

Considerazioni in ordine alla fideiussione “a prima richiesta”

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fideiussione: caratteri distintivi. – 3. Il contratto autonomo di garanzia. – 4. La clausola “a prima richiesta”. – 5. Rilievi conclusivi.

1. La questione che verrà affrontata nella presente trattazione attiene alla qualificazione giuridica di un contratto di garanzia nel quale sia contemplata una clausola c.d. di pagamento “a prima richiesta”.

In particolare, nella fattispecie che vogliamo prendere in esame, la società Beta stipulava con la società Alfa un contratto di mutuo, nel quale Beta si impegnava a restituire la somma ricevuta mediante il pagamento di rate mensili. A garanzia di detta pattuizione contrattuale Alfa, Beta e il garante Gamma stipulavano un contratto che denominavano “fideiussione”, al quale però apponevano due clausole. In particolare, pattuivano che in caso di mancato pagamento di una o più rate mensili previste da parte di Beta, Alfa aveva la facoltà di avanzare semplice richiesta scritta del pagamento delle rate mancanti a Gamma, insieme alla copia dell’intimazione di pagamento inviata al debitore Beta almeno 15 giorni prima della richiesta escussione della fideiussione. Al tempo stesso Gamma rinunciava ad avvalersi della facoltà di opporre le eccezioni di cui all’art. 1945 c.c., l’invalidità di cui all’art. 1939 c.c. ed i diritti che altrimenti le deriverebbero dagli artt. 1941 e 1957 c.c.

Si tratta quindi di qualificare una simile previsione contrattuale al fine di inquadrarla nell’ambito della fideiussione o del contratto autonomo di garanzia. Il problema attiene alla qualificazione giuridica della clausola “a semplice richiesta”, o meglio se questa sia determinante ai fini della qualificazione del rapporto come contratto autonomo di garanzia anziché come fideiussione; nonché della clausola di rinuncia all’opponibilità delle eccezioni.

A tal fine, per maggiore chiarezza espositiva, tratteremo brevemente i caratteri distintivi dei due istituti, per poi trarre le più opportune conclusioni nel caso prospettato.

2. La fideiussione è una garanzia personale¹, nella quale il fideiussore garantisce l’adempimento dell’obbligo del terzo personalmente, con tutto il suo patrimonio².

In questo modo viene rafforzato il vincolo nascente dal rapporto contrattuale, in quanto al patrimonio del debitore viene aggiunto il patrimonio del garante. In particolare, il rafforzamento della garanzia patrimoniale è ottenuto offrendo al creditore un soggetto ulteriore, il garante, cui rivolgersi per ottenere la prestazione

¹ La garanzia reale si esplica, invece, su un bene specifico come avviene ad esempio nel pegno o nell’ipoteca.

² In generale sull’argomento V. ARU, *Della fideiussione*, in *Comm. D’Amelio*, Firenze, 1945; BO, *Fideiussione*, in *Nuovo Dig. it.*, V, Torino, 1934; MORETTI, *La fideiussione*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1980; FRAGALI, *Fideiussione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 368 ss.; MASSIDA, *Fideiussione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 258 ss.

dovuta e sul cui patrimonio rivalersi in caso di inadempimento. I caratteri peculiari della fideiussione sono, quindi, la solidarietà e l'accessorietà.

Per quanto attiene al primo carattere, ai sensi dell'art. 1944 c.c. il fideiussore è obbligato al pagamento del debito in solido con il debitore principale. Pertanto, il creditore al fine di ottenere l'adempimento della prestazione dovuta può rivolgersi indifferentemente al debitore o al fideiussore. Tuttavia, le parti possono prevedere il c.d. *beneficium excussionis*, per effetto del quale il fideiussore non è tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale da parte del creditore.

L'altro carattere tipico della fideiussione è l'accessorietà rispetto ad un' obbligazione principale assunta da altri. Tale garanzia, infatti, presuppone la presenza di un rapporto-base da manlevare e dal quale trae la sua stessa ragion d'essere. La sua mancanza originaria, ovvero sopravvenuta, travolge il negozio accessorio, rendendolo nullo per carenza di causa.

Dall'accessorietà discende la facoltà del fideiussore, ex art. 1945 c.c., di opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità.

In forza della disciplina dettata dal legislatore per questa figura contrattuale, dunque, il fideiussore è posto rispetto al creditore in una posizione identica a quella del debitore garantito e, oltre a far valere le eccezioni, deve altresì essere ammesso ad esperire tutte le azioni che spettano al debitore se possono influire sull'esistenza, validità, misura e modalità dell'obbligazione garantita. In tale prospettiva, si evidenzia anche il disposto dell'art. 1941 c.c. per cui la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose.

3. Diversa da quanto più sopra prospettato è la fattispecie del contratto autonomo di garanzia³, dove difetta proprio il carattere di accessorietà rispetto all'obbligazione principale⁴.

Il contratto autonomo di garanzia non è disciplinato dal legislatore, bensì è il frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. In esso, un soggetto (garante), normalmente una banca o un istituto di assicurazione, assume l'impegno di pagare ad un altro soggetto (creditore beneficiario) l'importo di una prestazione dovuta da un terzo (debitore), in seguito ad una semplice richiesta del creditore, senza poter opporre le eccezioni relative al rapporto principale garantito.

Ne discende che il fine principale di tale contratto è quello di attuare l'immediato soddisfacimento della pretesa creditoria, finalità che, nella pratica, viene perseguita sia attraverso la rinuncia all'opponibilità delle eccezioni inerenti al rapporto garantito, sia

³ Si noti come tale tipologia contrattuale corrisponda a quella nota nell'ordinamento tedesco come *Garantievertrag*.

⁴ V. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 143 ss.; MACCARONE, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Dizionari di diritto privato*, IRTI (a cura di), Milano, 1981; MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989; CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, p. 229 ss.

attraverso la solvibilità del garante che assume l'impegno, essendo questi, normalmente, un istituto di credito.

Il contratto autonomo di garanzia si differenzia dalla fideiussione sia per quanto riguarda l'oggetto che per gli effetti.

Quanto all'oggetto, il fideiussore è tenuto alla stessa prestazione del debitore principale, mentre il garante è tenuto ad una prestazione pecuniaria di carattere indennitario, equivalente al valore di quella principale. Anche se, in alcuni casi, le due prestazioni coincidono (ad esempio quando anche la prestazione del debitore ha carattere pecuniario), il tratto distintivo fondamentale è il seguente: solo nella fideiussione si realizza la piena soddisfazione del creditore il quale può evitare il danno chiedendo l'adempimento indifferentemente al fideiussore o al debitore principale, obbligati in solido salva espressa pattuizione contraria (c.d. *beneficium excussionis*).

Il contratto autonomo, invece, è in grado solo di porre riparo *ex post* al danno già avvenuto, perché in nessun caso la prestazione pecuniaria produrrà la piena soddisfazione del creditore.

In particolare, in questa tipologia contrattuale il garante promette l'adempimento di un'obbligazione propria, assumendo così l'impegno di pagare un debito proprio e non un debito altrui, inoltre la garanzia non si attua mediante la promessa di una prestazione tendenzialmente identica a quella dovuta dal debitore principale, bensì mediante il pagamento al beneficiario di una determinata somma di denaro, al verificarsi di un certo evento.

Esemplificando, nel contratto autonomo di garanzia il garante si impegna verso il creditore ad effettuare nei suoi confronti una data prestazione nel caso in cui il debitore principale non adempia la propria, contestualmente rinunciando in via preventiva a sollevare eccezioni relative al rapporto principale. È evidente come una simile pattuizione presenti una vera e propria astrazione del rapporto di garanzia da quello sottostante, sganciando del tutto la validità ed efficacia del primo dalle sorti del secondo.

Per quanto attiene agli effetti, quindi, il contratto autonomo di garanzia a differenza della fideiussione, non presenta il carattere dell'accessorietà rispetto al rapporto principale. Il garante, infatti, si impegna a pagare il beneficiario, senza apporre alcuna eccezione né sulla validità del rapporto base né sull'efficacia di questo.

4. A questo punto si tratta di valutare la portata della clausola a "*semplice richiesta*" di cui al contratto in esame.

In proposito, si evidenzia come lo stretto rapporto di accessorietà intercorrente tra la fideiussione e il rapporto sottostante ha indotto la diffusione, nella prassi del commercio, di un particolare accordo, in virtù del quale il fideiussore non può opporre al creditore le eccezioni opponibili da parte del debitore originario. In virtù di tale accordo, detto "*fideiussione con clausola di pagamento a prima richiesta*", il creditore riceve una garanzia rafforzata ed evita il rischio di eccezioni dilatorie.

Al riguardo parte della dottrina⁵, con qualche presa di posizione della giurisprudenza per lo più di merito⁶, ha osservato che in tema di garanzia con clausola di pagamento a prima richiesta occorre distinguere due ipotesi: quella in cui le parti abbiano voluto dar vita ad un contratto di fideiussione con clausola *solve et repete*, da quella in cui, viceversa, abbiano voluto dar vita ad un contratto autonomo di garanzia.

Del resto la semplice inserzione nel tessuto contrattuale della clausola a prima richiesta o di altra equivalente non è di per sé decisiva ai fini della qualificazione del negozio come garanzia autonoma, poiché si impone, sempre necessaria, un'indagine circa la reale volontà delle parti e il rapporto in cui hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia.

In proposito, è interessante come la recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che *"Per distinguere il contratto autonomo di garanzia da un contratto di fideiussione, nello stipulare il quale siano state utilizzate le espressioni "a prima richiesta" e "ogni eccezione rimossa", risulta fondamentale la relazione in cui le parti abbiano inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia, potendosi considerare, ai fini della qualificazione della garanzia, anche il contenuto dell'accordo tra il debitore principale e il garante. Infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, integrata dal fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c."*⁷.

La stessa dottrina ha però specificato che l'inserzione della clausola di pagamento senza eccezioni non può essere indice, da sola, di quella che è la volontà delle parti, così come non può, da sola, essere significativa la qualifica di fideiussione che le parti hanno dato al contratto; ciò che occorre è interpretare il contratto alla luce del tenore letterale di tutte le clausole in esso contenute per ricostruire la volontà effettiva delle parti⁸.

In particolare, nella fideiussione con clausola *solve et repete* la proposizione delle eccezioni da parte del fideiussore non è esclusa, bensì differita al momento in cui costui avrà eseguito il pagamento. La causa del contratto è sempre quella di garantire l'obbligazione altrui e si tratta sempre di una garanzia accessoria. Attraverso questa via il creditore è protetto contro il rischio di eccezioni dilatorie, mentre il garante è tutelato da indebite escussioni del creditore grazie alla rivalsa che può esercitare contro costui. Inoltre con la fideiussione con clausola *solve et repete* non si porrebbero in essere violazioni dell'art. 1941 c.c. né dell'art. 1945 c.c.

L'impegno assunto dal fideiussore, contenuto nel contratto di garanzia, a pagare senza eccezioni anche in caso di invalidità dell'obbligazione principale non è assoluto ma

⁵ VIALE, *Sfogliando la margherita: "Garantievertrag" e "fideiussione omnibus" in Cassazione*, in *Foro it.*, 1988, p. 106 ss.; CALDERALE, *La Cassazione e il contratto autonomo di garanzia: il "big sleep" delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1988, p. 3022 ss.; LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Contr.*, 2000, p. 139.

⁶ Pret. Lecco, 22 dicembre 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, p. 286.

⁷ Così Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1138; in senso conforme V. anche Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2004, n. 7502, in *N. giur. civ.*, 2004, p. 730, con nota di VITI, *Polizza fideiussoria: natura giuridica e sua assimilabilità al contratto autonomo di garanzia*.

⁸ LAMANUZZI, *ivi*.

ammette deroghe; in particolare, quando l'eccezione del garante è fondata sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, l'invalidità del contratto presupposto si estende al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita⁹. Tuttavia, si deve evidenziare che è comunque pienamente valida una clausola con cui, nel contratto di fideiussione, il garante rinuncia ad eccepire la validità dell'obbligazione principale. La giurisprudenza ha, di recente, precisato che la disposizione di cui all'art. 1945 c.c. – secondo cui il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo quella derivante dall'incapacità – non tutela un interesse pubblico, bensì di natura privata¹⁰. La presenza della clausola in questione all'interno di un contratto fideiussorio non snatura il negozio stesso, ma comporta la possibilità per il garante di agire in ripetizione nei confronti del beneficiario – facendo valere tutti i diritti spettanti al debitore in base al rapporto principale – soltanto dopo aver provveduto al pagamento. In conclusione, tale clausola non fa venir meno il rapporto sussidiario tra fideiussione e obbligazione principale né comporta che la posizione del garante divenga più onerosa di quella del debitore, in violazione dell'art. 1941 c.c.

Di conseguenza, la clausola a prima richiesta determina l'astrazione processuale della causa, risolvendosi in una previsione di *solve et repete*, considerata legittima manifestazione dell'autonomia contrattuale e, come tale, pienamente valida ed efficace. La suddetta astrazione processuale non si pone *contra causa fideiussionis*, in quanto vale soltanto a differire la facoltà di proposizione delle eccezioni da parte del garante, senza tuttavia escluderla¹¹.

Proprio in quanto non si elide il rapporto di accessorietà sussistente tra fideiussione e negozio principale, peraltro, la giurisprudenza ha affermato che, pur in presenza di una clausola a prima richiesta, il fideiussore non è autorizzato – pena la perdita del diritto di regresso – ad effettuare pagamenti intimatigli dal creditore arbitrariamente, nonostante l'estinzione pregressa dell'obbligazione principale. In ogni caso, occorre precisare che l'arbitrarietà della pretesa creditoria ed il potere-dovere del fideiussore di rifiutare il pagamento arbitrariamente richiestogli sono considerati configurabili soltanto in presenza di un evidente, certo ed incontestabile venir meno del debito garantito, ossia nel caso in cui l'intimazione del creditore appaia *prima facie* pretestuosa¹².

Dal tenore letterale del contratto, però, si potrebbe verificare che le parti, con la clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni, abbiano voluto creare una

⁹ Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26262, in *D.&G.*, 2007.

¹⁰ Così Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3525, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 226.

¹¹ V. FALABELLA, *Fideiussione "a prima richiesta" e contratto autonomo di garanzia: elementi distintivi*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 109 ss., che precisa come tale clausola non contrasti neppure con il beneficio della preventiva escussione del debitore, in quanto, ove il fideiussore goda di tale beneficio, la clausola a prima richiesta ha semplicemente l'effetto di rinviare la proposizione delle eccezioni diverse da quella riguardante la preventiva escussione medesima. In senso analogo V. anche FRAGALI, *op.cit.*, p. 369.

¹² Cass. civ., sez. I, 19 marzo 1993, n. 3291, in *Foro it.*, 1993, p. 2171 ss., con nota di VALCAVI, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni "omnibus" illimitate e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*.

figura atipica sganciando la garanzia del rapporto sottostante. Ciò preclude al garante la proposizione delle eccezioni opponibili dal debitore principale, per cui egli deve effettuare il pagamento richiestogli dal creditore seppur indebitamente, senza poter opporre eccezioni né prima né tanto meno dopo il pagamento. Gli sarà tuttavia consentito il regresso unicamente nei confronti del debitore garantito, al quale poi spetterà agire in rivalsa contro il creditore che abbia indebitamente ricevuto il pagamento dal garante. Si tenga presente, in ogni caso, che a parere della giurisprudenza consolidata¹³ sussistono sempre i presupposti per l'opponibilità dell'"*exceptio doli*": "*nei contratti autonomi di garanzia la clausola di pagamento a prima richiesta non elide la causa del debito di garanzia e il suo legame con il debito principale, di modo che non autorizza il fideiussore, a pena di perdita del regresso, ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimatigli nonostante la pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra ragione. Peraltro l'arbitrarietà della pretesa del creditore e, correlativamente, il potere-dovere del fideiussore di rifiutare il pagamento, sono configurabili, per effetto di quella clausola, esclusivamente in presenza di un evidente, certo e incontestabile venir meno del debito garantito, cioè di una pretestuosità di detta intimazione prima facie*".

5. Alla luce delle considerazioni più sopra esposte non resta che esaminare il contenuto del contratto di garanzia preso come punto di riferimento della nostra indagine.

Per stabilire la natura della garanzia occorre, pertanto, esaminare il testo contrattuale, interpretarne le clausole e stabilire quali di esse siano determinanti o, invece, solo indicative al fine di qualificare la garanzia come accessoria ovvero come autonoma¹⁴.

Orbene, nel caso di specie riteniamo che l'intento delle parti fosse diretto a concludere una fideiussione con clausola a prima richiesta.

Dagli elementi in nostro possesso si evince, infatti, che se pur il garante si sia privato della possibilità di opporre eccezioni, egli è tenuto alla medesima obbligazione del debitore principale. Così facendo, seppur in modo relativo, viene mantenuto il rapporto di accessoria con il contratto base.

Tuttavia qualora si configurasse il contratto in questione come garanzia atipica, non si potrebbe fare a meno di richiamare quella parte della dottrina che sostiene che la funzione di questo sarebbe non già quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui o l'integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall'inadempimento del debitore, quanto la funzione, prossima a quella della

¹³Cfr. Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 1999, n. 917, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 245; Cass. civ., sez. I, 1 ottobre 1999, n. 10864, in *Contr.*, 2000, p. 139 con nota di LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*; Trib. di Firenze, 3 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 941 con nota di CHINÈ, *Spunti in tema di garanzie "a prima richiesta", tra modifiche unilaterali dell'oggetto della garanzia e la copertura di obbligazioni risarcitorie*; Cass. civ., sez. I, 19 marzo 1993, n. 3291, cit.

¹⁴ FALABELLA, *ivi*, evidenza come spesso tale accertamento, nella pratica, sia difficile atteso che i testo delle garanzia sono spesso ambigui.

cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di denaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti¹⁵.

Ma nel caso di specie, in realtà, a nostro avviso non si può dubitare che la funzione che le parti hanno voluto attribuire alla garanzia in questione sia proprio quello di rafforzare l'adempimento dell'obbligazione principale, attraverso un strumento più flessibile ed esente dall'esercizio di eccezioni dilatorie.

¹⁵ BOZZI, *Le garanzie atipiche*, Milano, 1999, p. 92. In senso conforme, ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trat. Rescigno*, Torino, 1995, p. 1033; MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti all'opponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 533