

Fideiussione e contratto autonomo di garanzia profili differenziali

La fideiussione ed il contratto autonomo di garanzia sono annoverabili tra le garanzie personali che conferiscono al soggetto che ne beneficerà una pretesa creditoria valevole nei riguardi del soggetto garante. È subito evidente la linea di distinzione tra tali garanzie e quelle reali che, invece, vincolano determinati beni per il soddisfacimento delle pretese creditorie e che esplicano i loro effetti anche nei riguardi dei terzi acquirenti. Le garanzie personali rafforzano la posizione creditoria ampliando la garanzia del creditore a tutti quei beni, presenti e futuri che fanno parte del terzo garante.

Il Codice civile non definisce la fideiussione ma il fideiussore così, infatti, recita l'art.1936 c.c.: "È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui", la norma, quindi, definisce il soggetto garante e non la garanzia. Elementi caratterizzanti la fideiussione sono: la solidarietà e l'accessorietà rispetto al rapporto principale. La solidarietà si evince dal dettato di cui all'art. 1944 c.c. ove è previsto che il fideiussore sia obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito. Il creditore potrà rivolgersi sia all'uno che all'altro. Tuttavia, allo scopo di attenuare il rapporto di solidarietà, è prevista la possibilità che venga convenuto che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale, si tratta del cosiddetto *beneficium excussionis* per far valere il quale il fideiussore dovrà indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione.

Ad ogni modo, la solidarietà si atteggia in modo peculiare in quanto il soggetto fideiussore dovrà rimborsare al garante quanto sia stato costretto a pagare nell'adempimento dell'obbligazione fideiussoria.

Il secondo tratto peculiare della fideiussione è l'accessorietà della stessa rispetto all'obbligazione principale, in virtù del disposto di cui all'art.1939 c.c. secondo cui la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata da un soggetto incapace; ed ancora rileva, in tal senso, quanto previsto dall'art. 1941 c.c. secondo il quale la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né essere prestata a condizioni più onerose. Una delle conseguenze derivanti dall'accessorietà è senza dubbio la possibilità per il fideiussore di opporre al creditore tutte le eccezioni che, non soltanto derivano dal rapporto di garanzia, ma anche quelle che spettano al debitore principale. Ad ogni modo, la relazione di accessorietà tra l'obbligazione principale e quella fideiussoria non elide l'autonomia tra le due obbligazioni che permangono distinte sul piano tanto soggettivo, stante l'alienità del fideiussore rispetto al rapporto garantito, quanto oggettivo poiché l'obbligazione fideiussoria può non coincidere con quella principale potendo essere prestata solo per una parte del debito oppure a condizioni meno onerose.

Con riferimento alla possibilità di opporre eccezioni al debitore principale, il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale con esclusione di quelle che riguardano l'incapacità. Tuttavia, le parti possono convenire, con l'apposizione della *clausola solve et repete*, l'esclusione del diritto del fideiussore di avanzare eccezioni prima di avere adempiuto l'obbligazione di garanzia, in tal modo viene mitigata la posizione di accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Si è, comunque, rilevato che l'autonomia tra le due obbligazioni opererebbe, in realtà, su di un piano strettamente processuale ragione per cui la funzione di tale clausola è solo quella di obbligare il fideiussore a non ritardare la propria prestazione nonostante la

presenza di eccezioni opponibili che possono essere fatte valere in un momento successivo, realizzando una mera anticipazione del momento dell'adempimento rispetto alla contestazione della debenza della somma richiesta.

Tuttavia, nella prassi dei rapporti commerciali si è avuta la diffusione di una particolare figura di garanzia personale denominata contratto autonomo di garanzia e che diverge dal tipo fideiussorio codicistico in quanto caratterizzata da una scissione tra il rapporto di garanzia ed il rapporto principale garantito. Tale garanzia nasce dall'esigenza, particolarmente sentita nell'ambito commerciale e finanziario, di soddisfare il creditore facendogli ottenere l'immediata escussione della garanzia. In ragione di tale finalità il contratto autonomo di garanzia si connota in termini autonomi rispetto al negozio garantito anche se inserito nell'ambito di un'unitaria operazione economica. Elemento specializzante del contratto autonomo di garanzia è l'autonomia del rapporto di garanzia rispetto a quello di valuta recidendosi il vincolo di accessorietà e scindendosi il legame di dipendenza che contraddistinguono la fideiussione. L'autonomia si esprime nella circostanza che il garante assume l'impegno di pagare al beneficiario della garanzia sulla base della semplice richiesta del creditore e, rinunciando ad opporre le eccezioni relative al rapporto garantito. Pertanto, siffatto contratto si connota per la presenza di clausole quali quelle a prima richiesta e senza eccezioni che agevolano il beneficiario della garanzia che non sarà tenuto a provare i requisiti legittimanti la richiesta di pagamento.

Una questione particolarmente controversa attiene alla sufficienza della sola clausola a prima richiesta a consentire la qualificazione del negozio in termini di contratto autonomo di garanzia. A fronte di un'iniziale posizione giurisprudenziale propensa a ritenere sufficiente tale clausola per consentire la qualificazione del negozio in termini di contratto autonomo di garanzia (cfr. Cass. Sezioni Unite N.7341,1987), la dottrina riteneva che la clausola *de qua* potesse svolgere funzioni differenti in ragione del diverso contesto entro il quale la stessa operava. Sulla scia di tale indirizzo dottrinale, la giurisprudenza più recente ha evidenziato la necessità, ai fini della qualificazione della garanzia in termini di contratto autonomo di garanzia, che si procedesse ad un esame preliminare di quella che era stata la comune intenzione delle parti. Solo da questa preliminare valutazione si sarebbe potuta dedurre l'effettiva relazione in cui le parti hanno voluto porre l'obbligazione principale e quella di garanzia. Difatti, la clausola a prima richiesta può pure accedere ad una garanzia connotata dall'accessorietà e funzionare in tal caso come clausola avente riflessi solo processuali connotandosi come *clausola solve et repete*.

Da quanto sopra detto si può agevolmente dedurre che la sola ed esclusiva apposizione della clausola *solve et repete* non determina la sicura qualificazione del negozio in termini di contratto autonomo di garanzia occorrendo, infatti, procedere a rilevare la sussistenza di una serie di pattuizioni accessorie dalle quali derivare l'intenzione delle parti di stipulare un contratto autonomo di garanzia.

La sussistenza di un siffatto contrasto ha necessitato l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite che, con sentenza del 18 Febbraio 2010 n. 3947, sono intervenute sulla questione ritenendo che la sola previsione della clausola a prima richiesta basta per qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia perché incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione. Si presume, in sostanza, l'autonomia della garanzia sulla base della sola sussistenza

della clausola de qua potendo superare, tale presunzione, solo se dal contenuto della convenzione negoziale risulti una diversa volontà delle parti.

Sulla scia di tale considerazione, si ritiene che una clausola di tal genere realizza una deroga alla disciplina legale della fideiussione, e nel contempo si attribuisce al creditore beneficiario il potere di esigere dal garante il pagamento immediato senza un previo accertamento dell'effettivo inadempimento del debitore principale. Tutto ciò determina una sostanziale riduzione degli spazi di discrezionalità del giudice ove debba procedere a qualificare la fattispecie, in termini di contratto autonomo di garanzia o di fideiussione, con evidente favore per la certezza delle situazioni giuridiche e nel rispetto delle esigenze di speditezza e celerità proprie dei traffici commerciali.