

INTRODUZIONE

Il panorama della garanzia fideiussoria da sempre costituisce uno dei più ampi contesti entro cui il diritto vivente è riuscito ad esprimere al meglio le proprie doti e la propria capacità ermeneutica. Ecco, il presente elaborato ha l'obiettivo di ricostruirne le radici e di analizzare la questione sotto un profilo più moderno, più contemporaneo: cercare, alla luce dei profili strutturali della materia, di fornire la risposta ad un interrogativo che ha attanagliato la dottrina e la giurisprudenza: quando il fideiussore, o più in generale, quando un garante personale può essere qualificato alla stregua di un consumatore?

Il consumatore, com'è noto, è quel soggetto che stipula contratti al di fuori di qualsivoglia attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale. Una nozione apparentemente semplice, ma che, alla luce di tutte le sue potenziali applicazioni e declinazioni, ha spalancato le porte ad un habitat mai esplorato dal giurista degli anni 90, la possibile qualificazione di un contratto non solo in termini oggettivi, ma anche in termini soggettivi, come, appunto, contratto del consumatore.

A questo mondo, che oggi nuovo non è più, appartengono anche i contratti di garanzia personale, in particolare la garanzia fideiussoria.

È per questo che per rispondere all'interrogativo cui prima si alludeva non si può prescindere da un'attenta analisi di tutte le peculiarità, che il legislatore del 1942 assegna alla garanzia fideiussoria e da come tale modello di garanzia oggi inizi a vivere la sua parabola discendente, lasciando lo spazio a nuovi modelli di garanzia personale, più congeniali alle esigenze della prassi commerciale, segnatamente le garanzie autonome.

L'idea sottesa al negozio fideiussorio, così come strutturato dall'art. 1936 c.c., è quella di fare in modo che un terzo, stipulando un contratto con il c.d. creditore principale, possa garantire un debito altrui, *ergo* obbligarsi a pagare in caso di inadempimento del debitore principale, che rimane però del tutto estraneo al rapporto di garanzia.

Un modello siffatto inevitabilmente va a tutto svantaggio del garante ed è per questo che il legislatore del '42 articola una disciplina improntata in un'ottica di *favor fideiussoris*.

Gli istituti di riferimento sono molteplici e con plurime finalità: l'azione di regresso e la surrogazione, strumentali a ripristinare lo *status* patrimoniale del fideiussore a seguito dell'adempimento a favore del creditore principale, la c.d. volontà espressa ed inequivocabile di prestare fideiussione, elemento teso a proteggere e a rendere edotto il potenziale garante del rischio sotteso all'operazione che stipula e ultime, ma non per importanza, le speciali cause di estinzione della fideiussione, contemplate dagli artt. 1955,

1956 e 1957 c.c., accomunate tutte dalla volontà di tutelare il fideiussore da una condotta negligente del creditore.

Il *proprium* della fideiussione, però, è rappresentato dal carattere dell'accessorietà, l'elemento per cui ogni vicenda che inerisce al contratto principale, inevitabilmente condiziona anche il contratto fideiussorio. Rappresenta quell'aspetto per cui non solo all'estinguersi del contratto principale, si estingue anche la garanzia, ma rende anche possibile per il fideiussore assumere il ruolo di vicario del debitore principale, potendo esperire, ai sensi dell'art. 1945 c.c., nei confronti del creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore. Tuttavia, proprio l'elemento dell'accessorietà assume il maggior rilievo nel presente lavoro, in quanto non solo ha assunto una portata decisiva per favorire l'avvento delle garanzie autonome, caratterizzate appunto dall'assenza di accessorietà, ma costituisce la base su cui è stata elaborata l'annosa questione del "professionista di rimbalzo".

L'assenza di accessorietà, infatti, ha dato spazio al c.d. contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*), che, dopo alcuni rilievi, ormai superati, mossi a proposito dell'individuazione di una specifica causa di questo contratto, oggi, per la sua flessibilità, ha assunto un ruolo dominante nel panorama della prassi operativa, nonostante ancora ci si interroghi sugli specifici profili di distinzione rispetto alla garanzia fideiussoria e sui contenuti di alcune clausole proprie di questo negozio: la clausola "*solve et repete*" e quella "a prima richiesta".

Tuttavia, non si è ancora riusciti a dare una risposta all'interrogativo posto all'inizio. Per farlo, bisognerà ripercorrere tutte le tappe in cui la giurisprudenza comunitaria ha analizzato la questione della garanzia prestata da un soggetto estraneo ad un'attività professionale, a partire dalla sentenza inaugurale in materia: il celebre caso *Dietzinger*, in cui la Corte di Giustizia, al fine di ricondurre la fideiussione nell'alveo della Dir. 85/577, pose l'accento sul collegamento contrattuale tra le due operazioni commerciali, qualificando la fideiussione come contratto a favore di terzi.

Tuttavia, facendo leva sul nesso di accessorietà, ha circoscritto la disciplina del recesso dai contratti conclusi fuori dai locali commerciali al solo fideiussore, che fosse garante di un altro consumatore. Ecco, da qui prende le mosse quella che la dottrina nazionale ha definito come tesi del "professionista di rimbalzo".

A livello nazionale la questione appariva ancora più problematica, alla luce della infelice formulazione con cui il legislatore nazionale aveva attuato la Dir. 93/13: gli artt. 1469 bis ss. c.c. limitavano il proprio ambito di applicazione ai soli contratti aventi ad oggetto la

cessione di beni o la prestazione di servizi, lasciando fuori i contratti di garanzia, in cui il professionista non svolge la c.d. prestazione caratterizzante, ma è il garante ad obbligarsi. Formulazione che, nonostante i tentativi di interpretazione estensiva da parte degli interpreti, non ha impedito l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, che ha costretto il legislatore a sopprimere l'inciso.

Pur essendo stati superati i rilievi in merito all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina consumeristica, la giurisprudenza nazionale rimaneva graniticamente ancorata all'idea per cui la qualifica del garante dipendesse necessariamente da quella del debitore principale, quindi laddove il debitore fosse qualificabile come professionista, anche il garante automaticamente sarebbe stato considerato tale. Vani sono stati i tentativi della giurisprudenza di merito, in particolare il Tribunale di Palermo nel 2005, e dell'Arbitro Bancario Finanziario di considerare le qualifiche dei due soggetti in termini di reciproca autonomia, evitando questa "ipervalutazione" dell'accessorietà fideiussoria.

La svolta è arrivata solo nel 2015, con la ordinanza *Tarcău*, nella quale la Corte di Giustizia, a cui per la prima volta è stata posta la questione se la fideiussione rientrasse o meno nell'ambito applicativo della Dir. 93/13, ha chiarito che la qualifica del fideiussore è autonoma ed indipendente rispetto a quella del creditore principale e che il garante personale può beneficiare della disciplina di favore, quando ha agito per scopi estranei alla sua attività professionale e non ha alcun collegamento negoziale con la tale attività. Il percorso era stato tracciato, la regola del "professionista di rimbalzo" poteva dirsi superata, almeno a livello comunitario.

La giurisprudenza nostrana, dopo alcune difficoltà ad adeguarsi al *dictum* comunitario, probabilmente legate ad un *deficit* informativo della Corte di Cassazione, a partire dall'ordinanza 742/2020, non fa altro che reiterare pedissequamente l'armamentario argomentativo della Corte di Giustizia, considerando la qualifica del garante del tutto svincolata rispetto a quella del creditore.

D'ora in poi, il *focus* è destinato a spostarsi su nuovi aspetti, che guardano al fideiussore in quanto tale e aprono nuovi orizzonti, che avranno ad oggetto proprio quella nozione di collegamento funzionale, fatta propria dalla Corte di Giustizia e che rappresenta un limite alla configurazione di un garante consumatore: il socio, garante di una società debitrice nei confronti di una banca può essere considerato un fideiussore consumatore? L'amministratore di società può essere qualificato come soggetto debole del rapporto? A questi interrogativi si cerca di abbozzare qualche risposta anche nel presente elaborato, considerando, però, che tali interrogativi rappresentano solo una parte dei riverberi futuri

che le interferenze della disciplina consumeristica con quella delle garanzie personali potranno offrire.

I CAPITOLO

LA FIDEIUSSIONE E IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA NEI LORO CONNOTATI STRUTTURALI

1. La fideiussione: inquadramento dei profili generali

La fideiussione affonda le sue origini nella vetusta forma, presente nel diritto romano, di *adpromissio*, costituita da una promessa di pagamento strettamente legata ad una precedente *sponsio*; da tale nucleo originario traggono origine gli istituti della *fidepromissio* e della *fideiussio*. L'istituto originario presenta la medesima funzione odierna, ossia quella di dar vita ad un'obbligazione gravante sul garante e funzionalmente connessa ad un altro rapporto obbligatorio, il cui debitore rimane terzo rispetto al rapporto di garanzia.

Nel definire la nozione di fideiussione, il codice civile pone l'accento in primo luogo sul profilo soggettivo: l'art. 1936¹ c.c. definisce il fideiussore come colui che assume l'obbligazione personale di "garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui." La norma delinea, quindi, il contenuto dell'obbligazione fideiussoria (l'obbligazione altrui), senza però individuarne la fonte, al pari degli altri articoli che regolano esclusivamente la fase esecutiva del rapporto fideiussorio, tralasciando quella costitutiva.

C'è da sottolineare che la formula normativa, focalizzata sul termine "obbligarsi" e collocata nel Titolo III del quarto Libro dei contratti, non lascia dubbi sul fatto che la costituzione di un'obbligazione fideiussoria derivi da un atto di volontà del fideiussore, è, inoltre, la stessa prassi a confermare come la fonte principale, ma non esclusiva, di tale obbligazione, sia rappresentata dal contratto.

È opportuno tener presente che il contratto vede quali parti contrapposte esclusivamente il fideiussore e il creditore, per cui il debitore del rapporto garantito rimane, generalmente, estraneo al rapporto fideiussorio, che intercorre, come ricordavamo, tra fideiussore appunto e creditore principale. Ne consegue un corollario: l'accessorietà della fideiussione rispetto ad un rapporto di credito sottostante determina la coesistenza di due

¹ "È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui. La fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza"

diverse obbligazioni, che vedono il medesimo soggetto rivestire la qualifica di creditore, rispettivamente dell'obbligazione principale e di quella di garanzia.

L'oggetto di quest'ultima è determinabile *per relationem*, mediante un rinvio all'obbligazione principale, essendo naturalmente identico ad esso. La posizione debitoria, al contrario, è rivestita da due soggetti: il debitore del rapporto principale e il fideiussore.

La fideiussione è una garanzia personale, così come emerge dal tenore letterale dell'art. 1936 c.c., la cui portata è ormai ampiamente diffusa nella prassi commerciale e bancaria. Le ragioni di tale diffusione sono variegata: dal lato del creditore, la fideiussione è funzionale, in concreto, a mettere a disposizione di questi un patrimonio ulteriore – quello del fideiussore – che va così ad “aggiungersi” al patrimonio del debitore garantito; dal lato del debitore principale, invece, comporta il vantaggio di non determinare immobilizzazioni di ricchezze, che sono, in linea di principio, proprie delle garanzie di tipo reale (quali il pegno o l'ipoteca). L'altra ragione per la quale la prassi commerciale spesso ricorre alla garanzia fideiussoria è data dai principi sottesi a questo istituto: la solidarietà e l'accessorietà².

La fideiussione determina, in base al principio di solidarietà, una solidarietà passiva tra garante e debitore, il quale opera in un'ottica *favor creditoris*, dal momento che il creditore può chiedere direttamente al fideiussore il pagamento, senza l'onere di rivolgersi prima al debitore.

Il secondo principio tipico della fideiussione è quello dell'accessorietà, il quale concerne il rapporto e la relazione tra l'obbligazione del debitore principale e l'obbligazione del fideiussore. In ragione del principio di accessorietà, la fideiussione, ai sensi dell'art. 1941 c.c., deve avere un contenuto corrispondente a quello dell'obbligazione garantita, coincidente con l'intero debito principale fino ad estendersi anche a tutti gli accessori da questo derivanti.

Si tratta di due principi che soddisfano gli interessi in gioco delle parti (il primo tutela la ragione creditoria, il secondo stabilisce dei limiti alla responsabilità del fideiussore).

²V. A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI e P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1998, 41. L'autore fa riferimento anche ad un terzo elemento: la sussidiarietà, ma sottolinea come nella Relazione al codice si evidenzia “che il vincolo fideiussorio è accessorio, ma non necessariamente sussidiario”, dipendendo tale caratteristica dalla presenza nel contratto del beneficio di escussione.

Accessorietà che, tuttavia, non inficia l'autonomia causale della fideiussione, che si rinviene sempre nella causa di garanzia propria del negozio; il fideiussore rimane sempre soggetto passivo dell'obbligazione di garanzia, che non è la medesima gravante sul debitore principale, sebbene ne segua le stesse sorti. Pertanto, il fideiussore ha un interesse diretto all'adempimento, al fine di evitare le conseguenze a cui sarebbe esposto in caso di inadempimento del debitore principale.

Nella sua struttura ordinaria, quindi, il fondamento giustificativo dell'impegno contrattuale del fideiussore non risiede in una ragione di *scambio*, bensì nel rafforzamento del credito, attraverso l'aggiunta di un ulteriore debitore, quindi di un ulteriore patrimonio a quello originario, con il che è riconosciuto al beneficiario un più ampio potere di soddisfare il proprio diritto³.

Inoltre la causa dell'obbligazione fideiussoria, non soltanto rimane distinta dalla causa del negozio garantito, ma è fissa ed uniforme, diversamente da quella di quest'ultimo che varia a seconda del negozio cui inerisce, nonostante il nesso di accessorietà fra obbligazione di garanzia ed obbligazione principale che opera su un piano meramente funzionale.

Va, tuttavia, osservato che la funzione di garanzia dell'adempimento di un'obbligazione altrui non è un carattere esclusivo del negozio fideiussorio, ben potendosi realizzare in una pluralità di figure elaborate dall'autonomia privata, aventi una natura più indennitaria che satisfattiva, in quanto finalizzati più a neutralizzare il rischio del mancato soddisfacimento del credito, piuttosto che a rafforzare le pretese creditorie.

È ormai pacifico che figure atipiche di garanzia, anche se in esse difetta o è affievolito il carattere dell'accessorietà, sono ammesse nel nostro ordinamento, proprio perché le caratteristiche che attengono al singolo tipo contrattuale non influenzano l'elemento causale, che prescinde dalle concrete modalità di attuazione della garanzia.

I motivi soggettivi e variabili che inducono il fideiussore ad assumere l'obbligazione di garanzia, generalmente, sono considerati giuridicamente irrilevanti, in quanto estranei alla causa del contratto. Tuttavia, se si valorizza la funzione pratica che le parti hanno inteso assegnare al contratto, possono assumere rilevanza, ad esempio qualora siano tradotti in una sorta di condizione esplicita, intesa come presupposto condizionante il consenso di una sola delle parti o di entrambe. Infatti, l'impegno del garante di pagare il

³ La dottrina è unanime nel ritenere che la funzione di garanzia della fideiussione si concretizza "nell'allargamento della base soggettiva passiva di fronte al creditore"; cfr. A. RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1992, p. 91

debito altrui, esponendo tutto il proprio patrimonio al rischio di aggressione da parte del creditore principale (c.d. allargamento della base soggettiva passiva), svolge anche la funzione di incoraggiare e stimolare l'erogazione del credito nella sua fase genetica e ne assicura inoltre il mantenimento, o l'ampliamento nella fase funzionale del rapporto garantito (cfr. art. 1844 c.c.) durante il suo arco di durata, indipendentemente dall'eventuale inadempimento del debitore principale che rende attuale ed esigibile la prestazione del creditore.

La fideiussione è inserita, come prima si ricordava, nella parte del codice civile dedicata ai singoli contratti. Ciò non ha impedito al legislatore di utilizzare il termine fideiussione per identificare l'obbligazione ovvero la funzione espletata dal negozio e dall'obbligazione stessa⁴. Questo per comprendere come l'analisi della disciplina fideiussoria non possa limitarsi ad un solo negozio, ma necessariamente deve avere una portata più ampia, che, alla luce della sistematica codicistica, deve abbracciare senz'altro ogni forma di garanzia personale.

Gli sviluppi interpretativi, frutto dell'attività ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale, nonché le recenti novità normative, hanno dato vita a modelli di garanzia personale ricondotti, solo formalmente, sotto l'alveo della fideiussione, ma che mantengono la loro tipicità e i loro elementi. Uno su tutti il contratto autonomo di garanzia, che, in quanto carente del carattere dell'accessorietà, rappresenta l'emblema dell'abbandono, nella prassi, del modello fideiussorio tradizionale e del conseguente sviluppo di obbligazioni di garanzia personali, che risultano lontane, sotto certi profili, dalla disciplina degli artt. 1936 ss. c.c.

Non si può sicuramente parlare di un tramonto della fideiussione, ma probabilmente di un superamento del modello tradizionale, che oggi si inserisce in un quadro normativo più composito, integrato con l'ordinamento comunitario, che dà la possibilità di ricondurre la figura del fideiussore nell'alveo della disciplina sicuramente più vantaggiosa del consumatore, con i relativi spunti interpretativi che si analizzeranno nel prosieguo della trattazione.

1.1 Le fonti dell'obbligazione fideiussoria

Com'è noto, il legislatore, sulla scia dell'art. 2011 del Code Napoléon, all'art. 1936 c.c., anziché fornire la nozione del contratto di fideiussione (come, invece, sia pure con

⁴ Cfr. A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1981

qualche eccezione, ha fatto per le figure contrattuali previste dal Titolo II del Libro IV del codice civile), indica il soggetto che può essere qualificato come fideiussore, ovverosia colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui. Sembra possibile che tale nozione, più che riferirsi al rapporto obbligatorio che deriva dal contratto di fideiussione, cerca di contemperare entrambe le nozioni, dando rilievo alla funzione che ambedue esercitano. D'altronde la stessa parola "fideiussione" è usata per finalità differenti: talvolta designa l'obbligazione fideiussoria, talaltra il contratto o addirittura il negozio unilaterale da cui essa sorge. Per questa tipologia di ipotesi in cui una medesima parola riassume su di sé sia il negozio, che il rapporto giuridico che ne deriva, si è soliti prendere in considerazione il solo rapporto, dallo studio del quale si possono rilevare tutte le particolarità proprie dell'istituto in esame.

Per quanto attiene alle fonti dell'obbligazione fideiussoria, si è soliti far riferimento al contratto. In realtà la cosa è vera fino ad un certo punto, anche perché, nel silenzio del legislatore, non è del tutto sicuro in dottrina se, oltreché da contratto essa possa derivare anche da negozio unilaterale, o addirittura vi è chi ritiene che sussistano anche delle ipotesi di fideiussione *ex lege*. Non v'è dubbio che la principale fonte del rapporto fideiussorio sia, anche statisticamente, il contratto. Sarebbe, però, fuorviante circoscrivere l'indagine sulla fideiussione alla sola dimensione contrattuale, dal momento che un rapporto fideiussorio può originare anche altre fattispecie non necessariamente contrattuali.

Una conferma di ciò si trae dall'art. 189 disp. trans. c.c., il quale introduce una particolare disciplina⁵ applicabile solo alle obbligazioni fideiussorie, non derivanti da contratto. Anche una dottrina più risalente, contemporanea al codice del 1865, distingueva una pluralità di fonti dell'obbligazione fideiussoria, operando una classificazione di quest'ultima basata proprio sulla fonte da cui traeva origine.

Si discorreva, infatti, di fideiussione volontaria, originata da contratto o da negozio unilaterale, contrapposta a quella giudiziale o a quella legale.

Nonostante il codice sia cambiato, anche oggi pare opportuno soffermarsi su questa distinzione non tanto a fini descrittivi o classificatori, piuttosto perché, talora, la disciplina del rapporto è individuabile, tenendo presente il tipo di fonte che l'ha originato.

⁵ La disciplina che opera soltanto in ipotesi di fideiussioni non contrattuali è quella introdotta dall'art. 1943 c.c., richiamato dall'art. 189 disp. trans. c.c.

L'espressa menzione della fideiussione nella parte del codice relativa ai contratti tipici è frutto di una lunga prassi, soprattutto in ambito commerciale, che ha determinato lo sviluppo di accordi con cui una parte si rende garante di un terzo soggetto. Un problema, che recentemente ha destato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza, è rappresentato dall'incidenza del soggetto contraente sul rapporto fideiussorio: si assiste infatti ad una frantumazione della disciplina fideiussoria in virtù del tipo di soggetto che presta la garanzia. Come avviene oggi per tutti i contratti, diventa decisivo, infatti, stabilire se il contratto coinvolga un consumatore ed un professionista⁶, in tal caso scatterà l'applicazione della normativa dedicata ai contratti del consumatore, ma v'è di più: anche laddove il contratto sia concluso tra professionisti, diventa necessario comprendere se tra essi vi sia un istituto di credito, in quanto, in queste ipotesi, a seconda della natura attiva o passiva della fideiussione, si avrà una diversa regolamentazione.

Come si può constatare, non è soddisfacente procedere ad una mera classificazione formale, essendo indispensabile verificare se la volontà di prestare fideiussione sia frutto di trattativa o non abbia determinato squilibri oppure, ancora, verificare se quel contratto si inquadri nell'ambito di una complessiva operazione economica. Assai discussa è la natura del contratto di fideiussione: pur non dubitandosi della consensualità del contratto, alcuni autori⁷ ne prospettano un'efficacia reale, ravvisata nell'apprensione della garanzia effettuata dal creditore, il quale, anche automaticamente, può vedersi attribuita una garanzia, tale da dilatarsi e comprendere l'intero patrimonio del fideiussore.

Poiché, ai sensi dell'art. 1936 c.c., il fideiussore si obbliga a garantire l'altrui debito, la nascita dell'obbligazione fideiussoria determina l'ipotetica aggredibilità dell'intero patrimonio del fideiussore, il quale, a causa del meccanismo estensivo operato dall'art. 2740 c.c., rafforza la pretesa creditoria, aggiungendo al patrimonio del debitore principale un'ulteriore garanzia patrimoniale.

La fideiussione è, altresì, configurata come contratto ad esecuzione continuata⁸, giacché, in modo continuativo, la prestazione avvantaggia la posizione del creditore garantito. In questa prospettiva, l'esecuzione del contratto di fideiussione non è altro che l'esecuzione della prestazione di garanzia, la quale rimane del tutto distaccata dall'effettivo

⁶ In argomento cfr. G. ALPA, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio. Contratti del consumatore*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 1173 ss.; A. SIMONATO, *Clausole vessatorie e clausole abusive nel contratto di fideiussione con obbligazioni del solo proponente*, nota ad App. Venezia, 23 ottobre 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 503 ss.; A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessorietà della fideiussione*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 132 ss.

⁷ Si fa riferimento a E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, p. 71 ss.

⁸ Sempre in tal senso E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 72 ss. Esclude, invece, che ricorra l'*intuitus personae*, Cass. 16 maggio 1959, n. 1540, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1959 ss.

adempimento, considerato come inidoneo ad integrare il contenuto esecutivo del contratto principale⁹.

Sembra che il contratto sia caratterizzato anche dal c.d. *intuitus personae*¹⁰, questo in virtù della rilevanza che assume, nella normativa e nella prassi, la solvibilità del garante. Nell'individuazione di un fideiussore idoneo, infatti, assume un rilievo pregnante la sua capacità di adempiere e di tener fede agli impegni pattuiti. Non a caso, gli istituti di credito subordinano le aperture di credito a garanzia alla presenza di debitori o fideiussori capaci di mantenere gli obblighi assunti. In questo senso l'*intuitus personae* non attiene alla natura della prestazione richiesta¹¹, ma pare debba essere inteso come grande rilevanza che, nel contratto di fideiussione, assume la fiducia che si dà al debitore¹² rispetto al quale opera la garanzia oppure al fideiussore indicato a rafforzare la pretesa creditoria. Il contratto nasce nel momento in cui si accerta come presente questa fiducia del fideiussore rispetto al debitore e del creditore rispetto al fideiussore. Sotto questo profilo diventa decisivo anche il mutamento della situazione patrimoniale del debitore: se, infatti, quest'ultima è sensibilmente peggiorata, avvicinandosi ad una situazione di insolvenza, il fideiussore, ex art. 1953 c.c., può chiedere la liberazione dall'obbligo fideiussorio.

La rilevanza attribuita all'insolvenza costituisce diretta espressione di un principio generale che correla geneticamente la prestazione di garanzia alle caratteristiche del debitore garantito. D'altronde, la mancata comunicazione del peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore garantito potrebbe costituire, innanzitutto, una violazione dei principi di buona fede e correttezza¹³, ma potrebbe qualificarsi anche alla stregua di una circostanza idonea a determinare il venir meno del consenso per cause sopravvenute, che hanno causato l'eccessiva onerosità del contratto; il fallimento del fideiussore può anche giustificare l'esercizio della revocatoria fallimentare.

⁹ In questa prospettiva G. BOZZI, *La fideiussione. Le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, UTET, Torino, 1985, p. 215, discorre di contratto di durata

¹⁰ In tal senso, E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 75 ss.

¹¹ In tal senso secondo App. Milano, 21 gennaio 1986, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, p. 713 ss. non opera l'art. 2558 c.c.

¹² In tal senso M. FRAGALI, *Della fideiussione e del mandato di credito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1957, p. 140. La rilevanza dell'*intuitus personae* con riguardo al debitore determina la necessità del consenso del fideiussore al perdurare della garanzia in caso di successione *inter vivos* nel debito garantito, così come sancito dall'art. 1275 c.c. In argomento cfr. Trib. Roma, 19 settembre 1986, in *Tem. Romana*, 1986, p. 708

¹³ Il ruolo della buona fede e della correttezza nella valutazione delle prerogative della banca riguardo alla fideiussione con rinuncia all'operare dell'art. 1956 è evidenziato da Cass., 6 agosto 2002, n. 11772, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Fideiussione e mandato di credito*, c. 3070, n. 49, secondo cui "è contraria a buona fede la concessione di ulteriore credito al debitore principale se, raffrontando la situazione debitoria esistente alla data della prestata fideiussione con quella esistente al momento della richiesta del debitore di aumento del credito, il divario è tale da dover fondatamente temere l'insolvenza del debitore".