

cessuale a lui indirizzato — sembrerebbe adeguatamente edotto della propria posizione giuridica e non potrebbe invocare l'ignoranza di ledere l'altrui diritto di cui all'art. 1147 c.c. Tuttavia, secondo una tesi, in ipotesi di possesso di un bene che sia stato acquisito in forza di un contratto poi dichiarato nullo, ove sussista la buona fede alla data del suddetto acquisto, questa non verrebbe esclusa dalla mera proposizione della domanda rivolta a far valere quella nullità, ed il possessore sarebbe tenuto alla restituzione dei frutti solo a partire dalla data della domanda di rilascio<sup>9</sup>. Ciò poiché in tal caso emergerebbe con maggior nitore l'esigenza di tutela del legittimo affidamento dell'acquirente in buona fede. Egli infatti — a differenza del *possessor* — non versa in una situazione di mero fatto e, pertanto, potrebbe confidare nella fondatezza della propria titolarità fino al momento di definizione del giudizio. Sembrerebbe inoltre opportuno applicare tale regola anche al testamento successivamente dichiarato nullo. Ciò sia in virtù di quanto sopra osservato in riferimento al contratto sia in ossequio al c.d. *favor testamenti*, ovvero il particolare riguardo che l'ordinamento riserva alle volontà di una persona defunta.

GIORGIO RISPOLI


## POLIZZA FIDEIUSSORIA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 18 febbraio 2010, n. 3947 — CARBONE *Presidente e Relatore* — IANNELLI P.M. (conf.) — Ater, Azienda territoriale per l'edilizia residenziale della Provincia di Perugia (avv.ti Cutini, D'Angelantonio) - Lloyd Italiano Assicurazioni s.p.a. (avv.ti Cascino, Scofone).

*Cassa con rinvio App. Perugia, n. 183/2003.*

**Contratti in genere — Contratti atipici — Polizza fideiussoria — Natura — Disciplina** (C.c. artt. 1322, 1362 e segg., 1957).

*La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto. Con la precisazione, peraltro, della invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite (1).*

 *Omissis.* — È opportuno premettere, ad avviso del collegio, alcune più generali premesse in ordine ai rapporti tra negozio tipico di fideiussione e negozio atipico di garanzia (cd. *Garantievertrag*) che consentano di pervenire a

soddisfacente soluzione in diritto con riguardo alla vicenda processuale di cui queste sezioni unite risultano oggi investite.

6. 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 (così, ex aliis, 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 sospensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile per *facta concludentia*, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile ed immodificabile ex art. 1411 c.c., comma 3 (Cass. n. 23708/2008 e n. 13661/1992); non rileva, difatti, che il contratto sia stato eventualmente stipulato anche con la partecipazione del creditore garantito, derivandone l'esclusivo effetto di obbligare direttamente la compagnia assicuratrice nei confronti del creditore stesso ed impedire che quest'ultimo, quale beneficiario della prestazione negoziata a suo favore dal debitore, possa dichiarare di non aderire alla stipulazione secondo la disciplina del contratto a favore del terzo (Cass. n. 7766/1990), anche se, alla forma giuridica bilaterale della stipulazione — in relazione alla quale il committente è terzo — corrisponde un'operazione economica sostanzialmente trilaterale, in cui l'unica parte effettivamente interessata alla validità del contratto è il beneficiario della polizza, che ad essa condiziona l'erogazione delle sue prestazioni, potendo lo stipulante appaltatore anche non avere interesse all'effettiva validità ed efficacia dell'assicurazione (così, ancora, Cass. n. 23708/2008).

Deve, pertanto, convenirsi con la più attenta dottrina che ricostruisce la fattispecie riconoscendo al debitore principale la qualità di parte del contratto — per assumerne la veste di stipulante —, al garante la veste di promittente, al creditore principale quella di (terzo) beneficiario (con la precisazione che, nella normalità dei casi, il testo della garanzia viene in realtà imposto dal beneficiario, il quale non lascia al debitore ordinante margini di negoziazione in ordine alle condizioni contrattuali: né è escluso che il garante, su incarico del cliente-debitore, stipuli il contratto direttamente con il creditore).

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 c.c., comma 2, la fideiussione sia efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza: 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 con-

del consenso a contratto definitivo, convengono l'anticipata esecuzione di alcune delle obbligazioni nascenti da questo, quale la consegna immediata della cosa al promissario acquirente, con o senza corrispettivo — la disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente ha luogo con la piena consapevolezza dei contraenti che l'effetto traslativo non s'è ancora verificato, risultando, piuttosto, dal titolo l'altruità della cosa. Ne consegue che deve ritenersi inesistente nel promissario acquirente l'*ani-*

*mus possidendi*, sicché la sua relazione con la cosa va qualificata come semplice detenzione, con esclusione dell'applicabilità alla fattispecie della disciplina di cui all'art. 1148 c.c., relativa all'obbligo del possessore in buona fede di restituire i frutti percepiti dopo la domanda giudiziale».

<sup>9</sup> Sul punto Cass., 4 giugno 1985, n. 3315, in *Mass. Giur. It.*, 1985; cfr. Trib. Cagliari, 23 gennaio 1996, in *Riv. Giur. Sarda*, 1997, 366, con nota di SPIGA.

tratto 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).

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 essere anche a 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).

7. Quanto alla natura giuridica delle polizze, la giurisprudenza di questa corte le ha diacronicamente considerate, sotto l'aspetto tipologico, di volta in volta come sottotipo innominato di fideiussione (Cass. n. 221/1963), come figura contrattuale intermedia fra il versamento cauzionale e la fideiussione, come contratto atipico, come contratto misto risultante dalla fusione di elementi propri di vari contratti (tra le tante: Cass. n. 2899/1968; n. 1292/1978; n. 6155/1982; n. 5981/1986; n. 6499/1990; n. 13661/1992; n. 3940/1995; n. 6823/2001; n. 11261/2005; n. 3257/2007; n. 14853/2007; n. 11890/2008, in motivazione; n. 12871/2009).

In particolare, 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.

Va altresì sottolineato che, pur essendo prestata spesso da un'impresa di assicurazione, la funzione della polizza non consiste nel trasferimento o nella copertura di un rischio — che assume un rilievo assai marginale, essendo la prestazione del garante svincolata da un preciso ed obiettivo accertamento del suo presupposto (il quale è demandato allo stesso beneficiario) — ma in quella di garantire al beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dallo stesso contraente, anche quando l'inadempimento sia dovuto a volontà dello stesso e questi sia solvibile.

8. Secondo un primo orientamento della giurisprudenza di questa 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; mentre Cass. n. 11038/1991 e n. 6757/2001 si esprimono nel senso che, nelle ipotesi di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente-debitore in ordine alla formazione del rapporto principale, non trovi applicazione la disciplina dell'art. 1892 c.c. sull'assicurazione, dovendo la validità del contratto essere piuttosto valutata alla stregua delle regole dell'annullabilità per errore o dolo).

Peraltro, in senso opposto, Cass. n. 2297/1975, n. 3457/1981, n. 7028/1983, n. 14656/2002 si esprimono nel senso

dell'applicabilità della normativa sull'assicurazione, in particolare dell'art. 2952 c.c., comma 1, quanto alla prescrizione annuale delle rate di premio).

8.1. Di segno speculare, invece, l'orientamento secondo il quale (pur ritenendosi la convenzione in parola — tanto se diretta a garantire al beneficiario l'adempimento dell'obbligazione originariamente assunta verso di lui dal contraente della polizza quanto se volta ad assicurarli la somma dovuta per inadempimento o inesatto adempimento funzionale a garantire un obbligo altrui secondo lo schema previsto dall'art. 1936 cod. civ., affiancando al primo un secondo debitore di pari o diverso grado), la polizza fideiussoria, se prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, non ripete i caratteri morfologici della fideiussione, ma si configura come garanzia atipica (cd. fideiussio indemnitas), 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. Dal suo canto, autorevole dottrina evidenzia che 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 medesima dottrina propone, così, l'applicazione del cd. metodo "tipologico", che consentirebbe di rintracciare, nella trama del contratto in questione, sotto-strutture negoziali differenti mediante un'opera di destrutturazione del contratto che offra all'interprete l'opportunità di individuare diverse caratteristiche tipologiche che solo successivamente verranno utilizzate al fine di determinare (sempre senza valicare i limiti dell'incompatibilità) il mix disciplinare che meglio risponde all'esigenza di regolare il rapporto (mentre da altra parte si invita a considerare la naturale propensione delle polizze a modellarsi in funzione delle diverse esigenze di garanzia di volta in volta soddisfatte e a cogliere e valorizzare il *quid proprium* delle diverse configurazioni assunte nella prassi, rifuggendo da aprioristici tentativi di generalizzazione e di riduzione a un "tipo").

Sulla polizza fideiussoria si riverbera così l'eco del dibattito sul contratto autonomo di garanzia (Garantievertrag) e sulla sua causa.

8.2. Pur non essendo questa la sede per approfondire gli esiti di tale questione, pare sufficiente considerare che, secondo una diffusa opinione, la funzione del Garantievertrag 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, contrariamente a 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 un "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 predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

Ne consegue che polizze fideiussorie e fideiussione, pur accomunate dal medesimo (generico) scopo di offrire al creditore-beneficiario la garanzia dell'esito positivo di una determinata operazione economica, si distinguono perché le prime (se prestate a garanzia di obbligazioni infungibili) appartengono alla categoria delle cd. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle cd. 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.

8.3. Ancora con specifico riguardo alle polizze fideiussorie, l'introduzione, nelle condizioni generali di contratto, di 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), 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.

La previsione di siffatte clausole di pagamento 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, in motivazione). A tale riguardo, questa corte ha avuto modo di affermare 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 "una valida espressione di autonomia negoziale".

9. 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 sull'art. 1947 c.c. (compensazione opposta dal garante con un debito del creditore verso il debitore principale), art. 1956 (liberazione del fideiussore per obbligazione futura assunta dal creditore), art. 1957 (decadenza prevista per l'ipotesi che il creditore non coltivi dopo la scadenza dell'obbligazione la propria pretesa nei confronti del debitore principale).

9.1. Secondo un 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'onere 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).

9.2. È dunque opportuno approfondire le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza di questa corte a ravvisare nelle clausole di pagamento in oggetto 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 provocarne 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).

Quelle ragioni risiedono 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.

9.3. Sotto l'aspetto morfologico, il contratto autonomo di garanzia costituisce espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c., comma 2, 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). Caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione di cui agli artt. 1936 e seguenti cod. civ., è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante s'impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni in ordine alla validità e/o all'efficacia del rapporto di base, e identico impegno assume il controgarante nei confronti del garante (così Cass. n. 1420/1998; sulla controgaranzia autonoma, Cass. n. 12341/1992 specifica che l'obbligo di pagamento del garante secondo il meccanismo dell'adempimento "a prima richiesta", tanto della "garanzia" che della "controgaranzia", si attiva a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale, restando irrilevante l'avvenuto adempimento del contratto collegato a catena).

La diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si riflette sulla causa concreta (in argomento, funditus, Cass. 10490/06) 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: infatti, la prestazione dovuta dal garante 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 (Cass. n. 2377/2008 cit., proprio con riguardo alle polizze fideiussorie); per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, esso si distingue, pertanto, dalla fideiussione, giacché mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore prin-



cipale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante si obbliga (non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto) a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta (Cass. n. 27333/2005; n. 4661/2007): 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 c.c., comma 2 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) ha rappresentato una 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 un quid che dev'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.

9.4. Sotto il profilo funzionale, il regime "autonomo" del Garantievertrag trova un limite quando: le eccezioni attingano alla validità dello stesso contratto di garanzia (Cass. n. 3326/2002 cit.) ovvero al rapporto garante/beneficiario (Cass. n. 6728/2002, sul diritto del garante di opporre al beneficiario la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei suoi confronti); il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito (Cass. n. 10652/2008, in motivazione, "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 (Cass. n. 3326/2002; n. 26262/2007; n. 5044/2009); sia proponibile la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*, perché risulta evidente, certo ed incontestabile 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: Cass. n. 10864/1999; n. 917/1999; n. 5997/2006; in generale, sull'obbligo del garante di opporre l'*exceptio doli* a protezione del garantito dai possibili abusi del beneficiario, Cass. n. 10864/1999; n. 5997/2006; n. 23786/2007; n. 26262/2007; sull'obbligo del garante di fornire la prova certa ed incontestata dell'esatto adempimento del debitore ovvero della nullità del contratto garantito o illiceità della sua causa: Cass. n. 3964/1999; n. 10652/2008), mentre discussa è la conseguenza della impossibilità sopravvenuta della prestazione principale non imputabile al debitore (che, secondo una recente giurisprudenza di merito — App. Genova 25 luglio 2003 — sarebbe a sua volta causa di estinzione della garanzia).

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.

9.5. 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, atteggiandosi alla clausola di pagamento in questione come una ordinaria clausola *solvet et repetet* 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 (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 trattenerne 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).

10. Chiarite così le differenze operative tra fideiussione (eventualmente resa atipica dall'inserimento delle clausole in questione) e Garantievertrag, va affrontato e risolta la speculativa 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, si segnalano due non omogenei orientamenti della giurisprudenza di questa Corte 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) — appare, sul punto, contrastante: — un primo indirizzo è nel senso che l'inserimento di clausole del genere valga di per sé a qualificare il negozio di quo 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); — un secondo filone interpretativo è invece nel senso 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 accessoria (artt. 1939 e 1945 cod. civ.): 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 cod. civ.), 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 c.c., comma 2), 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'accessoria (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.).

Pur se non direttamente investite della questione, vertendo il contrasto di giurisprudenza oggi sotto posto all'esame del collegio sulla natura e sulla disciplina applicabile alle polizze fideiussorie, queste sezioni unite ritengono che debba essere data continuità al primo degli orientamenti citati, 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.

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

10.2. Per ciò che più specificamente concerne l'oggetto della questione sottoposta al collegio, è opportuno ripercorrere, in sintesi, le divergenze manifestatesi nella giurisprudenza di questa corte sui profili di seguito indicati.

10.3. 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 del tutto disomogenea rispetto al sistema delle garanzie di tipo soddisfacitorio proprie delle prestazioni fungibili caratterizzate dall'identità della prestazione e dal vincolo della solidarietà (sussidiarietà)/accessoria —, 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. 2377/2008 cit.; n. 7712/2002).

10.4. Queste sezioni unite intendono dare continuità al secondo degli orientamenti poc'anzi ricordati.

Non appaiono decisive, difatti, 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 obietta, difatti, che 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. Si è anche osservato che, 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). 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.

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 venen-

do 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"). Si è infine rilevato che l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria non implicherebbe una assoluta ed univoca 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 accessorietà, 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'accessorietà a un livello non essenziale.

11. Le considerazioni che precedono non appaiono decisive al fine di predicare una non realistica consonanza tra polizza fideiussoria e convenzione di garanzia tipica ex art. 1936 c.c. Al di là della osservazione (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 fideiussione *indemnitate* con riferimento a fattispecie nella quale la funzione di garanzia viene piuttosto a porsi in via (sucedanea 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'obbligato 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 giurisprudenziale 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 cd. fideiussione *indemnitate* pare definitivamente espunta dall'orbita della garanzia fideiussoria, per acquisire una funzione reintegratoria (non del tutto aliena da un modello assicurativo).

Né decisiva appare, ancora, 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 abbiano mai alcuna ripercussione sull'obbligazione astratta di garanzia, non pare a tutt'oggi legittimamente predicabile.

Va premesso, in proposito, che, tra astrazione assoluta e accessorietà (intesa nel senso tradizionale) si stagliano orizzonti che abbracciano 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 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.

Va inoltre considerato che, come condivisibilmente affermato dalla terza sezione di questa corte con la sentenza 10490/06 (e poi ribadito, sia pur in *obiter*, da queste stesse sezioni unite con le 4 pronunce dell'11 novembre del 2008, rese in tema di danno non patrimoniale), appaia oggi predicabile 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 (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), 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).

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 al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale.

È innegabile, pertanto, 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*. È altresì innegabile, nel caso di specie, che la forma di garanzia prescelta dalle parti, in alternativa al deposito cauzionale in denaro o titoli, non sia stata quella della fideiussione, bensì quella della polizza fideiussoria, alternativa e, per l'effetto, sostitutiva forma di prestazione della cauzione stessa, "consentita" (così, letteralmente, il testo negoziale rilevante in parte qua) dall'amministrazione appaltante senza essere accompagnata da alcuna dichiarazione abdicativa di tutti gli altri poteri e facoltà spettanti sulla base della normativa di settore vigente *ratione temporis*. La funzione individuale del singolo, specifico negozio (*id est* della polizza fideiussoria) è stata dunque quella di sostituire la tradizione 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.

Va pertanto affermato il seguente principio di diritto: la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto. Con la precisazione, peraltro, della invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite.

P. Q. M.

La corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rimette le parti innanzi alla corte di appello di Perugia, in altra composizione, che provvedere alla liquidazione anche delle spese del giudizio di cassazione. — *Omissis*.

### (1) Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite

SOMMARIO: 1. La prima parte della massima. — 1.1. Il primo passaggio del ragionamento sotteso alla prima parte della massima. Critica. — 1.2. Il secondo passaggio del ra-



gionamento sotteso alla prima parte della massima. — 1.3. (*Segue*): Critica. — 1.4. Le “cause” della garanzia autonoma. — 1.5. Causa in astratto e causa in concreto. — 2. Le affermazioni incidentali. — 2.1. La struttura della polizza fideiussoria. — 2.2. Le differenze tra la polizza fideiussoria e la fideiussione, secondo le Sezioni unite. — 2.3. La natura della polizza fideiussoria. — 2.4. Le differenze tra la garanzia autonoma e la fideiussione, secondo le Sezioni unite. — 3. La seconda parte della massima. — 4. Meritevolezza vuol dire non illiceità, non vuol dire non futilità.

### 1. La prima parte della massima.

Con la prima parte della massima in commento, le Sezioni unite hanno affermato che la polizza fideiussoria<sup>1</sup> stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore consiste non in una fideiussione bensì in un’atipica garanzia autonoma, in considerazione del fatto che la compagnia di assicurazione garante non può sostituire l’appaltatore nell’adempimento della prestazione principale, sicché il committente può pretendere dalla compagnia di assicurazione solo un risarcimento del danno; essendo questa prestazione diversa da quella principale cui il committente aveva diritto in base al contratto di appalto, non può configurarsi quel rapporto di solidarietà che costituisce un presupposto tipico della fideiussione<sup>2</sup>.

Il ragionamento svolto dalle Sezioni unite per giungere alla formulazione della massima si articola in due passaggi.

#### 1.1. Il primo passaggio del ragionamento sotteso alla prima parte della massima. Critica.

Il primo passaggio consiste in una petizione di principio: ritengono le Sezioni unite che, in caso di garanzia di una prestazione infungibile, poiché il garante non potrà che essere chiamato ad eseguire la prestazione risarcitoria, che è una prestazione diversa rispetto all’obbligazione principale, il creditore non ottiene una garanzia «in senso preventivo» dell’adempimento, bensì solo una garanzia in senso successivo del risarcimento del danno; garanzia in senso successivo che non è una fideiussione, in quanto questa presuppone la possibilità di chiedere l’adempimento «così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile»<sup>3</sup>.

Senonché, garantire con una fideiussione una prestazione infungibile è impossibile per definizione, per le ragioni dette dalle Sezioni unite; ciò non toglie che (ai sensi dell’art. 1938 c.c., che ammette la fideiussione per un’obbligazione condizionale) si possa garantire con una fideiussione la fungibile prestazione risarcitoria che nasca in capo al debitore in caso di (cioè a condizione dell’) inadempimento della prestazione infungibile; con la conseguenza che, all’atto dell’inadempimento della prestazione principale da parte del debitore, il credito alla prestazione risarcitoria diventa esigibile contestualmente nei confronti del debitore e del fideiussore e il creditore può chiedere l’adempimento della prestazione risarcitoria «così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile», secondo quello che è il presupposto che le Sezioni unite ritengono necessario affinché vi sia una fideiussione.

Come si vede, è sufficiente intendersi su quale sia la prestazione garantita per ammettere che la garanzia di detta prestazione possa consistere tanto in una fideiussione quanto in una garanzia autonoma.

#### 1.2. Il secondo passaggio del ragionamento sotteso alla prima parte della massima.

Il secondo passaggio si occupa del tema del causalismo e dell’astrazione e consiste nel giustificare l’ammissibilità dell’intero spettro delle garanzie autonome replicando a chi le consideri astratte per il fatto di non essere accessorie e, quindi, le consideri nulle perché il nostro ordinamento non ammette l’astrazione (se non nel caso dei titoli di credito<sup>4</sup>). Se così fosse — se, cioè, non fossero ammissibili garanzie autonome — la polizza fideiussoria a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore non potrebbe consistere in una garanzia autonoma, come ritenuto dalla massima in commento, e ciò a prescindere dalle considerazioni sopra svolte in ordine all’oggetto della garanzia (v. parr. 1 e 1.1).

Le Sezioni unite, sul presupposto che la causa consista nella funzione economico individuale del contratto («funzione individuale del singolo, specifico contratto», si legge in motivazione)<sup>5</sup>, ritengono che l’intera categoria delle garanzie autonome, e in particolare la garanzia autonoma oggetto del giudizio, sia fornita di

<sup>1</sup> Tra gli scritti più recenti e informati in tema di polizza fideiussoria, si segnalano MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2009, 504 e segg.; CUCCOVILLO, *Polizza fideiussoria e contratto autonomo di garanzia: una distinzione sfumata?*, in *Banca Borsa*, 2008, II, 100 e segg.; ID., *Sull’invalidità delle clausole di delimitazione temporale delle garanzie personali*, *ivi*, 277 e segg.; RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, in AA.VV., *I contratti di garanzia* a cura di Mastropaolo, I, in *Trattato dei contratti* a cura di Rescigno, Gabrielli, Torino, 2006, 851 e segg. Sul tema più generale delle garanzie autonome, resta ancora imprescindibile PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989. Più di recente, oltre alla citata opera di Macario e a quella in due volumi a cura di Mastropaolo, v. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009 (a quest’opera valga il riferimento per ogni affermazione contenuta nel testo della presente nota per la quale non sia indicato altro rinvio); FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di Buonocore, Torino, 2006, 131-258; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 493-500; BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantie-*

*vertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt a.M., 2005.

<sup>2</sup> Così già Cass., 27 maggio 2002, n. 7712, in *Danno e Resp.*, 2002, 946, con osservazioni di AGNINO e Id., 31 gennaio 2008, n. 2377, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, I, 128.

<sup>3</sup> In questo ragionamento si sente l’eco di BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, 192 e segg., il quale distingue le garanzie soddisfatorie, che garantiscono obbligazioni fungibili, dalle garanzie indennitarie, che garantiscono obbligazioni infungibili.

<sup>4</sup> Ma v. GALGANO, *Il concetto di titoli di credito*, in *Contratto e Impresa*, 2009, 285 e segg., il quale ritiene che neppure i titoli di credito costituiscano atti astratti.

<sup>5</sup> Così già Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. It.*, 2007, 2203, con nota redazionale di BOSCHETTI e Id., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. Civ.*, 2009, I, 913, con nota di ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*.

una causa e, quindi, di una funzione, consistente nel sostituire la consegna immediata del denaro tipica della cauzione con l'obbligazione di pagare una somma di denaro sottratta alla disciplina della fideiussione.

Questo ragionamento, così come quello di cui costituisce replica, si presta a una serie di contestazioni; contestazioni che, però, non sono rivolte direttamente alle Sezioni unite, le quali hanno semmai dimostrato di conoscere nel dettaglio qualche decennio di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sull'argomento delle garanzie autonome (il che è senz'altro un merito); bensì sono rivolte indirettamente a chi, contribuendo a questa elaborazione, abbia portato le Sezioni unite a formulare affermazioni contestabili.

### 1.3. (Segue): *Critica*.

Innanzitutto, quando si parla di causa, è bene specificare di quale causa si stia parlando; o, diversamente, è bene specificare a quali fini e in relazione a quali problemi si parli di causa, in considerazione della polisemia di questa parola per il diritto privato<sup>6</sup>.

Così, quando si parla di *causa del contratto* e la si identifica con la *funzione assegnata dalle parti al contratto*, si dice una cosa esatta; ma si fa un uso sbagliato di questa identificazione nel momento in cui, in relazione a detta funzione, ci si chieda se essa esista o meno, anziché chiedersi se essa potesse realizzarsi e si sia realizzata, per un verso, o se essa sia lecita, per un altro.

Chiedersi se esista la funzione di un contratto non ha senso, perché ogni contratto ha una funzione<sup>7</sup>. Un problema di esistenza la causa lo pone se riferita non al contratto, bensì all'obbligazione; perché, identificata la *causa dell'obbligazione* nella *giustificazione sostanziale del sacrificio di chi assuma l'obbligazione*<sup>8</sup>, è in relazione all'assunzione di un'obbligazione (compresa l'eventuale alienazione in essa fusa ai sensi dell'art. 1376 c.c.) che si deve verificare se esista una giustificazione sostanziale del sacrificio del promittente (o alienante, ai sensi dell'art. 1376 c.c.), essendo altrimenti necessaria la forma della donazione pena la nullità del contratto (art. 782 c.c.).

La causa del contratto, intesa quale funzione ad esso assegnata dalle parti, non pone un problema di esistenza, ma o pone un problema in termini di liceità (art. 1343 c.c.), nel senso della nullità del contratto che persegua una funzione illecita, oppure un problema in termini di realizzabilità o realizzazione. Quando pone questo secondo ordine di problemi, la causa del contratto, identificata con la funzione che le parti hanno assegnato al contratto, altro non è che lo scopo del promittente condiviso dal promissario, ossia consiste nella moderna rappresentazione oggettiva della causa intesa classicamente in senso soggettivo<sup>9</sup>: la *causa dell'attribuzione*, che pone un problema di *realizzabilità* o

*realizzazione dello scopo del promittente*, scopo che può essere o di adempimento (*causa solvendi*) o di acquisto (*causa adquirendi*).

A sua volta, quando si contrappone l'atto causale all'atto astratto, la *causa dell'atto astratto* è il *rapporto fondamentale* (così la identifica l'art. 1988 c.c., in tema di atto astratto solo processualmente), ossia il rapporto in forza del quale è stato posto in essere l'atto<sup>10</sup>. La causa intesa quale rapporto fondamentale pone l'unico problema di verificare se ci si trovi al cospetto di un atto astratto piuttosto che causale e trarne le relative implicazioni disciplinari: problema assai facile a risolversi, se si considera che la scelta di ammettere un atto astratto è rimessa all'ordinamento e che l'unico atto astratto ammesso dal nostro ordinamento è la cambiale<sup>11</sup>, per emettere la quale è necessario il rispetto di formalità ben precise (art. 1 L. camb.).

### 1.4. *Le "cause" della garanzia autonoma*.

Nel replicare ai generici sospetti di astrazione sollevati da qualche dottrina<sup>12</sup>, anziché parlare altrettanto genericamente di causa della garanzia autonoma e della polizza fideiussoria, le Sezioni unite o avrebbero dovuto specificare di quale causa si occupavano, oppure avrebbero dovuto occuparsi dei problemi posti dalla causa in tutte le sue possibili accezioni.

Così, intendendo la causa quale rapporto fondamentale, la garanzia autonoma non può costituire un atto astratto per definizione (neanche, quindi, se ne rispettasse le formalità di legge), in quanto l'unica promessa astratta ammessa dal nostro ordinamento è la cambiale, ma la promessa cambiaria non tollera l'apposizione di condizioni (artt. 1, n. 2 e 100, n. 2 L. camb.) mentre la garanzia autonoma è proprio una promessa di dare condizionata<sup>13</sup>. La natura di atto causale della garanzia autonoma comporta quindi che il garante autonomo possa sempre eccepire, anche nei confronti dei terzi, i vizi del rapporto fondamentale, esclusi i vizi che abbia legittimamente rinunciato ad eccepire ai sensi dell'art. 1462 c.c.<sup>14</sup> A tal proposito, è bene chiarire che nel caso della polizza fideiussoria il rapporto fondamentale, in forza del quale è stata rilasciata la polizza, è il contratto tra la compagnia di assicurazione e il cliente (e non il rapporto tra il cliente e il beneficiario), perché è in forza di quel contratto che la compagnia si impegna nei confronti del beneficiario. Nel caso, invece, della garanzia bancaria passiva, il rapporto fondamentale è quello che sorge dall'incarico impartito dal cliente alla banca (e non il rapporto tra il cliente e il beneficiario), perché è in forza di quell'ordine che la banca si impegna nei confronti del beneficiario. Nel caso, infine, della garanzia bancaria attiva, il rapporto fondamentale è il contratto tra il garante e la banca (e non il rapporto tra la banca e il debitore) con il quale sia stato previsto lo scambio tra la concessione di un beneficio al debi-

<sup>6</sup> GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, I, 262-316.

<sup>7</sup> SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.*, I, a cura di Sacco, Torino, 1994, 785.

<sup>8</sup> SACCO, *op. cit.*, 792.

<sup>9</sup> GORLA, *op. cit.*, 207.

<sup>10</sup> GORLA, *op. cit.*, 283-293 e 303-310.

<sup>11</sup> Cfr. Relazione del Guardasigilli al Codice civile, n. 615.

<sup>12</sup> V. le opinioni riportate da MACARIO, *op. cit.*, 412 e segg.

<sup>13</sup> SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, I, 741; CHECCHINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto altrui*, I, *Il conflitto fra le diverse concezioni e le incongruenze che ne derivano*, *ivi*, 1999, I, 603, nota 127; CORRIAS, *op. cit.*, 457, 459 e nota 282.

<sup>14</sup> ROCCHIO, *op. cit.*, 136 e segg.



tore (dalla concessione stessa del credito, fino alla rinuncia ad azioni cautelari o esecutive)<sup>15</sup> e la prestazione della garanzia.

Dal punto di vista della causa del contratto, la garanzia autonoma è valida se la funzione assegnata dalle parti al contratto sia lecita.

Dal punto di vista della causa dell'attribuzione, il garante autonomo può sottrarsi all'esecuzione dell'attribuzione (anche nei confronti dei terzi, avendo posto in essere un atto causale) e può recuperare l'attribuzione effettuata (anche nei confronti dei terzi, avendo posto in essere un atto causale) nel caso in cui il suo scopo non fosse realizzabile o non si sia realizzato. In particolare, mentre il pagamento da parte del garante autonomo è sempre effettuato con lo scopo di adempiere la promessa con funzione di garanzia, l'assunzione dell'obbligo di pagare è effettuata con lo scopo di acquistare un diritto di credito (al pagamento del premio o della commissione) nei confronti del cliente, quando si tratti di polizza fideiussoria o di garanzia bancaria passiva, oppure un diritto di credito (alla concessione di qualche beneficio al debitore) nei confronti della banca, quando si tratti di garanzia bancaria attiva<sup>16</sup>.

Dal punto di vista della causa dell'obbligazione, la promessa del garante autonomo è valida se il suo sacrificio abbia una giustificazione sostanziale o se la promessa sia formulata con la forma della donazione. In particolare, la causa dell'obbligazione assunta da un garante autonomo, quando venga assunta nella forma della polizza fideiussoria e, quindi, con la struttura di un contratto a favore di terzo (v. par. 2.1), è rappresentata dalla causa del contratto tra cliente stipulante e compagnia di assicurazione promittente (art. 1413 c.c.). A sua volta, la causa del contratto tra cliente e compagnia di assicurazione è costituita dallo scambio tra la prestazione della compagnia nei confronti del beneficiario e il pagamento del premio e il rimborso da parte del cliente nei confronti della compagnia. Quando, invece, la garanzia autonoma venga assunta nella forma della garanzia bancaria passiva, la causa dell'obbligazione del garante autonomo è rappresentata dall'obbligazione precedente sorta dall'incarico conferito dal cliente nei confronti della banca (art. 1271, comma 2, c.c.)<sup>17</sup>. Quando, ancora, la garanzia autonoma venga assunta nella forma della garanzia bancaria attiva, la causa dell'obbligazione del garante autonomo è rappresentata dallo scambio tra la prestazione del garante e la prestazione della banca consistente nell'erogazione di credito al debitore o nella concessione a questo di

una dilazione o di un altro beneficio (come si ricava dall'art. 2901, comma 2, c.c., che considera onerosa e, quindi, giustificata dallo scambio, la prestazione di una garanzia per un debito altrui che sorga contestualmente)<sup>18</sup>.

### 1.5. *Causa in astratto e causa in concreto.*

Come anticipato (v. par. 1.2), le Sezioni unite, nell'occuparsi della causa delle garanzie autonome, manifestano adesione all' (e apprezzamento per l') orientamento della Corte di cassazione che ha identificato la causa del contratto nella funzione economico-individuale, in quanto la causa del contratto va valutata in concreto e non in astratto, come si era invece indotti a fare in base alla tradizionale identificazione della causa con la funzione economico-sociale.

Senonché, anche in relazione a questo passaggio delle Sezioni unite, bisogna ripetere che tutto sta ad intendersi in relazione a quali problemi si parli di causa. Infatti, per un verso è talmente ovvio che ai fini del controllo sulla liceità del contratto e sulla giustificazione del sacrificio del promittente l'accertamento debba compiersi in concreto, che nessuno si sognerebbe mai di dire il contrario<sup>19</sup>; per un altro verso, ai fini del controllo sulla realizzabilità o realizzazione dello scopo del promittente l'accertamento deve compiersi in concreto per definizione, mentre ai fini del controllo circa l'applicabilità a un atto della disciplina dell'astrazione l'accertamento deve compiersi in astratto per definizione (bisogna verificare se la legge consideri astratto quell'atto: v. par. 1.3); per un ultimo verso, l'accertamento della causa in astratto non è da rinnegare, quando si intenda la causa come funzione tipica e la si utilizzi allo scopo di ricondurre a un tipo legale o sociale un contratto ai fini della sua classificazione<sup>20</sup>.

### 2. *Le affermazioni incidentali.*

Venendo alle affermazioni incidentali contenute nella sentenza in commento, essa (confermando un orientamento assolutamente consolidato)<sup>21</sup> afferma che, quando viene stipulata una garanzia autonoma, la disciplina della fideiussione che presuppone l'accessorietà non è applicabile; e, poiché nell'ambito di questa disciplina rientra l'art. 1957 c.c., esso non è applicabile in caso di stipulazione di una garanzia autonoma.

Sempre incidentalmente, la sentenza afferma (contro l'orientamento maggioritario, propenso a dare rilevanza all'effettiva volontà delle parti piuttosto che al mero fatto dell'inserimento di certe clausole)<sup>22</sup> che l'apposizione delle clausole «a prima richiesta e senza ecce-

<sup>15</sup> V. nota 18.

<sup>16</sup> GORLA, *Promesse «condizionate» ad una prestazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1968, I, 431 e segg. e *Id.*, *Il contratto*, cit., 267 e seg., nota 5.

<sup>17</sup> PELLIZZI, *Fallimento del delegante e successiva esecuzione del «iussum»*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, II, 577 e seg.; *Id.*, *L'assegno bancario*, Padova, 1964, 38 e segg.

<sup>18</sup> V. il caso deciso da Cass., 30 novembre 2006, n. 25481, in *Banca Borsa*, 2008, II, 288 e segg., con nota redazionale di CUCCOVILLO, caso relativo a una garanzia autonoma prestata in cambio della revoca di un sequestro conservativo. PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 112 e seg., ritiene che «La presenza di corri-

spettivo è elemento caratterizzante di tutte le garanzie a prima richiesta che presentano autonomia rispetto all'obbligazione garantita».

<sup>19</sup> Neppure BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Vassalli, Torino, 1952, 191, che pure è notoriamente il promotore della diffusione del concetto di causa intesa quale funzione economico-sociale.

<sup>20</sup> GORLA, *Il contratto*, cit., 206; SPADA, *op. cit.*, 712.

<sup>21</sup> V. Cass., 21 febbraio 2008, n. 4446, in *Guida Dir.*, 2008, 25, 62, che a sua volta richiama una serie di precedenti in questi termini.

<sup>22</sup> Da ultimo, Cass., 3 marzo 2009, n. 5044, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 3, 367; v. altresì, sempre di recente, BARILLA, *Il tipo fideiussorio e le garanzie autonome nella prassi bancaria: qualifi-*

zioni» a una promessa con funzione di garanzia «dovrebbe di per sè» far ritenere che detta promessa sia una garanzia autonoma e non una fideiussione, «salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale» (là dove è chiaro che detto inciso riallinea le Sezioni unite all'orientamento maggioritario).

Per arrivare a queste conclusioni, le Sezioni unite transitano per un articolato ragionamento.

### 2.1. *La struttura della polizza fideiussoria.*

Innanzitutto, interrogandosi sulla struttura della polizza fideiussoria, le Sezioni unite ritengono che essa integri un contratto a favore di terzo (in accordo con l'opinione dominante)<sup>23</sup>.

### 2.2. *Le differenze tra la polizza fideiussoria e la fideiussione, secondo le Sezioni unite.*

Dopodiché, le Sezioni unite tracciano male la differenza tra la polizza fideiussoria e la fideiussione.

A tal fine, esse affermano che mentre la polizza fideiussoria, in quanto contratto a favore di terzo, è stipulata tra il debitore e il garante, al contrario la fideiussione è stipulata tra il creditore e il garante: il che è giusto, ma non considera che anche la fideiussione può avere la struttura di un contratto a favore di terzo e, così, essere stipulata tra il debitore e il garante a favore del creditore, tanto quanto la polizza fideiussoria.

Altra differenza starebbe, secondo le Sezioni unite, nel fatto che mentre la fideiussione può essere gratuita, non può esserlo la polizza fideiussoria, in quanto in cambio di essa la compagnia di assicurazione percepisce un premio dal debitore. Sennonché, la gratuità e l'onerosità dipendono dal rapporto che si prende in considerazione: se la polizza fideiussoria è senz'altro onerosa nel rapporto tra il debitore e il garante, non lo è di certo nel rapporto tra il garante e il creditore, tanto quanto la fideiussione; allo stesso modo, se il debitore paga il fideiussore affinché questi si obblighi con il creditore, anche la fideiussione — dal punto di vista della sentenza in commento — sarebbe onerosa, tanto quanto la polizza fideiussoria.

### 2.3. *La natura della polizza fideiussoria.*

A questo punto del ragionamento, le Sezioni unite indagano sulla natura della polizza fideiussoria. Esse, conformandosi all'orientamento consolidato, ritengono che la polizza fideiussoria non integri un contratto di assicurazione<sup>24</sup>, perché da un lato il pagamento da parte del garante non presuppone l'accertamento del rischio e, dall'altro, la misura dell'indennizzo è predefinita.

Quindi, per sapere se la polizza fideiussoria integri una fideiussione piuttosto che una garanzia autonoma,

le Sezioni unite fanno — come detto (v. par 2) — ricorso a un criterio formale: verificare se sia apposta o meno la clausola «a prima richiesta e senza eccezioni», perché nel primo caso si avrebbe garanzia autonoma mentre nel secondo fideiussione.

### 2.4. *Le differenze tra la garanzia autonoma e la fideiussione, secondo le Sezioni unite.*

Prima, però, le Sezioni unite espongono le differenze della fideiussione rispetto alla garanzia autonoma, sia nel momento dell'escussione che nel momento della rivalsa, dando ancora una volta prova di conoscere nel dettaglio il travagliato dibattito che ha coinvolto giurisprudenza e dottrina negli ultimi decenni.

Con riferimento al momento della rivalsa, le Sezioni unite affermano che se il pagamento effettuato dal garante non sia dovuto per ragioni afferenti al rapporto garantito, mentre il fideiussore può agire in ripetizione dell'indebito nei confronti del beneficiario, non può farlo il garante autonomo, salvo che abbia pagato in forza di un'escussione fraudolenta; al di fuori di questo caso, in cui peraltro il garante perde il diritto al rimborso nei confronti del debitore, è questi che può agire in rivalsa nei confronti del beneficiario. Le Sezioni unite non lo specificano, ma il debitore può agire in rivalsa nei confronti del beneficiario esercitando l'azione di ingiustificato arricchimento e non di ripetizione dell'indebito, come comunemente si ritiene<sup>25</sup>.

Con riferimento al momento dell'escussione, a differenza del fideiussore il garante può far valere solo vicende afferenti al rapporto di garanzia, salvo che il beneficiario abbia abusato del suo diritto; nel senso che, quando risulti da prove non di lunga indagine che il beneficiario non ha diritto al pagamento in base al rapporto garantito, il garante può sollevare l'eccezione di dolo generale. In tal modo, le Sezioni unite hanno fornito una ricostruzione fedele dell'opinione di dottrina e giurisprudenza praticamente unanime<sup>26</sup>.

### 3. *La seconda parte della massima.*

La seconda parte della massima in commento («Con la precisazione, peraltro, della invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'indebitamento delle obbligazioni garantite») può essere letta in questi termini: «Poiché la garanzia autonoma ha come oggetto la copertura di un rischio, se il rischio cessa di esistere prima della conclusione del contratto di garanzia, detto contratto è nullo per mancanza dell'oggetto». Questa conclusione si ricava dall'art. 1895 c.c. che, dettato in tema di contratto di assicurazione, fa applicazione della regola generale per cui il contratto senza oggetto è nullo<sup>27</sup> (artt. 1325, n. 3 e 1418, comma 2, c.c.).

cazione della fattispecie nella ricostruzione della volontà delle parti e nell'analisi dei rischi garantiti, in *Banca Borsa*, 2009, II, 53, nota 3.

<sup>23</sup> Da ultimo, Cass., 25 maggio 2005, n. 11261, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 5.

<sup>24</sup> Cass., 7 luglio 2009, n. 15904, in *Contratti*, 2010, 133, con note di MAFFEI, *La prescrizione dei diritti relativi al contratto di assicurazione fideiussoria*, e di PASCIUCCO, *L'assicurazione fideiussoria tra codice civile e pratica commerciale*. Questa sentenza ha confermato che alla polizza fideiussoria non si applichi la

disciplina dell'assicurazione, salvo che le parti vi abbiano fatto espresso riferimento: ciò comporta (e ha comportato, nel caso di specie), in particolare, che ai diritti nascenti dalla polizza fideiussoria si applichi la prescrizione ordinaria decennale (art. 2946 c.c.) e non quella breve prevista per il contratto di assicurazione (art. 2952 c.c.).

<sup>25</sup> ROCCHIO, *op. cit.*, 172 e segg.

<sup>26</sup> ROCCHIO, *op. cit.*, 144 e segg.

<sup>27</sup> L'art. 1895 c.c. viene comunemente spiegato come un'ipotesi di mancanza di causa del contratto intesa quale funzione

Può apparire strano che sia stato necessario l'intervento delle Sezioni unite per affermare un principio tanto scontato; eppure un precedente della Corte di cassazione<sup>28</sup> era riuscito ad affermare il contrario, e cioè che si potesse stipulare una polizza fideiussoria, a garanzia dell'inadempimento di un'obbligazione, dopo che questo inadempimento si fosse già concretizzato.

#### 4. Meritevolezza vuol dire non illiceità, non vuol dire non futilità.

L'ultima segnalazione di interesse è che le Sezioni unite interpretano il requisito della meritevolezza degli interessi perseguiti, dal quale l'art. 1322, comma 2, c.c. fa dipendere l'ammissibilità di contratti atipici quali le garanzie autonome, non nel senso della non futilità e, quindi, dell'utilità sociale di detti interessi, bensì nel senso della loro non illiceità, così risolvendosi in un duplicato dell'art. 1343 c.c.

In tal modo le Sezioni unite, mentre aderiscono alla migliore dottrina<sup>29</sup>, prendono le distanze da chi<sup>30</sup> ancora ritiene che possono essere sanzionate solo le promesse che perseguono finalità socialmente utili.

FLAVIO ROCCHIO

## RESPONSABILITÀ CIVILE


CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 21 gennaio 2010, n. 1002 — DI NANNI *Presidente* — SEGRETO *Relatore* — MARINELLI P.M. (parz. conf.) — Spediacci (avv. Fischioni) - Iardella (avv. Francia).

*Cassa con rinvio App. Firenze, 23 febbraio 2004.*

### Responsabilità civile — Rovina di edificio — Responsabilità — Concorso di colpa del danneggiato — Fattispecie (C.c. artt. 1227, 2053, 2055).

*Non sussiste incompatibilità tra la responsabilità oggettiva del proprietario di edificio per il danno causato dalla rovina (anche parziale) dello stesso ed il concorso di colpa del danneggiato (la Cassazione ha precisato che ove il danno abbia la sua eziologia nella rovina dell'edificio e nel comportamento colposo del danneggiato, con accertamento di esclusiva competenza del giudice di merito, correttamente il giudice dovrà ritenere che nella produzione dell'evento abbiano concorso le due cause e, conseguentemente, ridurre il risarcimento, secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate; solo se non sia possibile provare le diverse entità degli apporti causali tra danneggiante e danneggiato alla realizzazione dell'evento dannoso, il giudice*

*potrà avvalersi del principio della presunzione di pari concorso di colpa) (1).*

 *Omissis.* — Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'errata interpretazione ed applicazione degli artt. 2053 e 1227 c.c., nonché l'omessa valutazione di risultanze processuali e la contraddittorietà della motivazione.

Assume la ricorrente che il ctu ha accertato che la pavimentazione ben poteva essere effettuata anche con pietre naturali (nella specie marmo); che queste se prive di difetti e di qualità eccellente dovevano avere un punto di rottura alla tensione di kg. 200 kg/cm<sup>2</sup>; che tale rottura era stata realizzata proprio dal salto operato dallo Iardella, per cui il suo peso dinamico, a seguito del salto dalla balaustra era divenuto di kg. 1200, a fronte di un peso di kg. 115; che tale salto integrava un caso fortuito dovuto al comportamento del danneggiato idoneo ad escludere la responsabilità della convenuta.

1.2. Con il ricorso incidentale il ricorrente Iardella lamenta la violazione degli artt. 2053 e 1227 c.c., nonché il vizio di motivazione dell'impugnata sentenza per avere il giudice di appello ritenuto il suo concorso di colpa nella produzione dell'evento, mentre dalla consulenza emergeva che il salto dello Iardella sul marmo di copertura del terrazzo in ogni caso di per sé non poteva determinare il cedimento della lastra.

2.1. I due motivi di ricorso, essendo speculari, ed attenendo entrambi ad una pretesa violazione e falsa applicazione della norma relativa al concorso del fatto colposo del creditore-danneggiato, per quanto secondo opposte prospettazioni, vanno esaminati congiuntamente.

Entrambi sono infondati.

Premesso che non vi è questione tra le parti sull'inquadramento della fattispecie effettuata dai giudici di merito nell'ambito dell'art. 2053 c.c., va osservato che tale norma statuisce la responsabilità del proprietario dell'edificio per i danni cagionati dalla rovina dello stesso, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione.

Secondo la prevalente giurisprudenza, a cui questa Corte ritiene di dover aderire, l'art. 2053 c.c. rappresenta un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che quindi prescinde dall'esistenza dell'elemento psicologico.

Si tratta di un'ipotesi, quindi, non di presunzione di colpa (come pure ritenuto da Cass. 30/01/2009, n. 2481), ma di presunzione di responsabilità (e quindi di responsabilità oggettiva), salvo che non si fornisca la prova liberatoria che la rovina non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione. Si ritiene, pertanto, che la norma in questione si ponga in rapporto di specialità rispetto a quella di cui all'art. 2051 c.c.

La responsabilità oggettiva, posta a carico del proprietario o di altro titolare di diritto reale di godimento ex art. 2053 c.c., può essere esclusa solamente dalla dimostrazione che i danni cagionati dalla rovina dell'edificio non debbono ricondursi a vizi di costruzione o difetto di manutenzione, bensì ad un fatto dotato di efficacia causale autonoma, comprensivo del fatto del terzo o del danneggiato, anche se tale fatto esterno non presenta i caratteri della imprevedibilità ed ine-

dello stesso (v. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, 543), il che non smentisce quanto detto nel testo, una volta che sia chiaro che la causa-funzione che manca in questo caso è, più precisamente, la causa dell'attribuzione (ossia la realizzabilità o realizzazione dello scopo del promittente condiviso dal promissario: v. par. 1.3), la quale manca quando il contratto sia nullo — visto che la nullità del contratto fonte dell'obbligazione da adempiere fa sì che lo scopo di adempimento non possa realizzarsi — e nullo è il contratto senza oggetto.

<sup>28</sup> Cass., 27 maggio 2002, n. 7712, cit.

<sup>29</sup> GORLA, *Il contratto*, cit., 221; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, I, 72; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2001, 364 e segg.; SACCO, voce "Interesse meritevole di tutela", in *Digesto Civ.*, 2009, 318 e segg.; FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 372 e segg.

<sup>30</sup> V., ad es., TORRENTE-SCHLESINGER, *op. cit.*, 542.