

# Differenze fra “pagamento a semplice richiesta scritta” e contratto autonomo di garanzia

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La più rilevante differenza operativa tra la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia **non** riguarda, peraltro, il momento del pagamento - cui (anche) il fideiussore "atipico" può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta del creditore -, ma attiene soprattutto al regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento

Riassumendo

se una cauzione, provvisoria o definitiva, contiene \_come peraltro obbligatoriamente previsto dagli articoli 75 e 113 del codice dei contratti\_ la clausola di impegno, da parte del fideiussore, al pagamento a semplice richiesta scritta, questo significa \_ex principio del solve et repete\_ che il garante DEVE prima pagare l'importo in garanzia\_ e dopo aver dimostrato gli elementi fondamentali il proprio diritto\_ richiedere in restituzione all'Ente garantito quanto, eventualmente, illegittimamente incamerato (salva comunque l'azione di rivalsa, a semplice richiesta scritta, nei confronti del debitore principale)

mentre

la clausola con la quale il garante si impegna ad emettere la fideiussione “senza alcuna eccezione” o con l'espressa rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c.n significa che, se siamo in presenza di una clausola che preveda l'escussione a semplice richiesta scritta\_ sempre dopo aver pagato, non ha diritto ad esercitare la richiesta di rivalsa nei confronti del beneficiario (salva comunque l'azione di rivalsa, a semplice richiesta scritta, nei confronti del debitore principale)

in questo ultimo caso, si tratta quindi di un contratto autonomo di garanzia

La funzione individuale del singolo, specifico negozio (id est della polizza fideiussoria) è stata dunque quella di sostituire la traditio del denaro tipica della cauzione con l'obbligazione di corrispondere una somma di denaro, da parte del garante, a richiesta del creditore, senza alcuna possibilità, per il primo, di invocare il meccanismo, tipicamente fideiussorio, di cui all'art. 1957 c.c.

questa affermazione trova la sua conferma in Cassazione civile, Sezioni Unite sentenza numero 3947 del 18 febbraio 2010

<< La più rilevante differenza operativa tra la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia non riguarda, peraltro, il momento del pagamento - cui (anche) il fideiussore "atipico" può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta del creditore -, ma attiene soprattutto al regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento.

Se, difatti, il pagamento non risulti dovuto per motivi attinenti al rapporto di base, il garante (dopo aver pagato a prima/semplice richiesta) che agisce in ripetizione con l'actio indebiti ex art. 2033 c.c. nei confronti dell'accipiens, cioè del creditore beneficiario, facendo valere le eccezioni di cui dispone il debitore principale, risponde in realtà come un fideiussore, attecchendosi la clausola di pagamento in questione come una ordinaria clausola solve et repete ex art. 1462 c.c.. Il garante "autonomo", invece, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, non potrà agire in ripetizione nei confronti di quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), rinunciando, per l'effetto, anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'accipiens nel caso di escussione illegittima della garanzia, ma potrà esperire l'azione di regresso ex art. 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito (il più delle volte mediante il cosiddetto "conteggio automatico" a carico del debitore, quando questi ha anticipato alla banca le somme necessarie per il pagamento o quando sussista la possibilità di addebitare le somme su un conto corrente), senza possibilità per il debitore di opporsi al pagamento richiesto dal garante nè di eccepire alcunchè, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento (così Cass. n. 8324/2001; n. 7502/2004; n. 14853/2007).

L'effetto è di "autonomizzare" il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica: è a quest'ultima, infatti, che si riferisce il principio secondo il quale "quando si estingue l'obbligazione principale, si estingue anche quella accessoria di garanzia. Pertanto, se il fideiussore paga un debito già estinto, per remissione, per pagamento o per altra causa, non può esercitare azione di regresso nei confronti del debitore principale" (così Cass. n. 2334/1967).

Sarà il debitore principale ordinante, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, ad agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base (ad esempio, per il pregresso e puntuale adempimento della medesima obbligazione), sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario, il quale ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore-ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c. (Va in proposito ricordato che l'art. 20 della Convenzione UNCITRAL, sulle garanzie autonome e sulle lettere di credito, elaborata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul commercio internazionale, tra le alternative riconosciute all'ordinante per neutralizzare il pericolo di un'abusiva escussione, prevede sia la possibilità di inibire al garante di trattenere o recuperare presso l'ordinante le somme pagate in base alla garanzia sia la possibilità di richiedere un provvedimento giudiziario che impedisca al beneficiario di riscuotere la garanzia).>>

Ma non solo

**Tratto da Cassazione civile, Sezioni Unite sentenza numero 3947 del 18 febbraio 2010**

•

La previsione di siffatte clausole di pagamento\_ con diciture "a semplice" o "a prima richiesta (o domanda) ", "senza eccezioni" o analoghe ("incondizionatamente", "a insindacabile giudizio del beneficiario" e così via)\_ manifesta, difatti, una rilevante deroga alla disciplina legale della

fideiussione, che si sostanzia nell'attribuzione, al creditore-beneficiario, del potere di esigere dal garante il pagamento immediato, a prescindere da qualsiasi accertamento (e dalla prova da parte del creditore) in ordine all'effettiva sussistenza di un inadempimento del debitore principale (ciò vale, in particolare, per l'incameramento della cauzione da parte dell'ente appaltatore di opere pubbliche, il quale non è tenuto a dimostrare la sussistenza di un danno in concreto, proprio in ragione della determinazione forfettaria dello stesso che consegue alla previsione della cauzione: così Cass. n. 8295 del 1994)

•

le suddette clausole volte a precludere al garante l'opponibilità al creditore garantito delle eccezioni spettanti al debitore principale (siano esse relative al rapporto di valuta tra quest'ultimo e il creditore o al rapporto di provvista tra il debitore principale e il garante), in deroga alla regola essenziale della fideiussione posta dagli artt. 1945 e 1941 c.c., con l'effetto di svincolare (in tutto o in parte) la garanzia dalle vicende del rapporto principale e di precludere la proponibilità delle eccezioni fideiussorie

•

Con specifico riguardo alla garanzia (cd. definitiva) dovuta all'Amministrazione appaltante, ai sensi della L. n. 109 del 1994, art. 30, comma 2, si è poi rilevato che, se è vero che la garanzia ha carattere indennitario, in quanto il fideiussore non è obbligato ad adempiere in luogo del debitore principale, essendo tenuto a rifondere il creditore degli oneri affrontati in conseguenza del mancato o inesatto adempimento del debitore, è altrettanto vero che la diversità della prestazione dell'assicuratore non esclude la funzione di garanzia in quanto la fideiussione sostituisce non la esecuzione dell'obbligazione principale ma la cauzione, cioè la garanzia reale dell'obbligazione dell'esecutore: ad essere garantito non sarebbe tanto un qualsiasi adempimento, bensì la prestazione della cauzione

•

La funzione individuale del singolo, specifico negozio (id est della polizza fideiussoria) è stata dunque quella di sostituire la traditio del denaro tipica della cauzione con l'obbligazione di corrispondere una somma di denaro, da parte del garante, a richiesta del creditore, senza alcuna possibilità, per il primo, di invocare il meccanismo, tipicamente fideiussorio, di cui all'art. 1957 c.c.

### Tratto da Consiglio di Stato decisione numero 841 dell' 8 febbraio 2011

- Come invece sostenuto dall'appellante, con tale pronuncia è stato ritenuto che specifiche clausole in tema di fideiussione (quali appunto l'obbligo del garante di pagare a seguito di semplice richiesta scritta del creditore e con rinuncia alla preventiva escussione) possono valere solo a rendere il rapporto fideiussorio autonomo rispetto al rapporto obbligatorio principale

Ancor più recentemente\_ Cons. St., Sez. V, 16 luglio 2007 n. 4025\_ la Sezione ha ulteriormente precisato in proposito che, anche in presenza di un contratto di garanzia cosiddetta autonoma, con il quale il garante si obbliga a non opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia ed alla vicenda del rapporto principale, **nonché ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia "a semplice richiesta" del creditore garantito, il meccanismo dell'adempimento del garante "a prima richiesta" scatta a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale**

### Ed ancora: Consiglio di Stato decisione numero 1357 del 2 marzo 2011

"come affermato da questo Consiglio in caso consimile (sez. V, 5 febbraio 2003, n. 571), "ove una società,

per il rilascio di una concessione edilizia per la realizzazione di un impianto industriale abbia corrisposto la metà del contributo dovuto per oneri di urbanizzazione, mentre la parte residua sia stata rateizzata in due anni e sia stata consegnata al comune una fideiussione con espressa rinuncia al "beneficium excussionis" e l'obbligo del fideiussore di versare quanto richiesto in termini brevi previo semplice avviso, sussiste una obbligazione di garanzia del tutto autonoma rispetto al rapporto creditore-debitore principale;

**pertanto, è sufficiente la semplice richiesta dal comune al fideiussore per ottenere il pagamento.>>**

<https://www.diritto.it/differenze-fra-pagamento-a-semplce-richiesta-scritta-e-contratto-autonomo-di-garanzia/>