

## Obbligazioni

# Natura giuridica della polizza fideiussoria stipulata dall'appaltatore a garanzia delle obbligazioni verso la p.a.

di Giacomo Travaglini

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947 - Pres. e Rel. V. Carbone - P.G. D. Iannelli (conf.)

LA SOLUZIONE	
La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a rango e funzione di garanzia atipica, a cagione della insostituibilità dell'obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante soltanto un risarcimento, prestazione ontologicamente diversa da quella cui aveva in origine diritto.	
I PRECEDENTI	
<b>Cass. 18 maggio 2001, n. 6823 (1)</b>	Secondo Cass. n. 6823/2001, la cosiddetta assicurazione fideiussoria costituisce una figura contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed è contraddistinta dall'assunzione dell'impegno, da parte (di una banca o) di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente. È, poi, caratterizzata, dalla stessa funzione di garanzia del contratto di fideiussione, per cui è ad essa applicabile la disciplina legale tipica di questo contratto, ove non derogata dalle parti.
<b>Cass. 27 maggio 2002 (2)</b>	La Corte di legittimità, con la sentenza n. 7712/2002, aveva viceversa affermato che ove sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, la polizza fideiussoria non è configurabile come fideiussione, bensì come garanzia atipica ( <i>fideiussio indemnitis</i> ), in quanto l'insostituibilità della prestazione dell'appaltatore fa venir meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore può pretendere da lui solo un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto.
<b>Cass. 17 maggio 2001, n. 6757</b>	Con la sentenza n. 6757/2001 (3), infine, si era sostenuto che il contratto di assicurazione fideiussoria o cauzionale, pur 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, ma la validità del contratto deve essere valutata alla stregua delle regole dell'annullabilità per errore o per dolo. Peraltro, per integrare l'ipotesi del cosiddetto dolo omissivo, quale causa di annullamento del contratto, ai sensi dell'art. 1439 c.c., non è sufficiente il

## Note:

(1) Edita in *Foro it.* 2001, I, pag. 3174 con nota di Pardolesi.(2) Edita in *Giust. civ. Mass.* 2002, pag. 925; *Danno e responsabilità* 2002, 10, 946 con nota di Agnino.(3) La sentenza è edita in *Giust. civ.* 2002, I, 729; *Urbanistica e appalti* 2001, 862; *Giur. comm.* 2003, II, 137, con nota di CAPO; *Dir. economia assicur.* 2002, 709 con nota di Vianello; *Corr. giur.* 2002, 82, con nota di Forchino; *Foro padano* 2002, I, 500; *Contratti* 2002, 1, 41, con nota di Colombo.

	<p>semplice silenzio o la reticenza del contraente, richiedendosi che il comportamento passivo si inserisca in una condotta che si configuri, nel complesso, quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito. Deroga anche alla disciplina della fideiussione la previsione della clausola con la quale venga espressamente prevista la possibilità, per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni", perché detta clausola preclude a quest'ultimo l'opponibilità delle eccezioni spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c. ed è incompatibile con il principio di accessorialità che caratterizza la fideiussione, mentre vale per converso a qualificare il negozio <i>de quo</i> come contratto autonomo di garanzia di tipo cauzionale.</p>
--	---

## Il caso

L'Istituto per l'Edilizia Residenziale Pubblica della provincia di Perugia, con atto di appello del novembre 2001, impugna la sentenza con la quale il locale tribunale aveva respinto la sua domanda di pagamento di una somma di denaro oggetto di polizza fideiussoria costituita in suo favore dall'appaltatore V.C. (cui l'Istituto appellante aveva commissionato complessi lavori edili) presso la Lloyd Italico Assicurazioni, somma alla cui corrispondenza da parte dell'assicuratore lo IERP affermava di aver diritto per aver dichiarato unilateralmente risolto - in conseguenza dell'inadempimento dell'appaltatore - il contratto di appalto, ai sensi dell'art. 10, comma 6, D.P.R. n. 1063/1962, applicabile alla vicenda processuale *ratione temporis*.

Il giudice di primo grado, qualificata la convenzione negoziale di garanzia in termini di fideiussione *stricto sensu*, e non di contratto autonomo - come viceversa postulato dall'attore - aveva difatti opinato che il diritto di rivalsa di quest'ultimo si fosse estinto, ai sensi dell'art. 1957 c.c., per non avere il creditore proposto tempestiva domanda contro il debitore principale.

La sentenza verrà confermata dalla Corte territoriale adita, che esclude a sua volta la configurabilità, nel caso di specie, di un contratto autonomo di garanzia sulla base di una interpretazione delle clausole negoziali in atti del tutto speculare rispetto a quella auspicata dall'appellante.

La sentenza della Corte perugina viene così impugnata dalla A.T.E.R. (suceduta nelle more del giudizio all'originario attore) dinanzi alla sezione III della Corte di legittimità.

In via preliminare, il P.G. di udienza chiederà al collegio giudicante la rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, poiché la questione oggetto del giudizio risultava oggetto di contrasto tra le sezioni semplici della Corte.

A tale richiesta avrebbe aderito la difesa della ATER nelle note di udienza depositate all'esito dell'udienza di discussione.

La valutazione circa l'opportunità dell'invocata rimessione, demandata, come di rito, al primo presidente dal collegio della terza sezione con ordinanza interlocutoria n. 5326/2009, troverà positivo riscontro nel provvedimento presidenziale di assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite della S.C.

L'articolata ordinanza di rimessione avrebbe così concluso: "l'eventuale intervento delle Sezioni Unite della Corte potrà, da un canto, definitivamente chiarire i tratti differenziali, sul piano morfologico, funzionale e interpretativo, tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia; dall'altro, risolvere il

contrasto circa la natura delle polizze assicurative cd. "fideiussorie", sia su di un piano generale, sia nella specifica dimensione, più propriamente oggetto di dubbi ermeneutici, delle convenzioni negoziali stipulate dall'appaltatore di opere pubbliche".

## La sentenza delle Sezioni Unite

Con una articolata, ponderosa e assai meditata decisione (la cui motivazione si compone di oltre 60 cartelle, in controtendenza con i nuovi orientamenti, legislativi e giurisprudenziali, sulla ormai imprescindibile esigenza di brevità della motivazione della sentenza di legittimità), redatta in prima persona dallo stesso primo presidente della S.C., il ricorso della ATER trova (non inaspettatamente) accoglimento, nonostante la cd. "doppia conforme" di merito si segna contrario.

Alcuni passi del *decisum* dei supremi giudici meritano, in particolare, di essere segnalati, perché, oltre a comporre (del tutto condivisibilmente) il contrasto di giurisprudenza sottoposto al loro esame, affrontano *funditus* delicate tematiche di tipo interpretativo che, ormai da oltre un ventennio, affaticano la giurisprudenza di legittimità e di merito nello sforzo di individuare credibili e, soprattutto, durevoli criteri di ermeneutica contrattuale idonei a distinguere una fideiussione (specie se corredata di clausola *solve et repete*) dal cd. *Garantievertrag*, convenzione di garanzia "a sangue misto" (metà inglese, metà tedesca) che dalla prima si differenzia nettamente sotto il profilo tanto genetico quanto funzionale.

Questi i passi salienti della motivazione della sentenza in commento:

- è prassi ormai sempre più frequente, nel sottosistema civilistico delle garanzie personali, che contratti di identico contenuto siano indicati con nomi diversi, come accade, in particolare, in tema di polizza fideiussoria, denominata, di volta in volta, «assicurazione cauzionale», "cauzione fideiussoria", "polizza cauzionale", "fideiussione assicurativa";

- la polizza fideiussoria è, sotto il profilo genetico, un negozio stipulato dall'appaltatore su richiesta del committente e in suo favore, *strutturalmente* articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, *funzionalmente* caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente (Cass. n. 11261/2005); il terzo non è parte, né in senso sostanziale, né in senso formale del rapporto, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicché la sua adesione si configura quale mera *condicio iuris* so-

spensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile per *facta concludentia*, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile e immodificabile ex art. 1411, comma 3, c.c. (Cass. n. 23708/2008 e n. 13661/1992), anche se, alla forma giuridica bilaterale della stipulazione, corrisponde un'operazione economica sostanzialmente trilatera, in cui l'unica parte effettivamente interessata alla validità del contratto è il beneficiario della polizza, che al suo rilascio condiziona l'erogazione delle proprie prestazioni, potendo lo stipulante appaltatore anche non avere interesse all'effettiva validità ed efficacia dell'assicurazione (Cass. n. 23708/2008);

- è questa una prima, essenziale differenza morfologica rispetto allo schema tipico delle convenzioni fideiussorie, che, caratterizzate dalla funzione di garantire un'obbligazione altrui, intercorrono esclusivamente tra il fideiussore e il creditore (così, tra le tante, Cass. n. 1525/1984, che non manca di sottolineare come, ai sensi dell'art. 1936, comma 2, c.c., la fideiussione sia efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza) (4);

- altra differenza funzionale rispetto alla fideiussione è costituita dall'essere la polizza (o assicurazione) fideiussoria "necessariamente onerosa" in quanto assunta dall'assicuratore in corrispettivo del pagamento di un premio (Cass. n. 221/1963), mentre la fideiussione può rivestire anche titolo gratuito (nel qual caso il contratto, ponendo obbligazioni a carico di una sola parte, si perfeziona in forza del disposto dell'art. 1333 c.c.: Cass. n. 9468/1987);

- quanto alla natura giuridica delle polizze, diversamente **dalla cauzione**, la prestazione viene assunta da un terzo (garante) e non dallo stesso debitore obbligato, mentre manca il versamento anticipato di una somma di denaro, così evitandosi l'effetto negativo di una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali; diversamente **dalla fideiussione**, l'impegno del garante è di estensione tale da consentire al creditore principale di soddisfarsi in via di autotutela, cioè di realizzare il suo credito sui beni oggetto della garanzia (seppur non tramite l'incameramento della cauzione ma) mediante un atto unilaterale costituito da una richiesta della somma assicurata (in caso di inserimento della clausola "a semplice" o "prima richiesta"), all'esito di un accertamento unilaterale ed insindacabile dello stesso creditore in ordine alla ricorrenza delle condizioni previste per l'escussione;

- secondo un primo orientamento della giurisprudenza della Corte, poiché la causa del negozio *de quo* consiste sostanzialmente nel garantire l'adempimento ("sostitutivo o di regresso": Cass. n. 1292/1978 cit.) della prestazione dovuta al creditore da un terzo, troverebbe applicazione la disciplina legale tipica della fideiussione, ove non espressamente derogata, potendo le parti, nella loro autonomia contrattuale, richiamare le norme sull'assicurazione per quanto riguarda i rapporti tra il debitore contraente e l'assicuratore (Cass. n. 5450/1984 ritiene, pertanto, applicabili le norme sulla fideiussione, considerata come rapporto tipico "prevalente", e in particolare l'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);

- di segno speculare l'orientamento secondo il quale la polizza fideiussoria, **se prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore**, non ripete i caratteri morfologici della fideiussione, ma si configura come garanzia ati-

pica (cd. *fideiussio indemnitis*), in quanto l'infungibilità della prestazione dell'appaltatore fa venir meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore può pretendere da lui solo un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (così, tra le altre, Cass. n. 7712/2002; Cass. n. 2377/2008). Questo secondo orientamento trae linfa dalla considerazione per cui elemento "normale ed essenziale" del vincolo fideiussorio è pur sempre l'identità con l'obbligazione principale nella sua stessa quantità e nelle sue stesse condizioni, mentre la polizza non mira a garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale (come accade nella fideiussione), ma ad assicurare al creditore la presenza di un soggetto solvibile in grado di tenerlo indenne dall'eventuale inadempimento del medesimo, ciò che dimostrerebbe il venir meno di uno degli elementi strutturali della fideiussione, vale a dire l'accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella del debitore principale, con conseguente slittamento verso il modello del contratto autonomo di garanzia e inadeguatezza del modello legale fideiussorio (erroneamente applicato secondo la teoria della prevalenza o dell'assorbimento, ove la disciplina normativa viene individuata attraverso l'incorporazione del contratto nel tipo prevalente o che più gli assomiglia);

- la soluzione del quesito circa la natura giuridica della polizza fideiussoria postula, pertanto, una sintetica ricognizione dell'istituto del *Garantievertrag* e della sua causa. Secondo una diffusa opinione, la funzione del contratto autonomo di garanzia è quella **di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione** gravante sul debitore principale - che non sempre consiste in un dare ma può anche riguardare un fare infungibile - diversamente da quanto accade per il fideiussore, il quale **garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale** altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante). In altri termini, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse **all'esatto adempimento dell'(unica) prestazione principale** - per cui il fideiussore è una sorta di "vicario" del debitore -, l'obbligazione del garante autonomo è **qualitativamente altra** rispetto a quella dell'ordinante - sia perché non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predefinita, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore;

- non pare seriamente discutibile che polizze fideiussorie e fideiussione, pur accomunate dal medesimo (generico) scopo di offrire al creditore-beneficiario la garan-

#### Nota:

(4) La differenza parrebbe attenuarsi nel *dictum* di cui a Cass. n. 3940/1995, a mente della quale la fideiussione «può anche essere stipulata con l'intervento del debitore o tra quest'ultimo ed il garante, in modo da configurare un contratto a favore del terzo creditore che, dichiarando di voler profittarne, rende irrevocabile la stipulazione, ai sensi dell'art. 1411 c.c.», secondo una ricostruzione strutturale della fattispecie che parrebbe peraltro evocare, più propriamente, l'istituto dell'accollo cumulativo esterno, oltre che confliggere con il preciso *dictum* normativo di cui all'art. 1936 c.c., che identifica le parti del contratto nel creditore e nel garante).

zia dell'esito positivo di una determinata operazione economica, si distinguano perché le prime (se prestate a garanzia di obbligazioni infungibili) appartengono alla categoria delle c.d. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle c.d. garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto;

– l'introduzione, nelle condizioni generali di una polizza fideiussoria, di clausole di pagamento contenenti espressioni del tipo "a semplice richiesta", "a prima richiesta (o domanda)", "senza eccezioni" o ad esse consimili ("incondizionatamente", "a insindacabile giudizio del beneficiario" ecc.), se ne ha di fatto evidenziato **l'impredicabilità di qualsivoglia natura assicurativa** e l'indiscutibile avvicinamento al modello cauzionale, ne ha specularmente posto il problema della compatibilità con il modello tipico fideiussorio, rappresentando la previsione di siffatte clausole **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) dell'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. 8295/1994, in motivazione). A tale riguardo, si è condivisibilmente opinato che, se è consentito alle parti di concedere (o far concedere da un terzo) una somma di denaro al creditore a garanzia dell'adempimento della prestazione dovutagli, allo stesso modo deve poter rientrare nei poteri riconosciuti all'autonomia negoziale la sostituzione della somma di denaro con l'impegno di un terzo di provvedere a quella prestazione o a quel pagamento a semplice richiesta del creditore, dovendosi pertanto riconoscere in dette clausole una valida espressione di autonomia negoziale;

– di tali clausole, **secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità** (Cass. n. 6499/1990, n. 10486/2004, n. 4446/2008 in motivazione), si predica la incompatibilità con la disciplina della fideiussione, e la conseguente inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali quelle fondate sugli artt. 1947 c.c. (compensazione opposta dal garante con un debito del creditore verso il debitore principale), 1956 (liberazione del fideiussore per obbligazione futura assunta dal creditore), 1957 (decadenza prevista per l'ipotesi che il creditore non coltivi dopo la scadenza dell'obbligazione la propria pretesa nei confronti del debitore principale);

– secondo **un secondo, diverso orientamento**, dette clausole sarebbero invece idonee a valere anche come osservanza dell'onere di cui all'art. 1957 prescindendo dalla proposizione dell'azione giudiziaria (Cass. n. 7345/1995, cit.), sicché non si tratterebbe di un'esclusione ma di una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'o-

nere di proporre azione giudiziaria (Cass. n. 10574/2003, n. 27333/2005, n. 13078/2008, quest'ultima sulla limitata funzione, che può essere svolta da una clausola di pagamento a prima richiesta, di evitare al creditore la decadenza di cui all'art. 1957 non solo iniziando l'azione giudiziaria verso il debitore principale, ma anche soltanto rivolgendo al fideiussore la richiesta di adempimento);

– il contrasto di giurisprudenza si estende, per ciò che più specificamente concerne l'oggetto della questione sottoposta al collegio, alla riconducibilità stessa della polizza fideiussoria nell'alveo della garanzia tipica di cui all'art. 1936 ss., ovvero di quella atipica;

– quanto **ai caratteri morfologici** della polizza fideiussoria, prevalente appare l'orientamento predicativo della sua natura fideiussoria, con conseguente applicazione della disciplina legale tipica ex art. 1936 ss. c.c., ove non derogata dalle parti; *un diverso, minoritario indirizzo*, ne esclude, viceversa, la configurabilità in termini di fideiussione laddove essa sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore: in tal caso, la convenzione integrerebbe gli estremi della garanzia atipica in quanto, non potendo surrogare l'adempimento "specifico" di detta obbligazione (connotata dal carattere dell'insostituibilità), ha la funzione di assicurare, *sic et simpliciter*, **il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario**, compromesso dall'inadempimento. Essa risulta, pertanto, vicenda negoziale del tutto disomogenea rispetto al sistema delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili - caratterizzate dall'identità della prestazione e dal vincolo della solidarietà (sussidiarietà)/accessorietà -, riconducibile di converso alla figura della garanzia di tipo indennitario, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto (Cass. n. 2377/200; 7712/2002).

All'esito di tale, approfondita e assai accurata (oltre che intelligente) ricognizione di tutti gli aspetti dirimenti della vicenda sottoposta al loro esame, le sezioni unite danno inossidabile continuità **al secondo dei due orientamenti contrapposti**, ritenendo "non decisive le riserve che dottrina e giurisprudenza attestano sul fronte dell'equiparazione della polizza *de qua* alla convenzione fideiussoria (quantunque atipica) hanno diacronicamente manifestato *in subiecta materia*".

Si osserva, difatti, che, al di là della considerazione (di per sé decisiva) secondo la quale esse non appaiono sufficienti a far superare il principio secondo cui rimangono fuori dalla possibilità di essere garantite per il tramite di una fideiussione le obbligazioni di fare infungibile, nelle quali c'è comunque un interesse del creditore alla personale esecuzione del debitore - non potendosi, in questo caso, realizzarsi in alcun modo la sostituzione del fideiussore al debitore principale, poiché il garante non deve (né può) adempiere, in rapporto di solidarietà con il debitore principale, un debito identico a quello su di lui gravante -, non sembra seriamente contestabile che si discorra di *fideiussio indemnitalis* con riferimento a fattispecie nella quale la funzione di garanzia viene piuttosto a porsi in via (succedanea e secondaria sì, ma) **del tutto autonoma** rispetto all'obbligo primario di prestazione, onde garantire il risarcimento del danno dovuto al creditore per l'inadempimento dell'obligato principale e, quindi, per un'obbligazione non soltanto futura ed eventuale (ciò che non costituirebbe di per sé ostacolo alla configurabilità di una fideiussione, avendo l'attuale art. 1938 c.c. posto termine ad un dibattito dottrinale e giuri-

sprudenziare formatosi nel vigore del precedente codice con l'ammettere esplicitamente la legittimità della fideiussione "anche per un'obbligazione condizionale o futura"), ma essenzialmente **diversa** rispetto a quella garantita, con l'ulteriore conseguenza che l'obbligazione del garante non diviene attuale prima dell'inadempimento della (diversa) obbligazione principale, verificatosi il quale sorge l'obbligo secondario del "risarcimento" del danno (*rectius*, dell'indennizzo conseguente all'inadempimento): viene irrimediabilmente vulnerato, in tal guisa, proprio quel meccanismo della solidarietà che attribuisce al creditore la *libera electio*, cioè la possibilità di chiedere l'adempimento così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile.

Venendo così meno la funzione di garantire, in senso preventivo, l'adempimento, la c.d. *fideiussio indemnitas* viene così definitivamente **allontanata dall'orbita della garanzia fideiussoria**, per acquisire una funzione reintegratoria (non del tutto aliena da un modello assicurativo).

Ulteriore, necessaria precisazione forniscono ancora le Sezioni Unite della Corte modificando, sia pur soltanto *in parte qua*, l'orientamento espresso dalla stessa Corte di legittimità con la sentenza n. 7712/2002 della terza sezione, la quale, dopo aver correttamente assimilato la polizza fideiussoria alla garanzia autonoma/atipica, aveva (scorrettamente) affermata la validità della polizza anche se stipulata in epoca successiva all'inadempimento dell'obbligazione dell'appaltatore: tale giudizio di validità configgeva, difatti, e patentemente, con i più elementari principi dettati in tema di libertà ed autonomia negoziale.

### Considerazioni conclusive

La sentenza in commento, che può a pieno titolo definirsi uno dei *Grand Arrets* della giurisprudenza di questi ultimi anni (e certamente uno dei migliori), illumina (si spera definitivamente) uno dei territori più oscuri e tormentati della materia contrattuale, quello, cioè, dei rapporti e delle differenze che caratterizzano le convenzioni negoziali di garanzia.

Assai pregevole appare, innanzitutto, l'*iter* argomentativo che conduce il collegio delle Sezioni Unite ad approfondire le ragioni che hanno indotto dottrina e giurisprudenza a ravvisare nelle clausole di pagamento accessorie una deroga (seppur variamente atteggiata) alla disciplina legale della fideiussione onde chiarire se di semplice deroga si tratti, ovvero di una così rilevante alterazione del "tipo" negoziale fideiussorio tale da provocare un *exodus* che conduca all'approdo al modello del *Garantievertrag* così come comunemente praticato nel commercio internazionale e, di recente, anche nazionale (nelle forme del *Bid Bond* o *Bietungsgarantie*, a garanzia del rispetto o del mantenimento di un'offerta contrattuale; del *Performance Bond* o *Leistungsgarantie* e del *Vertragserfüllungsgarantie*, quale garanzia di buona esecuzione di un contratto; del *Repayment Bond* e dell'*Advance payment Bond* o *Anzahlungsgarantie*, a copertura del rischio che l'appaltatore non rimborsi al committente il pagamento degli anticipi ricevuti in caso di mancata esecuzione dei lavori; del *Retention money Bond*, la cui origine è nella prassi in base alla quale il committente trattiene una parte dei pagamenti in occasione dei diversi stati di avanzamento dei lavori, al fine

di costituire un fondo di copertura per le spese eventuali da sostenere per riparare errori dell'appaltatore nell'esecuzione dei lavori) (5).

Ancor più apprezzabile appare la ricostruzione strutturale e funzionale dell'istituto del *Garantievertrag*, anch'essa compiuta con rigore ed esaustività tale da non lasciar più spazio (si spera!) ai dubbi interpretativi sorti all'indomani della (assai infelice) sentenza del 1987, che confuse clamorosamente il contratto autonomo di garanzia con la fideiussione corredata di clausola *solve et repete*.

Apprendiamo così (condividendolo totalmente) che, sotto l'aspetto morfologico, il contratto autonomo di garanzia costituisce espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322, comma 2, c.c., che si configura come un coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni fra **il destinatario della prestazione** (beneficiario della garanzia), **il garante** (di solito una banca straniera), **l'eventuale controgarante** (soggetto non necessario, che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera) e **il debitore della prestazione** (l'ordinante). Si ribadisce ancora che la caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione di cui agli artt. 1936 e seguenti c.c., è **la carenza dell'elemento dell'accessorietà**, e, soprattutto, si evidenzia, con salutare afflato di novità, come la diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si rifletta sulla **causa concreta** (concetto che, dopo 60 anni, approda finalmente in Cassazione nel 2006) (6) del *Garantievertrag*, la quale risulta essere quella **di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale**, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no: la prestazione dovuta dal garante, difatti, "è qualitativamente diversa da quella dovuta dal debitore principale, essendo (non quella di assicurare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto ma) semplicemente quella di assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento". Per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, esso si distingue, pertanto, dalla fideiussio-

### Note:

(5) Opportunamente la sentenza chiarisce come quelle ragioni risiedano nell'essere 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.

(6) Cfr. Cass. n. 10490/2006, edita in *I Contratti* 2007, 621, con nota di Rimoldi, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, *Nuova giur. civ. comm.* 2007, I, 299, con nota di Cucovillo, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*, *Riv. not.* 2007, II, 180, con nota di Ungari Transatti, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, *Dir. e pratica soc.* 2006, f. 16, 89, con nota di Sorrentino, *Assetto di interessi e causa del contratto*, *Corriere giur.* 2006, 1718, con nota di Rolfi, *La causa come "funzione economico sociale: tramonto di un "idolum tribus"?*. Con riferimento alla causa del contratto di *Sale and lease back*, cfr. Cass. 29 marzo 2006, n. 7296, in *Dialoghi dir. trib.* 2006, 645, con nota di Covino; in tema di *Factoring*", cfr. Cass. 24 giugno 2003, n. 10004, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, I, 158, con nota di Finelli.

ne, giacché mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante 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 proprio per effetto della causa concreta della convenzione. Ne consegue, in definitiva, "la sua fuoriuscita dal modello fideiussorio, essendo il rapporto affidato per intero all'autonomia privata nei limiti fissati dall'art. 1322, comma 2, c.c. ed essendo la causa del contratto quella di coprire il rischio del beneficiario mediante il trasferimento dello stesso sul garante".

Il riferimento, come oggetto della garanzia *de qua*, al rischio contrattuale da preservare (ovvero all'interesse economico sotteso all'obbligazione principale) rappresenta così la soluzione funzionale a superare l'apparente ossimoro celato nel sintagma "garanzia autonoma" (atteso che il concetto di garanzia presuppone ontologicamente una relazione di accessorietà con il *quid alii* che deve essere garantito), con la conseguenza che la garanzia sarebbe **autonoma** rispetto all'obbligazione principale ma pur sempre **accessoria** rispetto all'interesse economico ad essa sottostante, così evitandosi la (preoccupante) conseguenza di individuare nel rapporto principale il termine della *relatio* e di assimilare in tal modo la garanzia autonoma a quella accessoria.

Non meno convincente il *dictum* del supremo collegio nella accurata ricostruzione del *profilo funzionale* dell'istituto, il cui regime "autonomo" trova un limite quando:

- le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia ovvero al rapporto garante/beneficiario;
- il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito, "trattandosi pur sempre di un contratto (di garanzia) la cui essenziale - quindi inderogabile - funzione è quella di garantire un determinato adempimento";
- la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta;
- risulti efficacemente opponibile la c.d. *exceptio doli generalis seu presentis*, perché evidente certo e incontestabile è apparso il venir meno del debito garantito, per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa (nel senso che il garante non è autorizzato ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimatigli, a pena di perdita del regresso nei confronti del debitore principale).

Ancora appagante, e finalmente volta a fugare tutti i dubbi (e tutti gli equivoci) in ordine alla *relatio imperfecta* tra i protagonisti della convenzione di garanzia atipica appare la sentenza nella parte in cui evidenzia come la più rilevante differenza operativa tra la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia non riguardi 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. Rilevano, difatti, i supremi giudici che, se il pagamento non risulti dovuto per motivi attinenti al rapporto di base, il garante (dopo aver pagato a prima/semplificata 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**, atteggiandosi 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 né di eccepire alcunché, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento. L'effetto (il vero, peculiare effetto della garanzia autonoma) è quello 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, onde, 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". 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. (7).

Così ricostruiti i caratteri strutturali ed effettuali del contratto autonomo di garanzia, pare innegabile che, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, ad esso **non possa applicarsi la norma dell'art. 1957 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 della obbligazione fideiussoria (così Cass. n. 3964/1999 cit., ancora in tema di polizza fideiussoria; Cass. n. 11368/2002, in motivazione) instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obli-

#### Nota:

(7) Va in proposito ricordato che l'art. 20 della Convenzione Unificata, 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.

gazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma.

Sono così affrontate e superate tutte le critiche mosse dalla dottrina a tale ricostruzione della fattispecie vengono tutte efficacemente superate dal supremo collegio, critiche che possono così riassumersi:

1) la banca garantisce non già la prestazione primaria (cioè l'esecuzione dell'opera o della fornitura), bensì quella secondaria, che consiste nel pagamento di una somma di denaro prestabilita (la quale spesso assume i caratteri della clausola penale): ciò consentirebbe di ritenere che vi sia identità tra l'oggetto della prestazione garantita e quello dell'obbligazione di garanzia, trattandosi in entrambi i casi di una (anzi della stessa) somma di denaro. Da questo punto di vista, la differenza con la fideiussione è meno marcata, giacché l'indennità non solo può essere in certi casi omogenea alla prestazione pecuniaria ed originaria del debitore, ma è comunque omogenea rispetto alle prestazioni pecuniarie secondarie del debitore (derivino esse da un risarcimento del danno o da una clausola penale);

2) con specifico riguardo alla garanzia (c.d. definitiva) dovuta all'Amministrazione appaltante, ai sensi dell'art. 30, comma 2, legge n. 109/1994, 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;

3) non si è mancato poi di sottolineare, per altro verso, che il concetto di fungibilità e infungibilità della prestazione appare qualificazione giuridica tra le più sfuggenti, cui, del resto, non sempre è riconosciuto un autonomo significato, trattandosi di un problema di interpretazione in senso lato, di talché la fungibilità di un'obbligazione non dipenderebbe tanto dal tipo di prestazione o dalla natura del suo oggetto secondo criteri astratti, ma avrebbe da esser valutata in concreto, tenuto conto anche dell'interesse del creditore, ex art. 1173 c.c. (ciò che ha consentito alla moderna dottrina di considerare fungibile anche l'adempimento delle obbligazioni di fare - così superandosi la tradizionale impostazione, figlia del codice del 1865, propensa a ritenere che soltanto l'obbligazione pecuniaria potesse essere garantita da fideiussione -, coerentemente con il disposto dell'attuale art. 1936 c.c. - il cui *pendant* è costituito dal § 765, comma 1, del BGB -, il quale non contiene alcuna distinzione esplicita in argomento, indicando solo che la fideiussione garantisce "l'adempimento di un'obbligazione altrui", così venendo meno qualsivoglia argomento letterale a favore dell'idea di un'identità di contenuto dell'obbligazione principale e dell'obbligazione fideiussoria, mutando il precedente richiamo dell'art. 1898 c.c. abrogato alla "stessa obbligazione");

4) si è infine rilevato che l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria non implicherebbe una assoluta ed uni-

voca dipendenza del rapporto di garanzia dal rapporto garantito, in quanto la fideiussione, al pari di qualsiasi altro rapporto obbligatorio, vive e si mantiene in questa relazione funzionale con una individualità propria, e che il nostro ordinamento non conosce una nozione tecnica di accessorialità, ossia una disciplina unitaria del fenomeno, onde la "relativizzazione" del requisito in parola, intesa come conseguenza dell'acquisita autonomia causale della fideiussione, manifestandosi nell'ordinamento il riconoscimento di una certa indipendenza dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella garantita, con un'implicita retrocessione del requisito dell'accessorialità a un livello non essenziale (8).

Altro indiscutibile merito della sentenza in commento è quello di avere affrontato e risolto **il problema dell'astrazione**.

Le Sezioni Unite ritengono, difatti, "non decisiva" l'obiezione secondo la quale, nel nostro ordinamento, un'astrazione assoluta dell'elemento causale, in cui la sorte o i difetti dell'obbligazione sottostante non abbia-

#### Nota:

(8) In argomento, *funditus*, senza alcuna pretesa di completezza, Arcella, *La polizza fideiussoria: natura giuridica e disciplina applicabile*, in *Giust. civ.*, 1996, II; Barbieri, *La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale*, in *Giur. it.*, 1999; Barilà, *Il Garantievertrag nella teoria e nella prassi tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2004; Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1987; Bosa, *La polizza fideiussoria «cauzioni pubblici appalti di lavori o forniture» tra modello normativo e autonomia contrattuale*, in *Obblig. e contratti*, 2008; Botta, *Garanzie autonome e disciplina delle eccezioni opponibili*, in *Notariato*, 2009; Botta, *Le polizze fideiussorie*, 1999; Calderale, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il «big sleep» delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 1988, I, 346; Cavaliere, *Le polizze fideiussorie tra assicurazione e garanzia*, in *Giur. it.*, 1991, IV; Ciaccia, *Le polizze fideiussorie*, in *Nuova giurispr. civ. comm.*, 2002, II; Costanza, *Adempimento del debito garantito e clausola di pagamento a vista e senza eccezioni*, in *Banca, borsa ecc.*, 1988, II; Cuccovillo, *Pagamento a prima richiesta e decadenza del creditore tra autonomia e accessorialità della garanzia*, in *Riv. dir. civile*, 2005, II; Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato di dir. comm.*, dir. da Buonocore, 2006; Frigeni, *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa ecc.*, 2003, II; Gambino, *Fideiussione, fideiussio indemnitas e polizze fideiussorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II; Garofalo, *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004; Giampetraglia, *L'assicurazione fideiussoria*, in *Rass. dir. civ.*, 1990; Grippo, *Le garanzie personali - La fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, in *Trattato dir. priv.*, dir. da Bessone, vol. XI, I, 2007; Lipari, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1986, II; Mancuso, *Ancora un intervento della Corte Suprema in ordine all'individuazione della disciplina applicabile al controverso fenomeno dell'assicurazione fideiussoria*, in *Assicurazioni*, 2005, II; Mannino, *Fideiussione e accessorialità*, in *Europa e diritto privato*, 2001; Meo, *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contratto e impresa*, 1998; Id., *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, in *Banca, borsa ecc.*, 1995, I; Pardolesi, *Polizza fideiussoria in cerca d'identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*, in *Foro it.*, 2001, I; Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, 1978, II; Rossetti, *Garantievertrag e garanzie "a prima richiesta"*, in *Assicurazioni*, 2008, II; Russo, *La rinuncia alle eccezioni fideiussorie nelle garanzie assicurative: spunti per una diversa impostazione del problema*, in *Assicurazioni*, 1997; Toschi Vespasiani, *La decadenza del creditore dal diritto di escutere la fideiussione ex art. 1957 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008; Vinciguerra, *Ancora una pronuncia in tema di distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Dir. e giur.*, 2005; Viti, *Polizza fideiussoria: natura giuridica e sua assimilabilità al contratto autonomo di garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004.

no mai alcuna ripercussione sull'obbligazione astratta di garanzia, non pare a tutt'oggi legittimamente predicabile.

Condivisibilmente rilevano i supremi giudici che, tra astrazione assoluta e accessorietà (intesa nel senso tradizionale) si stagliano diverse gradazioni di strutture negoziali che il legislatore di volta in volta legittima, secondo un giudizio di valore rispetto ai vari interessi coinvolti: l'accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale assume, in particolare, un carattere certamente più elastico, di semplice collegamento/coordinamento tra obbligazioni, ma non viene del tutto a mancare, come dimostrato, da un lato, dalla rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano comunque il rapporto sottostante (*supra*, sub 6.2); dall'altro, dal meccanismo di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse.

Viene in proposito richiamata, del tutto opportunamente, la pronuncia della terza sezione della Corte di legittimità n. 10490/2006 (9), predicativa di una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che la configurava come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio, ricostruendo tale elemento in termini di *sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare* (al di là del modello, anche tipico, adoperato) (10). E le Sezioni Unite ritengono "innegabile" che di *causa negotii* sia lecito discorrere, in termini di sua concreta esistenza, anche con riferimento al contratto autonomo di garanzia e alla polizza fideiussoria, ad esso assimilabile *quoad effecta*: la funzione individuale del singolo, specifico negozio (*id est* della polizza fideiussoria) è 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.

Altro indiscutibile merito della sentenza in commento (anche se la questione non formava specificamente oggetto di ricorso) è stato quello di aver affrontata e risolta la connessa questione **dell'idoneità o sufficienza della clausola di pagamento a prima o semplice richiesta (o senza eccezioni) a trasformare un contratto di fideiussione (pur atipico) in un Garantievertrag**. A tale riguardo, premessa l'esistenza di due non omogenei orientamenti della giurisprudenza di legittimità che (pur nella consonanza delle affermazioni secondo cui, *da un lato*, la qualificazione della garanzia come contratto autonomo di garanzia o di fideiussione (eventualmente atipica) si risolve in un apprezzamento dei fatti e delle prove da parte del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato - Cass. n. 4981/2001; n. 10637/2002; n. 11368/2002; n. 13001/2006; n. 2464/2004 -, essendo privo di valore il *nomen iuris* utilizzato dalle parti per designare la garanzia; *dall'altro*, a fronte della qualificazione della garanzia come fideiussoria, soggetta, in quanto tale, alla sorte del debito principale, la parte che faccia valere la diversa configurazione di detta garanzia come autonoma, e, quindi, svincolata dal debito principale, ha l'onere di dedurre gli elementi oggettivi sui quali tale configurazione si fonda - Cass. n. 8540/2000) - appariva, sul punto, contrastante (11), le Sezioni

Unite ritengono che debba essere data continuità **all'orientamento della "qualificazione automatica"**, che ha l'ineliminabile pregio di consentire, *ex ante*, la necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in caso di controversia, restringendo le maglie di aleatori spazi ermeneutici sovente forieri di poco comprensibili disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate, così che la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del *Garantievertrag*, salva evidente, patente, irridimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale.

#### Note:

(9) Il cui contenuto verrà poi ribadito, sia pur in *obiter*, dalle stesse Sezioni Unite con le 4 pronunce dell'11 novembre del 2008, rese in tema di danno non patrimoniale.

(10) "Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti, causa, dunque, ancora oggettivamente iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, secondo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga affine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale" si legge nella motivazione della sentenza del 2006.

(11) Un primo indirizzo è difatti nel senso che l'inserimento di clausole del genere valga di per sé a qualificare il negozio del quale come contratto autonomo di garanzia, essendo incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione (Cass. n. 3552/1998, in motivazione; n. 6757/2001; n. 3257/2007 cit.; n. 14853/2007; n. 11890/2008, in motivazione; in particolare, Cass. n. 8248/1998 ha qualificato la garanzia come autonoma in presenza di una clausola di pagamento "a prima richiesta", con esclusione del *beneficium excussionis* e dell'accertamento dell'inadempimento da parte dello stesso creditore garantito sulla base della contabilità dell'appalto), mentre un secondo filone interpretativo opina invece che il contratto non assume i connotati del contratto autonomo di garanzia per il solo fatto di presentare un patto che obblighi il garante a pagare, sulla richiesta del beneficiario, il quale gli dichiara essersi verificati i presupposti per l'esigibilità della garanzia, e senza poter opporre eccezioni attinenti al rapporto di base: la distinzione tra fideiussione e *Garantievertrag* andrebbe tratta, infatti, anche dalla considerazione dei profili funzionali della garanzia, e nel secondo caso la funzione 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 quella, prossima a quella della cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di danaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti. Un patto di rinuncia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe, peraltro, il tipo contrattuale, che resta caratterizzato, come la fideiussione, dal principio di accessorietà (artt. 1939 e 1945 c.c.): la clausola è dunque in sé valida, giacché, pur con riguardo alla causa del contratto di fideiussione ed alla relativa disciplina, essa costituisce una manifestazione di autonomia contrattuale, che resta nei limiti imposti dalla legge (art. 1322 c.c.), dalla quale si trae, insieme, che clausole limitative della possibilità di proporre eccezioni sono in certa misura ed a determinate condizioni consentite dall'ordinamento (art. 1341, comma 2, c.c.), e che una clausola del tipo di quella di cui si discute non è in contrasto con l'aspetto essenziale del contratto di fideiussione, aspetto rappresentato dall'accessorietà (così Cass. n. 2909/1996, in motivazione; nel senso che, ai fini della distinzione del contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia, ancora di recente, Cass. n. 5044/2009 cit.).