

PARTICOLARITÀ DEL CONTRATTO DI FIDEIUSSIONE E DELLE GARANZIE BANCARIE A PRIMA RICHIESTA

2. Obbligazioni e contratti



In questo lavoro ci occupiamo di alcuni aspetti particolari del contratto di fideiussione, e in particolare della sua estinzione. Inoltre analizzeremo le garanzie bancarie a prima richiesta e le polizze fideiussorie. Le garanzie a prima domanda sono particolarmente diffuse nella prassi (anche quella bancaria), in quanto tutelano in modo forte il creditore che può pretendere subito il pagamento dal garante, senza che questi possa opporre eccezioni fondate sul rapporto sottostante. Infine faremo dei cenni al trattamento delle fideiussioni nel contesto fallimentare.

/ Valerio SANGIOVANNI *

LA LIBERAZIONE DEL FIDEIUSSORE PER FATTO DEL CREDITORE

Il fideiussore risponde con tutto il proprio patrimonio presente e futuro per i debiti del debitore principale che risulta inadempiente nei confronti del creditore.¹ Ne deriva il **forte interesse del fideiussore**, se e appena possibile, **a essere liberato dall'obbligo fideiussorio**.² Ciò vale quantomeno per i soggetti privati che concedono una fideiussione a titolo gratuito. Per quanto riguarda, invece, gli intermediari finanziari che hanno prestato fideiussione a

titolo oneroso, la persistenza nel tempo della fideiussione può risultare vantaggiosa, in quanto aumenta il guadagno che ne traggono (le commissioni che la banca percepisce sono normalmente collegate alla durata della fideiussione, per cui più dura la fideiussione, più la banca guadagna).

Va fatta un'utile premessa: il fideiussore non può recedere liberamente dal contratto di fideiussione senza il consenso del creditore. Il contratto difatti, secondo le regole generali (art. 1372 c.c.), ha forza di legge fra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso. Al riguardo bisogna peraltro distinguere fra **fideiussioni contratte a tempo inde-**

* *Avvocato in Milano. L'autore è componente dell'organo decidente del Collegio di Milano dell'Arbitro Bancario Finanziario. L'intervento è a titolo personale e non vincola in alcun modo l'organo di appartenenza.*

1 Sui rapporti tra fideiussore, creditore e debitore e sul regime delle eccezioni, si rinvia al precedente intervento dell'Autore "Il contratto di fideiussione nell'applicazione giurisprudenziale", in questa *Rivista*, 11, 2014, p. 43 e ss.

2 In tema di estinzione della fideiussione cfr. De Luca N. "Estinzione della fideiussione ex art. 1955 c.c. e ritardo sleale nell'esercizio del diritto", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 611 e ss.; Tarantino G. "In tema di estinzione del contratto di fideiussione per fatto del creditore", *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 5 e ss.; Traversa P.G. "Estinzione della fideiussione per condotta negligente del creditore", *Contratti*, 2007, p. 732 e ss.

terminato e fideiussioni contratte a tempo determinato. Se la fideiussione è stipulata a tempo indeterminato, ciascuna parte può recedere, osservando un termine di preavviso. Se invece la fideiussione è stipulata a tempo determinato, le parti non possono recedere prima del termine previsto.

Alcune volte i testi contrattuali delle fideiussioni sono chiari nello stabilire se l'obbligo del fideiussore è limitato o meno nel tempo. In assenza di specifiche clausole contrattuali, si dovrà peraltro procedere a un'interpretazione dell'intero contratto, tenendo conto anche della natura del rapporto sottostante. In un caso affrontato recentemente dall'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) era controverso se le fideiussioni fossero state concesse a tempo determinato o indeterminato.³ Il Collegio di Roma giunge però alla conclusione che si trattasse di fideiussioni a tempo determinato, in quanto le garanzie concernevano finanziamenti sottostanti assistiti da piani di rientro a scadenze predeterminate. **Dalla natura dei finanziamenti sottostanti (a tempo determinato) l'ABF fa conseguire il carattere a tempo determinato delle fideiussioni,** dal quale ulteriormente deriva l'impossibilità per il fideiussore di recedere prima della scadenza dell'obbligazione principale. Nel caso di fideiussioni a tempo indeterminato, se una delle parti è una banca si deve invece tenere conto del disposto dell'art. 120-*bis* del TUB, secondo cui il cliente ha diritto di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese.

Della possibilità di un recesso unilaterale del fideiussore si è occupata una recentissima decisione dell'ABF.⁴ Il ricorrente aveva prestato fideiussione a favore di una banca e, a un certo punto, aveva dichiarato alla banca di voler recedere unilateralmente da detto contratto. L'istituto di credito si era rifiutato, in quanto il debitore principale non aveva onorato il proprio debito, risultava anzi in ri-

tardo nell'adempimento. Fu pertanto chiesto e ottenuto un decreto ingiuntivo della banca contro il debitore principale e il fideiussore. Il ricorrente chiedeva all'ABF di dichiarare che la fideiussione si era estinta per recesso unilaterale, ma il ricorso è stato rigettato, statuendo l'ABF che il recesso non può comportare effetti estintivi del rapporto fideiussorio in essere.

Più in generale si può affermare che la fideiussione rimane in forza fino a quando rimane in forza il debito principale (e anzi, ai sensi dell'art. 1957 comma 1 c.c. anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale per sei mesi), proprio per la sua natura di accessoria e di garanzia rispetto al debito principale. L'ABF ha avuto occasione di occuparsi di un caso in cui si sono verificate mutazioni nella natura del debitore sottostante⁵. In particolare, la società debitrice principale si era trasformata da snc in sas. L'ABF ha negato, tuttavia, che questa vicenda valga a estinguere l'obbligazione fideiussoria, in quanto – una volta prestata – questa, quale garanzia accessoria rispetto all'obbligazione principale, segue la sorte del debito principale e permane fino a quando quest'ultimo non venga meno. Ai sensi dell'art. 1955 c.c., **la fideiussione si estingue quando, per fatto del creditore, non può avere effetto la surrogazione del fideiussore** nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore. Caratteristica fondamentale del contratto di fideiussione è l'accessoria, ossia lo stretto legame che vincola l'obbligazione del fideiussore con l'obbligazione del debitore principale. Detta accessoria ha diversi corollari. Ai fini che qui rilevano, basta accennare al fatto che il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore (art. 1949 c.c.). L'effetto di surrogazione è completo, nel senso che il fideiussore si sostituisce anche nelle garanzie (pegno, ipoteche e privilegi) che il creditore ha nei confronti

3 ABF, Collegio di Roma, decisione 6.9.2013 n. 4582, www.arbitrobancariofinanziario.it.

4 ABF, Collegio di Milano, decisione 13.1.2014 n. 129, *ibidem*.

5 ABF, Collegio di Napoli, decisione 11.11.2013 n. 5712, *ibidem*.

del debitore. Qualora detta surrogazione nelle garanzie non sia possibile, la legge statuisce che la fideiussione venga meno. La *ratio* della disposizione è quella di tutelare il fideiussore che aveva fatto affidamento, nel concedere la fideiussione, sulle garanzie di cui disponeva il creditore. Laddove le garanzie siano venute meno per fatto del debitore, il fideiussore viene liberato perché – se pagasse il debito – non avrebbe poi la possibilità di rifarsi sul debitore con le stesse probabilità di successo.

LIBERAZIONE DEL FIDEIUSSORE PER OBBLIGAZIONE FUTURA E CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO

Interessante è la fattispecie disciplinata nell'art. 1956 c.c., concernente la liberazione del fideiussore per obbligazione futura. La rilevanza di questa disposizione deriva dai suoi stretti legami con il settore bancario. La norma prevede che il fideiussore per un'obbligazione futura è **liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo**, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito (art. 1956 comma 1 c.c.).

I presupposti di applicazione della disposizione sono due:

1. il fatto che sia stato fatto **credito al terzo**;
2. la **consapevolezza** della banca che le **condizioni patrimoniali del terzo erano peggiorate**.

Si noti che non basta un qualsiasi peggioramento delle condizioni del debitore, richiedendo invece la legge che la soddisfazione del credito diventi **"notevolmente" più difficile**. Il Tribunale di Milano, in una vicenda societaria giunta alla sua attenzione, ha negato la liberazione del fideiussore in quanto non

si era realmente verificato un peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore.⁶ L'amministratore di una srl si era costituito fideiussore per la srl e, successivamente, aveva abbandonato la carica. La srl aveva un'elevata esposizione debitoria e la banca chiese il rientro dall'esposizione debitoria sia nei confronti del debitore principale che del fideiussore, ottenendo un decreto ingiuntivo cui il fideiussore si oppone. L'opposizione si basa sul fatto che la banca ha continuato a fare credito alla srl pur conoscendo l'aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore. Il Tribunale di Milano, tuttavia, non accoglie l'eccezione in quanto la banca dimostra che non ricorreva il presupposto di legge in quanto non vi era stato un peggioramento delle condizioni del debitore che erano ugualmente difficoltose nel momento in cui venne concessa la fideiussione.

Per capire la *ratio* della disposizione in analisi, bisogna riflettere sul fatto che quando il fideiussore si fa garante di un'obbligazione futura, corre rischi elevati, non sapendo quando sorgerà l'obbligazione né quando si estinguerà e, soprattutto, non sapendo quale sarà il complessivo onere derivante dalla futura obbligazione. A quest'ultimo aspetto problematico pone riparo l'art. 1938 c.c. che prevede, per il caso di fideiussioni per obbligazioni future, la previsione dell'importo massimo garantito. Rimanendo tuttavia il fideiussore estraneo al rapporto sottostante, **ben può capitare che il debito principale aumenti** e il legislatore si preoccupa di limitare il potenziale onere finanziario per il fideiussore, circoscrivendo la possibilità per la banca di erogare credito al terzo. Più precisamente si verifica una liberazione del fideiussore dalla obbligazione se il creditore ha fatto credito al terzo sapendo che questi avrebbe avuto difficoltà a onorare il proprio debito.

La disposizione in analisi può essere letta in parallelo con l'art. 1461 c.c. sul mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti, norma secondo la quale ciascun contraente

6 Trib. Milano 17.3.2012, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 421 e ss., con nota di de Biase P.

può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione. Vi sono peraltro due differenze di rilievo rispetto al caso di estinzione della fideiussione. La disposizione in tema di risoluzione del contratto concerne un rapporto fra due sole parti, mentre nel contesto della fideiussione i soggetti coinvolti sono tre. Inoltre, nel caso della risoluzione del contratto si verifica solo una "sospensione" della esecuzione, mentre nella ipotesi della fideiussione si verifica una vera e propria "liberazione". La diversità di trattamento si comprende proprio riflettendo sulla trilateralità del rapporto: il fideiussore che ha prestato garanzia è estraneo al rapporto creditorio sottostante, e il creditore – facendo affidamento sul patrimonio del fideiussore – potrebbe essere spinto a incrementare il finanziamento a tutto danno del fideiussore. Si tratta di un atteggiamento di *moral hazard* (azzardo morale), consistente nel fatto di trarre un lucro ulteriore dalla concessione del credito (incrementandone l'ammontare), sapendo che se il debitore risulta inadempiente l'intero onere finanziario si trasferisce sul fideiussore. Per evitare un risultato del genere, l'art. 1956 comma 1 c.c. decreta la liberazione del fideiussore.

Dal punto di vista della operatività bancaria, **la disposizione in analisi impone alle banche di farsi rilasciare un'autorizzazione dal fideiussore prima di fare credito al debitore principale**, per evitare che la fideiussione venga meno. L'autorizzazione può essere concessa oppure negata dal fideiussore, ammesso che questi legga attentamente il testo contrattuale prima di firmarlo e si accorga dell'autorizzazione. Laddove venga negata, è probabile che la banca non eroghi il credito, creando evidenti problemi al debitore principale, salvo che questi offra altre garanzie rispetto alla fideiussione, che rimane così limitata all'importo originario. Nella prassi sus-

siste il rischio non solo che non venga erogato nuovo credito, ma che la banca receda dai contratti bancari in corso e chiedi il rientro dall'esposizione debitoria.

Non sempre, peraltro, un'autorizzazione del fideiussore è necessaria, in quanto possono sussistere stretti legami fra debitore principale e fideiussore, tali per cui il fideiussore si deve presumere essere a conoscenza (e implicitamente autorizzare) la nuova concessione di credito. In questo senso va interpretato un precedente della Corte di Cassazione secondo cui i presupposti di applicabilità dell'art. 1956 comma 1 c.c. non ricorrono allorché nella stessa persona coesistano le qualità di fideiussore e di legale rappresentante della società debitrice principale, giacché in tale ipotesi la richiesta di credito da parte della persona obbligata a garantirlo comporta di per sé la preventiva autorizzazione del fideiussore alla concessione del credito.⁷ Questa impostazione giurisprudenziale appare complessivamente condivisa, anche se bisogna osservare che la legge richiede un'autorizzazione "speciale". Le banche farebbero pertanto bene a farsi rilasciare, in ogni caso, un'apposita e separata dichiarazione del fideiussore con la quale si autorizza l'estensione del credito.

L'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione appena illustrato ha trovato recente conferma in una sentenza del Tribunale di Verona.⁸ Secondo l'autorità giudiziaria veronese, in conformità alla *ratio* dell'art.1956 c.c. (salvaguardare il fideiussore da comportamenti della banca per lui pregiudizievoli e contrari a buona fede), presupposto implicito della sua applicazione è che il fideiussore sia meritevole di detta tutela, cioè non sia né possa altrimenti essere a conoscenza dell'aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore, invece potenzialmente conoscibili dalla banca. In applicazione di tale principio, **si può escludere la necessità della richiesta da parte della banca della speciale autorizzazione del fideiussore nei casi in cui la con-**

7 Cass. 5.6.2001 n. 7587. *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, p. 531.

8 Trib. Verona 10.9.2013, www.ilcaso.it.

creta ed effettiva conoscenza delle condizioni patrimoniali della società debitrice da parte del fideiussore può presumersi, ad esempio perché il fideiussore è anche l'amministratore della società debitrice oppure perché il fideiussore è socio della società debitrice.

Si scriveva che il rimedio previsto dall'art. 1956 comma 1 c.c., nei rapporti fra fideiussore e creditore, è la liberazione del fideiussore, salvo che vi sia stata una speciale autorizzazione del fideiussore a continuare l'erogazione del credito al debitore. Si pone allora la questione se il fideiussore che abbia dato l'autorizzazione disponga di altri rimedi. In questo contesto può essere segnalata una recentissima sentenza del Tribunale di Taranto, con la quale è stata dichiarata la nullità della operazione di concessione della fideiussione.⁹ La decisione dell'autorità giudiziaria tarantina ha affrontato un caso abbastanza frequente nella recente prassi bancaria: a fronte di un indebitamento privo di garanzie si strutturano operazioni finalizzate a trasformare detto debito in un debito assistito da garanzie (personali e reali). Nel caso di specie una srl (con due soci moglie e marito) presentava un significativo indebitamento con le banche non assistito da particolari garanzie. Venne pertanto chiesto ai genitori della quotista di concedere una doppia garanzia: un mutuo ipotecario e una fideiussione. Dette garanzie vennero concesse, ma era evidente che l'unico fine era quello di assicurare il ripianamento del debito in capo alla srl. La soluzione fatta propria dal Tribunale di Taranto è quella di affermare la nullità dell'operazione di concessione della fideiussione e del mutuo. Secondo l'autorità giudiziaria tarantina la banca ha abusato della posizione di contraente forte e, confidando nella garanzia e nella solvibilità dei fideiussori, non ha esitato nella concessione del credito nei riguardi della società correntista palesemente insolvente; l'andamento critico degli affidamenti (sempre in aumento) e la mancanza costante di ac-

crediti avrebbero dovuto indurre la banca, secondo lo *standard* della diligenza qualificata, a interrompere le linee di credito. La nullità dei contratti di fideiussione e di credito fondiario deriva da carenza di causa in concreto, essendo stata l'intera operazione finalizzata esclusivamente a estinguere pregresse posizioni debitorie nei confronti dello stesso istituto mutuante, realizzandosi in tal modo la sostituzione di un credito non garantito con un altro garantito.

Non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione (art. 1956 comma 2 c.c.) poiché questa equivale a dare carta bianca al creditore il quale potrebbe continuare a erogare credito al debitore in difficoltà sapendo di potersi rifare sul fideiussore. La norma vieta solo la "preventiva" rinuncia, dovendo allora ritenersi valida una rinuncia "successiva". In altre parole, se il credito è già stato concesso, il fideiussore può accettare di estendere la propria responsabilità al credito che è stato concesso. Non si pongono in questo caso problemi di determinabilità dell'ammontare dell'onere finanziario, in quanto il debito è già sorto e conosciuto da tutti gli interessati.

LA SCADENZA DELL'OBBLIGAZIONE PRINCIPALE

Nel contratto di fideiussione sussiste uno stretto rapporto fra l'obbligazione principale e quella fideiussoria. Detta accessorietà si riflette anche sui profili di durata della fideiussione. Astrattamente con la scadenza dell'obbligazione principale dovrebbe venire meno l'obbligazione fideiussoria. Tuttavia il legislatore è consapevole che, se l'obbligazione principale non è soddisfatta esattamente alla sua scadenza, occorrono dei tempi tecnici per il realizzo della pretesa del creditore. In questa prospettiva permane in forza anche

9 Trib. Taranto 7.3.2014, www.ilcaso.it.

il contratto di fideiussione. Più precisamente l'art. 1957 comma 1 c.c. prevede che **il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale**, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate.

Vi è dunque un primo periodo di sei mesi in cui la fideiussione rimane comunque efficace anche se l'obbligazione principale è scaduta. Entro detto periodo di sei mesi il creditore deve avviare le opportune iniziative nei confronti del debitore principale. La legge si esprime con una formula piuttosto vaga: "*proporre istanze*" contro il debitore. Appare plausibile che non serva una citazione in giudizio, ma **basti un atto con il quale il creditore esige il pagamento del debito ormai scaduto**. Come osservato dalla Corte di Cassazione, la finalità della disposizione è quella di far sì che il creditore prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa.¹⁰ Inoltre, la fideiussione si estende oltre i sei mesi nel caso in cui il creditore avvii l'azione di recupero nei confronti del debitore. Da questa disposizione emerge l'obbligo di cooperazione che deve caratterizzare creditore e fideiussore, essendo ambedue portatori del medesimo interesse: che il debitore onori il prima possibile e nella misura massima possibile il proprio debito.

L'art. 1957 comma 1 c.c. prevede che il fideiussore rimanga obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, per sei mesi. **Bisogna chiedersi se questa disposizione sia derogabile** e, cioè, se il contratto di fideiussione possa prevedere un termine inferiore a sei mesi entro il quale il creditore deve attivarsi. Una questione simile è stata affrontata in una recente decisione dell'ABF, in un caso in cui la fideiussione aveva una durata prestabilita e prevedeva che entro 15 giorni

dalla scadenza della fideiussione dovesse essere presentata la richiesta di escussione.¹¹ Secondo la decisione del Collegio di Milano la validità della disciplina in deroga all'art. 1957 c.c. deve essere valutata alla stregua dell'art. 2965 c.c., che sancisce la nullità del patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente oneroso l'esercizio del diritto alla parte che ne è onerata. Nel caso di specie il termine di 15 giorni non viene considerato nullo in quanto l'arco di tempo appare sufficiente per l'escussione della garanzia da parte del creditore garantito.

Osservata la problematica nella prospettiva opposta, ci si può chiedere se il termine di sei mesi possa essere allungato, prevedendosi contrattualmente che il fideiussore rimanga vincolato per un periodo superiore a sei mesi dopo la scadenza dell'obbligazione principale. Il Tribunale di Reggio Emilia ha dato risposta positiva alla questione.¹² Si trattava di un contratto di garanzia (a prima richiesta) con il quale la banca aveva chiesto al garante di coprire il saldo di un conto corrente del garantito. La lettera di revoca del rapporto di conto corrente era dell'agosto 2005, mentre l'azione giudiziaria venne avviata nell'ottobre 2006, a distanza di 14 mesi. Il Tribunale di Reggio Emilia ritiene ciò nonostante che l'iniziativa della banca non sia tardiva (e non si determini estinzione della garanzia bancaria), in quanto il testo contrattuale prevedeva che i diritti derivanti alla banca dal contratto di garanzia restassero integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore. Detta clausola viene interpretata come comportante la rinuncia del garante al regime decadenziale di cui all'art. 1957 c.c., atteso che – nell'ipotesi in cui la durata di una fideiussione sia correlata non alla scadenza dell'obbligazione principale, ma al suo integrale adempimento – l'azione del creditore nei confronti del garante non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c.

10 Cass. 18.5.2001 n. 6823, *Foro It.*, 2001, I, c. 3174.

11 ABF, Collegio di Milano, decisione 20.3.2013 n. 1528, www.arbitrobancariofinanziario.it.

12 Trib. Reggio Emilia 18.10.2012, www.ilcaso.it.

Il fideiussore rimane obbligato dopo la scadenza **anche nel caso in cui ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale** (art. 1957 comma 2 c.c.). Anche questa disposizione è chiaramente posta a tutela del creditore e affronta l'ipotesi in cui il contratto fra fideiussore e creditore preveda una limitazione temporale coincidente con la durata dell'obbligazione principale. Detta clausola avrebbe per effetto di rendere molto difficile l'escussione della garanzia nei confronti del fideiussore, in quanto il creditore dovrebbe farlo in coincidenza con la scadenza dell'obbligazione principale. La legge peraltro specifica che se il fideiussore ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale, l'istanza contro il debitore deve essere proposta entro due mesi (art. 1957 comma 3 c.c.). La clausola dunque non è valida, ma viene sostituita di diritto dalla previsione di legge che riduce il termine da sei a due mesi.

Con riferimento alla prescrizione, infine, **l'istanza proposta contro il debitore principale interrompe la prescrizione anche nei confronti del fideiussore** (art. 1957 comma 4 c.c.). In questa disposizione emerge nuovamente il rilievo che ha, nel contratto di fideiussione, la trilateralità del rapporto. Il creditore agisce inizialmente nei confronti del debitore principale, ma – in assenza di specifiche previsioni sul punto – la sua iniziativa non sarebbe idonea a produrre effetti nei confronti del fideiussore. Con riguardo alla prescrizione interviene allora la norma in analisi, la quale statuisce un'estensione soggettiva dell'efficacia dell'interruzione della prescrizione: essa opera non solo nei confronti del debitore principale, ma anche nei confronti del fideiussore.

LE GARANZIE AUTONOME A PRIMA RICHIESTA

Frequenti nella prassi sono i c.d. "contratti autonomi di garanzia" (denominati anche con l'espressione tedesca di "*Garantieverträge*"),¹³ che vanno tenuti distinti dai contratti di fideiussione. La differenza di fondo è data dal fatto che, mentre nel contratto di fideiussione vi è uno stretto legame (sotto vari profili) fra l'obbligazione principale e quella fideiussoria, nel contratto autonomo di garanzia **il garante assume l'impegno di pagare il creditore indipendentemente dal rapporto sottostante** alla sola condizione che il creditore ne faccia richiesta affermando l'inadempimento del debitore principale. La connessione normalmente esistente fra l'obbligazione principale (del debitore principale) e quella secondaria (del fideiussore) viene meno. L'obbligazione del garante viene dunque considerata come "autonoma" rispetto a quella del debitore principale.

La finalità del contratto autonomo di garanzia è stata descritta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: il contratto autonomo di garanzia ha la funzione di tenere indenne il creditore dalla 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 altrui (attesa l'identità fra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di **trasferire da un soggetto a un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una**

13 Sui contratti autonomi di garanzia cfr. Barillà G.B. "Contratto autonomo di garanzia, prestazione caratteristica e giurisdizione applicabile al vaglio delle Sezioni Unite: alcune considerazioni critiche", *Corr. giur.*, 2014, p. 185 e ss.; Carbone V. "L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia", *Corr. giur.*, 2012, p. 1208 e ss.; Cuccovillo M. "Clausola di pagamento «a prima richiesta» (e «senza eccezioni») e qualificazione della garanzia personale", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 300 e ss.; Montani V. "Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 552 e ss.; Ruggi E., Settanni G. "Polizza fideiussoria. Garantievertrag e tutele per il garante", *Contratti*, 2012, p. 812 e ss.

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.¹⁴

Per distinguere fra contratto di fideiussione e contratto autonomo di garanzia **non è decisiva la terminologia usata dalle parti**. La Corte di Cassazione ha difatti affermato che ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "*a semplice richiesta*" o "*a prima richiesta del creditore*", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia; infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel 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.¹⁵

Caratteristica della garanzia bancaria a prima richiesta è dunque **l'impossibilità di sollevare le eccezioni che spettano al debitore principale**. In sostanza si deroga contrattualmente al disposto dell'art. 1945 c.c., secondo cui il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale. Nella prassi si trovano pertanto testi contrattuali che espressamente escludono in modo categorico la possibilità di sollevare qualsiasi eccezione riguardante il rapporto sottostante. La Corte di Cassazione

ha tuttavia affermato che l'impegno dei fideiussori, contenuto nel contratto di garanzia, a pagare senza eccezioni anche in caso d'invalidità dell'obbligazione principale 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; nell'ipotesi in cui attraverso il secondo contratto si tende ad assicurare il risultato vietato dall'ordinamento l'invalidità del contratto presupposto si estende al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita.¹⁶

Nella prassi le garanzie autonome a prima richiesta costituiscono uno strumento particolarmente forte in mano al creditore per ottenere soddisfazione. Vi è conseguentemente il rischio che il creditore attivi la garanzia anche in assenza del suo presupposto fondamentale: l'inadempimento del debitore principale. Per questa ragione la giurisprudenza fa sempre salva la possibilità per il garante di rifiutare il pagamento quando la richiesta del creditore sia pretestuosa. Secondo la Corte di Cassazione, nelle garanzie autonome l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinuncia a opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale non escludono **l'operatività del principio della buona fede**, in virtù del quale deve ritenersi **giustificato il rifiuto del pagamento**, qualora esistano prove evidenti del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta del beneficiario.¹⁷ Secondo la medesima Cassazione tale rifiuto non rappresenta una mera facoltà, ma un dovere del garante, che è tenuto ad adempiere con diligenza e

14 Cass. SS.UU. 18.2.2010 n. 3947, in *Banca Dati Eutekne e Dir. econ. ass.*, 2011, p. 227 e ss., con note di Cerini D. e Galantini C.F. Cfr. anche la precedente Cass. 28.2.2007 n. 4661, *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, secondo cui costituisce contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga a titolo di garanzia a eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni, onde tale contratto si distingue dalla fideiussione per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, poiché, mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante nel contratto autonomo si obbliga non tanto a garantire l'adempimento quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocumento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta.

15 Cass. 17.6.2013 n. 15108, in *Banca Dati Eutekne*.

16 Cass. 14.12.2007 n. 26262, *Mass. Giur. It.*, 2007.

17 Cass. 17.3.2006 n. 5997, *Foro It.*, 2007, 5, 1, c. 1582.

secondo buona fede, con la conseguenza che l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario in presenza di prove evidenti della sua pretestuosità preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale.

Le garanzie autonome attribuiscono al creditore un forte potere nei confronti del garante e, conseguentemente, si prestano a possibili abusi da parte del creditore. Non raramente, se la richiesta di escussione della garanzia non viene eseguita spontaneamente dal garante, il creditore si rivolge in via d'urgenza all'autorità giudiziaria per ottenere la condanna del garante al pagamento di quanto dovuto, situazione cautelare che acuisce il **rischio di abusi**, per le verifiche necessariamente sommarie che può svolgere il giudice adito.¹⁸ Di *exceptio doli* si è occupato il Tribunale di Novara, in relazione a un contratto di appalto.¹⁹ Un'impresa di costruzioni si era impegnata a fornire l'opera entro una certa data, ma era risultata inadempiente rispetto all'obbligo assunto. Detta impresa aveva precedentemente ottenuto una garanzia bancaria a prima richiesta da parte di una banca per il caso in cui i committenti non avessero pagato la costruzione. L'impresa, pur essendo inadempiente rispetto alla propria obbligazione, si era rivolta all'autorità giudiziaria per escutere la garanzia. La domanda è stata, tuttavia, rigettata in quanto il Tribunale di Novara ha dichiarato la risoluzione del contratto di appalto e, considerando la garanzia accessoria rispetto a detto contratto principale, ha ritenuto cessata la sua efficacia. Il comportamento dell'impresa è stato considerato scorretto in quanto ben avrebbe potuto escutere la garanzia, ma solo alla previa condizione di

avere realizzato l'opera e di essere stata dunque adempiente per quanto riguarda la propria obbligazione.

Nei contratti autonomi di garanzia vi è non tanto legame fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia, quanto piuttosto fra inadempimento (dell'obbligazione principale) e obbligazione di garanzia. La Corte di Cassazione ha deciso che nel contratto di garanzia autonoma la prestazione del garante resta circoscritta alla perdita subita dal creditore per l'inadempimento o l'inesatto adempimento; pertanto, in presenza di una pretesa del garantito che sia rivolta a richiedere somme eccedenti rispetto a quelle effettivamente dovute dal debitore principale deve riconoscersi al garante la facoltà di rifiutare il versamento delle somme medesime, ove risulti *prima facie* in modo certo e incontestabile la suddetta eccedenza (spettandogli, ove abbia egualmente effettuato tale versamento, la facoltà di agire con l'azione di ripetizione ai sensi dell'art. 2033 c.c.).²⁰

La giurisprudenza ha poi avuto modo di soffermarsi su quali fra le disposizioni dettate dal codice civile per la fideiussione siano applicabili al contratto autonomo di garanzia. **Detta applicabilità si può negare per tutte le norme che si fondano sul regime di accessoria fra obbligazione principale e garantita.** In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma dell'art. 1957 comma 1 c.c. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio dell'obbligazione fideius-

18 Trib. Bergamo 2.12.2013, www.dirittobancario.it, ha avuto occasione recentemente di occuparsi, in via cautelare, di una richiesta di pagamento avanzata dal creditore nei confronti del garante. Si trattava di un contratto di locazione, in relazione al quale una banca aveva rilasciato a favore del locatore garanzia autonoma a prima richiesta per il caso di inadempimento del conduttore. Successivamente al primo conduttore era subentrato un secondo conduttore, senza che la garanzia bancaria venisse rinnovata (rimaneva insomma intestata al primo conduttore). La richiesta della società locatrice di escutere la garanzia per inadempimento del secondo conduttore è stata rigettata dall'autorità giudiziaria bergamasca, in quanto il contratto autonomo di garanzia integra una garanzia personale atipica priva del requisito dell'accessoria e conseguentemente intrasmissibile ex art. 1263 c.c.

19 Trib. Novara 14.5.2012, www.ilcaso.it.

20 Cass. 6.10.1989 n. 4006, *Mass. Giur. It.*, 1989.

soria, instaura un collegamento necessario e ineludibile fra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra fra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile a un'obbligazione di garanzia autonoma.²¹

LE POLIZZE FIDEIUSSORIE

Degne di menzione, per la loro rilevanza pratica, sono anche le polizze fideiussorie, che si caratterizzano per essere **emesse da imprese di assicurazione**.²² In assenza di apposite disposizioni di legge sul punto, va valutato volta per volta se le polizze fideiussorie debbano essere qualificate come fideiussioni (con conseguente applicazione degli artt. 1936 e ss. c.c.) oppure come contratti autonomi di garanzia. Nella prassi viene frequentemente esclusa in contratto la possibilità di opporre eccezioni relative al rapporto sottostante e le polizze fideiussorie risultano dunque assimilabili a contratti autonomi di garanzia.

Per il resto la differenza principale fra polizze fideiussorie e contratti di fideiussione risiede nel fatto che le prime **sono necessariamente onerose** (nel senso che l'impresa di assicurazione si fa pagare un determinato onere per concederle), mentre i contratti di fideiussione possono essere anche a titolo gratuito. Più precisamente se le fideiussioni sono emesse da soggetti professionali, come le banche, sono evidentemente a titolo oneroso, mentre negli altri casi è comune che il fideiussore non pretenda alcun corrispettivo: si pensi al caso di fideiussioni rilasciate da familiari ad altri familiari oppure da soci a beneficio della società. La funzione del compenso è corrispet-

tiva: remunerare il fideiussore per il pericolo che assume. Il rischio è quello di dover pagare il creditore al posto del debitore principale inadempiente. Il compenso previsto per la concessione di fideiussioni oppure di garanzie autonome oppure di polizze fideiussorie varia molto da caso a caso. Generalmente si prevede un importo percentuale sul valore della fideiussione, relazionato alla durata per cui la fideiussione deve rimanere in forza (tipicamente la commissione si paga con cadenza annuale). Laddove la commissione sia stata pagata anticipatamente (ad esempio per 12 mesi), ma la fideiussione cessa di produrre effetti prima, la commissione va restituita per la parte di tempo in cui la fideiussione ha cessato di produrre effetti. Non esiste difatti più il rischio per il fideiussore e la commissione non ha ragione d'essere.

Tornando a occuparci delle polizze fideiussorie, trattandosi di contratti di garanzia di cui è parte un'impresa di assicurazione, **possono in alcuni casi trovare applicazione anche le disposizioni in tema di assicurazione** contenute nel codice civile. Sul punto peraltro la giurisprudenza non può reputarsi del tutto consolidata e mostra qualche oscillazione. Secondo la Corte di Cassazione, nei contratti di assicurazione fideiussoria, nei quali la funzione di garanzia è prevalente su quella assicurativa, possono trovare applicazione le regole che disciplinano il rapporto di assicurazione solo quando sia accertato, attraverso la verifica della concreta volontà delle parti mediante l'esame e l'interpretazione delle clausole di polizza, che le parti medesime, nella loro piena autonomia contrattuale, abbiano voluto richiamare la disciplina propria dell'assicurazione.²³ Secondo un altro intervento della Cassazione, il contratto di assicurazione fideiussoria, pur

21 Cass. SS.UU. 18.2.2010 n. 3947, cit.

22 Con riferimento alle polizze fideiussorie v. Camedda A. "Brevi note in tema di polizza fideiussoria ed escussione abusiva delle garanzie autonome", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 113 e ss.; Cerini D. "Le Sezioni Unite sulle polizze fideiussorie: un'occasione per una riflessione", *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 250 e ss.; Cordopatri S. "Natura della polizza fideiussoria con clausola di pagamento «a prima richiesta» e art. 1957 c.c.", *Obbl., contr.*, 2011, p. 694 e ss.; Cuccovillo M. "La natura della polizza fideiussoria dopo le Sezioni Unite", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 574 e ss.; Smaniotto E. "La Cassazione sulla qualificazione delle polizze fideiussorie: fideiussione o contratto autonomo di garanzia?", *Foro pad.*, 2013, I, c. 412 e ss.

23 Cass. 7.7.2009 n. 15904, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 50 e ss.

presentando peculiarità inerenti al rapporto assicurativo, costituisce sostanzialmente una fideiussione, sicché resta assoggettato alla regolamentazione di questa figura, salva diversa previsione contrattuale; pertanto, nelle ipotesi di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente-debitore in ordine alla formazione del rapporto principale, non trova applicazione la disciplina dell'art. 1892 c.c., relativa al contratto di assicurazione,²⁴ ma la validità del contratto deve essere valutata alla stregua delle regole dell'annullabilità per errore o per dolo.²⁵ Come emerge da questi precedenti giurisprudenziali, la possibilità di applicare le disposizioni sul contratto di assicurazione al posto di quelle sul contratto di fideiussione pare limitato al caso in cui le parti abbiano voluto dare applicazione alle prime.

L'impresa assicurativa che conclude una polizza fideiussoria assume il ruolo di garante (fideiussore) con tutto quello che ciò comporta. In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che all'assicurazione fideiussoria è applicabile la disposizione dell'art. 1941 c.c., secondo cui la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose.²⁶ La Suprema Corte ha deciso inoltre che l'assicuratore che paga il debito del proprio assicurato, in virtù di una polizza fideiussoria, è surrogato nei diritti del creditore contro il debitore ex art. 1949 c.c.²⁷

Come si accennava, frequentemente le polizze fideiussorie presentano le caratteristiche tipiche dei contratti autonomi di garanzia. Secondo il Tribunale di Cagliari, nell'ipotesi in

cui la polizza fideiussoria sia riconducibile allo schema del contratto autonomo di garanzia, il debitore che intenda paralizzare l'escussione deve addurre circostanze atte a fondare l'*exceptio doli* e non, invece, limitarsi ad assumere il grave inadempimento del creditore tale da giustificare la sospensione della prestazione a suo carico.²⁸ Secondo l'autorità giudiziaria cagliaritano il carattere abusivo dell'escussione ricorre solo quando il garantito azioni la polizza in una situazione nella quale è all'evidenza chiaro che la pretesa non solo è infondata, ma appare altresì fraudolenta e dunque espressione di una condotta abusiva.

CENNI ALLA FIDEIUSSIONE NEL FALLIMENTO

Il tema delle fideiussioni ha rilevanza anche nelle procedure concorsuali.²⁹ Presupposto dell'attivazione della garanzia fideiussoria è l'inadempimento del debitore. Nel caso il debitore sia un imprenditore soggetto fallibile, l'inadempimento – se grave e protratto nel tempo – può condurre a un'insolvenza in senso fallimentare e alla dichiarazione di fallimento. Secondo la definizione che ne dà la legge fallimentare, lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5 comma 2 della L. fall.). Se il debitore è dunque definitivamente inadempiente, e la sua inadempienza ha as-

24 In tema di dichiarazioni inesatte e reticenze nel contratto di assicurazione cfr. Calvo R. "Reticenze e assicurazione del sindaco d'istituto bancario", *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 771 e ss.; Landini S. "Reticenze dell'assicurato e annullabilità del contratto", *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 629 e ss.; Sangiovanni V. "Dichiarazioni inesatte del contraente e termine per l'annullamento del contratto di assicurazione", *Contratti*, 2011, p. 783 e ss.

25 Cass. 17.5.2001 n. 6757, in *Banca Dati Eutekne*.

26 Cass. 25.10.1984 n. 5450, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, II, p. 15.

27 Cass. 11.12.1991 n. 13385, *Mass. Giur. It.*, 1991.

28 Trib. Cagliari 27.1.2012, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 109 e ss., con nota di Camedda A.

29 In tema di fideiussione nelle procedure concorsuali cfr. Bozza G. "Il regresso del fideiussore che ha pagato il creditore principale dopo la dichiarazione di fallimento del comune debitore", *Fall.*, 2012, p. 938 e ss.; Cerri F. "I rimedi spettanti al fideiussore escusso dopo la dichiarazione di fallimento del debitore comune fra surroga e regresso", *Dir. fall.*, 2013, II, p. 243 e ss.; Cottone F. "Della tutela del fideiussore del debitore fallito", *Giur. mer.*, 2013, p. 1862 e ss.; D'Aiello M. "Osservazioni a Trib. Napoli 26 agosto 2010, in tema di pagamento del fideiussore al creditore garantito dopo il fallimento del debitore principale", *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 685 e ss.

sunto i contorni di un'insolvenza dichiarata giudizialmente, i creditori dell'imprenditore fallito possono cercare di ottenere soddisfazione dai fideiussori.

Con la dichiarazione di fallimento **il principio della *par condicio creditorum* esige che i crediti vengano accertati e soddisfatti in sede fallimentare**. Il fideiussore che abbia pagato il creditore e che desidera rifarsi sul debitore deve pertanto chiedere l'ammissione del proprio credito al passivo. A questo riguardo la Corte di Cassazione ha stabilito che il credito sorto antecedentemente al fallimento, e azionato in via di surroga dal fideiussore che ha pagato, ha natura concorsuale in quanto essendo già insinuato al passivo per opera del creditore principale continua a essere insinuato per iniziativa del fideiussore surrogatosi, anche quando questi non abbia provveduto in precedenza all'insinuazione del credito in via condizionale, a nulla rilevando la successione di diverso soggetto nella sua titolarità.³⁰ Con riferimento al **regresso**, la Cassazione ha deciso che l'atto con il quale un imprenditore, dopo avere stipulato un contratto di fideiussione con riguardo a un suo debito, costituisca una garanzia in favore del fideiussore (mediante cessione di un credito) per l'eventuale credito in via di regresso vantato da quest'ultimo è soggetto a revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67 della L. fall., in quanto detto credito, ancorché eventuale al momento della costituzione della garanzia, non può considerarsi futuro rispetto a essa, trovando fondamento giuridico nel contratto di fideiussione stipulato in precedenza.³¹

Nel fallimento la situazione è complicata dal fatto che l'amministrazione del soggetto fallito passa nelle mani del curatore. Questi rappresenta gli interessi del debitore fallito e può opporre eccezioni al fideiussore che abbia pagato. Ai sensi dell'art. 1952 comma 2 c.c., se il fideiussore ha pagato senza averne dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento. La Corte di Cassazione ha stabilito che il curatore del fallimento può opporre al fideiussore che abbia pagato senza darne avviso al debitore principale tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento e fra esse anche la sospensione, fino alla chiusura del fallimento, del corso degli interessi per l'obbligazione garantita.³² Con riguardo agli effetti della scadenza dell'obbligazione principale sull'obbligazione fideiussoria, l'art. 1957 c.c. prevede che il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate. La Corte di Cassazione ha stabilito che laddove sopraggiunga il fallimento del debitore garantito da fideiussione prima della scadenza del termine di cui all'art. 1957 c.c., **il termine stesso è da ritenere sospeso**, e il creditore garantito conserva il diritto alla garanzia, ove proponga senza ritardo, nei tempi tecnici stabiliti dagli organi della procedura fallimentare, domanda di insinuazione al passivo.³³

30 Cass. 11.9.2007 n. 19097, in *Banca Dati Eutekne*.

31 Cass. 31.8.2005 n. 17590, in *Banca Dati Eutekne*. Sulla relazione fra contratto di fideiussione e azione revocatoria cfr. Gemini L. "Brevi note in tema di azione revocatoria ordinaria esercitata nei confronti del fideiussore", *Riv. giur. sarda*, 2012, II, p. 65 e ss.

32 Cass. 22.6.1972 n. 2065, *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1961.

33 Cass. 16.9.2008 n. 23708, in *Banca Dati Eutekne*.