneo al contratto, rapporto di per sé destinato a soddisfare l'interesse dello stipulante (la banca) e del terzo (arg. ex art. 1723, secondo comma, cod. civ.). Beninteso, in tale ipotesi, l'obbligazione di garanzia può nascere anche all'insaputa del garantito, che non è parte dell'accordo costitutivo dell'obbligazione medesima e rimane perfettamente estraneo agli effetti che da esso derivano<sup>43</sup>. Se così è, però, lo schema più idoneo a descrivere tale operazione è quello del contratto a favore di terzi<sup>44</sup>.

Ora, nel caso in rassegna, il Supremo Collegio si è occupato, in via preliminare, dell'interpretazione più o meno corretta dell'art. 8-*bis* del contratto di mutuo da parte della Corte di Appello. Nello specifico, tale clausola prevedeva l'obbligo per gli amministratori della società di prestare una fideiussione a garanzia di un mutuo ipotecario<sup>45</sup> concesso alla società (di cui gli stessi ricoprivano la carica di amministratori) dalla banca<sup>46</sup>, con decorrenza

<sup>41</sup> Cfr. F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2009, 377.

<sup>42</sup> Cfr. F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Diritto bancario*, cit., 368 con ampi riferimenti bibliografici.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Cfr. R. Natoli, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in questa *Rivista*, vol. X, 2012.

<sup>45</sup> In proposito, cfr. M. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVIII, Padova, 1994, 69 ss.

<sup>46</sup> Il mutuo, pur essendo un contratto di credito e pur trovando largo impiego nella prassi bancaria, non è un contratto bancario in senso proprio: ciò dipende dal fatto che il suo particolare modo di realizzare la *causa credendi*, fondato sulla consegna del denaro e sulla correlati-

dalla data della stipula del contratto fino al termine del mandato di amministratori, ovvero, del successivo mandato triennale, qualora non fossero più rilette per la durata di tre anni dalla scadenza dell'attuale mandato.

In tal modo, risulta chiaro che i garanti, seppur rimanendo entro i confini della fideiussione, hanno voluto evitare la sovrapposizione del rapporto di garanzia con il rapporto principale di prestito bancario (*rectius* di mutuo). A ben vedere, si tratta di due obbligazioni parallele e collegate sul piano causale, ma non su quello strutturale. La morfologia del rapporto di garanzia, infatti, presuppone sempre un'obbligazione principale; tuttavia, la garanzia può essere costruita in maniera a sé stante. Nel far questo, però, le parti possono convenire limiti quantitativi e persino di durata, di modo che il rapporto di garanzia non ricalchi in tutto e per tutto quello principale. Ciò è avvenuto proprio nel caso di specie, in cui gli amministratori della società mutuataria hanno assunto un'obbligazione di garanzia, scaturente sì dal mutuo originariamente stipulato, ma svincolata alla durata dello stesso.

5. – La fattispecie oggetto della sentenza in commento rappresenta un tipico esempio di fideiussione bancaria<sup>47</sup>. A tal riguardo, occorre distinguere l'istituto della fideiussione previsto dal nostro codice civile agli artt. 1936 ss. dalla fideiussione c.d. bancaria. Da un punto di vista qualitativo, infatti, le fideiussioni bancarie si differenziano dal modello disciplinato dal codice civile in quanto contengono espressamente alcune specifiche deroghe rispetto al modello tradizionale. In particolare, nelle fideiussioni bancarie ricorrono due deroghe molto rilevanti: una prima all'art. 1945 cod. civ., secondo il quale il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore principale; una seconda all'art. 1957 cod. civ., a tenore del quale il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza del termine dell'obbligazione

va creazione di una disponibilità materiale, difetta di quel collegamento organico con l'attività bancaria tipico dei contratti bancari rigorosamente intesi. *Cfr.*, in tal senso, S. Mazzamuto, *I contratti di credito*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni*, cit., 841. Per l'attività bancaria vedi, per tutti, F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2012, 349; nonché P. Greco, *Corso di diritto bancario*, Padova, 1936, 33.

<sup>47</sup> In argomento v. S. Maccarone, *La fideiussione bancaria come contratto atipico?*, in *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, p. 151 ss.; M. De Marco, *La fideiussione bancaria: profili di dottrina e giurisprudenza*, in *Studi di banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1978; G. Valcavi, *Sulla fideiussione bancaria e i suoi limiti*, in *Foro it.*, 1990, I, 558 ss.; V. Visconti, *La fideiussione bancaria nei rapporti interni e internazionali*, Milano, 1983.

principale, fermo restando che il creditore abbia proposto le sue istanze nei confronti del debitore e le abbia diligentemente proseguite <sup>48</sup>.

Come si è visto *supra*, la fideiussione regolata dal codice civile si presenta accessoria al rapporto obbligatorio principale, di cui evidentemente ne segue le sorti. Per converso, la garanzia atipica bancaria è autonoma ed indipendente rispetto ai rapporti tra creditore garantito e debitore principale, in quanto si vuole evitare che il garante possa sottrarsi al pagamento del debito garantito, sollevando eccezioni relative al rapporto principale, così come avviene nella fideiussione tipica in cui il fideiussore può muovere al creditore tutte le eccezioni che competono al debitore principale (arg. *ex art.* 2945 cod. civ.). In altri termini, nella fideiussione bancaria – nella quale è previsto l'immediato pagamento da parte del fideiussore “a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore” <sup>49</sup>, con espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione di cui all'art. 1944 cod. civ. – ciò che è precluso al fideiussore è l'opponibilità delle eccezioni sollevabili dal debitore principale <sup>50</sup>.

Valga ricordare che la fideiussione bancaria riflette un modello negoziale che si è elaborato nel corso degli anni secondo le norme bancarie uniformi promosse e predisposte dall'A.B.I. e contempla distinti schemi di contratto tipo per adesione che tradizionalmente si caratterizzano per essere fortemente sbilanciati in favore dell'istituto bancario-creditore che beneficia di una pressoché integrale deroga convenzionale alla disciplina dettata dal codice civile sia in termini di facoltà del fideiussore che di limiti all'impegno di garanzia.

---

<sup>48</sup> Ai fini dell'esatta ricostruzione delle tipiche clausole delle fideiussioni bancarie, assume rilievo una pronuncia della Corte Giustizia delle Comunità Europee, 21/1/1999, n. 215, che ha evidenziato le principali norme bancarie uniformi relative alla fideiussione *omnibus*, le quali prevedono: l'assunzione della garanzia allo stesso tasso previsto per l'operazione garantita e in ogni caso in misura non inferiore a quella corrente bancaria; l'esonero della banca dal dovere di chiedere la speciale autorizzazione di cui all'art. 1956 cod. civ.; l'esonero della banca di agire nei termini di cui all'art. 1957 c.c.; l'obbligo del fideiussore di pagare immediatamente, a semplice richiesta scritta anche in caso di opposizione del debitore; la determinazione del debito garantito sulla base delle risultanze delle scritture contabili della banca, senza peraltro che la stessa sia tenuta ad effettuare di sua iniziativa alcuna comunicazione al fideiussore in ordine alla situazione dei conti e ai rapporti con il debitore; la deroga all'art. 1939 c.c. con la conseguenza che l'obbligazione fideiussoria mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale si riveli, per qualsiasi motivo, invalida.

<sup>49</sup> Cfr. R. Natoli, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in questa *Rivista*, vol. X, 2012.

<sup>50</sup> F. Giorgianni – C.M. Tardivo, *Diritto bancario*, Milano, 2009, 368.

In tale ottica, viene in rilievo soprattutto la fideiussione c.d. *omnibus*, modello che concentra in sé il maggior numero di deroghe a beneficio unilaterale della banca garantita<sup>51</sup>. La fideiussione *omnibus* è diretta, infatti, a soddisfare l'esigenza, particolarmente avvertita nel mondo bancario e degli operatori economici in generale, di disporre di una garanzia elastica e flessibile, che sia in grado di coprire tutte le obbligazioni che possono venire ad instaurarsi tra l'istituto di credito ed il cliente-debitore, senza dovere ogni volta provvedere al rilascio di una nuova garanzia, oppure alla rinnovazione o all'integrazione di quelle eventualmente già esistenti. All'uopo, viene predisposta all'interno di tale fideiussione la clausola *omnibus*, per effetto della quale il fideiussore si obbliga a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni dipendenti da operazioni bancarie di qualsiasi natura, già consentite o che venissero in seguito consentite ad un determinato soggetto, ovvero il debitore principale, o a chi gli fosse subentrato. Tale garanzia, inoltre, può coprire anche qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso la banca, in relazione a garanzie già prestate o che venissero in seguito rilasciate dallo stesso debitore a favore della banca medesima nell'interesse di terzi, per le quali il fideiussore, in deroga al disposto dell'art. 1948 cod. civ., dichiara di essere solidalmente obbligato<sup>52</sup>. Ne consegue che la fideiussione *omnibus* si estende innanzitutto alle obbligazioni successive alla conclusione del contratto di garanzia: quindi, alle obbligazioni future. A tal riguardo, occorre rilevare che, non solo il credito, ma anche l'atto generatore del credito stesso può essere futuro rispetto alla fideiussione, con la conseguenza che la garanzia ricomprende non solo le obbligazioni che nascono da rapporti già in essere tra la banca ed il debitore principale, ma anche quelle derivanti da rapporti che verranno ad esistenza soltanto in un momento successivo. Questo tipo di garanzia viene prestata, dunque, oltre che per i debiti esistenti al momento del primo finanziamento, anche per i debiti futuri (come quelli derivanti, ad esempio, dalle aperture di credito o dalle anticipazioni bancarie, dallo sconto di titoli o dal rilascio di garanzie): ove per obbligazione futura si intende non solo quella che originerà da un rapporto già in essere alla costituzione della garanzia, bensì anche

<sup>51</sup> A tal riguardo, cfr. G. Biscontini, *Fideiussione omnibus*, in *Contratti*, 1995, 1, 109 ss; M. Franzoni, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 1993, 428 ss.

<sup>52</sup> M. Franzoni, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, cit., 428 ss.

quella rispetto alla quale la fattispecie produttiva della situazione fondamentale non abbia ancora avuto inizio. Attualmente, la possibilità di garantire debiti futuri mediante fideiussione trova il proprio addentellato normativo nella legge 17 febbraio 1992, n. 154 (*cf.*, in particolare, l'articolo 10 della legge) in materia di c.d. "trasparenza bancaria", che ha comportato delle modifiche ed integrazioni agli art. 1938 e 1956 del codice civile. Per quanto concerne più specificamente le obbligazioni garantite, va osservato che nell'oggetto della fideiussione *omnibus* rientrano tutte le obbligazioni che possono derivare da operazioni bancarie, nessuna esclusa<sup>53</sup>. Peraltro, il fideiussore risponde anche dei debiti derivanti da garanzie che il debitore principale abbia a sua volta prestato a favore della banca nell'interesse di terzi. Per quanto attiene al profilo soggettivo della garanzia, invece, il fideiussore risponde non soltanto per le obbligazioni contratte dal debitore principale, ma anche per quelle di chi gli fosse eventualmente subentrato e, quindi, anche per le obbligazioni dei successori e degli aventi causa a qualsiasi titolo<sup>54</sup>.

Non sorprende che la diffusione della fideiussione *omnibus* sia stata accompagnata da un dibattito dottrinale e giurisprudenziale assai vivace, soprattutto a causa dell'estrema ampiezza del suo oggetto. In particolare, ci si è chiesti se l'estensione della garanzia non soltanto ai debiti in essere al momento in cui la stessa è prestata, ma anche a quelli futuri dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, assunti dal debitore principale o anche da chi gli fosse eventualmente subentrato, non si ponga in contrasto con l'esigenza che l'oggetto del contratto sia determinato o comunque determinabile, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 cod. civ. Tali dubbi iniziarono soprattutto verso la fine degli anni ottanta, in cui venne posto il problema della presunta violazione dei principi di correttezza e buona fede, nell'ambito delle fideiussioni *omnibus*, da parte delle banche creditrici. Spesso gli istituti di credito, infatti, contando sulla preventiva deroga al disposto di cui all'art. 1956 cod. civ., continuavano a fare credito al debitore, anche nella consapevolezza del di lui dissesto, senza alcun accordo o comunicazione con il fideiussore, sfruttando proprio le capacità finanziarie di quest'ultimo. Per porre freno a questa prassi invalsa, furono proposte numerose azioni giudiziarie dirette a far dichiarare nulle e prive di effetto le clau-

<sup>53</sup> Sul punto, v. M. Franzoni, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, cit., 428 ss.

<sup>54</sup> *Cf.* G. Biscontini, *Fideiussione omnibus*, cit., 109 ss.

sole di preventiva rinuncia alla necessità della “speciale autorizzazione”, contenute nei moduli bancari, al fine di accertare la illiceità delle elargizioni di denaro a soggetti ormai dissestati, approfittando così della solvibilità del garante che – in forza della preventiva rinuncia – era tenuto all’oscuro di tutto.

Tali malumori hanno indotto, quindi, il legislatore ad intervenire con la legge n. 154 del 1992, che ha inciso notevolmente sulla disciplina della fideiussione bancaria e, in particolare, sull’istituto della fideiussione *omnibus*, stabilendo che le stesse siano nulle se non contemplino il limite massimo dell’importo garantito dal fideiussore (*cf.* art. 1938 cod. civ.) e prevedendo l’inderogabilità dell’art. 1956 cod. civ., con la conseguente inefficacia delle clausole che dispensino la banca dal richiedere la “speciale autorizzazione” prima di fare credito al cliente debitore, qualora notoriamente le sue condizioni economiche si aggravino. A ben vedere, le maggiori critiche mosse alla fideiussione in esame riguardavano proprio l’eccessiva indeterminazione delle obbligazioni che il garante era tenuto a garantire e la coerenza o meno delle varie obbligazioni – soprattutto quelle future – che il debitore poteva assumere, sempre in relazione alla determinabilità dell’oggetto del contratto fideiussorio<sup>55</sup>. Al riguardo, si è sostenuto che la validità della fideiussione *omnibus* fosse assicurata dalle rigide regole del sistema bancario che escludono la possibilità di arbitrio da parte dell’istituto di credito e da parte dello stesso debitore principale<sup>56</sup>; l’assunto risulta confermato, inoltre, dal fatto che il nostro ordinamento consente che ad individuare l’oggetto del contratto possa essere anche un terzo che, nel caso di una fideiussione, presumibilmente sarà il debitore garantito che sfrutterà le linee di credito messe a disposizione dalla banca a seguito della garanzia fideiussoria. Ne deriva che, nella fideiussione *omnibus* non muta la causa del contratto, che di fatto rimane sempre quella per cui si tende ad allargare la responsabilità patrimoniale dei soggetti di fronte a uno o più creditori, che potranno così aggredire più patrimoni.

Come si è detto, il problema centrale che è stato posto in relazione alla fattispecie in esame concerne il problema della determinabilità dell’oggetto nella fideiussione *omnibus*<sup>57</sup>. In realtà, la disputa relativa alla determinabilità o indeterminabilità dell’oggetto della fideiussione *omnibus* è stata ormai defi-

<sup>55</sup> In tal senso *cf.* G. Biscontini, *Fideiussione omnibus*, cit., 109 ss.

<sup>56</sup> M. Franzoni, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, cit., pp. 428 ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

nitivamente messa a tacere dalla legge n. 154 del 1992, che ha modificato il testo dell'art. 1938 cod. civ., imponendo, per le fideiussioni prestate a garanzia di obbligazioni future, la fissazione di un importo massimo garantito, volto a delimitare quantitativamente l'impegno assunto dal fideiussore. A dire il vero, già prima dell'entrata in vigore della citata legge, l'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente si era espresso nel senso dell'ammissibilità della determinazione *ex ante* dell'oggetto della fideiussione *omnibus*; tuttavia, mentre tale indirizzo era unanimemente consolidato nella giurisprudenza di legittimità, non altrettanto può dirsi con riguardo alla giurisprudenza di merito in cui, a partire dalla fine degli anni settanta, non sono mancate decisioni, invero piuttosto isolate, che hanno ritenuto l'invalidità, *sub specie* di nullità, del contratto di garanzia<sup>58</sup>. A tal proposito, va evidenziato che l'ammissibilità di una garanzia generale (c.d. *omnibus*) è espressamente riconosciuta in quanto il suo oggetto è determinato *per relationem* e, quindi, con riferimento a quello che sarà l'oggetto dell'obbligazione che sussisterà alla scadenza (in futuro).

Ora, a seguito della modifica degli art. 1938 e 1956 cod. civ., ad opera della legge sulla "trasparenza bancaria", le fideiussioni *omnibus* sono valide solo se l'oggetto del finanziamento risulta facilmente determinabile sin dal suo sorgere (*cf.* art. 1349 cod. civ.); se vi è un limite contrattuale dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future (*cf.* art. 1938 cod. civ.)<sup>59</sup>; se è esclusa la preventiva rinuncia, che una volta si inseriva nei contratti fideiussori, ad avvalersi della liberazione dalla garanzia, in ipotesi di concessione di credito al debitore che si trovi in condizioni patrimoniali critiche (*cf.* art. 1956 cod. civ.). Alla luce di ciò, la fideiussione *omnibus* è certamente ammissibile se le nuove operazioni di credito possono essere previste o, comunque, siano facilmente prevedibili al momento del rilascio della garanzia stessa<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> *Cfr.* Cass., 18-7-1997, n. 6635; Cass., 20-5-1997, n. 1997; Cass., 1-8-1987, n. 6656; Cass., 31-8-1984, n. 4738; Cass., 4-3-1981, n. 1262; Cass., 5-1-1981, n. 23; Cass., 27-1-1979, n. 615; Cass., 28-4-1975, n. 1631; Cass., 6-2-1975, n. 438; Cass., 15-1-1973, n. 118; Cass., 29-10-1971, n. 3037.

<sup>59</sup> A ben vedere, il disposto del nuovo art. 1938 cod. civ. impone l'obbligo di prevedere, per le garanzie fideiussorie per crediti futuri, un limite massimo alla garanzia: il c.d. importo massimo garantito, che si pone come un vero e proprio requisito contrattuale, la cui mancanza determina la nullità dell'intero contratto.

<sup>60</sup> In argomento *cf.* F. Macioce, *L'atipicità della fideiussione omnibus*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 42 ss.

L'esigenza di imporre un limite preciso all'assunzione di una garanzia anche per debiti non certi ma che matureranno in futuro è, dunque, la logica conseguenza di non dovere rimettere sempre la determinazione dell'oggetto del contratto (in questo caso della garanzia fideiussoria) o all'arbitrio di un terzo (il finanziatore) o *per relationem* (come nella fideiussione *omnibus*). Non v'è dubbio, poi, che tali limitazioni subiscano la forma scritta; per i contratti in corso, invece, sarà necessaria l'integrazione del testo contrattuale, che ovviamente sarà sottoposto all'accettazione del garante. Viceversa, nel caso in cui il garante non dovesse accettare tale importo massimo garantito, sarà il creditore (*i.e.*: la banca) a determinarlo unilateralmente e a provvedere a comunicarlo<sup>61</sup>. Beninteso, la previsione dell'art. 1956 cod. civ. non opera *ipso iure*, ma deve essere accertata di volta in volta dal giudice che valuterà se il creditore-finanziatore (banca) abbia fatto credito secondo un comportamento di correttezza e buona fede (arg. *ex art.* 1375 cod. civ.). Purtroppo, qualora venisse accertato la responsabilità del finanziatore che ha fatto credito "senza la speciale autorizzazione" del garante fideiussore, quest'ultimo potrebbe essere liberato per l'intero e non per la singola erogazione concessa ma non autorizzata<sup>62</sup>. Volendo spiegare la soluzione appena prospettata in chiave sanzionatoria, non è azzardato intendere la normativa in parola quale "pena privata" di natura legale che, in quanto tale, ha una duplice funzione: preventiva come remora ad un comportamento scorretto da parte della banca; repressiva, perché, in caso di violazione, il fideiussore è liberato per l'intero.

La speciale autorizzazione di cui parla l'art. 1956 deve essere specifica e, quindi, rilasciata di volta in volta, essendo valida per tutto il periodo successivo al suo rilascio fino a quando, però, le condizioni del debitore non registrino un ulteriore e notevole peggioramento. A tal proposito, occorre precisare che deve trattarsi di un'autorizzazione espressa (per iscritto) anche se potrebbe essere ammessa implicitamente (per *facta concludentia*) dati i rapporti intercorrenti tra garante e garantito (si pensi all'amministratore di una società che garantisca per la società stessa). Con specifico riguardo alla "speciale autorizzazione", inoltre, si ritiene che la sua mancanza comporti solamente la liberazione del garante dalle obbligazioni relative ai finanziamenti erogati senza autorizzazioni e non per i finanziamenti pregressi.

<sup>61</sup> Cfr. L. Pontiroli, *Fideiussione omnibus*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2000, 373 ss.

<sup>62</sup> G. Biscontini, *Fideiussione omnibus*, cit., p. 109 ss.

Nel periodo transitorio, l'entrata in vigore delle prefate norme ha comportato per gli istituti di credito la necessità di dovere richiedere un'espressa dichiarazione dei garanti circa l'importo massimo garantito, con il conseguente venir meno (per abrogazione) della clausola di dispensa dalla comunicazione di cui all'art. 1956 cod. civ.<sup>63</sup>. Analogamente, tra gli effetti indiretti della disciplina della c.d. trasparenza bancaria, a seguito della L. n. 154/92, ed in particolare con la parziale modifica dell'art. 1956 cod. civ., va rilevata l'automatica inefficacia di quelle clausole che dispensavano la banca dal richiedere la speciale autorizzazione del garante per far credito al debitore principale, pur avendo notizia che le condizioni patrimoniali di questo erano peggiorate. Da ciò ne consegue la necessità per l'istituto di credito di dover comunicare al garante fideiussore, su sua richiesta ed entro i limiti dell'importo dallo stesso garantito, l'entità della esposizione complessiva del debitore garantito.

6. – Nel recente arresto, come si è detto, la Cassazione affronta la questione relativa all'ammissibilità di un limite di tempo, connesso ad una fideiussione prestata a garanzia di un mutuo, inferiore a quello del rapporto garantito. In tal senso, la Corte chiarisce che siffatta previsione, sebbene non sia espressamente prevista dal codice civile, deve ritenersi consentita. Ad avviso del Collegio, infatti, una tale ipotesi può essere ricondotta alla previsione di cui all'art. 1941, secondo comma, cod. civ., a tenore del quale la fideiussione può essere prestata per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose e, in ogni caso, la stessa non è vietata perché pur sempre tesa a mettere il garante in una posizione più favorevole rispetto a quella del debitore principale. Tale collegamento equivale ad affermare che l'ordito normativo, in modo sostanzialmente non dissimile, non esclude che si faccia luogo ad una fideiussione *pro-tempore*, con durata limitata, tutte le volte in cui si voglia in qualche modo dissociare la perduranza del rapporto di garanzia rispetto a quello principale.

Nonostante la giurisprudenza di legittimità si sia raramente occupata del problema, l'intervento della Cassazione in commento ha aperto all'ammissibilità della prestazione della garanzia per un tempo inferiore a quello del contratto principale, ribadendo che il fideiussore non può essere tenuto in

<sup>63</sup>M. Franzoni, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, cit., p. 428 ss.

*duriores causam*, cioè a condizioni più onerose del debitore principale, che possono riguardare il tempo, il luogo e le modalità.

Nella fattispecie, si tenga presente, inoltre, che l'istituto di credito ricorrente deduceva che nell'interpretare la clausola che circoscriveva il periodo di durata della fideiussione non si potesse ignorare la peculiarità del rapporto garantito, cioè un contratto di mutuo ipotecario. In tale negozio, come è noto, rispetto ai rapporti di durata di solito garantiti con la fideiussione, l'esborso di denaro dal creditore al debitore viene sostenuto integralmente all'inizio del rapporto, per cui l'obbligazione restitutoria sorge per l'intero solo al momento della conclusione stessa del contratto, anche se la restituzione viene dilazionata nel tempo secondo un piano di ammortamento, per cui il garante sarebbe fin da subito, come il garantito, obbligato a restituire l'intera cifra mutuata, a prescindere dal tempo in cui si verifica il successivo inadempimento.

Tale assunto non è stato però condiviso dalla Corte, e ciò in quanto se per l'intero periodo di prestazione della garanzia il piano di ammortamento è rispettato, il debitore non può essere considerato decaduto dal beneficio del termine. Nella vicenda concreta, non si era verificato alcun inadempimento nei confronti della banca; per cui, il residuo credito capitale, seppur in quel momento esistente, non poteva esigersi. Coerentemente, allora, il fideiussore non può essere tenuto a pagare per un inadempimento verificatosi dopo la scadenza della garanzia.

La decisione, in sostanza, chiarisce che, in tema di mutuo ipotecario e quindi di responsabilità contrattuale, la fideiussione può essere prestata per una durata minore a quella del rapporto principale garantito; ciò in quanto l'esposizione soggettiva del fideiussore è oggettivamente circoscrivibile, onde conservare uno stato di equilibrio *ex lege* del rapporto debitore-creditore.

Sotto quest'ottica, la pronuncia in rassegna contribuisce al consolidamento dell'indirizzo giurisprudenziale invalso in merito ai rapporti tra obbligazione principale e garanzia fideiussoria. Al riguardo, occorre rammentare che le Sezioni Unite della Cassazione<sup>64</sup>, attraverso un puntuale percorso argomentativo, avevano già rafforzato l'opinione invalsa in merito alla distinzione tra il concetto di accessorialità della fideiussione rispetto alla obbligazione garantita, che attiene alla connessione logico-giuridica tra i due negozi (c.d.

<sup>64</sup> Cfr. Cass. s.u., 5-2-2008, n. 2655.

unità logica), ed il concetto di individualità/indipendenza, riguardante, per converso, le diverse caratteristiche soggettive ed oggettive delle due obbligazioni (c.d. disunità reale) <sup>65</sup>.

Ripercorrendo il ragionamento delle Sezioni Unite, può osservarsi, anzitutto, come i giudici di legittimità avessero preliminarmente evidenziato il collegamento tra obbligazione principale ed obbligazione fideiussoria dal punto di vista logico-giuridico, ponendo l'accento sulla natura accessoria della fideiussione rispetto all'obbligazione garantita (o principale) <sup>66</sup>. Bisogna aggiungere, comunque, che il vincolo di accessorietà perdura nel corso di tutto il rapporto fideiussorio, sicché le vicende che attengono al rapporto principale si ripercuotono necessariamente sulla garanzia fideiussoria. Ciononostante, l'obbligazione principale e quella fideiussoria mantengono una propria individualità soggettiva ed oggettiva. Sul versante soggettivo, è abbastanza chiaro che il fideiussore rimane estraneo al rapporto principale garantito; dal punto di vista oggettivo, invece, l'indipendenza tra le due obbligazioni poggia più che altro sulla considerazione che la causa fideiussoria è fissa ed uniforme (funzione di garanzia creditoria attraverso l'ampliamento delle sfere patrimoniali aggredibili), mentre l'obbligazione garantita può appog-

---

<sup>65</sup> In tal senso, attraverso una raffinata ricostruzione genetica dell'istituto fideiussorio, si esprime Cass. 17-1-1996, n. 365.

<sup>66</sup> Evidentemente, dal rapporto di accessorietà discendono diverse conseguenze sull'efficacia e sulla estensione della garanzia fideiussoria, desumibili dalla lettura della disciplina codicistica dell'istituto: valga ricordare, ad esempio, come la fideiussione non sia valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace (arg. ex art. 1939 cod. civ.); oppure, la previsione secondo cui la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose (arg. ex art. 1941, primo comma, cod. civ.). Ancora, va segnalato come la fideiussione si estenda a tutti gli accessori del debito principale, comprese le spese per la causa promossa contro il debitore garantito (arg. ex art. 1942 cod. civ.). Quanto alle conseguenze positive, dovute sempre all'accessorietà del rapporto, si tenga presente che il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante da incapacità (arg. ex art. 1945 cod. civ.). Per converso, bisogna ammettere che il tratto caratterizzante la figura del contratto autonomo di garanzia risiede nella preclusione al garante di opporre al beneficiario le eccezioni fondate sul rapporto tra il beneficiario medesimo e il debitore, il che genera l'autonomia, per l'appunto, del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito. Sulle differenze tra fideiussione e garanzia autonomo cfr., *ex multis*, G. Stella, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 949 ss.

giarsi ad una qualsiasi delle cause idonee<sup>67</sup>. A ciò consegue che la disciplina dell'obbligazione garantita non influisce su quella della fideiussione, per la quale continuano perciò a valere le relative regole<sup>68</sup>.

7. – In conclusione, si vuole prima di tutto condividere l'opinione di chi ammette la coesistenza, in casi determinati, di un negozio fideiussorio unilaterale con la fideiussione-contratto.

Cionondimeno, nel caso esaminato, non v'è dubbio che l'obbligazione fideiussoria vada considerata in termini contrattuali. Precisamente, quello concluso dalle parti era un contratto consensuale atipico<sup>69</sup>, volto ad apprestare una specifica tutela agli amministratori della società mutuataria. Questi ultimi, apponendo la clausola di cui all'art. 8-*bis* del contratto di mutuo, hanno voluto regolare il rapporto di garanzia (nella specie una fideiussione *omnibus*) in maniera autonoma rispetto al rapporto principale, pur essendo il primo funzionalmente collegato con il secondo, stante lo scopo di garanzia che contraddistingue ontologicamente l'obbligazione fideiussoria. Detto in

---

<sup>67</sup> Si vedano, nella medesima direzione, Cass. 17-1-1996, n. 365 e Cass. s.u. 15-10-1998, n. 10188.

<sup>68</sup> L'importanza dell'enunciazione *supra* riportata si coglie agevolmente attraverso un breve esame della casistica giurisprudenziale che a tali rilievi ha dato concreta applicazione. *Cfr.*, *ex plurimis*, Cass. civ. 17-1-1996, n. 365; Cass. s.u. 15-10-1998, n. 10188; Cass. s.u. 5-2-2008, n. 2655.

<sup>69</sup> In proposito, *cf.* F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 1151. Sul fenomeno della tipizzazione contrattuale, in generale, si rimanda all'analitico contributo di M. Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 44 ss., 239 ss., anche con riguardo agli esiti del giudizio di meritevolezza del regolamento di interessi divisato dalle parti (*arg. ex art. 1322*, secondo comma, cod. civ.) al fine di apprestare tutela giuridica a fattispecie concrete non rispondenti a fattispecie astratte legislativamente previste. In tal senso, il contratto atipico assumerebbe «il ruolo di mezzo per soddisfare anche quelle esigenze che nell'economia degli interessi del gruppo hanno una posizione marginale» (*cf.* M. Costanza, *Il contratto atipico*, cit., 280). Con particolare riguardo alla configurabilità del mutuo consensuale *cf.*, per tutti, A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, 761; V. Di Gravio, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, cui adde, B. Gardella Tedeschi, *Mutuo (contratto di)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, vol. XI, Torino, 1994, 539 ss. Per il carattere consensuale dei mutui di scopo e dei finanziamenti bancari speciali vedi, invece, M. Rispoli Farina, *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, vol. XI, Torino, 1994, 564 ss.; C.M. Tardivo, *Mutui fondiari ed edilizi e attività notarile: il mutuo consensuale*, in *Vita Not.*, 1988, 384 ss.; S. Mazzamuto, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1993.

altre parole, nell'obbligazione di garanzia il rapporto principale rimane sempre sullo sfondo, costituendo il presupposto causale della stessa. Tuttavia, è possibile regolamentare il rapporto di garanzia di guisa che non risulti perfettamente sovrapponibile a quello principale. Ciò può avvenire, in forza dell'art. 1941 c.c., secondo comma, cod. civ., a tenore del quale la fideiussione può essere prestata per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose: quindi, con la previsione di un limite quantitativo imposto alla garanzia, ovvero di una durata inferiore della stessa rispetto al rapporto principale, come nel caso di specie.

Tali limiti non possono considerarsi *contra legem* perché pur sempre tesi a mettere il garante in una posizione più favorevole rispetto a quella del debitore principale. Sotto il profilo oggettivo, peraltro, l'indipendenza tra l'obbligazione che nasce dal rapporto principale e l'obbligazione scaturente dal rapporto fideiussorio trova il proprio fondamento nella considerazione che la causa fideiussoria è fissa ed uniforme, e ciò grazie alla funzione di garanzia creditoria volta ad ampliare le sfere patrimoniali aggredibili, mentre l'obbligazione del rapporto garantito può appoggiarsi ad una qualsiasi delle cause idonee. Pertanto, le vicende dell'obbligazione garantita non possono in alcun modo andare a determinare la disciplina di quella fideiussoria, per la quale continuano a valere le relative regole. Gli amministratori della società garantita, infatti, inserendo la clausola di cui all'art. 8-*bis* del contratto di mutuo, che prevedeva una durata diversa del rapporto di garanzia, hanno voluto regolare tale rapporto in maniera autonoma e distinta rispetto al rapporto principale, pur essendo il primo collegato con il secondo, stante lo scopo di garanzia che contraddistingue ontologicamente la disciplina della fideiussione.

In definitiva, la decisione dei giudici di legittimità va senz'altro apprezzata perché ammette ancora una volta la possibilità per i garanti di differenziare l'obbligazione fideiussoria rispetto all'obbligazione principale, per mezzo di clausole che mirino a tutelare gli interessi dei fideiussori. In tale modo, è ben chiaro come l'obbligazione fideiussoria, pur derivando da quella principale, assuma connotati autonomi rispetto a quest'ultima, avendo un proprio regolamento contrattuale differenziato sotto un profilo quantitativo o di durata.