

Le garanzie atipiche: il contratto autonomo di garanzia

a cura di Giuseppe Demauro

Il continuo ricorso al sistema delle garanzie con lo scopo di rendere più certa l'eventuale escussione di un credito lì dove il debitore principale risultasse inadempiente, ha indotto la giurisprudenza ad occuparsi di talune questioni legate al rilascio delle garanzie personali, tipologia questa che più delle altre ha trovato larga applicazione in virtù sia della sua facile adattabilità al raggiungimento dello scopo sia per la velocità nei tempi di concessione e di successivo perfezionamento oltre che per i costi di rilascio sicuramente modesti.

In tal senso gli interventi della Corte di Cassazione¹, come meglio si evidenzierà appresso, hanno permesso di evidenziare con maggiore chiarezza i limiti esistenti tra garanzie personali tipiche e garanzie personali atipiche.

Dalle garanzie personali tipiche alle garanzie personali atipiche

Tra le garanzie personali atipiche, quella che nella realtà trova più frequentemente applicazione è il contratto autonomo di garanzia.

Per poter comprendere le sue specificità, appare opportuno una breve disamina della garanzia tipica per eccellenza, la fideiussione.

Ai sensi degli artt. 1936 ss c.c. “è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui, eventualmente anche condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito” .

La validità della fideiussione dipende dalla validità dell'obbligazione principale ed il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo espresse eccezioni.

¹ Tra i più recenti si ricordano Cass. 26 gennaio 2010 sent. 1520 e Cass. 10 novembre 2009 sent. 3947

Il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito, benchè le parti possano convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale (c.d. beneficio di escussione - art. 1944 c.c.).

Appare opportuno soffermarsi sul concetto di “accessorietà” della garanzia, concetto che sarà ripreso in sede di analisi del contratto autonomo di garanzia e che, come vedremo, rappresenta l’aspetto distintivo di questo istituto.

Le conseguenze che scaturiscono dall’accessorietà della garanzia rispetto all’obbligazione principale garantita sono:

- ✓ le vicende, modificative o estintive, dell’obbligazione principale producono i propri effetti sulla garanzia fideiussoria;
- ✓ il fideiussore può, ai sensi dell’art. 1945 c.c., opporre al soggetto garantito tutte le eccezioni azionabili dal debitore principale, non escluse quelle in tema di prescrizione, di compensazione e riconvenzionali;
- ✓ il fideiussore può opporre al creditore le eccezioni in materia di validità, efficacia e contenuto dell’obbligazione principale, quelle relative alla sua risoluzione e rescissione e quelle riguardanti i modi di estinzione non soddisfattivi e quelli relative alla transazione;
- ✓ la nullità dell’obbligazione principale determina la nullità di quella fideiussoria per mancanza di causa – art. 1939 c.c.;
- ✓ l’obbligazione fideiussoria non può essere assunta a condizioni più onerose rispetto a quelle stabilite nell’obbligazione principale e, anche se apposte, la fideiussione si intende prestata nei limiti del rapporto obbligatorio principale – art. 1941 c.c.;
- ✓ salvo diversa previsione delle parti, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, ivi compresi gli interessi, nonché alle spese – art. 1942 c.c.;
- ✓ la clausola, con la quale le parti hanno stabilito la validità della fideiussione anche nell’ipotesi di invalidità del rapporto obbligatorio principale (c.d. clausola di

sopravvivenza), si ha per non apposta proprio in quanto incompatibile con la natura accessoria della fideiussione.

Risulta evidente che il legame che unisce il contratto di fideiussione al rapporto obbligatorio principale tra debitore garantito e creditore, non soddisfa le pretese di quest'ultimo in merito ad una rapida soddisfazione del credito vantato, potendo il fideiussore opporre al creditore le eccezioni fondate sui rapporti intercorrenti tra lui stesso e il creditore medesimo.

E' per tali motivi che già da tempo gli operatori commerciali, soprattutto in ambito internazionale, hanno avvertito la relativa inadeguatezza dell'istituto fideiussorio arrivando a creare nuove forme di garanzia maggiormente idonee a soddisfare le aspettative di una celere liquidazione del credito vantato.

Al fine di venire incontro a queste esigenze la prassi internazionale ha creato la figura del contratto autonomo di garanzia.

Il contratto autonomo di garanzia

Il contratto autonomo di garanzia è un contratto atipico² con il quale si rilascia una garanzia senza che ci sia alcun carattere di accessorietà rispetto all'obbligazione principale; in sostanza è un rapporto in cui il garante si obbliga ad adempiere un'obbligazione sua propria, pagando un debito proprio e non un debito altrui.

La prestazione che il garante si impegna ad eseguire non è uguale a quella del soggetto garantito (debitore principale), poiché il garante si impegna a pagare una certa somma di danaro al verificarsi di un evento predeterminato dalle parti.

Pertanto è proprio la mancanza del requisito dell'accessorietà (caratteristiche invece peculiare della fideiussione) e l'autonomia della garanzia prestata, che non consentirebbero al garante di opporre al creditore garantito le eccezioni di validità ed efficacia che possono

² In dottrina si è ritenuto applicabile a tale istituto la disciplina in materia di fideiussione, eliminando naturalmente le disposizioni che implicano l'accessorietà del vincolo.

essere mosse al rapporto obbligatorio principale pur in presenza di contestazioni da parte del debitore principale³.

Ne deriva che con il contratto autonomo di garanzia il creditore può esigere l'immediato pagamento da parte del garante senza dover dimostrare la fondatezza del suo diritto.

Le questioni di diritto e la posizione della Cassazione

Da un punto di vista formale l'effetto di ottenere da parte del creditore l'immediato pagamento da parte del garante si ottiene con l'inserimento nel contratto autonomo di garanzia della clausola "a semplice" o "a prima richiesta" o con altre equivalenti.

In tale ambito occorre tuttavia precisare 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" (Cass. Civ. Sez. I 19 giugno 2001 n. 8324 - Cass. civ. Sez. III sent. 3 marzo 2009, n. 5044).

Pertanto l'espressione "a semplice richiesta" (o similari) non prevederà automaticamente l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore; occorrerà infatti a tal fine che sia prevista contrattualmente la rinuncia del garante alla facoltà di opporre le eccezioni che spettino al debitore principale, in deroga al disposto dell'art. 1945 c.c., oltre all'espressa rinuncia al beneficio di escussione di cui all'art. 1944 c.c.⁴

La non accessorietà del contratto autonomo di garanzia tuttavia prevede una deroga nell'ipotesi in cui il contratto principale sia affetto da nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa.

³ Cass. civ. Sez. III Sent., 03-03-2009, n. 5044 - Cass. civ., 23 giugno 2000, n. 8540

⁴ E. Gazzetta, C. Ardita - Riflessioni su talune garanzie personali atipiche in *Magistra, Banca & Finanza* – Novembre 2010.

In tal caso, come osservato dalla Cassazione Sez. Unite sent. n. 15661 del 2005, il contratto di garanzia, che tende ad assicurare il risultato vietato dall'ordinamento giuridico, presenta una causa illecita che ne determina la nullità (art. 1418 cod. civ.) facendo così configurare un'ipotesi di nullità derivata del contratto di garanzia.

Il caso preso in esame era quello in cui i ricorrenti avevano concluso con una banca un contratto con il quale si impegnavano "(...) *a pagare senza eccezioni ed anche in caso di invalidità dell'obbligazione principale*".

Il contratto principale conteneva tuttavia clausole che prevedevano un tasso di interessi superiore alla tasso soglia usura fissata a livello ministeriale, con conseguente non riconoscimento degli interessi e nullità delle relative clausole (art. 1815 c.c.).

La nullità delle clausole relative al tasso degli interessi legittima i garanti a sollevare l'eccezione di nullità della clausola sugli interessi contenuta nel contratto principale e, di conseguenza, la nullità del contratto di garanzia per sterilizzare la pretesa della banca volta ad ottenere l'escussione della garanzia.

Le applicazioni del contratto autonomo di garanzia

Appare evidente come in virtù delle caratteristiche peculiari del contratto di garanzia, lo stesso ha trovato buona applicazione soprattutto nell'ambito del settore degli appalti dei lavori pubblici e in quello bancario.

Le figure maggiormente utilizzate possono essere così schematizzate:

- bid bond o *garanzia di mantenimento dell'offerta* - essa garantisce la bontà di un'offerta in sede di gara d'appalto, coprendo il rischio che l'aggiudicatario possa esimersi dalla stipula del contratto.
- maintenance bond o *garanzia di manutenzione* - garantisce dal rischio che l'appaltatore non elimini i difetti emersi dopo la consegna dell'opera o si sottragga alla manutenzione degli impianti.

- performance bond o *garanzia di buona esecuzione* - garantisce l'interesse all'esatta esecuzione dell'appalto coprendo il rischio della non completa o corretta esecuzione dello stesso.

In ambito bancario trova buona applicazione nell'ambito dei contratti di fornitura di beni e servizi, il performance bond, attraverso il quale una banca su disposizione di un fornitore, si impegna a pagare l'importo garantito al committente/beneficiario nel caso in cui il fornitore stesso non dovesse adempiere ai propri impegni contrattuali e nei tempi stabiliti.

Di fatto il performance bond assicura la copertura dai rischi relativi alla fornitura tardiva e dall'inadempimento degli obblighi contrattuali concernenti la buona esecuzione dell'opera poiché il committente, in caso di inadempimento o di non corretto adempimento, potrà "a semplice richiesta" ottenere la corresponsione dell'importo della garanzia.

Addirittura negli scambi transfrontalieri è possibile ricorrere alla controgaranzia al fine di evitare le possibili differenze normative legate alla diversa nazionalità di appartenenza delle parti, cioè del beneficiario della garanzia, del debitore principale e dello stesso garante.

Tale meccanismo che trova applicazione soprattutto in ambito internazionale prevede che la banca o la compagnia di assicurazione che assume la veste di garante, venga individuata per il fatto di avere sede nello stesso Stato del soggetto beneficiario; tale banca, a sua volta, sarà garantita mediante la controgaranzia da una banca o compagnia di assicurazione avente sede nello Stato del debitore principale.

E' evidente che in questo modo, il creditore principale avrà rapporti con un garante del suo stesso Stato, mentre lo stesso garante avrà maggiori garanzie di solvibilità in caso di escussione, essendo a sua volta controgarantito da una banca o compagnia di assicurazione avente sede nel Paese del debitore principale.

Giuseppe Demauro
2 dicembre 2010