

**IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA
NON SI ADDICE AL CONSUMATORE.
RIFLESSIONI A MARGINE DI CASS. 18 FEBBRAIO 2022, N. 5493**

MARIA COSTANZA
*Professore ordinario
nell'Università di Pavia*

SOMMARIO: 1. La non autonomia della fideiussione. – 2. Spazi ampi di autonomia per la garanzia autonoma. – 3. Garante consumatore o professionista? – 4. Garanzia e contratti dei consumatori.

1. – I rapporti fra fideiussione e contratto autonomo di garanzia nonostante la qualificazione del secondo come contratto atipico e perciò diverso e distinto dall'altro non sono del tutto ancora chiariti. Il tema della accessorietà, requisito che connota la fideiussione, viene escluso là dove la garanzia sia assunta con clausola a prima richiesta e senza eccezioni¹; anzi, ogni volta in cui tale tipo di clausola compare in un accordo avente funzione di garanzia, si afferma la natura autonoma dell'impegno del garante. Anche per i contratti strutturati in forma di polizza assicurativa finalizzata ad assolvere funzioni di garanzia o cauzionali² si riporta la figura nell'area dei contratti di garanzia autonoma, pur leggendosi le c.d. polizze fideiussorie come convenzioni alle quali si applica la disciplina codicistica del contratto di fideiussione, anziché di assicurazione³.

La disciplina della fideiussione non vieta che il fideiussore rinunci al beneficio della preventiva escussione del debitore principale. Il presupposto del diritto del creditore garantito di rivolgere le sue pretese nei confronti del fideiussore resta l'inadempimento del debitore principale, tenuto perciò a risarcire la controparte creditrice⁴. La solidarietà che unisce debitore garantito e fideiussore postula che vi sia omogeneità fra le rispettive prestazioni, una omogeneità che pur potendo mancare nel momento in cui la fideiussione viene prestata, si recupera proprio nel momento della inadempienza del debitore garantito. La sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria⁵, che può esistere in qualsiasi rapporto obbligatorio con pluralità di condebitori, può essere convenzionalmente derogata con vantaggio del

¹ Cass., 31 maggio 2021, n. 15091.

² Trib. Salerno, 5 marzo 2020, n. 893, in *Dejure*.

³ Trib. Roma, 1 marzo 2019, n. 4669, in *Dejure*.

⁴ M. COSTANZA, *La fidejussione personale ovvero la c.d. garanzia di firma*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, 2235 ss.

⁵ Da ultimo: Trib. Perugia, 10 marzo 2022, n. 354, in *Dejure*.

creditore. Il fideiussore inoltre può essere esposto a richieste del creditore anche se il suo diritto possa essere oggetto di contestazione. Il fideiussore è pure onerato di cautelarsi (art. 1953 c.c.), per non vedere pregiudicati i propri diritti di rivalsa verso il debitore garantito. L'accessorietà della fideiussione rispetto all'obbligazione principale fa perdere effetto alla garanzia, se essa accede ad un rapporto invalido (art. 1936 c.c.).

2. – Nella prassi e segnatamente nelle relazioni creditizie assistite da garanzia fideiussoria prestata da un terzo è invalsa la predisposizione di modelli contrattuali nei quali la figura del fideiussore si ridisegna⁶, per rafforzare la posizione della banca creditrice che, acquisendo la garanzia fideiussoria, rende l'operazione conforme ai canoni ai quali è sottoposta la erogazione creditizia. Questa prassi ha trovato censura presso le autorità di vigilanza e da questa censura si è aperto il dibattito giurisprudenziale che si è composto con l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione⁷. Con la loro decisione le S.U. hanno depurato *ex art. 1419 c.c.* le condizioni negoziali di fideiussione, almeno per quanto colpite dalla censura dell'Autorità di vigilanza. Si tratta delle pattuizioni che pongono il fideiussore in una posizione peggiore, pur nella derogabilità della normativa codicistica, rispetto a quella che esso dovrebbe rivestire secondo il più equilibrato assetto previsto dalla disciplina di riferimento.

Per superare o tentare di superare la declaratoria di invalidità, anche solo parziale, dei contratti di fideiussione sottoposti allo scrutinio del giudice, si è dedotto come argomento difensivo che la garanzia della quale si discuteva non si ascrive fra le fideiussioni, bensì si configura come contratto autonomo di garanzia, e come tale necessariamente regolato da condizioni che svincolano gli impegni del garante dalle sorti del rapporto garantito o meglio degli obblighi che ne siano derivati. Il contratto autonomo di garanzia cioè non potrebbe che conformarsi a certe regole. Diversamente la autonomia della garanzia risulterebbe snaturata. Il contratto autonomo di garanzia non potrebbe sussistere che nella divaricazione da qualsiasi relazione coi rapporti ai quali accede.

⁶ Nella modulistica che le banche presentano ai propri clienti, il fideiussore non soltanto è richiesto di rinunciare al beneficio della preventiva escussione, ma pure di mantenere la sua responsabilità in ordine alle somme che il debitore principale avesse versato al creditore garantito in base ad un rapporto dichiarato inefficace successivamente, nonché di derogare al disposto dell'art. 1957 c.c.

⁷ Cass., S.U., 30 dicembre 2021, n. 41994.

3. – La autonomia della garanzia si rifletterebbe anche sui profili soggettivi delle relazioni implicate. Con una qualche corritività⁸ si è separata ogni valutazione circa la qualificazione, come professionista o come consumatore, del garante, dalla valutazione che per dette figure si compia rispetto al soggetto garantito. Questo percorso non si potrebbe evitare rispetto alla figura del fideiussore, il quale si omologherebbe al debitore garantito, fungendo la fideiussione da veicolo dei suoi rapporti⁹.

Invero né il fideiussore né il garante autonomo subiscono delle omoplasie con il debitore principale. La sua condizione di professionista o di consumatore non trova simmetrie con la condizione del prestatore di garanzia autonoma o meno essa sia. Il fideiussore del resto può prestare la sua garanzia anche all'insaputa del debitore principale ed indipendentemente da convergenze con lo stesso (art. 1936, co. 2, c.c.). L'interesse del fideiussore alla concessione di credito al debitore garantito non fa confluire sul fideiussore esigenze che appartengono al debitore principale. Il caso del finanziamento erogato ad una società di capitali grazie pure alla garanzia fideiussoria prestata da un socio, non può assumersi come vicenda paradigmatica, perché ricorrente nelle relazioni economico giuridiche. La garanzia fideiussoria, sebbene collaterale ad una operazione economica in cui l'obbligazione a cui si riferisce la fideiussione sia assunta da un professionista, ben può essere prestata verso il creditore da un non professionista; allo stesso modo l'obbligazione garantita può far capo ad un consumatore ed il fideiussore può essere qualificabile come non consumatore, come accade quando il datore di lavoro presta fideiussione per debiti personali di un dipendente. La prestazione di garanzia fideiussoria non è prerogativa del professionista, perché la assunzione di garanzia di per sé non dà luogo al compimento di attività incompatibili con la condizione di

⁸ Cass., 18 febbraio 2022, n. 5423: «Nel contratto autonomo di garanzia 'a prima richiesta e senza eccezioni', l'accertamento della qualità di consumatore del garante dev'essere effettuato con riferimento a quest'ultimo contratto (e non a quello garantito) e, in caso di esito positivo, ne deriva l'applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. t), c. cons., la cui previsione circa la limitazione della facoltà di opporre eccezioni va riferita sia a quelle relative al rapporto di garanzia sia a quelle relative all'inadempimento del rapporto garantito da parte del debitore, con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, ove la clausola venga riconosciuta abusiva, il contratto conserverà validità ai sensi dell'art. 36, comma 1, c. cons., e il garante potrà opporre le suddette eccezioni».

⁹ Ancora Cass. 18 febbraio 2022, n. 5423, ha affermato: «Il Collegio rileva che questa Corte ha espresso una decisione, Cass. n. 25914 del 2019 (non massimata), la quale ha affermato in via generale che la configurabilità della posizione di consumatore in capo al garante [autonomo] va apprezzata direttamente con riguardo allo stesso rapporto di garanzia e non in via derivata e riflessa mutuandola da quella del debitore garantito, desunta dal rapporto oggetto della prestazione di garanzia».

consumatore. Se mai la posizione di consumatore del fideiussore richiede che il relativo contratto, qualora concluso con un professionista sia conforme al regime dei contratti dei consumatori.

Il giudizio di conformità con le prescrizioni stabilite per i contratti dei consumatori impone che sotto la lente cadano le pattuizioni che gravano il fideiussore consumatore di limiti all'esercizio dei propri diritti o ne estendano le responsabilità in assenza di un bilanciamento con oneri posti a carico della controparte professionista.

L'autonomia della garanzia non è circostanza che da sola valga a individuare nel garante un soggetto a cui può attagliarsi la qualità di consumatore, perché sul garante non si rifletterebbe la condizione del debitore garantito, qualora professionista. La prestazione di una garanzia autonoma è atto che presuppone la solvibilità del garante, anche indipendentemente da controgaranzie.

Il *performance bond* tipicamente presente nelle operazioni economicamente rilevanti e spesso articolate come contratti internazionali è impegno richiesto e accettato, in quanto proveniente da un soggetto istituzionalmente accreditato come finanziariamente affidabile e assicurante per il creditore. L'autonomia della garanzia vuole che gli impegni del garante corrano su binari diversi da quelli percorsi dal rapporto garantito. L'adempimento dei propri impegni da parte del garante è presidiato dal principio della sola opponibilità al creditore dell'*exceptio doli*¹⁰ e/o della prova liquida della inesigibilità della garanzia. Il che non si traduce nella possibilità che il creditore possa incamerare somme indebite. Il creditore garantito potrà subire le contestazioni del debitore principale e a questo, se le contestazioni risulteranno fondate, rendere quanto incassato dalla escussione della garanzia, ma in effetti non dovuto¹¹. Dall'esito dell'eventuale controversia fra creditore e debitore dipenderà il riequilibrio delle posizioni del garante e del debitore garantito. Infatti il recupero dell'indebito incassato dal creditore consente al debitore di reintegrare il decremento patrimoniale subito, quando abbia prestato controgaranzia a favore del garante o subito addebiti imputatigli dal garante escusso e adempiente. La partita della garanzia autonoma non si esaurisce nella relazione garante creditore garantito. Questo rapporto è certamente quello rilevante sotto il profilo del senso della garanzia. Il funzionamento della garanzia però non può osservarsi, dimenticandone il più complesso reticolo dell'operazione negoziale. Questa si profila con tratti che non si armonizzano con la fisionomia del consumatore definito come persona fisica che accede a beni o servizi per esigenze di natura non lavorativa e non

¹⁰ Trib. Padova, 12 luglio 2021, n. 1394, in *Dejure*.

¹¹ Cass. 12 settembre 2012, n. 15216. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, Milano, 2010, 1, 879.

professionale. Il prestatore di garanzia autonoma non è mosso dall'interesse di agevolare il debitore garantito o meglio non è mosso da questo solo interesse, perché la prestazione della garanzia non si deve risolvere in un puro rischio. Il garante si cautela o almeno valuta costi e benefici nell'ottica di una razionale analisi del proprio equilibrio economico finanziario, secondo logiche che non appartengono al consumatore.

4. – Il contratto autonomo di garanzia è effettivamente cosa diversa dalla fideiussione, ma questa non diviene altro da sé solo perché le condizioni che la regolano contengano clausola a prima richiesta e senza eccezioni. Questo tipo di clausola può essere prossima al patto *solve et repete*¹², in base al quale la contestazione della effettiva debenza da parte del debitore non è interdetta in modo assoluto e definitivo, ma è rimandata.

L'affermazione secondo la quale ogni garanzia prestata con modalità a prima richiesta e senza eccezioni è garanzia autonoma da un lato impoverisce questo contratto e dall'altro rende atipiche le garanzie fideiussorie sorte, invece, nel solco dell'accessorietà e dei legami con le obbligazioni garantite e con le loro sorti.

La atipicità del contratto autonomo fondata sulla assenza dell'elemento dell'accessorietà è costruzione che non si mette in discussione così come non si mette in discussione che sia connaturale al contratto autonomo di garanzia la necessità che esso operi a prima richiesta. La necessità della clausola a prima richiesta e senza eccezioni nel relativo contratto non sembra ragione sufficiente per escluderne il carattere vessatorio, dato che la elisione di ogni eccezione potrebbe intendersi come dichiarazione che comprime il diritto del garante di avvalersi pure dell'*exceptio doli*. Si è fatta menzione del carattere vessatorio della clausola a prima richiesta e non di abusività, ritenendosi inappropriata alla condizione di consumatore la prestazione di garanzia autonoma. Quand'anche si dissentisse da questa conclusione, la disciplina dei contratti dei consumatori non condurrebbe a sollevare la clausola da qualificazione di abusiva, facendo leva sul fattore della intervenuta negoziazione. La negoziazione di cui si legge nell' art. 34 co. 4 cod. cons. riporta la clausola contrattuale nell'area degli accordi in cui le parti trattano liberamente le relative condizioni. Queste possono anche essere poco equilibrate, ma in quanto liberamente accettate divengono insindacabili per lo spazio concesso alla autonomia privata.

L'autonomia privata può spingersi sino alla definizione di contratti atipici con il limite della meritevolezza degli interessi perseguiti. La

¹² F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *I contratti di garanzia*, 1, in *Trattato dei contratti*, 2006, 536.

disposizione dell'art. 1322 c.c. non incontra barriera nella qualità di consumatore di una delle parti contrattuali. La atipicità del contratto non interferisce con il regime declinato negli art. 33 sgg. cod. cons. La atipicità del contratto piuttosto riduce la casistica in tema di clausole abusive, pur se riproduttive di norme di legge (art. 34 co. 3 cod. cons.). Al contratto atipico manca per definizione un apparato normativo di riferimento.

La compatibilità del carattere atipico del contratto con la sua eventuale appartenenza all'area dei contratti consumeristici, però, non basta per superare a priori il vaglio sulla effettiva adeguatezza del suo contenuto con la disciplina delle clausole abusive, sull'assunto che il connotato atipico del contratto legittima ogni clausola che sia consunstanziale alla tipologia dell'operazione negoziale. Soprattutto non pare che il passaggio al territorio dell'atipico sia sufficiente percorso per mettere al riparo in via generale dallo stigma dell'abusività condizioni negoziali sfavorevoli per il contraente non professionista.

Quando si afferma che un contratto di garanzia fideiussoria a cui accede una clausola a prima richiesta è da qualificarsi come contratto atipico di garanzia autonoma, il contratto viene derubricato come fideiussione e inquadrato in altro tipo, mentre questa migrazione non è ineludibile, se il significato della clausola a prima richiesta non cancella la accessorietà della garanzia, ma impone al garante l'obbligo di pagamento alla cui esecuzione restano subordinate le possibili eventuali contestazioni.

Si può cioè dubitare della correttezza della metamorfosi in contratto autonomo di garanzia di ogni garanzia pattuita con modalità a prima richiesta, perché l'operazione negoziale di prestazione di garanzia autonoma ha elementi ulteriori e diversi dal contratto di fideiussione di cui è dovuta la riqualificazione soltanto nel momento in cui la sua elasticità tipologica si esaurisca.

In sostanza le modalità della prestazione di garanzia fideiussoria possono essere più o meno stringenti secondo convenzione per il fideiussore, il quale conserva egualmente la sua posizione di assuntore di impegni non avulsi dalle relazioni del creditore garantito con il debitore principale. Qualora il fideiussore sia pure un consumatore la normativa stabilita per i contratti dei consumatori sarà applicabile e guiderà il giudizio sulla efficacia o meno delle previsioni convenzionali. Il passaggio dal contratto di fideiussione a quello di garanzia autonoma si potrebbe compiere soltanto nel momento in cui la prestazione di garanzia si atteggi per la sua complessiva regolamentazione convenzionale come prestazione di un servizio di natura economico finanziaria, una prestazione che rende il suo autore professionista ovvero l'antagonista del consumatore.

Abstract

**THE AUTONOMOUS GUARANTEE CONTRACT DOES NOT SUIT THE
CONSUMER.**

REFLECTIONS IN THE MARGIN OF CASS. 18 FEBRUARY 2022, NO. 5493

L'autore, movendo dalla decisione della Cassazione n. 5493/22, esamina il tema della posizione del garante e segnatamente consumatore, avendo riguardo sia alla fideiussione che al contratto autonomo di garanzia.

The author, starting from the Supreme Court decision No. 5493/22, examines the issue of the position of the guarantor and, in particular, the consumer, with regard to both the surety bond and the autonomous guarantee contract.
