

Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947

La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte dall'appaltatore di un'opera pubblica, che assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità dell'obbligazione principale, non si estingue per il mancato esercizio nei termini di legge, da parte del beneficiario, delle azioni nei confronti del debitore principale.

Il contratto autonomo di garanzia (c.d. Garantievertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è 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, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale; ne deriva che, mentre il fideiussore è un «vicario» del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento 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 (fattispecie in tema di polizza fideiussoria a garanzia del committente di un appalto di opera pubblica).

IN FATTO

L'Istituto per l'Edilizia Residenziale Pubblica della provincia di Perugia, con atto di appello del 2.11.2001, ha impugnato la sentenza con la quale il locale tribunale ne aveva respinto la domanda di pagamento ad una somma di denaro, oggetto di polizza fideiussoria costituita in suo favore dall'appaltatore "Viola Costruzioni" (cui l'Istituto Edilizio appellante aveva commissionato lavori edili) presso la Lloyd Italico Assicurazioni, somma alla cui corresponsione 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 del D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 10, comma 6, applicabile alla vicenda processuale *ratione temporis*.

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

La sentenza è stata confermata dalla corte territoriale adita, che ha escluso 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 d'appello di Perugia è stata impugnata dalla A.T.ER. (suceduta nelle more del giudizio all'originario attore) con ricorso per cassazione sorretto da 4 motivi di gravame.

Resiste con controricorso la Lloyd Italico s.p.a..

Le parti hanno depositato tempestive memorie.

La ricorrente ha altresì depositato, all'esito delle richieste formulate dal P.G., rituali note di udienza.

In via preliminare, il P.G. ha chiesto la rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle sezioni unite di questa corte, poiché la questione che ne forma oggetto risulta, a suo giudizio, a tutt'oggi fonte di contrasto tra le sezioni semplici.

A tale richiesta ha aderito la difesa della ATER nelle note di udienza di cui è cenno in narrativa.

La valutazione circa l'opportunità dell'invocata rimessione alle sezioni unite è stata demandata, come di rito, al Primo Presidente dal collegio della terza sezione con ordinanza interlocutoria 5326/09.

IN DIRITTO

1. La giurisprudenza di questa corte ha seguito, nel tempo, itinerari interpretativi non sempre univoci sul tema dei rapporti tra fideiussione e cd. *Garantievertrag*, pur avendo di recente manifestato una sempre maggiore consonanza di pensiero nella strutturazione di una sempre più indispensabile *actio finium regundorum* tra le due fattispecie.

Già all'indomani della pronuncia di Cass. ss. uu. n. 7341 del 1987, nella quale ancora nebulosa apparve, ai commentatori e agli interpreti più accorti, la distinzione tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione con clausola *solve et repete*, le linee portanti dei due istituti verranno più pensosamente esplorate al sempre più nitido delinearci dei caratteri tipici del contratto autonomo di garanzia, che (sorto alla fine dell'800 in Inghilterra e in Germania per soddisfare evidenti e pressanti esigenze di semplificazione del commercio internazionale), approda, non senza contrasti, nel nostro Paese con indiscutibile ritardo, attesa la problematica compatibilità della nuova fattispecie con i tradizionali parametri cui dottrina prevalente e giurisprudenza pressoché unanime erano avvezzi a far riferimento in materia negoziale: da un lato, il dogma della accessorietà "necessaria" del negozio

di garanzia titolato, dall'altro, il requisito della causa negotii tralaticciamente intesa come funzione "economico sociale" del negozio - quantomeno fino alla recente svolta di questa corte di legittimità di cui alla sentenza 10490/2006, autorevolmente confermata dalle sezioni unite, con la sentenza n. 26972/2008.

Incertezze e disarmonie interpretative trassero linfa dalla peculiarità di una fattispecie felicemente definita (Trib. Torino, 29 agosto 2002), come "un articolato coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni tra il destinatario della prestazione (e beneficiario della garanzia), il garante (sovente un istituto di credito), e il debitore della prestazione (ordinante la garanzia atipica)", in attuazione di una complessa operazione economica destinata a dipanarsi, sotto il profilo della struttura negoziale, attraverso una scansione diacronica di rapporti, il primo (di valuta), corrente tra debitore e creditore, tra cui viene originariamente pattuito l'adempimento di una certa prestazione del primo nei confronti dell'altro, il secondo (di provvista), destinato a intervenire tra debitore e futuro garante, con esso pattuendosi l'impegno di quest'ultimo a garantire il creditore del primo rapporto, il terzo nascente, infine, tra creditore e garante, con quest'ultimo senz'altro obbligato ad adempiere alla prestazione del debitore a semplice richiesta del primo nel caso di inadempimento del secondo (rapporti ai quali non risulterà poi inusuale l'aggiunta di una quarta convenzione negoziale collegata, quella tra un secondo istituto di credito controgarante e banca prima garante, avente lo stesso contenuto del primo rapporto di garanzia).

L'elemento caratterizzante della fattispecie in esame viene individuato nell'impegno del garante a pagare illico et immediate, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative ai rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c., caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria.

Elisione del vincolo di accessorietà e scissione della garanzia dal rapporto di valuta caratterizzano sul piano funzionale il *Garantievertrag*, la cui causa concreta viene correttamente individuata in quella di assicurare la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario (ovvero ancora in quella di sottrarre il creditore al rischio dell'inadempimento, trasferito nei fatti su di un altro soggetto, "istituzionalmente" solvibile), il quale può così porre affidamento su di una rapida e sollecita escussione di una controparte affidabile, senza il rischio di vedersi opporre, in sede processuale, il regime tipico delle eccezioni fideiussorie.

E' in tali sensi che par lecito discorrere, a proposito del contratto atipico di garanzia, di una funzione di tipo "cauzionale" - mentre la sua più frequente utilizzazione rispetto al deposito di una vera e propria cauzione trae linfa proprio in ragione della sua minore onerosità e della possibilità di evitare una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali (conseguenza ineludibile del deposito cauzionale): è in conseguenza di tali aspetti funzionali che la garanzia muta "geneticamente" da

vicenda lato sensu fideiussoria in fattispecie atipica che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, persegue un interesse certamente "meritevole di tutela", identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali).

2. Emerge così, in via definitiva, sotto il profilo causale, la disarmonia morfologica e funzionale con la fideiussione (volta a garantire l'adempimento di un debito altrui), sopravvivendo resti di omogeneità tra i due "tipi" negoziali soltanto nella misura in cui, attorno alle due fattispecie, orbita ancora il concetto di garanzia, pur nelle non riconciliabili differenze di gradazioni "che il rapporto con la garanzia stessa può assumere lungo lo spettro, unico, che conduce dalla accessorietà alla autonomia e che delinea il *Garantievertrag* entro ben determinati limiti di operatività: da un lato, un limite iniziale, costituito (soltanto) dalla illiceità della causa del rapporto di valuta, dall'altro, un limite funzionale, rappresentato dall'abuso del diritto da parte del beneficiario, la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*, che si verifica qualora la richiesta appaia fraudolenta e con esclusione della buona fede del beneficiario", come, di recente, un'attenta dottrina non ha mancato di osservare, aggiungendo ancora come l'indagine sulla volontà dei contraenti andrebbe più propriamente condotta lungo il sentiero ermeneutico dell'accertamento della carenza dell'elemento dell'accessorietà, destinato ad emergere, in concreto, attraverso l'adozione di un complesso di regole interpretative, testuali ed extratestuali, ritenendosi, in particolare, che la clausola "a prima richiesta" o "a semplice richiesta" possa alternativamente rappresentare diversi "tipi" funzionali, a grado di intensità crescente: il primo, rigorosamente procedimentale, volto alla sola inversione dell'onere probatorio; il secondo, determinativo dell'effetto di *solve et repete*, per ciò solo del tutto inscritto (ancora) nell'orbita del negozio fideiussorio; il terzo, di sostanziale separazione del diritto all'adempimento della autonoma obbligazione di garanzia rispetto al contratto sottostante.

Largamente prevalente, in proposito, appare l'orientamento giurisprudenziale (avallato dalla dottrina maggioritaria), predicativo della decisiva rilevanza di clausole che sanciscano l'impossibilità, per il garante, di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base che spettano al debitore principale (così, tra le altre, Cass. 31 luglio 2002, n. 11368;

Cass. 20 luglio 2002, n. 10637; Cass. 7 marzo 2002, n. 3326; Cass. 19 giugno 2001, n. 8324; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10684; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 6 aprile 1998, n. 3552), mentre alcune pronunce di merito fondano la ricostruzione del *Garantievertrag* su altri elementi del tessuto negoziale, quali la previsione di un termine breve entro cui il garante è obbligato al pagamento, la decorrenza di tale termine dal ricevimento della richiesta

del beneficiario, l'espressa esclusione del beneficio della preventiva escussione (ex aliis, Trib. Milano 22 ottobre 2001).

Criterio interpretativo utile ad orientare l'interprete verso l'autonomia della vicenda di garanzia divisata dalle parti riposa ancora sull'individuazione - nell'ambito di una lettura complessiva delle singole convenzioni negoziali - di una sua eventuale funzione "cauzionale": la peculiarità propria del *Garantievertrag* è difatti quella di consentire al creditore di escutere il garante con la stessa, tempestiva efficacia con cui egli potrebbe far proprio un versamento cauzionale. La funzione cauzionale sarebbe soddisfatta, e l'autonomia della garanzia sarebbe conseguentemente rinvenuta, secondo alcune pronunce di questa corte, tutte le volte che la relativa convenzione attribuisca al creditore la facoltà di procedere ad immediata riscossione delle somme, a prescindere dal rapporto garantito, realizzando così una funzione del tutto simile a quella dell'incameramento di una somma di denaro a titolo di cauzione (Cass. 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 6 aprile 1998, predicative di un principio di diritto condiviso da autorevole dottrina).

Con particolare riguardo alle polizze fideiussorie (sulle quali, funditus, tra le altre, Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, pres. Rossi, rel. Bibolini, mentre l'orientamento tradizionale, che le inquadrava tout court nell'ambito della fideiussione, sembra risalire a Cass. 17 giugno 1957, n. 2299), si è più volte sottolineato come esse concretino un rapporto di un soggetto (una compagnia di assicurazioni o un istituto bancario) che, dietro pagamento di un corrispettivo, si impegna a garantire in favore di altro soggetto l'adempimento di una determinata obbligazione assunta dal contraente della polizza, strumento contrattuale che, pur non essendo espressamente disciplinato dal codice del '42, è menzionato in molte leggi speciali che lo prevedono come forma di garanzia sostitutiva della cauzione reale, normalmente richiesta per chi stipula - come nel caso di specie - contratti con la P.A..

Disattesa pressoché unanimemente la ricostruzione volta a riconoscere natura essenzialmente assicurativa alla fattispecie (risulta essersi pronunciata in tal senso la sola, peraltro assai risalente, Cass. 9 luglio 1943), la giurisprudenza di questa corte, sia pure nell'ambito dell'orientamento (che appare ormai minoritario) applicativo delle norme di cui agli artt. 1936 e ss. c.c. ha in passato ritenuto che la polizza de qua costituisse un sottotipo innominato di fideiussione, giudicando decisivo a tal fine il permanere della funzione di garanzia dell'adempimento di una altrui obbligazione, pur in presenza di elementi caratteristici idonei a distinguerla all'interno della fattispecie tipica della fideiussione come disciplinata dal codice (l'assunzione, cioè, della garanzia secondo modalità tecnico-economiche dell'assicurazione: tra le meno recenti, Cass. 8 febbraio 1963, n. 221; 9 giugno 1975, n. 2297; 17 novembre 1982, n. 6155). La maggior parte delle pronunzie, di converso (Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, poc'anzi citata; Cass. 9 gennaio 1975, n. 1709, in Giust.

civ. Mass., 1975; Cass. 14 marzo 1978, n. 1292, *ivi*, 1978; Cass. 25 ottobre 1984, n. 5450) avrebbe viceversa posto l'accento sul carattere decisamente atipico della polizza, separando la questione della determinazione della disciplina applicabile al contratto da quella dell'individuazione del tipo nominato cui la polizza stessa appaia in sé riconducibile - ma circoscrivendo pur sempre il tema della atipicità alla alternativa tra causa assicurativa e causa fideiussoria (entrambe compenstrate in parte qua nel contratto); gli aspetti prevalenti, e tendenzialmente assorbenti resteranno, però, quelli tipici della fideiussione, con conseguente applicazione delle norme di cui agli artt. 1936 e ss. c.c..

La dottrina, dal suo canto, ha ritenuto di poter individuare tre tipi di polizze fideiussorie: quelle in cui l'obbligo del garante dipende dall'esistenza dell'obbligo del debitore principale; quelle in cui l'obbligo del garante è indipendente da quello del debitore principale; quelle, infine, in cui il beneficiario, per ottenere il pagamento della garanzia, deve provare, in genere mediante documenti indicati nella polizza stessa, alcuni fatti attinenti al rapporto principale (in tal guisa ritenendo applicabile la disciplina della fideiussione alle sole polizze del primo tipo, per effetto della permanenza del carattere accessorio dell'obbligo assunto dal garante, e iscrivendo le altre nell'orbita dei contratti autonomi di garanzia).

Quanto alla giurisprudenza più recente, va in limine osservato come, tra le sentenze citate dall'odierno controricorrente, quelle di cui a Cass. 4 luglio 2003, 10574 (Pres. Genghini, rel. Marziale) e a Cass. 7.1.2004, n. 52 (Pres. Fiducia, est. Finocchiaro), pur contenendo alcune tra le più chiare distinzioni tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia, non esplorino specificamente il terreno delle polizze fideiussorie: nella prima pronuncia si legge, difatti, che la deroga all'art. 1957 cod. civ. non può ritenersi implicita nell'inserimento, nella fideiussione, di una clausola di "pagamento a prima richiesta" o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore, che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché, comunque, la presenza di una clausola siffatta non assume rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o come "fideiussione", potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, (non all'esclusione, ma) a 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. Ne consegue che, non essendo la clausola di

pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola; nella seconda, ancora, che, ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Ne consegue che la carenza dell'elemento dell'accessorietà, che caratterizza il contratto autonomo di garanzia ("performance bond") e lo differenzia dalla fideiussione, deve necessariamente essere esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica, clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto (con riguardo, peraltro, a vicenda inerente ad un preliminare di vendita con fideiussione bancaria).

3. Passando, allora, alla analisi specifica dei più significativi, precedenti di legittimità in subiecta materia, deve essere considerato:

- Da un canto:

1) il dictum di cui a Cass. 2 aprile 2002, n. 4637 (Pres. Giustiniani, rel. Di Nanni), la quale, dopo la generale premessa secondo cui il contratto atipico di garanzia autonoma si differenzia dalla fideiussione per la mancanza dell'elemento dell'accessorietà, nel senso che il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni fondate sulla validità o efficacia del rapporto di base, ha poi escluso, nella specie, che valessero a snaturare il contratto tipico di fideiussione ed a qualificarlo come garanzia autonoma le diverse previsioni contrattuali di un termine per il pagamento decorrente dalla richiesta, dell'esclusione del beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della non necessità del consenso di quest'ultimo al pagamento da parte del garante, del divieto per il garantito a sollevare obiezioni sullo stesso pagamento (nella motivazione della sentenza, si legge ancora che in particolari rapporti, specie quelli di appalto, nella pratica da tempo è invalso l'uso che l'appaltatore, per evitare l'immobilizzazione di somme dovute a scopo cauzionale, presti al committente garanzie bancarie o assicurative di pagamento incondizionato ed irrevocabile di quanto è da lui dovuto: ciò consente all'appaltatore di non versare la cauzione e garantisce l'appaltante che conseguirà le somme a semplice richiesta, purché siano rispettate le forme previste, specificandosi, subito dopo, che questo risultato, peraltro, può essere realizzato anche attraverso una fideiussione, quando il contratto è articolato in modo atipico, prevedendo, ad esempio, deroghe diverse rispetto alla disciplina della fideiussione, come quella dell'esclusione del beneficio della preventiva escussione, ex art. 1944 cod. civ., oppure quella dell'esclusione per il

fideiussore di opporre al creditore principale le eccezioni appartenenti al debitore principale, ex art. 1945 c.c.);

2) Le affermazioni di cui a Cass. 6 aprile 1998, n. 3552 (Pres. Iannotta, rel. Preden), ove si legge che, al contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. Riveste carattere derogatorio rispetto alla disciplina della fideiussione, la 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". In tal caso, in deroga all'art. 1945, è preclusa al fideiussore l'opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale, restando in ogni caso consentito al garante di opporre al beneficiario "l'exceptio doli", nel caso in cui la richiesta di pagamento immediato risulti "prima facie" abusiva o fraudolenta.

3) I principi di cui a Cass. 18 maggio 2001 n. 6823 (Pres. Fiducia, rel. Manzo), secondo cui 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. E', 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;

Dall'altro:

1) I principi di diritto affermati da Cass. 21 aprile 1999, n. 3964 (Pres. Iannotta, rel. Lupo) e 19 giugno 2001, n. 8324 (Pres. Greco, rel. Macioce), a mente della quali, ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia, oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o a "prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 cod. civ. (in entrambi i casi la fattispecie, analoga a quella oggetto del presente ricorso, aveva a sua volta ad oggetto una polizza fideiussoria cauzionale: i giudici di merito, con consonanti decisioni, confermate in punto di diritto da questa corte, ritennero di dover qualificato in termini di autonomia la convenzione di garanzia stipulata,

valorizzando la clausola secondo cui la società garante avrebbe dovuto pagare entro un breve termine dalla richiesta del creditore, dopo semplice avviso al debitore principale, di cui non era richiesto il consenso e che nulla avrebbe potuto eccepire in merito al pagamento, anche in sede di rivalsa del garante, e opinando, in particolare, che la stessa apposizione di un termine breve precludesse a priori qualsiasi possibilità, per il garante, di sollevare eccezioni in ordine al rapporto sottostante, non essendo immaginabile, in tempi estremamente ristretti, lo svolgimento delle necessarie indagini per l'accertamento in concreto dell'inadempimento dell'appaltatore e della legittimità della richiesta dell'amministrazione garantita).

2) Il recente dictum di cui a Cass. 2008, n. 2377, ove si legge che la polizza fideiussoria prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore costituisce una garanzia atipica in quanto essa, non potendo garantire l'adempimento di detta obbligazione, perché connotata dal carattere dell'insostituibilità, può semplicemente assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento, risultando, quindi, estranea all'ambito delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili, caratterizzate dall'identità della prestazione, dal vincolo della solidarietà e dall'accessorietà, ed essendo, invece, riconducibile alla figura della garanzia di tipo indennitario - cosiddetta "fideiussio indemnitis" -, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto che la polizza fideiussoria oggetto di controversia dovesse qualificarsi come garanzia atipica in quanto non finalizzata a garantire la restituzione di un credito erogato dalla Provincia autonoma di Bolzano a fondo perduto per un progetto di riconversione industriale finalizzato al raggiungimento dei livelli occupazionali ed economici preventivati, giacché detta restituzione sarebbe stata richiesta dalla medesima Provincia unicamente nel caso in cui il mutuatario non fosse stato in grado di adempiere al promesso piano di riconversione industriale).

Un ulteriore passo avanti verso la automaticità dell'equazione Polizza fideiussoria dell'appaltatore = *Garantievertrag* sembrerebbe implicitamente potersi rinvenire nella sentenza (ritenuta, in dottrina, "una inspiegabile rottura, o quantomeno una forzatura, rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale") di cui a Cass. 27.5.2002, n. 7712 (Pres. Giuliano, est. Durante), a niente della quale, ove sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, la polizza fideiussoria non è configurabile come fideiussione, bensì come garanzia atipica, in quanto l'insostituibilità della prestazione fa venire meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore possa pretendere da lui soltanto un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (nella specie la Suprema Corte riconoscerà la validità della polizza fideiussoria, a mezzo della quale una società assicuratrice aveva garantito l'adempimento delle

obbligazioni dell'appaltatore, sebbene la sua stipulazione fosse stata addirittura posteriore al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione garantita. In sede di commento alla pronuncia, non si è mancato di osservare come quest'ultima ancori la propria ratio decidendi al sillogismo per cui: 1) la polizza fideiussoria - a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore - assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale (premessa maggiore); 2) il creditore può pretendere dal garante solo un indennizzo o risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (premessa minore); 3) la polizza fideiussoria è valida anche se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite (conclusione), sillogismo del quale si dicono condivisibili le premesse (sia quella maggiore che quella minore), ma non la conclusione.

Va infine ricordato come, ancora più di recente, Cass. 21 febbraio 2008, n. 4446 (Pres. Velia, rel. Mensitieri), abbia avuto modo di operare una sorta di "sintesi" riepilogativa delle posizioni assunte da questa corte in tema di polizze fideiussorie, alla luce della quale:

al contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. La 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" riveste carattere derogatorio rispetto alla disciplina della fideiussione. Siffatta clausola, risultando incompatibile con detta disciplina, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante/beneficiario (Cass. 1/6/2004 n. 10486); in tema di garanzia personale, la cosiddetta assicurazione fideiussoria o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale, è una figura intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed è caratterizzata dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo in caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal terzo. Poiché infatti le norme contenenti la disciplina legale tipica della fideiussione sono applicabili se non sono espressamente derogate dalle parti, portata derogatoria deve riconoscersi alla clausola legittima in virtù del principio di autonomia negoziale - con cui le parti abbiano previsto la possibilità per il creditore garantito di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni", in quanto preclude al garante l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c.. Siffatta clausola,

risultando incompatibile con la disciplina della fideiussione, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante/beneficiario (Cass. 14/2/2007. n. 3257);

nella ipotesi in cui la durata di una fideiussione sia correlata non alla scadenza della obbligazione principale ma al suo integrale adempimento, l'azione del creditore nei confronti del fideiussore non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c., (Cass. 27/11/2002 n. 16758; 19/7/1996 n. 6520; 24/3/1994 n. 2827);

la clausola con la quale il fideiussore si impegna a soddisfare il creditore a semplice richiesta del medesimo configura una valida espressione di autonomia negoziale e dà vita ad un contratto atipico di garanzia, che pur derogando al principio dell'accessorietà, non fa venir meno la connessione tra rapporto fideiussorio e quello principale (Cass. 12/1/2007 n. 412).

4. Sulla scorta di tali premesse, l'intervento delle sezioni unite deve, 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, con particolare riguardo, in quest'ultima ipotesi, e per quanto di interesse a fini interpretativi:

Alla disciplina normativa speciale abrogata, di cui, tra l'altro, al D.P.R. n. 1063 del 1962 - oggi abrogato dal D.P.R. n. 544 del 1999, art. 231 - il cui art. 3 disponeva che la cauzione cui è tenuto l'aggiudicatario deve essere prestata in numerario o in titoli di Stato, e può essere costituita, da fideiussione bancaria; alla L. n. 348 del 1982 - a sua volta abrogata dal D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 354, comma 1, - il cui art. 1 prevedeva che la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro Ente pubblico potesse prestarsi, tra l'altro, con polizza assicurativa rilasciata da imprese di assicurazione debitamente autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni; alla L. n. 109 del 1994 (con riferimento alla quale la garanzia fideiussoria contemplata all'art. 30 è stata assimilata ad una vera e propria caparra confirmatoria dalla 4^a sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 29 marzo 2001, n. 1840) - anch'essa abrogata dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 256, comma 1, recante il cd. "nuovo codice dei contratti pubblici" -; alle circolari ministeriali autorizzative (la n. 145 del 7.1.1960 e la n. 433 del 16.11.1979, ove si legge che le assicurazioni cauzionali assolvono alla stessa funzione giuridico-economica di una cauzione in denaro o in altri beni reali);

Alla disciplina attualmente vigente, in particolare all'art. 75 del nuovo codice dei contratti pubblici, a mente del quale la garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito,

va prestata sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. La cauzione può essere costituita in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, mentre la fideiussione può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari, e deve prevedere espressamente tanto la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, quanto la rinuncia, all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Anche alla luce di tale plesso normativo potrà essere, così, efficacemente verificata la esattezza, o meno, della tesi secondo cui, ove la cauzione sia sostituita da altra forma di garanzia prevista per legge (nella specie, quella che il codice del 2006 espressamente qualifica come "fideiussione"), questa debba offrire, o meno, alla P.A. un analogo risultato sul piano funzionale, e cioè l'incondizionato e pressoché automatico incameramento della somma in caso di inadempimento dell'aggiudicatario". 5. Il ricorso è fondato.

Avverso la sentenza della corte d'appello di Perugia la ATER propone quattro motivi di impugnazione, chiedendo all'adita corte di legittimità di interpretare la convenzione negoziale per la quale è processo in termini di contratto autonomo di garanzia alla luce sia della previsione di un obbligo di pagamento entro un breve termine (dalla richiesta scritta) - non rilevando, in senso contrario, il mancato uso di espressioni quali "a semplice" o "a prima richiesta", atteso che l'interpretazione della convenzione negoziale de qua andrebbe viceversa desunta dalla relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia -; sia dell'impegno assunto dalla ditta debitrice di rimborsare al garante tutte le somme versate, con espressa rinuncia a sollevare qualsiasi eccezione; sia della normativa pubblicistica all'uopo richiamata - che considera(va) la polizza come sostitutiva di una cauzione dovuta dall'appaltatore in favore dello Stato o di altro ente pubblico.

La ricorrente deduce, di conseguenza, l'inapplicabilità, alla fattispecie, della decadenza di cui all'art. 1957 c.c., ovvero la deroga a tale disposizione, dovendo ritenersi che la proposizione dell'istanza scritta di pagamento sia indice inequivoco della volontà dell'ente creditore di avvalersi della garanzia.

I motivi di ricorso appaiono meritevoli di accoglimento, per quanto di ragione.

E' 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. E' 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 trilatera, 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).

E' 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 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).

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 assicurargli 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 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. 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. E' 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 *Vertragserfullungsgarantie*, 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 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 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 attengano 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/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, attecchendosi la clausola di pagamento in questione come una ordinaria clausola *solve et repete* ex art. 1462 c.c.. Il garante "autonomo", invece, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, non potrà agire in ripetizione nei confronti di quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), rinunciando, per l'effetto, anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'*accipiens* nel caso di escussione illegittima della garanzia, ma potrà esperire l'azione di regresso ex art. 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito (il più delle volte mediante il cosiddetto "conteggio automatico" a carico del debitore, quando questi ha anticipato alla banca le somme necessarie per il pagamento o quando sussista la possibilità di addebitare le somme su un

conto corrente), senza possibilità per il debitore di opporsi al pagamento richiesto dal garante 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 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).

10. Chiarite così le differenze operative tra fideiussione (eventualmente resa atipica dall'inserimento delle clausole in questione) e *Garantievertrag*, va affrontato e risolta la speculare 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 de 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'inadempienza 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 accessorietà (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'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.).

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, irredimibile 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'accessorietà 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 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. 2377/2008 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 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"). 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 *fideiussio indemnitis* 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. *fideiussio indemnitis* 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 infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale.

E' 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*. E' 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, sostituiva 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 spettatili 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 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..

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.

Così deciso in Roma, il 10 novembre 2009.