

Corte di cassazione, Sez. III, 31 maggio 2025, n. 14687.

Pres. Scarano, Rel. Moscarini

La clausola contenuta nel contratto di fideiussione che deroga all'art. 1957 c.c., dispensando il creditore dal termine semestrale per agire contro il debitore principale è vessatoria e quindi nulla, specialmente nei contratti che vedono quale parte il consumatore.

(Omissis) Nella fattispecie concreta in questione la società FGA Capital Spa (poi FCA Bank Spa), concesse ad B.B., con contratto del 9 febbraio 2012, un finanziamento di Euro 57.364,62 per l'acquisto di una autovettura Land Rover Range Rover del valore di Euro 73.42766.146,00, da estinguersi in 36 rate; il contratto di finanziamento fu garantito dalla prestazione di una fideiussione da parte di A.A., figlio del debitore principale. In data 5 maggio 2015 il debitore chiese ed ottenne una modifica del finanziamento che fu rimodulato in 48 rate per il residuo importo di Euro 23.450,00, con la previsione che l'obbligazione avrebbe dovuto estinguersi in data 14 maggio 2019, data di scadenza dell'ultima rata del piano di rientro del prestito. In occasione della rimodulazione del piano di ammortamento fu stipulata una polizza assicurativa, che sarebbe stata attivata a seguito di morte del debitore principale, ferma restando la fideiussione prestata dal figlio C.C.

In conseguenza del parziale adempimento dell'obbligazione del debitore principale, la società creditrice intimò, con decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Padova, al fideiussore il pagamento del debito residuo per l'importo di Euro 19.990,23 oltre interessi.

A seguito di opposizione del fideiussore – che chiese, per quanto ancora rileva in questa sede, di accertare la decadenza del creditore dai termini di cui all'art. 1957 c.c. e per l'effetto di accogliere l'opposizione proposta ai sensi dell'art. 645 c.p.c., revocando il decreto ingiuntivo, il Tribunale di Padova accolse l'opposizione ritenendo fondata l'eccezione di decadenza sollevata dall'attore, e specificò che la deroga convenzionale all'art. 1957 c.c., prevista dall'art. 11 comma 2 delle condizioni generali di finanziamento, doveva considerarsi nulla ai sensi dell'art. 33 commi 1 e 2 lett. t) del Codice del Consumo.

Per l'effetto il Tribunale accertò il mancato rispetto del termine semestrale di cui all'art. 1957 c.c. e dichiarò che il fideiussore nulla era tenuto a pagare alla creditrice convenuta. Ritenne il giudice che la suddetta clausola di cui all'art. 11 prevedeva – per la parte che qui interessa – che il fideiussore dispensava la società dall'onere di agire entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c. ed era pertanto tenuto a pagare immediatamente alla

società stessa, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del cliente debitore, quanto dovutole per capitale, interessi, spese tasse ed ogni altro accessorio.

Conclusivamente il Tribunale dichiarò che il fideiussore nulla era tenuto a pagare alla società creditrice.

FCA Bank propose appello prospettando tre motivi, di cui soltanto i primi due rilevano ancora nella presente sede processuale: con il primo motivo lamentò che il giudice di prime cure, nel ritenere la clausola derogativa dell'art. 1957 c.c. compresa nella previsione di cui all'art. 33 comma 2 lett. t) del Codice del Consumo, si sarebbe discostato dal consolidato indirizzo di questa Corte secondo cui l'obbligo del fideiussore si estingue solo per effetto dell'estinzione dell'obbligazione principale e quindi non può essere compresa nella tipologia di clausole di cui all'art. 1341 secondo comma c.c.; con il secondo motivo affermò che il giudice di prime cure non aveva considerato la vessatorietà della clausola, non solo ai sensi della citata lettera t), ma anche ai sensi del primo comma dell'art. 33 e quindi in quanto la clausola creava, malgrado la buona fede del professionista, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

La Corte d'Appello di Venezia, con sentenza n. 605 del 21/3/2023, ha rigettato il primo motivo ritenendo che, essendo incontestato che non vi fosse stata trattativa tra le parti sulle clausole che si pretendono vessatorie, in ogni caso, anche per le clausole di cui al primo comma dell'art. 33, sarebbe stato onere del professionista dare prova che dette clausole, malgrado unilateralmente predisposte, fossero state oggetto di trattativa specifica con il consumatore. E che, pur a voler ritenere possibile la rinuncia, da parte del fideiussore, al termine di cui all'art. 1957 c.c., essendo la fattispecie estranea all'art. 1341 c.c., in ogni caso la previsione negoziale della deroga all'art. 1957 c.c. dovesse essere considerata una clausola vessatoria nel senso di cui agli artt. 33 e ss. del Codice del Consumo.

Sul punto la Corte d'Appello richiama la sentenza di questa Corte n. 5423 del 2022, relativa all'applicabilità dell'art. 33 comma 2 lett. t) alla clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" ed in particolare il capo che ha ritenuto applicabile la tutela consumeristica sia ai contratti tipici sia ai contratti atipici contenenti clausole abusive, concludendo che, per i contratti tipici, non è dato ravvisare clausole abusive se non nella misura in cui le stesse risultino inserite, ai sensi dell'art. 1322 c.c. comma 1, dall'autonomia privata, aggiungendo, al minimum previsto dalla disciplina legale del tipo contrattuale prescelto, impegni a carico dello stipulante-consumatore compatibili con la causa del contratto tipico. Sulla base di tale argomentazione ha confermato quanto già affermato dal

giudice di primo grado circa l'essere la clausola in scrutinio compresa tra quelle di cui all'art. 33, comma 2 lett. t) con la conseguente nullità della clausola ai sensi dell'art. 36 dello stesso Codice del Consumo. Quanto al secondo motivo, relativo ad un ulteriore profilo di vessatorietà della clausola in relazione al primo comma dell'art. 33, e dunque per il significativo squilibrio tra le parti, la Corte lo ha ritenuto assorbito.

Avverso questa sentenza la CA AUTO Bank Spa ricorre per cassazione con due motivi di ricorso. Resiste A.A. con controrricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

con il primo motivo – violazione e falsa applicazione degli artt. 1341 c.c., 1957 c.c. e 33 co. 2 lett. t) Codice del Consumo in relazione all'art. 360, co. 1 n. 3 c.p.c. – la banca lamenta che la corte territoriale ha erroneamente affermato la natura vessatoria della clausola di cui all'art. 11 delle condizioni generali di finanziamento – secondo cui il fideiussore dispensa la società dall'onere di agire nei termini previsti dall'art. 1957 c.c. – quale clausola *ex* art. 33 co. 2 lett. t) Cod. Cons. ritenendola una clausola limitativa della facoltà di opporre eccezioni, quando invece, la derogabilità pattizia dell'art. 1957 c.c. sarebbe stata pacificamente ammessa in giurisprudenza sulla scorta del principio secondo cui la stessa non comporta alcuna limitazione alla facoltà di opporre eccezioni. Ad avviso del ricorrente la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui ha ritenuto che la tutela di cui al Codice del Consumo si pone su un piano diverso rispetto a quella di cui all'art. 1341 co. 2 c.c. mentre le due discipline si porrebbero su un medesimo piano, con l'effetto che, anche la clausola vessatoria ai sensi dell'art. 33 lett. t), per essere valida, deve essere specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Quindi la sentenza sarebbe da censurare nella parte in cui ritiene "irrilevante" la riconducibilità o meno della clausola alla disciplina codicistica, e nella parte in cui invoca una giurisprudenza di legittimità, di cui Cass. n. 5423 del 2022 costituisce archetipo, relativa all'applicabilità del regime consumeristico anche ai contratti tipici purché nei limiti della deroga convenzionale prevista dall'art. 1322 c.c. Secondo il ricorrente dalla stessa sentenza si desumerebbe proprio la conseguenza opposta a quella affermata dal giudice d'appello e cioè che la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. è vessatoria ai sensi del Codice del Consumo. In particolare, sostiene il ricorrente, il capo di sentenza con il quale la corte lagunare afferma che il comma 2 del citato art. 33 stabilisce la presunzione di onerosità non solo delle clausole che hanno per oggetto le varie ipotesi previste alle lettere da a) a v-ter ma anche per quelle che abbiano il mero

"effetto" di produrre le situazioni descritte nelle varie ipotesi, condurrebbe, nel caso di specie, in cui viene in applicazione la lettera t), ad escludere che l'esegesi dell'espressione "clausole che hanno per oggetto o per effetto di ..sancire a carico del consumatore ...limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni" non sia la medesima di quella di cui all'art. 1341 c.c.

Il motivo è infondato. Secondo la giurisprudenza di questa Corte (Cass., 3, 27558 del 28/9/2023) "è vessatoria, ai sensi dell'art. 1469-bis c.c., la clausola del contratto di fideiussione che deroghi all'art. 1957, comma 1, c.c., in senso favorevole al creditore, dispensandolo dal rispetto del termine di sei mesi ivi previsto per far valere le proprie ragioni contro il debitore principale inadempiente". Altra pronuncia (Cass. n. 5423 del 2022, già menzionata in precedenza), pur accogliendo il motivo di ricorso relativo all'applicabilità dell'art. 33 al contratto autonomo di garanzia, che il giudice del merito aveva negato, ha espressamente escluso l'applicabilità dell'art. 1957 c.c. alle clausole previste dal Codice del Consumo, che malgrado la buona fede del professionista, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. L'unica condizione che, ponendosi a garanzia del consumatore, può ovviare alla decadenza dalla garanzia, a seguito del decorso del termine di cui all'art. 1957 c.c., è che la clausola abbia costituito oggetto di trattativa individuale ai sensi dell'art. 34, comma 4 del medesimo Codice del Consumo secondo cui non sono vessatorie, per l'appunto, le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. Avendo la sentenza ritenuto incontestato che la trattativa individuale non vi fosse stata e che, in ogni caso, sarebbe stato comunque onere del professionista dare la prova dell'avvenuta negoziazione, quanto affermato da entrambe le sentenze di merito nella parte in cui hanno ritenuto l'applicabilità, alla clausola di cui all'art. 11, dell'art. 1341, 2 comma c.c., secondo cui non hanno effetto, se non specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto (...) ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni (...).

La sentenza impugnata è, sul punto, conforme al più che consolidato indirizzo di questa Corte secondo cui "Nelle controversie tra consumatore e professionista, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. U, del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (e già dell'art. 1469-bis, terzo comma, cod. civ.) ... mentre spetta al consumatore, ex art. 34, comma 5, Codice del Consumo, che agisca in giudizio di allegare e provare che il contratto è stato predisposto dal professionista e che le clausole costituenti il contratto corrispondono a quelle vessatorie di cui all'art. 33, comma 2, del citato D.lgs., spetta

viceversa al professionista superare tale presunzione, dando prova che la sottoscrizione della clausola derogatrice della competenza ha costituito l'esito di una trattativa individuale, seria ed effettiva..." (Cass., 3, n. 24262 del 26/9/2008; in termini Cass., 3, n. 19591 del 29/9/2004, Cass., 3, n. 6802 del 20/3/2010, Cass., 6-3, n. 8268 del 28/4/2020, Cass., 3, n. 5423 del 2022).

Ne consegue l'infondatezza del primo motivo di ricorso.

Con il secondo motivo di ricorso – violazione e falsa applicazione degli artt. 1957 c.c. e 33 co. 1 Codice Consumo in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c. – la ricorrente lamenta che la corte territoriale abbia ritenuto assorbito il motivo d'appello con cui si censurava la statuizione del Tribunale circa la vessatorietà della clausola contrattuale, anche ai sensi del primo comma dell'art. 33 Cod. Cons., e dunque per aver ritenuto erroneamente che la deroga determinasse, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

La pronuncia di assorbimento implica, ad avviso del ricorrente, l'erroneo giudizio che la deroga all'art. 1957 c.c. comporti il "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", di cui primo comma dell'art. 33 e che essa implichi un errore di interpretazione della richiamata endiadi in relazione al riparto degli oneri probatori.

Il motivo è infondato. L'onere di provare che la deroga all'art. 1957 c.c. ha costituito oggetto di trattativa tra le parti, grava esclusivamente sul professionista. La derogabilità è rimessa alla disponibilità delle parti, ma, come correttamente ritenuto dalla impugnata sentenza, era il professionista a dover dare la prova dell'avvenuta trattativa tra le parti, prova che non ha in alcun modo fornito. Anche il richiamo che il ricorrente fa ad altra sentenza della Corte d'Appello di Venezia che sarebbe in contrasto con quella impugnata è inconferente in quanto in quella fattispecie la Corte aveva preventivamente accertato l'esistenza di una rinuncia esplicita all'art. 1957 c.c., riprodotta in una pattuizione espressa. Si aggiunga che la ricorrente non ha neppure, in sede di merito, e a fortiori in questa sede di legittimità, tentato di fornire alcuna prova delle intervenute trattative anzi ha fatto riferimento ad un modulo prestampato e predisposto unilateralmente dalla creditrice che dimostra una volta di più la totale assenza di trattative.

Ne consegue la infondatezza anche del secondo motivo di ricorso.

Conclusivamente il ricorso va rigettato e la ricorrente va condannata al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo. (*Omissis*).

della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato per il ricorso a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto. (*Omissis*).

**CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA
E DISCIPLINA CONSUMERISTICA**

SALVATORE BOSA
*Professore associato
nell'Università di Catania*

1. – La fattispecie concreta giunta al vaglio della Corte di legittimità ha ad oggetto un contratto di finanziamento (per un importo di 57.364,62 euro da estinguersi in 36 rate) stipulato tra la Società F.G.A. Capital S.P.A. (poi Bank S.P.A) e B.B., al fine dell'acquisto da parte di quest'ultimo di una autovettura Land Rover Ranger. Tale finanziamento veniva garantito da una fideiussione "a prima richiesta e senza eccezioni" prestata da A.A., figlio del debitore principale, con contratto stipulato il 9 febbraio 2012. In data 15 maggio 2015 il debitore principale chiese ed ottenne una modifica del finanziamento che fu rimodulato in 48 rate, con la previsione che lo stesso (finanziamento) dovesse estinguersi in data 14 maggio 2019, in virtù dell'adempimento dell'ultima rata di rientro del prestito.

A seguito della morte del debitore principale e a totale soddisfacimento del debito garantito, la società creditrice intimò al garante, con decreto ingiuntivo emesso dal tribunale di Padova, il pagamento del debito residuo per l'importo di Euro 19.990,23 oltre interessi: il tutto nonostante fossero scaduti i termini previsti dall'art. 1957 c.c. per far valere il credito nei confronti dell'obbligato principale.

Il garante, a fronte di siffatta istanza, fece quindi opposizione, chiedendo al giudice di accertare la decadenza del creditore dai termini di cui all'art. 1957 c.c. e per l'effetto di revocare il decreto ingiuntivo opposto.

Il Tribunale di Padova accolse l'istanza, ritenendo fondata l'eccezione di decadenza eccepita dall'attore, posto che la deroga convenzionale prevista all'art. 1957 c.c., presente fra le condizioni generali di contratto di finanziamento sottoscritte tra le parti, doveva considerarsi nulla ai sensi dell'art. 33 commi 1 e 2 lett. t) del Codice del Consumo.

Alle medesime conclusioni giunse la Corte di Appello di Venezia la quale sostenne, al riguardo con sentenza n. 605 del 21/03/2023, come la clausola di cui all'art. 1957 c.c., pur essendo stata specificatamente sottoscritta dall'adrente (ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c.) rimanesse pur sempre vessatoria (*rectius* abusiva), essendo onere del professionista «dare prova che detta clausola, malgrado unilateralmente predisposta fosse stata oggetto di specifica trattativa con il professionista».

In altri termini, secondo i giudici di merito, la clausola di cui all'art. 1957 c.c. risultava vessatoria (abusiva) in quanto il professionista non aveva dato

la prova concreta che dietro l'apposizione della stessa vi fosse stata una "specifica trattativa tra le parti": ciò nonostante fosse stata specificamente sottoscritta dall'aderente e a prescindere del carattere autonomo della garanzia.

Si tratta di argomentazioni che vengono riprese (tutte) nella pronuncia della Cassazione in esame, il cui *iter argomentativo* risulta, tuttavia e per le ragioni che seguiranno, piuttosto semplicistico e per lo più operato per *relationem*: vale a dire motivato attraverso il richiamo ai vari *dicta* espressi in materia da più pronunce giurisprudenziali della Suprema Corte. Il tutto nonostante l'importanza sistematica dei temi trattati dalla sentenza in esame, posto che, come vedremo, si tratta di un indirizzo giurisprudenziale che, se seguito alla lettera, conduce a rendere inammissibile nel nostro ordinamento il contratto autonomo di garanzia, là dove la figura del garante sia rivestita da un soggetto consumatore.

2. – Se si passa, infatti, ad esaminare l'*iter* argomentativo della pronuncia della Suprema Corte in esame questo sembra basarsi su due principali ordini di considerazioni.

Il primo consiste nel dato acquisito in giurisprudenza secondo cui «è vessatoria, ai sensi dell'art. 1469-bis c.c. "(ora artt. 33 ss. Cod. Cons.)" la clausola del contratto di fideiussione che deroghi all'art. 1957, comma 1, c.c., in senso favorevole al creditore, dispensandolo dal rispetto del termine di sei mesi ivi previsto per far valere le proprie ragioni contro il debitore principale inadempiente»¹: ciò, in quanto, determina un ingiustificato squilibrio tra diritti e obblighi a danno del consumatore.

¹ Si tratta di un *dictum* ripreso da Cass. civ., 28 settembre 2023, n. 27558, in *Nuova, giur. civ. comm.*, con nota di P. G. SILVESTRI, *Condizioni generali di contratto e tutela consumeristica*, 2024, p. 291 ss., alla cui stregua «La clausola, inserita in un contratto di fideiussione stipulato con una banca da una persona fisica che abbia prestato la garanzia personale per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale, che preveda la rinuncia preventiva del fideiussore a far valere la decadenza di cui all'art. 1957 cod. civ., non comporta solamente l'assenza del maggior rischio inerente il mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore ma limita altresì la facoltà del consumatore di proporre eccezioni nei confronti della Banca, ampliando il termine di azione nei confronti del garante, i cui diritti risultano conseguentemente compressi per un più lungo termine: tale clausola deve pertanto considerarsi vessatoria ai sensi del comma 1° dell'art. 33 cod. cons., in quanto determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto di fideiussione, in contrasto con i dettami della buona fede». Si tratta, per altro, di una sentenza alquanto interessante, posto che delinea espressamente quelli che dovrebbero essere i rapporti tra la tutela offerta dall'art. 1341, 2° comma c.c. e la disciplina consumeristica di cui all'art. 33 ss. Cod. Cons. I giudici in questione, infatti, dopo aver dichiarata vessatoria la clausola di cui all'art. 1957, 2° comma, c.c., in quanto comportante uno squilibrio tra diritti e obblighi a danno del consumatore, tengono a precisare la convergenza della

disciplina del Cod. Cons. con quella codicistica interpretata come «altra e diversa ma concorrente – ex artt. 1341 co. 2, 1342 c. c. in tema di clausole onerose nelle condizioni generali di contratto, relativa a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti». In altri termini, dalla lettura dell'*iter* argomentativo della pronuncia in questione, emerge chiaramente come per la Cassazione le discipline in questione dovrebbero essere applicate in maniera concorrente, in quanto sorrette dalla medesima *ratio*. Si tratterebbe di due specifiche tecniche di tutela a favore del consumatore il cui comune denominatore sarebbe quello di contrastare un "abuso" del potere del professionista che apre le porte ad ipotesi di "squilibrio contrattuale". Abuso, quest'ultimo, che il più delle volte troverebbe le relative radici a cagione della unilateralità ed immodificabilità delle condizioni generali di contratto sottoposte all'aderente. Conclusione, quest'ultima, che trova il suo limite là dove la stessa Suprema Corte ammette come la clausola particolarmente onerosa che non sia stata specificatamente sottoscritta potrà, comunque, essere sottoposta al vaglio più pregnante degli artt. 33 ss. Cod. Cons. Ed invero, come sottolineato da gran parte della dottrina, l'*iter* argomentativo della Cassazione in questione può essere condiviso solo in parte, posto che, com'è noto, se è vero che le discipline in questione condividono la stessa esigenza di tutela della parte debole del rapporto contrattuale, non è altrettanto vero che le tecniche di tutela offerte dalle stesse siano uguali quanto a presupposti e ai relativi strumenti applicativi. In realtà, le due discipline operano secondo logiche diverse, essendo frutto sia di diversi contesti storici, sia di diverse fonti di produzione. In realtà, se si ha riguardo all'art. 1341, 1° e 2° comma, c.c. lo stesso se, da un lato, ha il pregio di non richiedere nessun presupposto soggettivo per la sua applicazione, dall'altro lato, offre per le clausole particolarmente onerose di cui all'art. 1341, 2° comma, c.c. una tutela meramente formale per l'aderente: cioè una presunzione basata sulla doppia sottoscrizione la cui *ratio* sarebbe quella di indurre il contraente a prestare maggiore attenzione sull'importanza del contenuto di siffatte pattuizioni che il professionista si è riservato "unilateralmente a proprio favore" (sul punto, sebbene senza intenzione di completezza si vedano, tra gli altri, V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, p. 25 ss.; A. GENOVESE, voce «Condizioni generali di contratto», in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 803 ss.; ID., *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. e impr.*, 3, 2019, p. 1156; U. MORELLO, voce «Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)», in *Digesto IV ed., Disc. priv.*, sez. civ. III, Torino, 1988, p. 337 ss.; C. M. BIANCA, voce «Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)», *ivi*, p. 401 ss.; E. V. NAPOLI, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C.M. BIANCA, II, Milano, 1981, p. 5 ss.; G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Trattato Rescigno*, X, 2, Utet, 2013, pp. 125 e 137 ss.; E. BARGELLI, in *Commentario Gabrielli*, Milano, 2011, sub art. 1341, p. 549 ss.; M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C.M. BIANCA e G. ALPA, p. 451 ss. G. PATTI, S. PATTI, Art. 1341 (*Condizioni generali di contratto*), in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, sub art. 1341, p. 299 ss.; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996, p. 208 ss. Se si passa, invece, alla tutela offerta dagli artt. 33 ss. Cod. Cons. questa consiste in un controllo sostanziale sul contenuto del contratto per mezzo della clausola generale contenuta nel primo comma dell'art. 33 di siffatta normativa e dove l'elencazione di clausole presuntivamente vessatorie ha un significato meramente esemplificativo e non tassativo. Sul punto, oltre agli autori citati in

In secondo luogo, attraverso il richiamo a Cass. civ., n.5432 del 2022², viene sostenuto che «Nelle controversie tra consumatore e professionista, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. U, del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 [...] mentre spetta al consumatore, ex art. 34, comma 5 Codice del consumo, che agisca in giudizio di allegare e provare che il contratto è stato predisposto dal professionista e che le clausole costituenti il contratto corrispondono a quelle vessatorie di cui all'art. 33, comma 2, del citato D.lgs., spetta viceversa al professionista superare tale presunzione, dando la prova che la sottoscrizione della clausola derogatrice della competenza ha costituito l'esito di una trattativa seria ed effettiva».

È evidente, allora, come a giudizio della Suprema Corte la clausola di cui all'art. 1957, 2° comma, c.c. risulti vessatoria (abusiva) per un duplice ordine di fattori: in quanto determinativa di uno squilibrio contrattuale tra diritti e obblighi in danno del consumatore (art. 33, comma 1°, Cod. Cons.) e in secondo luogo perché, nonostante specificatamente sottoscritta dall'aderente (ai sensi dell'art. 1341, 2°, comma c.c.) non è stata dimostrata dal professionista sul punto una specifica trattativa con il consumatore (ex art. 33 lett. t del Cod. Cons.).

Orbene, e a ben vedere, siffatta motivazione risulta lacunosa per molteplici ragioni.

La prima critica che è possibile, innanzitutto, muovere nei confronti di siffatto argomentare della Suprema Corte è quella di aver omesso di procedere, innanzitutto, a una qualificazione giuridica della fattispecie negoziale posta al vaglio di legittimità.

Ed invero, nonostante la Cassazione discuta di contratto di fideiussione, non occorre dimenticare come la fattispecie negoziale posta a garanzia del contratto di finanziamento in questione sia in realtà una fideiussione a “prima richiesta e senza eccezioni”: vale a dire un contratto autonomo di garanzia o *Garantiervetrag*.

Ora è noto come la fideiussione e la garanzia a prima richiesta e senza eccezioni divergano non solo e non tanto dal punto vista strutturale, ma soprattutto sotto il profilo funzionale: cioè per lo scopo pratico perseguito dalle parti attraverso i due diversi schemi negoziali adottati.

precedenza, si vedano tra gli altri, A. D'ADDA, V. BACHELET, *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici dei consumatori e d'impresa*, Torino, 2020, p. 19 ss. e 37 ss.; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, p. 273 ss.; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, *passim*.

² Cfr. Cass. civ., 18 febbraio 2022, n. 5423 in *I Contr.*, 2022, p. 403 ss., con nota di C. GOLA, *Tutela del consumatore, codice del consumo e contratto autonomo di garanzia*.

Come sottolineato dalla giurisprudenza³, alla luce delle indicazioni offerte dalla migliore dottrina in materia⁴, «[...] il contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), frutto dell'autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione del debitore principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante)⁵;

³ Cfr., al riguardo, Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2010, p. 904 ss., con nota di C. PUPPO; in *Obblig. e contr.*, 2, 2011, p. 89, con nota di M. MANTOVANI; in *Corr. giur.*, 8, 2010, p. 90, con nota di F. ROLFI; in *I Contratti*, 5, 2010, con nota di M. LOBUONO.

⁴ Sebbene senza alcuna intenzione di completezza, sulla distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia si vedano, tra gli altri, R. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Torino, 2020, p. 42 ss.; M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2010, p. 440; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 10, Torino, 2009, p. 436; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Trattato di diritto civile cons. naz. Notariato*, diretto da P. PERLINGERI, Napoli, 2006, p. 136; M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. not.*, 2008, p. 589; GARGIULO, *Polizza fideiussoria e garanzia a prima richiesta*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 140; C. PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorialità della garanzia*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 921.

⁵ Per quel che concerne l'obbligazione dovuta dal garante rispetto a quella principale dell'obbligazione garantita avente ad oggetto un *facere* fungibile o infungibile sia consentito rinviare a S. BOSA, *La polizza fideiussoria «cauzione pubblici appalti di lavori o forniture» tra modello normativo e autonomia contrattuale*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, p. 305 ss.; ID., *La garanzia di corretta esecuzione tra modelli normativi e prassi socioeconomica*, in *Contratto e impres.*, Milano, 2008, p. 303 ss.; ID., *Garanzia di corretta esecuzione e fideiussione indennitatis in una recente ricostruzione della Suprema Corte*, in *Contr.*, 2020, p. 668 ss. Tra i numerosi studi sulla polizza fideiussoria, secondo le sue diverse tipologie e configurazioni, si vedano P. E. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 357 ss.; G. ROSSETTI, *Le norme applicabili all'assicurazione fideiussoria*, in *Ass.*, 2003, II, p. 73; D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito*, Milano, 2003, p. 10 ss.; P. PARDOLESI, *Polizza fideiussoria in cerca d'identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?* in *For. it.*, 2001, col. 3174 ss.; C. BOTTA, *Le polizze fideiussorie*, Milano, 1999, p. 63 ss.; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999, p. 17 ss.; BARBIERI, *La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale*, in *Giur. it.*, 1999, p. 502; C. VACCÀ, *La qualificazione giuridica della cosiddetta polizza fideiussoria*, in *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Napoli, 1999, p. 173 ss.; D. CHINDEMI, *Polizze fideiussorie o cauzionali a garanzia dell'esecuzione di opere pubbliche: estinzione automatica della garanzia e prescrizione del diritto delle rate di premio*, in *Nuova. Giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 177 ss.; C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, p. 48 ss.; C. M. BIANCA, *La responsabilità*, V, Milano, 2000, p. 522 ss.; V. ARCELLA, *La polizza fideiussoria: natura giuridica e disciplina applicabile*,

inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale⁶, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione nella quale solitamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale».

Ne deriva, a ben vedere, come mentre nella fideiussione il requisito dell'accessorietà dell'obbligazione di garanzia sta a significare che quest'ultima segue le sorti dell'obbligazione garantita sia sotto il profilo genetico, sia sotto il punto di vista funzionale – con la conseguenza che il fideiussore in sede di escussione della garanzia dovrà opporre al creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore principale –, viceversa l'obbligazione del garante autonomo è del tutto indipendente da quella del rapporto garantito, obbligandosi quest'ultimo ad adempiere all'impegno assunto a “semplice richiesta” del creditore garantito e senza possibilità di “opporgli eccezioni” basate sul rapporto garantito (salvo il limite della *exceptio doli*)⁷.

in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 4 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Milano, 1995, II ed., p. 198 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione del credito e controgaranzie fideiussorie*, in *La prevenzione della crisi bancaria nell'ordinamento italiano e comunitario*, 1996, vol. II, p. 149-150, Id., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 135 ss.; U. CAVALIERE, *Le polizze fideiussorie tra assicurazione e garanzia*, in *Giur. it.*, 1991, IV, p. 260 ss.; G. CONTINO, *La polizza cauzionale: tra assicurazione e fideiussione*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 744 ss.; V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 548 ss. R. GIAMPETRAGLIA, *L'assicurazione fideiussoria*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 750 ss.; C. VENDITTI, *Contratti di garanzia e funzione cauzionale*, in *DG*, 1987, p. 219 ss.; N. LIPARI, *La natura giudica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 621 ss.; V. MUNGARI, *L'assicurazione dei rischi finanziari: disciplina e prospettive di riforma*, in *Profili di concorrenza e integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano 1985, p. 70 ss.; A. RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Milano, 1962, p. 274-293, ID, *Le c. d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, p. 1023 ss.; G. GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 57 ss.; M. FRAGALI, voce *Assicurazione del credito*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 532 ss.; M. STOLFI, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzionale*, in *Assicurazioni*, 1958, I, p. 67; F. DONATI, *Natura giuridica della polizza fideiussoria*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 1957, II, p. 76 ss., ID, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, p. 38 ss.

⁶ Al riguardo si veda per tutti G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, p. 1053, p. 1061 ss.

⁷ Sul punto si vedano, tra gli altri, W. HADDING, *I contratti di garanzia bancaria*, in *Giust. civ.*, 1979, IV, p. 121 ss.; V. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Diz. dir. comm. ind.*, a cura di U. CARNEVALI, Milano, 1981, p. 379 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1982, p. 918 ss. e ID., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, p. 171 ss.; M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *I Contr.* 1985, p. 939 ss., ID., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 455 ss.; G. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. diritt. civ. e comm.*, diretto da CICU

Del resto, come sottolineato dalla Suprema Corte «[...] l'inerenza del divieto di opporre eccezioni giustificative dell'inadempimento del debitore la cui prestazione è stata garantita, la clausola a prima richiesta e senza eccezioni diventa una previsione che, in quanto espressiva della causa atipica del negozio, rappresenta la ragione giustificativa della sua stipula, fermo che non è *a fortiori* – una clausola inserita in un tipo contrattuale che altrimenti potrebbe prescindere, nemmeno assume i caratteri di clausola eventuale rispetto allo schema atipico. Si vuole dire, cioè, che la previsione non è a stretto rigore una clausola nel senso cui vi riferisce il codice del Consumo nell'art. 33, il quale suppone che il contratto possa essere concluso senza quelle che vengono definite come clausole che sono definite come vessatorie nel comma 1° e al riguardo alle quali il comma 2° individua poi alcune ipotesi contenutistiche cui assegna in via presuntiva natura vessatoria».

Si tratta, invero, di un'affermazione importante e su cui riflettere, posto che sta a significare come «nel contratto autonomo di garanzia, la clausola a prima richiesta e senza eccezioni, se non sussistessero, non consentirebbero la stipula di una pattuizione riconducibile a detto contratto, ma assegnerebbero all'eventuale accordo *inter partes* un profilo causale diverso, nel senso che non sarebbe possibile assegnare all'accordo il profilo atipico del detto contratto».

Se si vuole percorrere tale indicazione prospettica, occorrerebbe, allora, giungere alla conclusione per cui la stipulazione del contratto autonomo di garanzia sarebbe sempre frutto di una trattativa specifica riguardante la scelta della figura contrattuale prescelta e del suo oggetto e non di sue singole clausole imposte o volute da una delle due parti rispetto a un contratto tipico.

Dal tutto deriverebbe che una volta che le parti abbiano scelto di rendere il rapporto di garanzia insensibile alle vicende del rapporto garantito, ad esso si dovrebbe ritenere inapplicabile la previsione dell'art. 33, comma 2°, lett. (t) Cod. Cons. Ciò costituirebbe non solo un effetto naturale dell'impossibilità del garante di opporre eccezioni riguardanti il rapporto garantito, ma

e MESSINEO e continuato da MENGONI, XVIII, 3, Milano, 1998, p. 315 ss.; A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, p. 20 ss.; G. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 26 ss.; F. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XVIII, Padova, 1994, p. 171 ss. e ID., *Il sistema delle garanzie personali negli U.S.A.*, in *Contr. e Impres.*, 1989, p. 659 ss.; G. VILLANACCI, *Performance bond: caratteri e funzione*, Napoli, 1995, p. 20 ss.; V. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 143 ss.; G. MEO, *Fideiussione e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contr. e Impres.*, 1998, p. 93 ss. Più di recente, si vedano G. B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e garantivertrag: categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt, 2005, *passim*; G. B. PATTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, 2006; A. VENTURELLI, voce *Fideiussione*, in *Dig. on-line*, sez. civ., agg., 2016, in *Pluris.it*; C. D'ORTA, *Il contratto autonomo di garanzia: tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto*, Napoli, 2018, p. 17 ss.

rappresenterebbe la stessa causa del negozio “atipico” adottato e voluto dai contraenti.

In altri termini, sembrerebbe una contraddizione in *re ipsa* rendere la promessa del garante “autonoma” rispetto al rapporto garantito tramite le clausole “a prima richiesta” e “senza eccezioni”, da un lato, e poi permettere (imporre), dall’altro lato, allo stesso (garante) di sollevare l’eccezione di vessatorietà di vicende riguardanti il rapporto sottostante (ai sensi dell’art. 33 lett. (t) Cod. Cons.) come, ad esempio, quelle “di sancire a carico del debitore principale limitazioni alla facoltà di opporre decadenze, deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria, limitazioni all’adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell’onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi e, soprattutto, inadempimenti relativi al rapporto sottostante”.

Ed invero, se la funzione economica – individuale del *Garantiervertrag* è quella di far ottenere al creditore un’escussione della garanzia quanto più celere e sicura possibile e, al contempo, di permettere allo stesso garante di disinteressarsi delle vicende del rapporto garantito è, allora, evidente che la conclusione cui giunge la Cassazione in esame, come le pronunce della giurisprudenza cui si richiama, contraddice la causa stessa del negozio in questione. Si vuole cioè sostenere come la possibilità del garante di sollevare la vessatorietà della deroga *ex art. 1957, 2° comma, c.c.*, così come, delle eccezioni previste dalla lett. (t.) Cod. Cons., contraddica la stessa causa o funzione concreta della garanzia con clausola a “prima richiesta” e “senza eccezioni”.

Si tratta di problematiche le quali non vengono per nulla affrontate nelle motivazioni della sentenza in esame se non attraverso il richiamo a Cass. civ., n.5432 del 2022.

3. – Se si vuole cercare nella giurisprudenza della Suprema Corte una risposta rispetto alle questioni poste, occorre fare riferimento, come anticipato, alla pronuncia della Cass. civ., n. 5432 del 2022; sentenza, quest’ultima, più volte richiamata nelle argomentazioni di Cass. civ., 31 maggio 2025, n. 14687 in commento.

In tale occasione i giudici della Cassazione, dovendo affrontare la questione dell’applicabilità o meno del Cod. Cons. al contratto autonomo di garanzia – con riferimento alla disciplina concernente le clausole vessatorie e, soprattutto, dell’art. 33, lett.t), Cod. Cons. – hanno adottato una precisa decisione sul punto, operata sulla base di una interpretazione sistematica di siffatta disciplina alla luce dell’esame dei considerando della direttiva 93/13/Cee). Tali considerando, secondo i giudicanti, devono costituire, infatti, degli indici dirimenti «nella precisazione delle disposizioni della normativa consumeristica, fornendo elementi di interpretazioni utili a chiarire la volontà dell’autore».

Così, secondo i giudici in questione, dall'esame del considerando n. 10 del Dlgs. n. 206 del 2005 si evince che «l'ambito di applicazione della direttiva è stato indicato dal legislatore con l'espressa previsione che le regole uniformi sulle clausole abusive da dettarsi dagli Stati membri debbano trovare applicazione a tutti i contratti esclusi quelli espressamente indicati. Tale contenuto induce a dover interpretare la disciplina di diritto interno necessariamente nel senso che essa, dovendosi applicare a tutti i contratti, esclusi quelli indicati, debba trovare applicazione sia ai contratti tipici, sia ai contratti atipici, contenenti clausole abusive tanto implica una prima ragione per ritenere che la direttiva abbia imposto l'applicazione della tutela consumeristica sulle clausole abusive anche ai contratti atipici in cui la clausola presuntivamente atipica esprime proprio la atipicità della figura contrattuale».

Siffatta soluzione appare confermata, a giudizio della Suprema Corte, dal considerando n. 19 in base al quale «la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrino l'oggetto principale del contratto». La Corte tiene, infatti, a precisare che con riferimento al contratto autonomo di garanzia l'oggetto principale si identifica nella generica funzione di garanzia, non contraddetta dalla possibilità da parte del garante di poter eccepire la vessatorietà di clausole basata sul rapporto sottostante, posto che «l'eventuale eliminazione da esso per abusività, in assenza di dimostrazione dell'esistenza della trattativa sul punto, della clausola a prima richiesta e senza eccezioni, se è vero che comporta il venir meno della funzione contrattuale che ne esprime l'atipicità, non toglie che il contratto di garanzia possa sussistere fra le parti appunto come tale, ma con la possibilità del garante di opporre le eccezioni relative al rapporto garantito che la clausola "a prima richiesta" impediva di opporre».

Ne deriva, evidentemente, come secondo la Suprema Corte il contratto autonomo di garanzia là dove presenti profili di vessatorietà, ai sensi degli artt. 33, 34, 35 e 36 del Cod. Cons., possa, comunque, svolgere la propria funzione di garanzia ai sensi degli artt. 1936 ss. c.c.: con la diretta conseguenza per cui il garante "consumatore" assumerà la posizione giuridica del fideiussore ordinario nei confronti del creditore, stante l'inefficacia della clausola che connota la natura autonoma della garanzia.

In altri termini in presenza di un consumatore non è possibile parlare di garanzia autonoma, ma occorre riferirsi sempre alla disciplina codicistica in materia di fideiussione di cui all'art. 1936 ss. c.c., salvo il raro caso in cui il professionista superi la presunzione di vessatorietà, dimostrando la sussistenza di una trattativa individuale sia sulla clausola "a prima richiesta" sia, conseguentemente, sulle successive clausole "presuntivamente abusive".

Orbene, a parere di chi scrive, si tratta di un *iter* argomentativo che, sebbene rispettoso della *ratio* sottesa all'introduzione della disciplina di cui al

Dlgs. n. 205 del 2005, appare, tuttavia, suscettibile di critiche. La critica maggiore che a livello sistematico sembra possibile muovere, come a breve vedremo, è quella per cui la Suprema Corte appaia adottare una soluzione che, ai fini di far valere la vessatorietà di una clausola all'interno di un contratto autonomo di garanzia, appare eccessiva quanto al mezzo utilizzato rispetto al fine che si vuole perseguire.

4. – Ed invero, la soluzione adottata dalla Suprema Corte, per far valere la vessatorietà della clausola di cui all'art. 1957, 2° comma, c.c. all'interno di un contratto autonomo di garanzia, suscita perplessità per una molteplicità di ordini di ragioni.

In primo luogo, non convince l'affermazione secondo cui la dichiarazione per vessatorietà della clausola in questione (art. 1957, 2° comma, c.c.) non incida sull'oggetto del contratto. È noto, infatti, come la fideiussione si caratterizzi non solo per essere una garanzia personale – in virtù della quale un terzo garante si obbliga a eseguire in linea di principio la medesima prestazione del debitore principale –, ma soprattutto per il suo carattere accessorio. Quest'ultimo sta a significare che il fideiussore debba comportarsi come se fosse un vero e proprio "vicario" del debitore principale, con la conseguenza in base alla quale in sede di escussione della garanzia deve eccepire tutte le eccezioni spettanti al debitore garantito, al fine di tutelare le ragioni debitorie nei confronti del creditore.

Da tutto ciò deriva come la fideiussione rappresenti nel nostro ordinamento un "tipo" legale rigido, ove la prestazione principale oggetto del contratto è delineata dal legislatore in modo specifico e non di certo in maniera "elastica".

Se tutto ciò è vero, è altrettanto vero, allora, che l'inserimento all'interno del negozio fideiussorio della clausola a "prima richiesta" e "senza eccezioni" modifichi senz'altro l'oggetto del contratto e, conseguentemente, la funzione pratica dello schema negoziale concretamente adottato dalle parti.

Ne consegue come la tecnica di protezione offerta dalla Cassazione, nel caso di specie, risulti una vera e propria ipotesi di "intervento di ortopedia giudiziale da parte del giudice sul contenuto del contratto", in pieno spregio rispetto all'autonomia negoziale⁸.

⁸ Siffatta tecnica di protezione offerta dalla Cassazione sembra, per certi versi, tradursi nell'intento di sottoporre a un sindacato diffuso di giustizia contrattuale il contratto autonomo di garanzia, là dove una parte contrattuale assuma la qualifica di consumatore. Il plurimo riferimento alla *causa negotii*, operato dalla Suprema Corte di Cassazione, poco riguarda, a ben vedere, l'efficacia economica dello scambio, nonché lo «scopo pratico» perseguito dalle parti e molto

Se per un verso è vero, infatti, che, trattandosi di condizioni generali di contratto siamo di fronte a uno speciale potere di autonomia contrattuale che il legislatore del 1942 ha attribuito per ragioni di impresa a determinati operatori economici, per altro verso, è altrettanto vero, però, che l'applicazione della nullità di protezione a determinate clausole vessatorie contenute nel contratto autonomo di garanzia, comportando in *nuce* la possibilità del garante di far valere le eccezioni del rapporto sottostante, trasformi di fatto il

attiene, invece, all'accertamento dell'equilibrio tra diritti e obblighi risultante dal negozio. Ampliando per inciso l'ottica del discorso, va rilevato come si tratti di un percorso motivazionale che è dato riscontrare con sempre maggiore frequenza nelle *rationes decidendi* della Cassazione. Più nello specifico, emerge una tecnica argomentativa che fa del controllo sulla causa dell'atto negoziale lo strumento per affermare sia principi di giustizia contrattuale, sia di valori costituzionali posti a fondamento delle relazioni economico-sociali (si vedano, al riguardo, Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900 e Cass., 22 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, p. 7212, con nota di M. COSTANZA, *For you nothing e immeritevolezza*; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, p. 137 ss., con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass., Sez. uUn., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Contr.*, 2016, 8-9, 753, con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 7, 2016, 921, con nota di R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 929, con note di M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*; V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*; M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni Unite ("Piacere figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *Foro it.*, 2016, I, 2026, con note di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*; A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*; B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 6, 2016, 643, con nota di P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo.*; Per quel che concerne, più nello specifico, i rapporti tra autonomia negoziale ed esigenze di giustizia contrattuale, sebbene senza alcuna intenzione di completezza vista la vastità e l'importanza dei contributi in materia, si vedano, tra gli altri, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 37; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 194; A. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, p. 29 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 44 ss.; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2011 spec. p. 738 ss.; ID., *Forma solenne e regolamento conformativo: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, cit., p. 417 ss.; F. DENOZZA, *Fallimento del mercato: i limiti della giustizia contrattuale e la vuota nozione di parte debole*, in *Orizzonti del diritto comm.*, 2013, p. 1 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, p. 411, ID., *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1262; L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all'«eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, spec. p. 810 nt. 17.

Garantiervertrag in una fideiussione semplice, là dove la posizione del terzo sia rivestita da un consumatore. Circostanza, quest'ultima, che si pone, comunque, in contrasto rispetto alla scelta iniziale dei contraenti nell'aver adottato *ab initio* una garanzia autonoma.

Siffatta soluzione della Cassazione si pone, peraltro, in contrasto con quanto sostenuto più volte dalla Corte di Giustizia Europea alla cui stregua «se il giudice del rinvio ritiene, conformemente al suo diritto interno, che è impossibile mantenere il contratto di mutuo interessato dopo l'eliminazione delle clausole abusive in esso contenute, tale contratto non potrà, in via di principio, sussistere ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 e dovrà quindi essere dichiarato invalido»⁹.

In altri termini, è la stessa C.G.E. che sembra vietare al giudice interno una manipolazione discrezionale del contenuto del contratto attraverso la tecnica della nullità di protezione in funzione di garanzia della parte debole del rapporto contrattuale¹⁰.

Se si passa, poi, agli effetti sul mercato della soluzione sin qui trattata – cioè quella della nullità del *Garantiervertrag* per contrasto con la disciplina consumeristica – questa non potrà che avere un'unica conseguenza: vale a dire l'impossibilità per un privato non professionista di accedere a qualsiasi tipologia di garanzia autonoma. È evidente, infatti, che qualsivoglia impresa se avesse saputo o potuto prevedere in anticipo la conversione del contratto autonomo di garanzia in una fideiussione semplice non si sarebbe determinata a contrarre con il debitore principale non professionista.

Siffatto esito interpretativo ha come risultato pratico quello di ricondurre il contratto autonomo di garanzia nell'ambito della contrattazione d'impresa, escludendone l'accesso a qualsiasi persona fisica che rivesta la qualifica di consumatore.

In dottrina e/o in giurisprudenza vi è, infatti, chi sostiene come il contratto autonomo di garanzia per le sue caratteristiche strutturali e funzionali sia destinato ai soli rapporti tra imprese¹¹. In siffatti casi il garante sarebbe interessato al finanziamento della parte debitrice, in quanto pur consapevole del rischio economico complessivo all'operazione economica garantita, possiede, tuttavia, gli strumenti necessari, per esercitare un controllo adeguato sulle attività del debitore principale. Diversamente dal caso in cui il ruolo di garante sia rivestito da una persona fisica qualificabile come consumatore che agisca, dunque, per scopi estranei alla propria attività professionale

⁹ Così C. Giust. CE., 3 ottobre 2019, causa C-260/18.

¹⁰ Sul punto si veda, altresì, Corte di Giustizia U.E., 15 marzo 2012, causa C-453/10.

¹¹ Cfr., al riguardo, Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846 e il relativo commento di F. MEZZANOTTE, *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2017, p. 420 ss.

eventualmente svolta o, comunque, ad essa non ricollegabile attraverso alcun nesso di collegamento funzionale: ipotesi nella quale dovrebbe concludersi per l'inammissibilità all'accesso a tale strumento atipico¹².

Si tratta, invero, di una conclusione che se appare condivisibile in linea di principio non può, tuttavia, essere generalizzata.

Si pensi, in proposito, a una piccola media impresa che, per uno specifico affare, necessiti di una garanzia autonoma la quale può ben essere prestata da un familiare di uno degli imprenditori, evitando, di tal guisa, oneri, commissioni e interessi che spetterebbero ad un eventuale istituto bancario e/o finanziario. Negare una siffatta possibilità a un terzo privato consumatore significherebbe, a ben vedere, violare gli artt. 3 e 41 della Cost. In altri termini, e per le ragioni che seguiranno, non vi sono motivi sistematici e giuridici per negare al terzo garante non professionista l'accesso al mercato creditizio e, più precisamente, di poter, di fatto, stipulare una garanzia autonoma "a prima richiesta e senza eccezioni".

Sotto tale aspetto appare plausibile sostenere, allora, come alle medesime conclusioni si possa giungere anche là dove la posizione del garante sia assunta da un professionista (imprenditore). Quest'ultimo, infatti, potrebbe far valere eventuali clausole abusive del rapporto contrattuale di garanzia tramite l'art. 9 dettato in materia di abuso di dipendenza economica. In altri

¹² Al riguardo si vedano M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, p. 204, il quale rileva come «La garanzia autonoma, per la sua intelaiatura e per la concreta attitudine operativa, si accredita come un contratto stipulato per ragioni commerciali e a sostegno di precisi interessi d'impresa: diversamente, laddove il ruolo di garante sia rivestito da una persona fisica non professionista, il quale rilascia la garanzia senza un autonomo intento commerciale da perseguire o agevolare, potrebbero essere alimentati problemi di ammissibilità e di tenuta sistematica connessi all'astrattezza di tale negozio, facendo entrare in fibrillazione il requisito causale. Se il coinvolgimento di soggetti privi di interessi economici o professionali o di consumatori in quest'operazione pone dei seri dubbi di legittimità, di contro, nella contrattazione d'impresa, inserita nella giustificatrice dinamica dell'attività, attraverso la quale valutare l'impatto causale, nessun tipo di cortocircuito sistematico pone l'inserimento delle clausole a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni. Pertanto, si dota il creditore beneficiario di uno strumento che rafforza la sicurezza del credito: il garante dopo l'escussione, al netto delle eccezioni prima menzionate, potrà agire in rivalsa nei confronti del debitore ordinante, così assistendosi al riequilibrio delle posizioni contrattuali.»; S. MONTICELLI, *Garanzia autonoma ed applicabilità del Codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 131 ss.; G. SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, in *Contratti*, 2020, p. 101, il quale sottolinea, al riguardo, come «quando vi è un consumatore non può parlarsi compiutamente di garanzia autonoma, ma dovrebbe riferirsi sempre al rapporto fideiussorio, salvi i casi, invero rari, di superamento della presunzione di vessatorietà per l'avvenuta dimostrazione della sussistenza di una trattativa individuale sulle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni" ovvero di rapporto tra persone fisiche, non coinvolgente professionisti».

termini un'eventuale impresa garante potrebbe sostenere un "abuso di sfruttamento" e, quindi, "uno squilibrio tra diritti e obblighi" del rapporto garantito tramite l'art. 9, ponendosi, per tale via, nella stessa posizione del "garante consumatore", una volta dimostrata l'impossibilità di reperire altre alternative sul mercato: cioè dimostrare che tutti gli operatori di quel settore di mercato adottino quella tipologia di clausola.

Ma vi è di più. Giudicare, da un lato, meritevole di interessi ai sensi dell'art. 1322 c.c. il contratto autonomo di garanzia nella sua dimensione astratta e nella sua funzione pratica e, dall'altro lato, considerarlo fonte di uno squilibrio normativo ai sensi degli artt. 33 ss. del Cod. Cons. a seconda se stipulato da un consumatore o da un professionista appare una contraddizione *in re ipsa*.

Non occorre dimenticare come il giudizio di meritevolezza di un contratto atipico, sia nella sua veste positiva sia in quella negativa, dovrebbe avvenire una sola volta e non messo in discussione attraverso altre discipline tipiche e a seconda del giudice del caso concreto e, soprattutto, della qualificazione soggettiva di uno dei contraenti.

Una soluzione sistematicamente più plausibile sembrerebbe quella di riservarne le relative caratteristiche strutturali e funzionali, a prescindere dalla qualificazione soggettiva della parte che lo stipuli.

Così nel caso che ci riguarda non appare azzardato sostenere come l'abusività della clausola di cui all'art. 1957, 2° comma, c.c., possa essere fatta valere con il rimedio naturale che è proprio del *Garantiervertrag* e cioè con l'*exceptio doli generalis*. Non occorre dimenticare come con tale strumento, che costituisce il limite all'autonomia della garanzia in questione, si permetta al garante di paralizzare le pretese creditorie che siano abusive, in quanto non rispettose del principio di buona fede¹³. È noto, infatti e pur sempre nei limiti di quello

¹³ In tal senso si vedano, tra gli altri, P. LAMBRINI, *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1998, p. 448 ss.; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione dell'abuso nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. e Impres.* 1981, p. 285 ss.; F. TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 5 ss.; G. B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 19 ss. il quale sostiene come «l'eccezione di dolo rappresenti un limite intrinseco dell'obbligo del garante che trae origine dal principio di buona fede»; G. BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, Milano, 1991, p. 16 ss.; F. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 251 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 923; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Milano, 1995, II ed., p. 425, il quale sottolinea come «l'azione d'urgenza concessa all'ordinante mira a tutelare questi da un comportamento fraudolento, e quindi abusivo, del creditore. Il debitore intende difendersi da un illecito contrattuale, poiché il creditore è tenuto, in base al rapporto principale, ad agire secondo buona fede»; F. VIALE, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 191 ss., ID., «*Performance bonds*» e contratto autonomo di garanzia: il regime delle eccezioni tra astrazione e

che è possibile rilevare in tale sede, come detta eccezione è stata interpretata dalla dottrina in vari modi, ma il cui comune denominatore risulta quello di attribuirle il ruolo di paralizzare comportamenti abusivi o contrari a correttezza da parte del creditore¹⁴. È opinione unanime come tale strumento costituisce, infatti, strumento di razionalizzazione dei rapporti giuridici e di selezione degli interessi meritevoli di tutela, nonché mezzo che giustifica e legittima il sindacato del giudice sull'esercizio discrezionale dei diritti, allo scopo di verificarne la congruità con i valori fondamentali espressi dall'ordinamento e con le finalità insite nel loro normale esercizio.

Ed è proprio il ruolo di strumento generale e trasversale, ormai riconosciute unanimemente da dottrina e giurisprudenza, che induce a far riflettere come la stessa eccezione in questione possa costituire per il garante autonomo, a prescindere dalla relativa qualificazione soggettiva, un mezzo per far valere anche una pretesa del creditore che sia contraria all'art. 33 del Cod. Cons., posto che è siffatto stesso articolo che discute di "squilibri tra diritti e obblighi" del contratto che siano dovuti a comportamenti contrari a "buona fede" da parte del professionista.

In particolare, nel caso che ci riguarda l'art. 1957, 2° comma, c.c. costituisce, come è noto, all'interno della disciplina della fideiussione, una disposizione volta a tutelare il garante dal rischio di una esposizione temporalmente indefinita che potrebbe compromettere l'effettivo esercizio del diritto di regresso nei confronti del debitore principale: sarebbe questa la *ratio* in cui va individuata la natura decadenziale del termine semestrale o bimestrale normativamente stabilito per il creditore¹⁵. Tale *ratio* risulta perfettamente

causalità, in *Foro it.*, 1987, c. 297 ss.; G. VILLANACCI, *op. ult. cit.*, p. 103 ss.; M. FRANZONI, *Principi generali, norme elastiche, clausole generali*, in *Contr. e impres.*, 2023, p. 1060.

¹⁴ Sebbene senza alcuna intenzione di completezza data la vastità e l'importanza dei contributi in materia si vedano, tra gli altri, G.L. PELLIZZI, voce «*Exceptio doli*» (*diritto civile*), in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1074 ss.; A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 218; G.B. PORTALE, *Impugnazione di bilancio ed «exceptio doli»*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 407 ss.; L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'«exceptio doli generalis»*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 197 ss.; ID., *La buona fede contrattuale*, Padova 1988; A.A. DOLMETTA, «*Exceptio doli generalis*», in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss.; ID., voce «*Exceptio doli generalis*». Aggiornamento, in *Enc. giur.*, Roma 1997; G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'«exceptio doli» e gli «obiter dicta» della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 1371; ID., *L'«exceptio doli» dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, il quale sottolinea come «l'accertamento della condotta fraudolenta si riduce così a un sindacato *prima facie* della meritevolezza dell'interesse perseguito con l'escussione della garanzia autonoma, nell'ambito del quale l'esame delle concrete circostanze di fatto assume rilievo assorbente rispetto alla prova soggettiva dell'intento del beneficiario».

¹⁵ Si veda in tal senso, tra gli altri, M. FRAGALI, *Sub art. 1957*, ID., *Fideiussione. Mandato di credito. Art. 1936-1959*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, pp. 494-

coincidente con la natura accessoria della garanzia fideiussoria, pur non rispondendo ad alcun principio di ordine pubblico. Ne consegue come le parti ne possono modificare i termini, così come possono dispensare il creditore dal rispettarli. Circostanza, quest'ultima, che accade sistemicamente nelle garanzie autonome. Il tutto sebbene non leda principi e valori ordinamentali non dispensa, certamente, il creditore dal rispetto del principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto contrattuale. In altri termini la deroga all'art. 1957, 2° comma, c.c., seppur generalmente ammissibile, deve comunque corrispondere a un interesse meritevole del creditore e, al contempo, non può evidentemente lasciare il debitore garante in una situazione di incertezza perenne non giustificata dall'ordinamento. Ciò che si vuole sostenere è l'argomento in virtù del quale il criterio di sintesi dell'evidenziato contrasto di interessi tra le parti può ben essere rappresentato dall'*exceptio doli generalis*, quale strumento che permetta al garante, a prescindere dalla relativa qualifica di professionista o consumatore, di dare prova manifesta e certa di un eventuale abuso da parte del creditore della facoltà, concessagli o di cui si è riservato, di derogare ai termini previsti di cui all'art. 1957, 2° comma, c.c.

Così, ad esempio, nel caso che ci riguarda è evidente che l'istituto di credito abbia abusato della sua facoltà di deroga di avvalersi dei termini di cui all'art. 1957, posto che, rimodulato il finanziamento tramite l'attivazione di una polizza assicurativa che avrebbe avuto efficacia a seguito della morte del debitore principale e una volta avvenuto tale ultimo evento nefasto, la richiesta di escussione della garanzia oltre i termini previsti dalla legge risultava del tutto ingiustificata, se solo si pensi che la qualità di garante e quella di debitore principale venivano, in questo caso, a riunirsi o a confondersi.

Ne consegue come la Suprema Corte, nella fattispecie concreta che ci riguarda, avrebbe dovuto respingere il ricorso per vessatorietà e conseguente nullità della clausola di cui all'art. 1957, 2° comma, c.c. Diversamente, la stessa Corte, avrebbe potuto optare per rinviare la questione alla Corte d'Appello, invitando il garante a fornire prove "manifeste e liquide" del carattere abusivo dell'escussione della pretesa creditoria: prove volte a far valere il carattere manifestamente abusivo delle ragioni creditorie.

A ben vedere, solo per tale via si sarebbero evitate manifestazioni di ortopedia giudiziale sul contenuto del contratto, in pieno contrasto con l'autonomia negoziale e si sarebbero, viceversa, rispettati i profili strutturali e funzionali del *Garantievertrag*.

496; A RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 56; G. BISCONTINI, *Sub art. 1957*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Art. 1861-1986*, cit., p. 600.; In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 24 marzo 1994, n. 2827, con nota di F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente limitata (Zeitbürgschaft) ed art. 1957 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 565 ss.

Questione diversa riguarda, poi, la circostanza per cui, di fatto, la *sedes materia* del contratto autonomo di garanzia rimanga principalmente quella dei contratti d'impresa. Si tratta, però, di una legge di mercato che non può tradursi in un divieto legale all'interno dell'ordinamento giuridico, volto a impedire a una persona fisica non professionista, per le ragioni sin qui esposte, di poter contrarre una garanzia autonoma al fine di poter rafforzare le ragioni creditorie altrui.

Abstract

DEMAND GUARANTEE AND CONSUMER LAW.

L'autore, con il presente contributo, critica la pronuncia in commento in quanto rende, nella sostanza, inammissibile il c.d. *Garantievertrag* nel nostro ordinamento giuridico là dove la posizione del garante sia assunta da un consumatore, permettendogli di far valere tutte le eccezioni basate sul rapporto sottostante come, nella specie, quella relativa alla nullità della deroga all'art. 1957, 2° comma, c.c.

*In this paper, the author analyzes and questions the ruling, because it makes substantially inadmissible the so-called *Garantievertrag* in our legal system, where the guarantor's position is assumed by a consumer, allowing the consumer to assert all the exceptions based on the underlying relationship, such as, in this case, the invalidity of the exception from art. 1957, paragraph 2, of the Civil Code.*
