

FIDEIUSSIONE OMNIBUS, SOLVE ET REPETE, GARANZIA AUTONOMA: BREVI NOTE ALLA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI, 8 FEBBRAIO 2023, N. 796

di LUCIA DA ROS

Corte d'Appello di Napoli, sez. III civ., 8 febbraio 2022, n. 796, pres. Fusillo, est. Amoroso¹.

Fideiussione *omnibus* - Garanzia autonoma - *Solve et repete* - Clausola «a prima richiesta scritta» - Clausole ABI

La fideiussione omnibus con clausola di pagamento «immediato» e «a prima richiesta scritta» non va qualificata quale garanzia autonoma ed è, pertanto, esente dall'applicazione del relativo regime giuridico. La presenza di tali espressioni, congiuntamente a quelle che riprendono nel contenuto gli artt. 2, 6 e 8 del modello di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI, è insufficiente a ledere il nesso di accessorietà che lega la garanzia al rapporto sottostante alla sua emissione; al contrario, è necessario analizzare il contenuto della garanzia nel suo complesso per verificare se sia possibile riscontrare l'esistenza di ulteriori indici utili a guidare l'interprete nella qualificazione di tale fideiussione come garanzia autonoma.

* * *

SOMMARIO: 1. Il fatto - 2. Il dibattito sulla qualificazione della fideiussione *omnibus* quale fideiussione «*solve et repete*» o garanzia autonoma - 3. Gli indici sintomatici dell'autonomia della garanzia - 4. Insufficienza della clausola di pagamento «a semplice richiesta scritta» - 5. Incompatibilità delle clausole ABI con la garanzia autonoma - 6. Conclusioni

¹ Pubblicata in questo sito.

1. Il fatto

Il Tribunale di Benevento, con la sentenza n. 1987/2016, definiva il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo n. 703/2010, istaurato dai garanti di una fideiussione *omnibus* emessa in favore di un istituto di credito a copertura dell'esposizione in conto corrente della debitrice - società dichiarata fallita nelle more del giudizio -; il Tribunale qualificava tale garanzia quale garanzia autonoma, in ragione della previsione per cui il garante avrebbe dovuto corrispondere «immediatamente» e «a semplice richiesta scritta» l'importo dovuto alla Banca e, conseguentemente, revocava il decreto ingiuntivo opposto, rinviando ad altra sede l'accertamento del credito vantato, rigettava le eccezioni di anatocismo e decadenza - *ex art. 1957 c.c.* - sollevate dal garante ed accoglieva l'eccezione di usura limitatamente al primo trimestre del 2003.

Parte soccombente appellava la sentenza: *i)* contestando la qualificazione della garanzia in oggetto quale garanzia autonoma in quanto, in assenza della clausola «senza eccezioni», non poteva escludersi la facoltà per il garante di sollevare eccezioni relative al rapporto instaurato tra la Banca garantita e la società debitrice; *ii)* opponendo il giudicato di cui alla sentenza n. 722/2015 del Tribunale di Benevento che aveva accertato l'esistenza di un credito nel C/C garantito pari a circa € 60.000. La Banca appellava incidentalmente la sentenza *de qua* contestando l'accoglimento parziale dell'eccezione di usura sollevata da parte opponente.

2. Il dibattito sulla qualificazione della fideiussione *omnibus* quale fideiussione «*solve et repete*» o garanzia autonoma

Stabilire se le fideiussioni *omnibus* vadano ricondotte all'istituto codicistico della fideiussione (art. 1936 c.c. ss.) o, al contrario, a quello atipico del contratto autonomo di garanzia è una delle problematiche più ricorrenti in tema di fideiussioni *omnibus*; il dubbio relativo alla qualificazione giuridica di tali garanzie sorge a causa dalla presenza, all'interno dei testi delle fideiussioni *omnibus* normalmente impiegati dagli istituti di credito, di clausole che, analizzate singolarmente, possono indurre l'interprete avventato a riconoscere una certa somiglianza con i tratti connotanti le garanzie autonome².

² Si anticipa fin d'ora che tra le clausole in questione rientrano: la clausola che prevede che il pagamento debba essere effettuato dal garante «immediatamente» e «a semplice richiesta scritta»; la clausola c.d. di «sopravvivenza»; la clausola di deroga alla disciplina prevista dall'articolo 1957 c.c. e la c.d. clausola di reviviscenza. Per un maggior approfondimento delle citate clausole si rinvia al proseguo della trattazione.

È pertanto comprensibile come la giurisprudenza abbia avvertito la necessità di intervenire sul tema, individuando degli indici che consentano di orientare l'interprete nell'individuazione della disciplina applicabile alle fideiussioni *omnibus*; comprendere come tali garanzie vadano qualificate è un'attività dalla rilevanza tutt'altro che trascurabile, in ragione delle ripercussioni - sul piano operativo - conseguenti all'assimilazione della fideiussione *omnibus* alla fideiussione codicistica o al contratto autonomo di garanzia³.

In tal contesto si inserisce la sentenza n. 796 della Corte d'Appello di Napoli, dell'8 febbraio 2023, che, dopo aver opportunamente evidenziato le differenze sussistenti tra le fideiussioni *omnibus* e le garanzie autonome, ha escluso la possibilità di applicarne il relativo regime.

Prima di entrare nel merito del dibattito introdotto, va ricordato che la fideiussione *omnibus* è un contratto diffuso nella prassi bancaria attraverso il quale il fideiussore garantisce tutte le obbligazioni assunte dal debitore nei confronti del creditore, fino ad un importo massimo prestabilito (*ex art. 1938 c.c.*)⁴. Ne consegue che colui che si obbliga a garantire l'altrui

³ Infra pp. 4-7.

⁴ Fino alla legge n. 154 del 17 febbraio 1992, che ha introdotto l'articolo 1938 c.c. nella sua attuale formulazione, le fideiussioni *omnibus*, rilasciate senza alcun limite di tempo e - soprattutto - d'importo, venivano ritenute legittime dalla giurisprudenza. Tuttavia, a partire dalla fine degli anni Ottanta, una parte della giurisprudenza ha iniziato a contestare la legittimità di tali garanzie, a causa della diffusa prassi bancaria di costituzione di vincoli di garanzia privi di alcuna limitazione dell'importo. Illuminante è stato l'intervento del legislatore che ha modificato l'articolo 1938 c.c. introducendo l'obbligo di prevedere un limite massimo al sacrificio potenzialmente richiesto al garante, pur non operando con riferimento alle fideiussioni *omnibus* precedenti all'entrata in vigore della disposizione modificata (A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, V, 572 ss.). L'intervento legislativo richiamato, definito come «*uno degli esempi più eclatanti di intervento normativo correttivo improntato sull'operatività del canone di buona fede*» ha altresì introdotto, a pena di nullità, il divieto di preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione *ex art. 1956 c.c.* Cfr. L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Torino, 2020, 62.

L'esclusione delle fideiussioni *omnibus* precedenti al 1992 dalla disposizione in esame è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, per presunta violazione degli articoli 3 e 47, primo comma, della Costituzione; la Corte, con la sentenza n. 204, del 27 giugno 1997, ha escluso l'applicazione del riformato art. 1938 c.c. «*retroattivamente, ai rapporti preesistenti*», precisando che «*l'innovazione legislativa, che stabilisce la nullità delle fideiussioni per obbligazioni future senza limitazione di importo, non tocca la garanzia per le obbligazioni principali già sorte, ma esclude che si producano ulteriori effetti e che la fideiussione possa assistere obbligazioni principali successive al divieto di*

prestazione è vincolato all'adempimento anche delle ulteriori e successive obbligazioni assunte dal debitore garantito, le c.d. "obbligazioni future", ricomprendenti «*non soltanto le obbligazioni nascenti da rapporti già in essere tra la banca e il debitore principale, ma anche quelle derivanti da rapporti che verranno ad esistenza soltanto in un momento successivo*»⁵; l'impegno del garante è esteso a tal punto che, nel perimetro della fideiussore *omnibus*, ricadono anche i debiti assunti dal debitore garantito nell'interesse di terzi⁶ e le obbligazioni assunte dagli aventi causa del debitore principale⁷.

Come anticipato, il problema di individuare il regime applicabile alle fideiussioni *omnibus* sorge per la presenza, nei testi standardizzati utilizzati dalle banche per la costituzione di tali garanzie, di clausole che richiamano all'autonomia della garanzia rispetto al contratto sottostante la sua

garanzia senza limiti».

Oggi, l'assenza di un limite massimo all'importo garantito comporta la nullità dell'intera garanzia, *ex art. 1418 c.c.*, non potendosi ipotizzare l'inserimento automatico dell'importo massimo garantito da una fonte esterna, che garantirebbe l'operatività dell'*art. 1419*, secondo comma, *c.c.* (in tal senso G. STELLA, *La fideiussione omnibus: importo massimo garantito ex art. 1938 c.c. e liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c. nell'attuale prassi bancaria*, in *Resp. civ. e prev.*, IX, 2010, 1700). Tuttavia, in alcuni limitati casi, la Cassazione ha escluso la nullità della garanzia per mancata indicazione dell'importo massimo garantito qualora lo stesso possa essere determinato *per relationem*; ciò avviene, ad esempio, qualora «*all'interno della lex contractus, sussistono una serie di indici certi e non opinabili mediante i quali è possibile precisare esattamente la prestazione dedotta in obbligazione. E così nell'oggetto della fideiussione omnibus, sono presenti "indici di determinabilità" dell'impegno assunto dal fideiussore, attraverso il riferimento al contenuto del contratto principale. E per mezzo di tali indici il terzo promittente, allorché si impegna nei confronti del creditore può rendersi conto dell'importo complessivo dell'esposizione debitoria*». Così, Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3525, in *Dejure.it*.

⁵ R. RAZZANTE, *La fideiussione*, in *La prova e il quantum nel risarcimento del danno*, (a cura di) P. CENDON, tomo II, Torino, 2013, 1576. Trattasi di una garanzia "elastica" che consente alle banche di evitare di rilasciare una nuova garanzia, o provvedere alla rinnovazione di una già esistente, ogni qualvolta che si instaurano nuove obbligazioni tra il l'istituto di credito e il proprio cliente/debitore. Così L. VIZZONI, *cit.*, 60.

⁶ Le c.d. «obbligazioni indirette»; cfr. R. RAZZANTE, *cit.*, 1577.

⁷ L'obbligazione del fideiussore si estende anche ai suoi eredi e aventi causa in via solidale, in deroga al principio dell'esclusione della responsabilità solidale tra coeredi del debitore. Cfr. R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali, Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale – lease -back*, in *Enciclopedia*, (diretta da) P. CENDON, Padova, 1998, 209.

emissione (aspetto connotante il contratto atipico di garanzia) e che paiono distaccarsi dal principio dell'accessorietà⁸, proprio della fideiussione codicistica. Tra queste si rinvengono: la clausola che impone al garante di effettuare il pagamento dell'importo dovuto «immediatamente» e «a semplice richiesta scritta»⁹; la clausola c.d. di reviviscenza, secondo la quale il garante s'impegna «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»¹⁰; la clausola di deroga alla disciplina prevista dall'articolo 1957 c.c.¹¹ e la clausola c.d. di "sopravvivenza" che impone al fideiussore di garantire la restituzione delle somme ottenute dal debitore qualora le obbligazioni garantite siano invalide¹².

⁸ Per un'analisi completa del principio dell'accessorietà della fideiussione A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca borsa tit. cred.*, VI, 2011, 665 ss., secondo cui tale principio si concretizza: i) nell'uguaglianza di oggetto della garanzia rispetto a quello dell'obbligazione principale; ii) nel principio per cui l'invalidità dell'obbligazione garantita si estende anche alla garanzia (*ex art. 1939 c.c.*); iii) nel divieto, *ex art. 1941 c.c.*, per l'obbligazione del garante di eccedere quanto dovuto dal debitore o di essere prestata a condizioni più onerose; iv) nell'operatività dell'art. 1945 c.c., secondo cui il fideiussore ha la facoltà di opporre al creditore garantito tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporgli il debitore principale.

⁹ Art. 7 del modello per le fideiussioni omnibus predisposto dall'Autorità Bancaria Italiana (ABI) negli anni 2002-2005.

¹⁰ Art. 2 dello schema sulle fideiussioni omnibus predisposto dall'ABI (anni 2002-2005). Per la giurisprudenza di merito nell'espressione «per qualsiasi altro motivo» rientra anche l'ipotesi di accoglimento della domanda giudiziale di revoca del pagamento del debito *ex art. 67 l. fall.* (Cass. civ., sez. I, 27 maggio 2013, n. 13101, in *Dejure.it*), nonché l'ipotesi alternativa di restituzione della somma pagata a seguito di transazione tra le parti del giudizio (Trib. Bologna, sez. II, 2 marzo 2018, n. 690, in *Dejure.it*).

¹¹ Art. 6 dello schema sulle fideiussioni omnibus predisposto dall'ABI (anni 2002-2005): «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 medesimo o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato».

¹² Art. 8 dello schema sulle fideiussioni omnibus predisposto dall'ABI (anni 2002-2005).

Tra le clausole menzionate va ricompresa anche quella per cui «Nessuna eccezione può essere opposta dal fideiussore riguardo al momento in cui la banca

Chiarito ove ha origine il dubbio relativo alla qualificazione giuridica delle fideiussioni *omnibus*, prima di entrare nel merito dell'analisi effettuata dalla Corte d'Appello di Napoli, vanno ricordati i risvolti sul piano operativo conseguenti all'assimilare la fideiussione in questione all'uno piuttosto che all'altro istituto.

Se si propende per assimilare la fideiussione *omnibus* al contratto autonomo di garanzia, ne deriva l'impossibilità per il garante di opporsi alla richiesta di escussione- formulata nei suoi confronti dal beneficiario della stessa - facendo valere le eccezioni relative al rapporto intercorrente tra il debitore principale ed il creditore garantito, in deroga al principio codicistico di cui all'art. 1945 c.c.¹³. Occorre tuttavia precisare che la deroga all'art. 1945 c.c. non è assoluta, tant'è che la giurisprudenza interna ha nel tempo riconosciuto al garante la facoltà di eccepire al beneficiario della garanzia: (i) l'inesistenza del contratto principale, (ii) la nullità del contratto principale per illiceità della causa o per contrarietà alle norme imperative - la *ratio* è evitare che le garanzie autonome vengano impiegate per perseguire un risultato illecito vietato dall'ordinamento¹⁴ - e (iii) l'*exceptio doli*¹⁵. Ne consegue che il fideiussore *omnibus* non è legittimato

esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti con il debitore», così G. STELLA, *Sulla natura giuridica della fideiussione omnibus, tra fideiussione ordinaria o contratto autonomo di garanzia*, in *dirittobancario.it*, 2022, 5; per l'Autore, tale clausola non può essere in alcun modo assimilata a quella «senza eccezioni», tipica delle garanzie autonome, in quanto «*si tratta, infatti, non di una rinuncia generale del fideiussore a proporre eccezioni che spetterebbero al debitore principale (secondo lo schema dell'art. 1945 c.c.), ma soltanto ad opporre eccezioni con riferimento al momento in cui la banca intenda esercitare la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore*». Tuttavia, la sentenza in commento non considera tale clausola, pertanto pare che la stessa non fosse prevista nella fideiussione analizzata dalla Corte d'Appello di Napoli.

¹³ Tra le molte: C. App. Firenze, sez. II, 15 aprile 2020, n. 792; Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, n. 419; Trib. Roma, sez. VII, 3 maggio 2019, n. 9356; Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213; Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900, tutte in *Dejure.it*.

¹⁴ M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 1994, XVIII, 180.

¹⁵ La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto al garante la facoltà di opporre tutte queste eccezioni in Cass. civ., sez. VI, 10 febbraio 2021, n. 3193, in *Dejure.it*; Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2018, n. 16345, in *Foroplus.it*; Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foroplus.it*; Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, in *Dejure.it*; Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10652, in *Foroplus.it*; Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26262, in *Dejure.it*, dettando un principio che viene costantemente ripreso dalla giurisprudenza di merito.

ad opporsi al decreto ingiuntivo emesso dalla banca, quale beneficiaria della garanzia, per contestare la nullità delle commissioni applicate al conto corrente di titolarità del debitore, l'illegittimo esercizio dello *jus variandi*, l'addebito di interessi ultralegali, l'illegittima applicazione degli interessi di mora, le modalità di calcolo e di applicazione degli interessi, l'erronea indicazione del TAEG/ISC, l'illegittima revoca di un affidamento, ecc.; al contrario, al garante autonomo è riconosciuto il diritto di opporsi all'applicazione di tassi di interesse usurari o anatocistici¹⁶.

Inoltre, qualificando la fideiussione *omnibus* quale garanzia autonoma

Limitatamente all'*exceptio doli* si veda Cass. civ., sez. II, 7 novembre 2022, n. 32720, in *onelegale.it*.

Per una esaustiva definizione dell'*exceptio doli* si rimanda a C. App. Roma, sez. II, 14 febbraio 2023, n. 1110, in *Dejure.it* che la definisce come: «*un'eccezione relativa alla condotta ed all'abuso del creditore garantito, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della vicenda, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui*»; in tal senso anche Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2019, n. 12884; Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2018, n. 16345; Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213; Cass. civ., sez. trib., 12 settembre 2012, n. 1521, tutte in *Dejure.it*. L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, (a cura di) L. VACCA, Torino, 2001, 480, la definisce come un'eccezione che «(...) comporta per il garante la facoltà di non eseguire la prestazione pecuniaria oggetto dell'obbligazione di garanzia per la quale sia intervenuta la richiesta del creditore garantito quante volte la stessa, pur conforme alla lettera del contratto di garanzia, risulti tuttavia ingiustificata sul piano dei canoni della lealtà, in conseguenza di circostanze sopravvenute che rispetto alla fonte negoziale su cui poggia – come, ad esempio, l'adempimento da parte del debitore principale dell'obbligazione garantita o il fatto che ha reso a lui non imputabile l'inadempimento – che la fanno apparire sostanzialmente scorretta».

¹⁶ G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, VI, 2021, 1809. Il Tribunale di Benevento, con la sentenza n. 1987/2016, pur qualificando la garanzia sottoposta alla sua analisi come garanzia autonoma, aveva accolto – anche se parzialmente – la sola eccezione di usura sollevata dai garanti e rigettato quella di anatocismo, ponendosi così in contrasto con l'orientamento prevalente che riconosce al garante autonomo l'eccezione di anatocismo; in tal senso, tra le molte, Cass. civ., sez. I, 6 settembre 2021, n. 24011, in *Ilcaso.it*; Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2018, n. 371, in *indirittobancario.it*.

sarebbe preclusa l'applicazione degli artt. 1955¹⁷, 1956¹⁸ e 1957¹⁹ c.c.

Ritendo invece applicabili alla fideiussione *omnibus* le norme relative alla garanzia codicistica, ne consegue la possibilità per il garante di opporre alla banca le eccezioni relative al rapporto intercorrente tra la stessa e il debitore, salvo quella relativa all'incapacità, *ex art.* 1945 c.c. Tuttavia, in ragione della presenza della clausola che dispone che il pagamento deve essere effettuato dal garante «immediatamente» e «a semplice richiesta scritta», la tendenza è quella di assimilare la garanzia in questione alla fideiussione «*solve et repete*», con la conseguenza che il garante è legittimato ad avvalersi delle eccezioni *ex art.* 1945 c.c., al fine di ottenere dal creditore la restituzione di quanto pagato, soltanto dopo aver effettuato il pagamento in favore del soggetto garantito²⁰; si tratta, all'evidenza, di una

¹⁷ Così C. App. Milano, 15 ottobre 1999, in *Contratti*, 2000, V, 468 ss.

¹⁸ Cass. civ., sez. VI, 23 maggio 2022, n. 16636; Cass. civ., sez. III, 28 marzo 2017, n. 7883; Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2014, n. 6517 e Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900, cit., tutte in *Dejure.it*. In senso contrario C. App. Firenze, 15 aprile 2020, n. 792, in *Dejure.it*.

¹⁹ Sull'inapplicabilità dell'art. 1957 c.c. alle garanzie autonome: Cass. civ., sez. III, 3 novembre 2021, n. 31313, in *italgiure.it*; Trib. Velletri, sez. II, 19 novembre 2019, n. 2024, in *Dejure.it*; Trib. Milano, sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 12376, in *Dejure.it*; Cass. civ., sez. III, 22 febbraio 2010, n. 4200, in *onelegale.it*; Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947 in *Dejure.it* e Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900, cit. In senso opposto Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2014, n. 14205, in *onelegale.it*; Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2011, n. 21399, in *Giust. civ.*, 2012, IX, 2100.

In senso contrario F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Europa e diritto privato*, 2021, I, 146, che, ritenendo le disposizioni citate quale espressione del principio di buona fede, nega che le stesse possano applicarsi alle sole fideiussioni.

²⁰ G. STELLA, *Le garanzie del credito, fideiussione e garanzie autonome*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2010, 864, evidenzia i plurimi effetti positivi derivanti dall'operatività della clausola «*solve et repete*»: la facoltà per il fideiussore di agire in ripetizione verso un soggetto certamente solvibile (la banca garantita), dopo aver effettuato il pagamento richiesto, l'attenuazione del rischio di credito da parte delle banche coinvolte e la conseguente agevolazione nella concessione di finanziamenti da parte degli istituti di credito. Sempre G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, cit., 1820, richiamando autorevole giurisprudenza, sottolinea che il preventivo pagamento non va considerato quale presupposto processuale, pertanto il garante ha la facoltà di instaurare un giudizio di opposizione anche prima di soddisfare la pretesa del soggetto garantito; tuttavia, qualora il pagamento dell'importo garantito non intervenga in corso di causa, le eccezioni sollevate dal garante - relative al rapporto tra il debitore principale ed il creditore garantito - non potranno

prerogativa dalla quale è escluso il garante autonomo, che potrà soltanto rivolgersi all'ordinante con l'*actio mandati contraria*²¹. Inoltre, riconducendo la fideiussione *omnibus* alla garanzia codicistica, ne discende l'applicazione degli artt. 1955 e 1956 c.c., pur rimanendo esclusa l'applicazione del successivo art. 1957, essendo normalmente inserito nel testo delle fideiussioni *omnibus* una clausola che deroga all'applicazione di tale disposizione.

3. Gli indici sintomatici dell'autonomia della garanzia

Fermo quanto fin qui esposto, la Corte d'Appello di Napoli, nella pronuncia in esame, si è occupata di esaminare i tratti maggiormente connotanti le garanzie autonome, così da motivare la scelta di escludere l'applicazione della relativa disciplina alla garanzia sottoposta al suo scrutinio.

L'analisi effettuata dal Collegio ha avuto inizio dal confronto tra la causa della fideiussione *omnibus* e quella della garanzia autonoma: stando alla motivazione della Corte, mentre il contratto autonomo di garanzia ha funzione cauzionale ed indennitaria, la fideiussione ha causa "satisfattoria", in quanto volta a garantire al creditore di ottenere l'esatto adempimento dell'obbligazione del debitore. Per una parte della dottrina, nella prima delle ipotesi richiamate, sarebbe possibile scorgere una sorta di "difetto" della causa di garanzia, in quanto l'impressione è che si tratti di un negozio volto a favorire maggiormente la posizione del debitore garantito, piuttosto che quella del creditore beneficiario della garanzia²²; ciò è evidente anche in considerazione della rapidità con la quale il garante escusso è tenuto a provvedere al pagamento.

La diversa giustificazione causale è una diretta conseguenza della diversità di prestazioni alle quali garante e debitore principale sono

essere accolte.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 1462 c.c., la clausola «*solve et repete*» non preclude al garante di opporre al creditore garantito le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto. Cfr. G. STELLA, *Sulla natura giuridica della fideiussione omnibus, tra fideiussione ordinaria o contratto autonomo di garanzia*, cit., 14.

²¹ Secondo F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, (diretto da) V. BUONOCORE, Torino, 2006, 243, l'*actio mandati contraria* fonda «la propria giustificazione causale nel rapporto corrente tra ordinante e garante».

²² I. CIMATTI, *Brevi annotazioni intorno alla funzione della fideiussione omnibus e sulla meritevolezza dell'interesse perseguito*, in *Giur. merito*, 1998, III, 581 ss.

obbligati: mentre il fideiussore è tenuto ad adempiere alla medesima obbligazione assunta dal debitore, consistente nel pagamento di una somma di denaro, nel contratto autonomo di garanzia il garante è normalmente tenuto ad eseguire una prestazione qualitativamente diversa da quella del debitore principale²³.

Tuttavia, discernere le garanzie autonome da quelle accessorie attraverso un'analisi della causa, operazione apparentemente semplice qualora la prestazione del garante sia equivalente a quella del garantito per quanto sopra, può risultare più complesso laddove le prestazioni a cui sono tenuti, rispettivamente, garante e garantito si equivalgano tra di loro. Tale problematica si palesa, ad esempio, nell'ambito dell'*Advance Payment Guarantee*, garanzia autonoma che consente al soggetto garantito di ottenere la restituzione di quanto pagato a titolo di anticipo qualora il contrante obbligato non adempia alle obbligazioni contrattualmente assunte (e per l'esecuzione delle quali tale anticipo era stato versato)²⁴.

Altro aspetto valorizzato dalla pronuncia in esame è il principio di solidarietà (art. 1944 c.c.), la cui operatività è limitata alle sole garanzie fideiussorie: la solidarietà, a cui consegue la facoltà per il creditore garantito di rivolgersi, indistintamente, al garante o al debitore per ottenere la soddisfazione della propria pretesa, è un corollario dell'uguaglianza di obbligazioni a carico del debitore e del garante. Nell'ipotesi di garanzia autonoma, invece, ove l'obbligazione del garante ben può divergere da quella che il creditore ha diritto di ottenere dal debitore principale, è evidente che il creditore avrà maggior interesse a rivolgersi

²³ La diversità di prestazioni a carico del debitore e del garante è evidente dall'analisi di alcune tipologie di garanzie autonome diffuse nel settore degli appalti internazionali. Tra queste vi sono: (i) i *Bid Bond* (o garanzia di mantenimento dell'offerta), una garanzia che consente al beneficiario di proteggersi dal rischio che il partecipante alla gara non accetti l'incarico ottenuto, ritiri l'offerta prima della scadenza della gara o, nei casi in cui la garanzia preveda la sua estinzione al momento dell'accettazione dell'offerta e la sua sostituzione con una garanzia differente, se tale sostituzione non avviene; (ii) i *Performance Bond*, una garanzia che prevede l'obbligo per il garante di pagare un determinato importo (normalmente determinato in una percentuale del valore complessivo dell'affare) qualora l'appaltatore non esegua la prestazione promessa, non rispetti le tempistiche concordate, o non provveda all'installazione o al collaudo dell'opera realizzata. Così A. DI MEO, *Pagamenti internazionali*, Milano, 2018, 226 ss.

²⁴ F. CAPPALÀ, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, *Rivista di diritto civile*, 2015, 137, secondo il quale nel caso da ultimo richiamato, qualora la garanzia sia emessa a tutela di un credito pecuniario, alla stessa andrebbe riconosciuta «una funzione di garanzia dell'adempimento del debito sottostante, piuttosto che una funzione di tipo indennitario».

preventivamente al debitore e, solo in un momento successivo e previa verifica dell'inadempimento del debitore principale, al garante; qui precisato che l'"inadempimento" che consente al creditore di rivalersi nei confronti del garante non richiede di essere provato, essendo sufficiente che lo stesso sia stato accertato unilateralmente dal creditore medesimo²⁵. La preventiva escussione del debitore principale, oltre ad essere necessaria a garantire al creditore il risultato voluto, è strettamente funzionale a tutelare la causa indennitaria della garanzia autonoma²⁶.

L'analisi fin qui condotta dal Collegio appare in sintonia con quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2010, intervenute per prendere posizione in merito alla differenza tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione²⁷. Le citate SS.UU., pur non pronunciandosi in merito alla specifica fattispecie della fideiussione *omnibus*, hanno introdotto dei principi che, oltre ad essere ancora attuali a più di dieci anni di distanza, sono evidentemente compatibili anche con la figura (più ibrida) delle fideiussioni *omnibus*.

La Corte d'Appello di Napoli ha proseguito l'analisi specificando come,

²⁵ G. STELLA, *Sulla natura giuridica della fideiussione omnibus, tra fideiussione ordinaria o contratto autonomo di garanzia*, cit., 9 nt. 23.

²⁶ La funzione indennitaria della garanzia autonoma è tale per cui il garante interviene a tutelare «*la mancata realizzazione dell'utilità del soggetto garantito (...) esposta a frustrazione*» (così I. CIMATTI, cit., 582), pertanto, è evidente che il creditore abbia maggior interesse a rivolgersi preventivamente al debitore - soggetto obbligato in via principale - e, solo in un momento successivo, previa verifica dell'inadempimento del debitore principale, al garante.

²⁷ Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit., riportata dallo stesso Collegio nella sentenza in commento, ha sottolineato che la funzione del contratto autonomo di garanzia è quella «*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 di fideiussione, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale e prestazione dovuta dal garante; inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che (...) l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita (...) perché non rivolta all'adempimento del debitore principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore*».

fermo in ogni caso il coinvolgimento di un istituto di credito, solo nell'ambito delle garanzie autonome quest'ultimo interviene in veste di garante (la c.d. fideiussione passiva); al contrario nella fideiussione, anche in quella *omnibus*, la banca si limita a ricevere la garanzia, tant'è vero che colui che riveste il ruolo di garante quasi mai è un soggetto abilitato al patrocinio finanziario di terzi²⁸.

Ancora, la sentenza in esame ha ricordato come solo la fideiussione *omnibus* ha ad oggetto obbligazioni future, posto che «*la garanzia autonoma accede ad obbligazioni contestuali all'assunzione della garanzia*» e che, delle due, solamente la seconda ha carattere necessariamente oneroso: l'onerosità della garanzia autonoma è dovuta al coinvolgimento nel rapporto di garanzia di un soggetto professionale, quali sono le banche e le compagnie assicurative, chiamato ad intervenire attivamente nel rapporto instaurato tra creditore e debitore, garantendo la prestazione dovuta da quest'ultimo; pertanto, pare giustificato l'addebito, da parte di tali operatori, di commissioni remunerative del loro intervento.

Per il Collegio anche il costante utilizzo del termine «fideiussione», nel testo delle fideiussioni *omnibus*, conferma l'opportunità di assimilare tali garanzie a quella codicistica; trattandosi di testi che vengono forniti direttamente dalle banche, quest'ultime - in qualità di operatrici professionali qualificate - non possono «*più ignorare il significato giuridico dei termini adoperati e la netta distinzione strutturale e funzionale fra fideiussione e garanzia autonoma*»²⁹.

4. Insufficienza della clausola di pagamento «a semplice richiesta scritta»

Fermo quanto fin qui esposto, è evidente come sia fuorviante nel tentativo di risolvere il problema prospettato la presenza nei testi delle fideiussioni *omnibus* di clausole che prevedono che il garante debba provvedere al pagamento dell'importo garantito «immediatamente» e «a semplice richiesta scritta», trattandosi di clausole che ben si inseriscono sia nel contesto delle garanzie autonome, sia in quello della fideiussione con clausola «*solve et repete*»³⁰.

²⁸ Così I. CIMATTI, cit., 587.

²⁹ G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, cit., 1819.

³⁰ In tal senso, fra le tante, Trib. Trani, 4 maggio 2023, n. 763; Trib. Palermo, sez. III, 4 maggio 2023, n. 2102; C. App. Milano, sez. Imprese, 21 aprile 2023, n. 4166; C. App. Venezia, sez. II, 30 marzo 2023, n. 736; Trib. Catanzaro, sez. Imprese, 27 marzo 2023, n. 501; Cass. civ., sez. I, 9 agosto 2016, n. 16825; Cass. civ., sez. III, 8 gennaio 2010, n. 84, tutte in *onelegale.it*.

Le due fattispecie hanno in comune la provvisorietà del pagamento effettuato dal garante che: *i)* nell'ipotesi di fideiussione *omnibus* può avvalersi delle eccezioni relative al rapporto sottostante l'emissione della garanzia solo dopo aver provveduto al pagamento; *ii)* nell'ipotesi di garanzia autonoma, ferma la possibilità per il garante di bloccare la richiesta di escussione nei limitati casi anzidetti³¹, fa salvo il diritto del garante di agire in ripetizione per ottenere quanto pagato direttamente dal debitore³².

Più precisamente, riprendendo l'approdo della Corte d'Appello in commento, la clausola di pagamento «*immediato e a prima richiesta (...) avrebbe - alternativamente o cumulativamente - l'effetto di un esonero del creditore dall'onere della prova dell'inadempimento dell'obbligazione principale, di una deroga all'art. 1957 c.c. (...) o di una clausola cosiddetta solve et repete, sul modello dell'art. 1462 c.c.*».

Se la contemporanea presenza delle clausole «a semplice richiesta scritta» e «senza eccezioni» viene considerata dalla prevalente giurisprudenza quale chiaro indicatore della volontà delle parti di vincolarsi ad una garanzia autonoma, maggiori sono i dubbi qualora tali espressioni compaiano alternativamente³³, come nel caso *de quo* ove il testo della

³¹ Cfr. p. 5.

³² Per L. PONTIROLI, *Le clausole di "pagamento a prima richiesta" e di "sopravvivenza": dalla giurisprudenza recente della corte di cassazione al provvedimento della banca d'Italia sulle n.b.u.*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1996, 113, la clausola di pagamento «a prima richiesta», clausola assimilabile a quella «a semplice richiesta scritta», ha la funzione di salvaguardare la liquidità del credito pur non tutelando il creditore dal rischio di ottenere un rimborso solo temporaneo.

³³ Le SS. UU., intervenute per chiarire le differenze sussistenti tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione, avevano ritenuto sufficiente l'utilizzo - in via alternativa - di una delle due clausole enunciate; tuttavia, la giurisprudenza successiva non ha sempre ripreso tale orientamento. Cass. civ., SS. UU., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.: «*Poiché infatti le norme contenenti la disciplina legale tipica della fideiussione sono applicabili se non sono espressamente derogate dalle parti, portata derogatoria deve riconoscersi alla clausola legittima in virtù del principio di autonomia negoziale - con cui le parti abbiano previsto la possibilità per il creditore garantito di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni", in quanto preclude al garante l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c.. Siffatta clausola, risultando incompatibile con la disciplina della fideiussione, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante/beneficiario (Cass. 14/2/2007. n. 3257)*».

garanzia, pur prevedendo che il pagamento sarebbe dovuto avvenire in modo «immediato e a prima richiesta», nulla specificava in merito alle eccezioni riconosciute al garante.

Sul punto, come ricordato dalla Corte d'Appello di Napoli, si sono espresse anche le richiamate Sezioni Unite che hanno ritenuto sufficiente, in via alternativa, l'utilizzo della clausola «a semplice richiesta scritta» o «senza eccezioni»; tuttavia, come specificato dal Collegio, non si può prescindere dal considerare il contesto nel quale tale sentenza è stata emessa: le SS. UU., infatti, erano state chiamate a qualificare una fideiussione assicurativa, collegata ad un contratto d'appalto, alternativa ad una cauzione reale, che prevedeva il diritto del soggetto garantito di ottenere un indennizzo determinato in percentuale sul valore dell'appalto, in piena conformità con la causa ed il contenuto delle garanzie autonome. Al contrario, nel caso qui analizzato, ferma la funzione satisfattoria della fideiussione *omnibus*, la Corte ha escluso la sufficienza della clausola di pagamento «immediato e a semplice richiesta scritta» a qualificare la stessa fideiussione come autonoma, non potendo rinvenire nel caso ulteriori indici a sostegno dell'autonomia della stessa.

Nel contesto descritto è evidente come per la Corte sia stato essenziale analizzare complessivamente il testo della garanzia al fine di comprendere, una volta per tutte, il regime giuridico applicabile al rapporto tra le parti.

5. Incompatibilità delle clausole ABI con la garanzia autonoma

L'analisi fin qui condotta conferma l'importanza di svolgere un'indagine approfondita del testo della garanzia al fine di evitare qualificazioni affrettate indotte dalla presenza nel suo testo di fuorvianti espressioni sulle quali, ancora oggi, la giurisprudenza è dibattuta. Ed infatti, la stessa Corte d'Appello di Napoli non si è soffermata ad analizzare gli indici richiamati nei superiori paragrafi, senz'altro utili nell'operazione di qualificazione della garanzia, ma ha esteso la sua indagine anche ad alcune particolari clausole, ricorrenti nei testi delle fideiussioni *omnibus*, che rendono ancor più difficile tale operazione: la c.d. «clausola di sopravvivenza», la deroga all'art. 1957 c.c. e la c.d. «clausola di reviviscenza».

Quanto alla prima, il Collegio ha ripreso il principio per cui la stessa non

L'impiego, in via alternativa, di una delle due clausole citate è stato ritenuto sufficiente a qualificare la garanzia come autonoma in: Cass. civ., sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, in *onelegale.it*. Per Trib. Salerno, 5 marzo 2020 n. 893, in *Dejure.it*. e per Cass. civ., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 26327, in *Dejure.it*, ad esempio, è sufficiente la clausola «a prima richiesta» per qualificare la garanzia come autonoma.

è idonea ad «intaccare l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto al debito principale» in quanto il suo inserimento nel testo della garanzia non preclude al fideiussore di eccepire l'invalidità dell'obbligazione garantita ma soltanto che l'eventuale dichiarazione di nullità della stessa non determina il venir meno dell'obbligo del garante di assicurare la restituzione del capitale erogato³⁴.

Negli anni Ottanta, la clausola di sopravvivenza era formulata in modo opposto a come è conosciuta ed applicata oggi ed il suo inserimento comportava la rinuncia del garante ad eccepire l'invalidità del rapporto sottostante la garanzia; tuttavia, la Corte di Cassazione, fin dalla sentenza n. 4738 del 31 agosto 1984, ha statuito come la clausola in questione non dovesse essere interpretata in modo funzionale a garantire l'adempimento di obbligazioni invalide quanto, piuttosto, come un meccanismo necessario a tutelare la posizione del debitore tenuto al rimborso del creditore principale, anche nell'ipotesi di contratto invalido; pertanto, la Corte ha iniziato ad assimilare il contratto di credito valido ed eseguito a quello invalido ma comunque eseguito, escludendo dal proprio argomentare soltanto il contratto di credito non eseguito poiché, una volta che il creditore ha consegnato al debitore quanto richiesto, l'obbligazione restitutoria è indipendente dalla validità del credito e il debitore, anche nell'ipotesi di un contratto nullo, ha l'obbligo di restituire quanto ricevuto indebitamente (è quindi possibile ritenere coincidenti il risultato dell'azione di restituzione con quello dell'azione contrattuale)³⁵. Sulla base di tale argomentare si comprende l'approdo della sentenza in commento che ha concluso che la clausola di sopravvivenza così intesa, non precludendo al garante di avvalersi dell'eccezione di invalidità del rapporto garantito - eccezione della quale il garante autonomo può in ogni caso beneficiare secondo quanto sopra - non è sufficiente ad intaccare l'accessorietà della garanzia, avendo piuttosto la funzione di adeguare quest'ultima all'invalidità dell'obbligazione principale, così da esentarla dall'azione di ripetizione³⁶.

Anche la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. e il c.d. patto di reviviscenza non sono stati considerati dalla Corte d'Appello dirimenti al fine di qualificare la garanzia che li contenga come autonoma; nello

³⁴ In tal senso anche Trib. Napoli, 24 ottobre 2022, n. 9390 in *dirittopratico.it* e C. App. Napoli, 13 luglio 2022, n. 3378, in *centroanomaliiebancarie.it*.

³⁵ Così L. PONTIROLI, cit., 113 ss.

³⁶ Cfr. L. PONTIROLI, cit., 117. La giurisprudenza meno recente invece, intendendo la clausola in questione quale derogatoria dell'articolo 1939 c.c., la riteneva incompatibile con la fideiussione codicistica con la conseguenza che le garanzie recanti tale clausola venivano qualificate quali garanzie autonome. In tal senso Trib. Nola, sez. II, 11 settembre 2008 in *Dejure.it*.

specifico, quanto alla deroga di cui all'art. 1957 (che esclude la necessità per il creditore di agire giudizialmente per evitare la decadenza dal proprio diritto di garanzia, essendo sufficiente una semplice richiesta scritta), la Corte ha sottolineato che tale clausola ha la funzione di proteggere il fideiussore e, pertanto, che la stessa prescinde dal vincolo di accessorietà tra la l'obbligazione del garante e quella del debitore principale³⁷.

Quanto al c.d. patto di reviviscenza, ovvero il patto con cui il garante si impegna a rimborsare alla banca le somme da quest'ultima incassate dal debitore, qualora fosse chiamata a restituirle a causa dell'annullamento o della revoca dei pagamenti effettuati³⁸, il Collegio lo ha ritenuto funzionale ad «*identificare l'oggetto dell'obbligazione fideiussoria come (...) riferibile al rapporto principale, posto che questo non si è definitivamente estinto con un pagamento valido ed irrevocabile*»³⁹, anche a seguito dell'annullamento o della revoca del pagamento; per la Corte la clausola da ultimo richiamata non costituisce, infatti, una deroga al principio per cui le garanzie fideiussorie si estinguono al venir meno dell'obbligazione principale ma una mera specificazione che, qualora in seguito all'avvenuto pagamento il debito principale «*ritorni ad esistenza in virtù di fatti sopravvenuti*», anche la relativa garanzia subirà la medesima sorte⁴⁰.

³⁷ Così C. App. Napoli, 8 febbraio 2023, n. 796, in *ilcaso.it*, riprendendo un principio già statuito da Cass. civ., sez. VI, 4 dicembre 2017, n. 28943, in *Dejure.it*. In tal senso anche Trib. Roma, sez. XVII, 5 agosto 2019, n. 16046; Cass. civ., sez. I, 9 agosto 2016, n. 16825; Cass. civ., sez. III, 8 gennaio 2010, n. 84, tutte in *Dejure.it*.

³⁸ G. SETTANI, M. RUGGI, *Fideiussione, clausola di reviviscenza e rinascita dell'obbligazione garantita*, in *I Contratti*, 2015, I, 407 ss., hanno escluso l'esistenza, nell'ordinamento codicistico italiano di un «*principio generale di reviviscenza delle garanzie*», in quanto l'articolo 2881 c.c. andrebbe applicato alle sole ipoteche.

³⁹ Le clausole da ultimo considerate dalla Corte d'Appello sono state oggetto di un rilevante dibattito avuto origine dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 che ha dichiarato le predette clausole contrastanti con la normativa Antitrust (in particolare, con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE), e sul quale sono state chiamate a pronunciarsi le SS. UU.; quest'ultime, con la sentenza n. 41994 del 30 dicembre 2021, hanno considerato le clausole in questione, contenute in fideiussioni "a valle" di intese dichiarate nulle dall'Autorità Garante, come nulle ai sensi dell'art. 1419 c.c. perché restrittive della libera concorrenza.

⁴⁰ Cass. civ., sez. VI, 18 marzo 2021, n. 7600, in *dirittodelrisparmio.it*, che ha altresì escluso la vessatorietà della clausola in questione. La *ratio* della clausola di reviviscenza è tutelare l'interesse della banca ad ottenere il soddisfacimento del proprio credito poiché il pagamento effettuato dal debitore principale, poi revocato, è apparente e provvisorio, posto che l'azione revocatoria impedisce al

6. Conclusioni

Dalla pronuncia in commento estraiamo il seguente principio di diritto: la fideiussione *omnibus* con clausola di pagamento «immediato» e «a prima richiesta scritta» non va qualificata quale garanzia autonoma ed è, pertanto, esente dall'applicazione del relativo regime giuridico. La presenza di tali espressioni, congiuntamente a quelle che riprendono nel contenuto gli artt. 2, 6 e 8 del modello di fideiussione *omnibus* predisposto dall'ABI, è insufficiente a ledere il nesso di accessorietà che lega la garanzia al rapporto sottostante alla sua emissione; al contrario, è necessario analizzare il contenuto della garanzia nel suo complesso per verificare se sia possibile riscontrare l'esistenza di ulteriori indici utili a guidare l'interprete nella qualificazione di tale fideiussione come garanzia autonoma. Qui precisato, ancora una volta, come la scelta del Collegio di negare la qualificazione della garanzia esaminata quale autonoma, in ragione dell'assenza nel testo della medesima della clausola «senza eccezioni», non contrasta con quanto deciso dalle SS. UU. del 2010, che hanno ritenuto sufficiente la presenza - in via alternativa - della clausola «a prima richiesta» o «senza eccezioni» per qualificare la garanzia come autonoma, dato che il contesto esaminato dagli ermellini era ben differente da quello sottoposto all'analisi della Corte d'Appello di Napoli.

Esclusa la qualificazione della garanzia in esame come autonoma la Corte, preso atto del giudicato di cui alla sentenza n. 722/2015 del Tribunale di Benevento⁴¹, ha rigettato integralmente la domanda avanzata in via monitoria dalla Banca ed il conseguente appello incidentale.

Non è possibile omettere di evidenziare che la conclusione a cui è giunto il Collegio pare ricalcare la recente Decisione del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), pur mancando nel testo della sentenza qualsiasi riferimento alla stessa. Infatti, con la decisione n. 16511 dello scorso 29 dicembre⁴², l'ABF ha escluso che la clausola di pagamento «a semplice richiesta scritta» abbia «*rilievo decisivo per la qualificazione del contratto di garanzia*», pur dovendosi considerare quale «*elemento presuntivo dell'assenza di accessorietà*» della medesima, ribadendo la necessità di analizzare la garanzia nel suo complesso. Tra gli elementi che l'ABF ha inteso valorizzare, al pari della Corte d'Appello in

pagamento di avere effetti solutori rispetto all'obbligazione del debitore principale; così D. MARASCIULO, *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, in *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, (fondata da) M. ROTONDI, (diretta da) G. LEVI, Milano, 1999, 294.

⁴¹ Che aveva accertato l'esistenza di un credito in capo alla società fallita del valore di poco inferiore ad € 60.000,00.

⁴² Cfr. Decisione n. 16511 del 29 dicembre 2022, in *dirittobancario.it*, 9-10.

commento, vi furono la finalità perseguita dalle parti, la tipologia di prestazioni a cui sono tenuti garante e debitore e le eccezioni spettanti al garante.

Ferma l'impossibilità di attribuire alle decisioni dell'ABF carattere cogente⁴³, la loro autorevolezza è senz'altro innegabile, soprattutto in considerazione del fatto che le stesse, oltre ad avere delle conseguenze negative per l'intermediario che intenda discostarsene⁴⁴, possono essere riprese dagli organi giurisdizionali⁴⁵; pertanto, non è possibile trascurare l'evidente somiglianza della sentenza in commento con la richiamata Decisione ABF dal cui confronto emerge come la Corte d'Appello di Napoli, con la sentenza n. 796/2023, si sia fatta portavoce di quello che, ad oggi, pare essere il prevalente orientamento sul tema⁴⁶.

⁴³ C. Costituzionale, 21 luglio 2011, ord. n. 363/2010, in *cortecostituzionale.it*, ove, con riferimento alle decisioni dell'ABF viene chiarito che le stesse non hanno «alcun valore cogente per nessuna delle parti "in causa", svolgendo (...) solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela».

⁴⁴ La notizia dell'inadempimento dell'intermediario viene pubblicata per cinque anni sul sito dell'Arbitro Bancario e Finanziario, oltre a comparire sul sito *internet* dello stesso per la durata di sei mesi. Cfr. *arbitrobancariofinanziario.it*.

⁴⁵ Cfr. Giudice di Pace di Varallo, 20 luglio 2022, n. 36 in *dirittobancario.it*.

⁴⁶ Tuttavia, non si tratta di un orientamento consolidato in quanto, alcuni tribunali di merito, continuano ad esprimersi in senso opposto rispetto alla sentenza commentata. Tra questi, Trib. Roma, sez. XVI, 26 luglio 2018, in *Dejure.it*