

Le garanzie personali: la fideiussione ordinaria e le species problematiche della fideiussione omnibus e della fideiussio indemnitas.

Autore: Silvia Ingrosso

In: Diritto civile e commerciale

1. Garanzie del credito: brevi cenni

Le garanzie del credito sono strumenti tesi a rafforzare il diritto del creditore e a garantirne il soddisfacimento anche nel caso di inadempimento del debitore.

Nell'ambito delle garanzie una fondamentale distinzione è quella tra **garanzie reali** (pegno, ipoteca e privilegio) e **garanzie patrimoniali**. È opportuno tenere ben distinte le due categorie, sicchè diversi sono gli effetti che ne scaturiscono: le **garanzie reali** sono lo strumento previsto dalla legge per consentire al creditore di porre un **vincolo su uno o più beni del debitore**, assicurandosi in tal modo una prelazione, opponibile anche a terzi, sul bene oggetto della garanzia, al fine di soddisfare il proprio credito, inoltre, in caso di **inadempimento**, il creditore può agire per il recupero del proprio credito sul bene oggetto della **garanzia reale**, anche se il bene viene alienato ad altri soggetti (cd. **diritto di sequela**); la costituzione di una **garanzia personale** fornisce al creditore un ulteriore patrimonio, quello del terzo garante, sul quale rivalersi in ipotesi di inadempimento.

2. Garanzie personali: la fideiussione. Definizione e caratteristiche.

Nella categoria delle garanzie personali rientra l'istituto della **fideiussione**, espressione derivante dalla formula utilizzata in epoca romana "idem fide tua esse iubes?".

La fideiussione è disciplinata ai sensi dell'art. 1936 c.c. il quale individua il fideiussore come "colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui."

Giova rilevare, anzitutto, che, sebbene la disciplina dettata dal Codice Civile non si soffermi sui modi di costituzione di questa forma di garanzia, la collocazione della stessa nell'ambito del "Titolo III" del "Libro IV" "Dei singoli contratti", ne caratterizza in modo significativo l'origine contrattuale.

Dunque, possiamo definire la fideiussione come **il contratto con il quale si costituisce a favore del creditore la garanzia personale del fideiussore**. È opportuno evidenziare che il contratto di fideiussione si perfeziona anche in mancanza di una preventiva intesa tra debitore e fideiussore, essendo rilevante esclusivamente la volontà del fideiussore di garantire l'obbligazione altrui.

L'effetto che deriva da tale accordo è la **costituzione di un vincolo di solidarietà passiva** tra garante e debitore nei confronti del creditore, il quale potrà rivolgersi indistintamente all'uno o all'altro, salvo diversa pattuizione delle parti: invero, ai sensi dell'art. 1944, comma 2, c.c., le parti potranno convenire il cd. beneficio excussionis e, dunque, consentire al creditore di rivolgersi al fideiussore solo dopo aver preventivamente ed infruttuosamente escusso il debitore.

Il creditore potrà agire su tutti i beni del fideiussore che, ai sensi dell'art. 2740 c.c., "risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri". Non esiste, dunque, un diritto reale su beni determinati, bensì un diritto su tutto il patrimonio del garante. In tal senso, non si ritraccia nella fideiussione il diritto di sequela: **la garanzia è efficace fintantoché nel patrimonio del fideiussore vi siano dei beni da escutere**; se tali beni vengono alienati a terzi, il creditore non potrà vantare alcun diritto nei confronti del terzo acquirente.

Volume consigliato

3. Il carattere di accessorialità.

Un'altra caratteristica fondamentale della fideiussione è l'**accessorialità**: il nuovo rapporto obbligatorio, che sorge a seguito della sua costituzione, è accessorio rispetto al primo. Da questo carattere di accessorialità ne discende che, in conseguenza dell'assunzione dell'obbligazione fideiussoria, il garante diventa egli stesso debitore, ma la sua obbligazione sussiste in quanto esiste un'obbligazione principale; dunque, la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale (con la sola eccezione del debito assunto dall'incapace: art. 1939 c.c.); il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni opponibili dal debitore principale; la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore né può essere prestata a condizioni più onerose.

Tali regole dunque operano su **tre diversi piani**: quello della **validità** della obbligazione fideiussoria; quello delle **eccezioni opponibili** dal debitore principale; quello dei **limiti** dell'obbligazione fideiussoria.

Logica implicazione delle articolazioni del principio in esame è che, poiché causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un'**obbligazione altrui**, ove quest'ultima manchi (perché ad esempio il contratto da cui derivava è stato dichiarato nullo o annullabile), verrebbe meno proprio la causa della fideiussione. La relazione di accessorietà tra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria non esclude comunque la loro **reciproca autonomia**: infatti la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che "nonostante l'obbligazione fideiussoria sia accessoria rispetto alla principale, sul piano processuale non si configura un **litisconsorzio necessario** tra creditore, debitore principale e fideiussore, a meno che il giudice non ordini l'intervento in causa del fideiussore ai sensi e per gli effetti dell'art. 107 c.p.c., nel qual caso si realizza una situazione di litisconsorzio necessario di tipo processuale, che produce i medesimi effetti di quello sostanziale"[1].

4. Fideiussione e contratto autonomo di garanzia.

La disciplina dell'accessorietà consente di rinvenire i profili differenziali della disciplina de qua con quella del **contratto autonomo di garanzia**.

Il contratto autonomo di garanzia costituisce una **deroga significativa** al principio di accessorietà.

Con tale contratto un soggetto (normalmente una banca o una compagnia di assicurazioni) si obbliga a titolo di garanzia ad eseguire a richiesta del creditore la prestazione dovuta dal debitore, senza poter sollevare eccezioni in ordine al rapporto garantito. Il garante si impegna dunque a pagare, a semplice richiesta del creditore, quanto dovuto, nella eventualità che il debitore non adempia al contratto principale. Si tratta dunque di un negozio costitutivo di una garanzia personale **non accessoria**, ossia svincolata dal rapporto garantito. Da qui il riferimento all'**autonomia della garanzia** rispetto al credito garantito. Pacifico, dunque, che la garanzia autonoma, in quanto costitutiva di una obbligazione del garante svincolata e indipendente rispetto al rapporto tra ordinante e beneficiario, rappresenta un ben più efficace strumento di tutela del credito del beneficiario stesso, il quale non è esposto al rischio che il garante possa sollevare eccezioni fondate sul rapporto obbligatorio principale per sottrarsi al pagamento.

Come rileva la giurisprudenza di legittimità, "ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia o di fideiussione non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia".[2]

Alla luce di ciò, la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'**assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia**, insito nel fatto che viene

esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c.

Il contratto autonomo di garanzia si pone dunque come espressione dell'**autonomia negoziale** ex art. 1322 c.c., e, da un punto di vista funzionale, tende a tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile, contrariamente al contratto di fideiussione, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui, attesa la identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante.

Il contratto autonomo di garanzia, dunque, in quanto privo del requisito dell'accessorietà rispetto all'obbligazione dedotta nel rapporto principale, garantisce in tal modo la **soddisfazione immediata** dell'interesse economico del beneficiario conseguente all'inadempimento del debitore, senza che il creditore debba dare la prova del fondamento della sua pretesa e senza che il garante possa opporgli le eccezioni nascenti dal rapporto principale. Parimenti, realizza anche l'interesse del garante a non essere coinvolto nelle controversie tra beneficiario e ordinante riguardo alle eccezioni sollevate da quest'ultimo.

Sotto questo profilo, il contratto autonomo di garanzia finisce per risultare "insensibile" rispetto alla validità e alle sorti del contratto principale intercorrente tra il beneficiario e il debitore.

Da un punto di vista strutturale, il contratto autonomo, secondo la giurisprudenza, si distingue dalla fideiussione, oltre che per la sua **indipendenza** rispetto all'obbligazione principale, anche per la **disomogeneità delle prestazioni**, se confrontate con quelle scaturenti dal contratto principale[3]. Mentre infatti il **fideiussore è "luogotenente" del debitore** e garantisce l'adempimento della medesima obbligazione dovuta da quest'ultimo, l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente diversa in quanto rivolta essenzialmente ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore. Si tratta di un connotato che colora la **causa concreta** di tale contratto, la quale viene ad identificarsi con una funzione indennitaria di traslazione del rischio di inadempimento del contratto principale dal creditore al garante e che, al contempo, ne segna il discrimine rispetto alla fideiussione nella quale è invece tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale.

5. La fideiussione omnibus.

La **fideiussione omnibus** è una particolare forma di garanzia personale, affermatasi nella **prassi bancaria**. Tale istituto consente al fideiussore di prestare la propria garanzia per tutte le obbligazioni presenti e future del debitore verso la banca.

Il profilo critico della figura in esame è agevolmente desumibile dalla circostanza che, prestando tale forma di garanzia, il fideiussore corre il rischio di ignorare l'espandersi del debito del soggetto per cui ha rilasciato la fideiussione omnibus. Per questi motivi, la dottrina e giurisprudenza risalenti hanno avanzato dubbi circa la validità di tale garanzia, prospettandosene la nullità per difetto di determinatezza ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c.

A porre fine alla controversa questione è intervenuto il Legislatore, il quale, con **l'art. 10 Legge n. 154 del 1992**, ha subordinato la validità della fideiussione omnibus alla condizione che nella garanzia sia espressamente specificato **"l'importo massimo garantito"** oltre il quale, pertanto, il fideiussore non è tenuto.

Tale disposizione ha chiarito i rapporti tra garante e banche, ma ha lasciato aperta la questione circa le sorti delle fideiussioni omnibus rilasciate anteriormente all'entrata in vigore della legge in questione e, pertanto, della loro validità in quanto prive dell'indicazione del massimo garantito.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con la sent. 204 del 1997, la quale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1938 c.c. (nella sua formulazione originaria), ha stabilito la validità delle fideiussioni omnibus stipulate anteriormente alla legge del 1992 per le sole obbligazioni principali già sorte alla data di entrata in vigore del divieto di prestare garanzie omnibus senza limiti; mentre, per il periodo successivo, il contratto originario deve ritenersi affetto da nullità sopravvenuta per indeterminatezza dell'oggetto, rilevabile d'ufficio.[4]

Si legga anche:"Fideiussione bancaria abi: nullità totale rilevabile d'ufficio"

6. La posizione della Cassazione sulla fideiussione omnibus e gli orientamenti contrastanti.

La Cassazione, tuttavia, nel 2017[5] è intervenuta sulla legittimità dell'intero sistema delle garanzie omnibus adottato dal ceto bancario **sancendo la nullità dei contratti di fideiussione omnibus stipulati tra le banche ed i propri clienti sulla base di testi predisposti a monte dall'Associazione Bancaria Italiana** (nello specifico la problematica attiene alle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema-tipo di fideiussione[6]), per **violazione della normativa antitrust**. I Giudici della Corte di legittimità statuiscano che: "In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato

(nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la legge n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza".

Il Tribunale ordinario di Busto Arsizio[7] è intervenuto di recente sulla validità della fideiussione omnibus predisposta sulla base dello **schema-tipo A.B.I.** orientando le proprie argomentazioni sul concetto di "incidenza" sui singoli contratti del comportamento distorsivo della concorrenza adottato mediante lo schema A.B.I., mettendo in discussione la tesi della nullità derivata accolta dalla Cassazione.

La Corte di merito, difatti, **contesta l'affermazione secondo cui l'invalidità di un rapporto giuridico possa propagarsi con effetti invalidanti ad un altro rapporto** in considerazione del fatto che debba esistere tra i due rapporti un "vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile". **La tesi dell'invalidità derivata** non è adottabile in tale circostanza in quanto dovrebbe accertarsi l'esistenza di un nesso di indissolubile dipendenza tra l'intesa a valle e quella a monte.

Invero, "l'intesa a valle è soggetta, in questo caso, alla normale dinamica della contrattazione individuale in cui, al contrario, le intese mostrano di non costituire un tutt'uno con i contratti a valle, di non essere a questi collegati né per legge né per volontà delle parti e di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia".

L'invalidità derivata del rapporto dipendente è un'eventualità, al contrario, ammessa nei subcontratti, in cui è sicuramente presente un nesso di indissolubile dipendenza in quanto, il venir meno del rapporto obbligatorio principale comporta il venir meno della causa del rapporto dipendente. Tale invalidità derivata richiede quindi un requisito oggettivo, ossia un collegamento negoziale tecnico che impone la considerazione unitaria della fattispecie ed un requisito soggettivo ossia il comune intento delle parti.

La Corte di merito dichiara "ardua" l'individuazione di un nesso di dipendenza delle fideiussioni con la deliberazione dell'A.B.I. o un vero e proprio collegamento negoziale nel suo significato tecnico. In tali contratti di fideiussione omnibus, infatti, non vi è alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'A.B.I. né risulta che tale deliberazione abbia vincolato la banca al rispetto dello schema-tipo A.B.I.

7. La fideiussio indemnitis: garanzia tipica o atipica?

Ultima figura in analisi è la fideiussio indemnitis, che consiste nella **garanzia avente ad oggetto il solo debito risarcitorio**. L'oggetto di tale garanzia sarà dunque il risarcimento dei danni che si verificano in esito ad uno specifico evento lesivo, di tal che il creditore non potrà rivolgersi al garante al momento del verificarsi dell'inadempimento delle obbligazioni facenti capo al debitore principale, ma dovrà attendere il verificarsi del danno specifico contemplato della pattuizione.

Le Sezioni Unite^[8] sostengono che la fideiussio indemnitis sia estranea alla nozione di fideiussione, non avendo ad oggetto l'obbligazione del debitore principale e si configuri come garanzia atipica avente funzione "reintegratoria".

Tale figura è assai diffusa nella prassi degli appalti, in genere stipulata tramite polizza fideiussoria, e finalizzata soprattutto a rispondere all'esigenza di garantire lo svolgimento di una prestazione diversa, ma equivalente e indennitaria, rispetto a quella principale, ossia la prestazione lavorativa infungibile dell'appaltatore.

Questo schema negoziale ha assunto una notevole importanza, anche perché idoneo a sostituire le cauzioni dovute alla Pubblica Amministrazione, per lo svolgimento di talune operazioni. Nella figura in esame, il garante, non di rado un istituto di credito o assicurativo, assume nei confronti del creditore beneficiario l'obbligo di tenerlo indenne, mediante pagamento di un determinato importo, dalle conseguenze derivanti dall'inadempimento della prestazione a lui dovuta dal debitore principale. La peculiarità della figura sta proprio nell'**infungibilità**, e dunque **insostituibilità**, dell'obbligazione principale (in genere obbligazione di fare), la quale fa sì che in caso di inadempimento da parte del debitore principale, il creditore potrà pretendere dal garante solo una prestazione necessariamente diversa, consistente nel pagamento di una somma di denaro, a titolo di indennizzo o di risarcimento del danno.

Vari sono stati i tentativi di ricostruzione dogmatica dell'istituto della fideiussio indemnitis, della quale è incerta la stessa riconduzione allo schema fideiussorio, e dunque la tipicità. In effetti, se si ritiene che la fideiussione sia deputata a garantire l'intera posizione contrattuale del debitore principale, comprese le conseguenze pregiudizievoli della sua condotta inadempiente, la **fideiussio indemnitis** diventa semplice convenzione limitativa dell'efficacia della garanzia^[9], senza che ciò infici la riconduzione all'alveo fideiussorio; d'altra parte è evidente la **funzione non satisfattoria**, ma **indennitaria della garanzia**, dovendo il garante non eseguire la prestazione mancata, ma soltanto a indennizzare il creditore insoddisfatto: così ragionando, la fideiussio indemnitis dovrebbe essere considerata **garanzia atipica**.

In tale ultima ottica, viene in gioco lo **schema negoziale dell'assicurazione**. Invero, il pagamento da

parte dell'assicuratore è subordinato all'inadempimento del debitore principale, non assimilabile al fatto che fonda il **rischio assicurativo**: se ex art. 1900 c.c. "l'assicuratore non è obbligato per sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario", al contrario, nella fideiussione indennitatis il garante è tenuto al pagamento anche nel caso di inadempimento volontario del debitore principale. La fideiussione indennitatis si potrebbe allora considerare **contratto misto**, che presenta elementi propri sia della fideiussione che del contratto di assicurazione. Quest'ultima avrebbe però sulla causa della figura in esame una incidenza molto minore rispetto all'incidenza che, invece, su di essa avrebbe la fideiussione. Pertanto, la disciplina della fideiussione indennitatis, in aderenza alla teoria interpretativa maggioritaria, quella della prevalenza, sarebbe in sostanza la stessa della fideiussione.

Volume consigliato

Note

[1] Cass. civ., Sez. III, sentenza del 17 luglio 2002, n. 10400.

[2] Cass. civ., Sez. III, sentenza 17 giugno 2013, n. 15108.

[3] Cass. SSUU, 18 febbraio 2010, n. 3947; in tal senso Cass. civ., Sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213 afferma che "il carattere distintivo del contratto autonomo di garanzia è costituito dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c.c., e dalla conseguente preclusione della legittimazione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché della proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento da quest'ultimo effettuato".

[4] La Cassazione ha stabilito che nella controversia inerente alla validità ed efficacia di una fideiussione prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni derivanti da future operazioni con il debitore principale (fideiussione omnibus), la sopravvenienza della L. n. 154 del 1992 (il cui art. 10, modificando l'art. 1938 c.c., ha imposto la fissazione dell'importo massimo garantito) - se non tocca la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento dell'entrata in vigore del citato art. 10, con la conseguente responsabilità del fideiussore per le obbligazioni verso la banca a carico del debitore principale prima della predetta data - determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto; pertanto, la mancata predeterminazione, con espressa dichiarazione di volontà, dell'importo massimo garantito esclude che il fideiussore possa essere chiamato a rispondere dei debiti sorti a carico del debitore principale dopo l'entrata in vigore della menzionata disposizione (Cass. n. 17669/2020; Cass. n. 1580/2017; Cass. n. 8944/2016; Cass. n. 2871/2007).

[5] Ord. 12 dicembre 2017, n. 29810.

[6] Tali articoli si riferiscono: alla **clausola sopravvivenza**: «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate»; alle **clausole di reviviscenza**: «il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo»; alla **rinuncia ai termini** ex art. 1957 c.c.: «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato».

[7] Tribunale Busto Arsizio, 26 maggio 2020, sent. n. 513.

[8] Cass. SS.UU, 18 febbraio 2010, n. 3947.

[9] Si tratta di una posizione ormai risalente, sostenuta da Cass. 17 giugno 1957, n. 2299.

<https://www.diritto.it/le-garanzie-personali-la-fideiussione-ordinaria-e-le-species-problematiche-della-fideiussione-omnibus-e-della-fideiussio-indemnitatis/>