

Corte di cassazione, sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1186

Pres. Bisogni – Rel. Amatore

Nell'azione di pagamento dell'indebito ex art. 2033 c.c. esperita dal debitore garantito nei confronti del beneficiario del pagamento, che abbia escusso una garanzia a prima richiesta, rileva solo il profilo dell'eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'exceptio doli.

(Omissis) Con la sentenza impugnata la Corte di Appello di Milano – decidendo sull'appello proposto da EFFE.COM s.r.l. Iniziative commerciali nei confronti di M.E., M.G. e M.L. (quest'ultimi anche nella qualità di eredi di D.S.C.), in relazione alla sentenza n. 12372/2008 emessa in data 22/10/2008 dal Tribunale di Milano (con la quale era stata dichiarata illegittima l'escussione da parte di EFFE.COM s.r.l. della garanzia bancaria prestata in favore di quest'ultima da parte dell'allora SANPAOLO IMI S.p.A. e per l'effetto la predetta società EFFE.COM s.r.l. era stata condannata al pagamento in favore di M.E. e di D.S.C. della somma pari ad Euro 300.000, oltre interessi a far data dal 29/01/2008) – ha accolto l'appello principale svolto da EFFE.COM s.r.l., condannando gli appellati alla restituzione, in via solidale, della predetta somma, rigettando, peraltro, l'appello incidentale in punto di maturazione degli interessi dovuti.

La corte del merito ha, in primo luogo, ricordato, quanto agli elementi fattuali della controversia, che:

a) con contratto preliminare del 27/07/2004 M.E. e D.S.C. avevano promesso di cedere a EFFE.COM s.r.l. le loro quote di partecipazione nella società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S.;

b) le parti contrattuali avevano inoltre previsto, per alcuni eventi espressamente indicati nel menzionato contratto di cessione di quote (e segnatamente alla clausola 2.06), che i promittenti venditori ottenessero da un primario istituto di credito il rilascio in favore della promissaria acquirente di una garanzia autonoma a prima richiesta, di durata quinquennale per un ammontare di Euro 300.000, per i primi due anni e per Euro 150.000 per il triennio successivo, come garanzia per gli eventuali obblighi di indennizzo (anche per eventuali passività fiscali);

c) in data 11/10/2004 i cedenti, in attuazione di specifica clausola contrattuale, avevano trasformato la società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S. in una società a responsabilità limitata;

d) nella successiva data del 16/11/2005, le parti contrattuali avevano dato esecuzione all'accordo preliminare, trasferendo definitivamente le quote promesse in vendita al prezzo complessivo di Euro 8.050.000;

e) diversi mesi dopo la conclusione del contratto definitivo di cessione, e precisamente in data 29/07/2005, la controllante EFFE.COM s.r.l. e la controllata (in via totalitaria) REPUBBLICA s.r.l. avevano deliberato la fusione, che veniva attuata in data 16/11/2005, con atto trascritto, ai fini immobiliari, nei pubblici registri dell'Agenzia per il territorio di Firenze in data 13/12/2005;

f) il successivo 22/05/2006 la LIBRERIA EDISON s.r.l., conduttrice dell'immobile fiorentino di proprietà sociale (prima della società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S. e REPUBBLICA s.r.l., e, poi, in seguito alla cessione delle quote, della EFFE.COM s.r.l.), aveva denunciato giudizialmente la violazione della L. n. 392 del 1978, art. 38, posto che, con la predetta fusione, si era determinato il trasferimento della proprietà del bene immobile, già locato alla società LIBRERIA EDISON s.r.l. alla società EFFE.COM s.r.l., senza che quest'ultima avesse previamente comunicato tale operazione negoziale alla LIBRERIA EDISON s.r.l. per consentire a quest'ultima l'esercizio della prelazione legale prevista dalla norma da ultimo citata;

g) ritenendo la società LIBRERIA EDISON s.r.l. ancora pendente il termine semestrale per l'esercizio del diritto di riscatto di cui alla L. n. 392 del 1978, art. 39 (sulla base della considerazione che il predetto termine decorresse dall'atto di fusione, che aveva determinato anche il contestato trasferimento immobiliare), la società LIBRERIA EDISON s.r.l. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Firenze, la EFFE.COM s.r.l., per esercitare nei confronti di quest'ultima il diritto di riscatto e, in via subordinata, per il risarcimento del danno, nella ipotesi di ritenuta tardività dell'esercizio della menzionata prelazione legale;

h) in data 14/06/2006 la EFFE.COM s.r.l. comunicava a M.E. e a D.S.C. la notizia della azione giudiziale sopra descritta e successivamente, dopo vari tentativi di bonario componimento della vicenda, escuteva la garanzia bancaria in data 13/11/2006, presso l'allora SANPAOLO IMI S.p.A., che provvedeva al pagamento tramite la vendita dei titoli depositati dagli odierni ricorrenti presso l'istituto di credito;

i) nel successivo contenzioso giudiziale instauratosi tra le parti innanzi al tribunale ambrosiano, la difesa di M.E. e di C.D.S. evidenziava che la trasformazione societaria di società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S. in società di capitali e il negoziato trasferimento delle quote non avevano invero determinato alcun trasferimento immobiliare e che comunque la fusione (cui anche la società LIBRERIA EDISON s.r.l. aveva collegato, nel parallelo contenzioso giudiziale instaurato nei confronti di EFFE.COM s.r.l., la violazione della detta prelazione legale) era intervenuta successivamente alla conclusione dell'affare di trasferimento delle quote e, dunque, non poteva generare alcun profilo di responsabilità contrattuale a carico degli odierni ricorrenti e, di conseguenza, la necessità di copertura indennitaria, tramite la garanzia bancaria, così illegittimamente escussa;

l) la difesa di EFFE.COM s.r.l. aveva invece evidenziato che il ricorso locatizio presentato dalla LIBRERIA EDISON s.r.l. aveva descritto la complessa operazione

contrattuale, sopra tratteggiata, come un negozio indiretto concluso in frode alla legge, perché volto, nell'intenzione dei cedenti le quote, ad eludere la prelazione legale, di cui al predetto art. 38, e che, dunque, le pretese anche risarcitorie avanzate dalla LIBRERIA EDISON s.r.l. dovevano ritenersi ancorate agli obblighi e alle garanzie discendenti dal contratto di cessione di quote, per le quali operava ancora la garanzia prestata "a prima richiesta" dall'istituto di credito.

La corte territoriale, sulla base della sopra esposta ricostruzione fattuale della vicenda contrattuale intercorsa tra le parti, ha, in primo luogo, qualificato il contratto di garanzia prestato dall'istituto di credito non già come fideiussione (come ritenuto dal giudice di prima istanza), ma come contratto autonomo di garanzia, come tale scollegato funzionalmente dal rapporto contrattuale sottostante, e cioè dal contratto preliminare di cessione delle quote (tra le cui clausole era stata prevista anche la prestazione della garanzia), e ciò sulla base dell'evidente considerazione che il paragrafo 4 del contratto presentava tutti gli elementi della clausola di garanzia a prima richiesta, riportando la rinuncia espressa all'applicazione degli artt. 1945, 1955 e 1957 c.c. e venendo così meno quel rapporto di accessorietà tra garanzia e debito garantito, che caratterizza e qualifica invece la fideiussione. La corte di merito ha, inoltre, evidenziato che, pur integrando la garanzia in questione una clausola a prima richiesta, il comportamento adottato da EFFE.COM s.r.l., all'atto di escutere la garanzia bancaria, dovesse, tuttavia, ritenersi fraudolento, in quanto:

1) M. e D.S. erano totalmente ignari della fusione societaria, avvenuta un anno dopo la cessione delle quote e, peraltro, estranei alla controversia locativa instauratasi tra LIBRERIA EDISON s.r.l. e EFFE.COM s.r.l.;

2) la richiesta risarcitoria era stata collegata dalla società LIBRERIA EDISON s.r.l. alla fusione societaria e non già alla cessione e, dunque, ad un atto, al quale M. e D.S. erano rimasti del tutto estranei;

3) le pretese della LIBRERIA EDISON s.r.l. erano comunque collegate alla mancata *denuntiatio* da parte della EFFE.COM s.r.l. e non già dei cedenti le quote. La Corte ha, tuttavia, evidenziato che gli odierni ricorrenti avevano rinunciato, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., a sollevare l'*exceptio doli* e che, pertanto, in applicazione dell'art. 112 c.p.c., la condotta abusiva in autotutela della EFFE.COM s.r.l. non potesse essere rilevata, con ciò determinando l'accoglimento del gravame.

La sentenza, pubblicata il 07/08/2014, è stata impugnata da M.E., M.G. e M.L., anche nella qualità di eredi di Clara D.S., con ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui EFFE.COM s.r.l. ha resistito con controricorso.

(*Omissis*) RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la parte ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1936, 1950 e 2033 c.c.

1.1 Osserva la parte ricorrente che la corte di merito – dopo aver correttamente evidenziato il comportamento fraudolento e contrario a buona fede della società

EFFE.COM s.r.l., nell'escussione della garanzia autonoma prestata dall'istituto bancario – aveva disatteso la domanda di restituzione dell'indebito (invece riconosciuta in primo grado), sulla base dell'erronea convinzione della rinuncia, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., alla relativa *exceptio doli* in sede di appello. Si osserva che gli odierni ricorrenti avevano agito in rivalsa per ottenere la restituzione delle somme oggetto della garanzia, essendo il pagamento effettuato dalla banca non dovuto in ragione del corretto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto contrattuale nei confronti della beneficiaria del pagamento e, cioè, della EFFE.COM s.r.l. Sostiene, pertanto, la difesa dei ricorrenti che risulta irrilevante scrutinare la qualificazione giuridica del contratto di garanzia intercorso tra le parti, accertare, cio, se si tratti di una fideiussione ovvero di un contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, in quanto il garante sarebbe sempre tenuto al pagamento. Del pari, sarebbe irrilevante verificare se l'istituto bancario avesse sollevato l'*exceptio doli*, in quanto non solo il rapporto tra la banca e la EFFE.COM s.r.l. esula dall'odierno *thema decidendum*, ma anche perché gli odierni ricorrenti avevano agito dopo che EFFE.COM s.r.l. aveva illegittimamente escusso la garanzia e, dunque, al solo scopo di ripetere quanto illegittimamente pagato al beneficiario della garanzia.

1.2 Osservano, ancora, i ricorrenti che la motivazione impugnata violava apertamente il disposto normativo di cui agli artt. 1936, 1950 e 2033 c.c. e l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui il debitore, a differenza del garante, non può opporre la *exceptio doli* e, una volta escussa illegittimamente la garanzia, può invece agire con l'*actio indebiti* ex art. 2033 c.c., nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario.

Si osserva che la differenza operativa più rilevante tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia non riguarda – secondo gli insegnamenti di questa Corte – il momento del pagamento (cui anche il fideiussore “atipico” può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta del creditore), ma attiene al regime delle azioni di rivalsa, dopo l'avvenuto pagamento. Si evidenzia ancora che, con il contratto autonomo di garanzia, si “autonomizza” il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica, con la conseguenza che se il fideiussore paga un debito già estinto, per remissione, per pagamento ovvero per altra causa, non può esercitare azione di regresso nei confronti del debitore principale; sarà il debitore principale, 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, sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario che 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 la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c. Si osserva, ancora, che i ricorrenti avevano agito in via di rivalsa nei confronti di EFFE.COM s.r.l. per ripetere quanto ricevuto dal

garante, trattandosi di prestazione non dovuta, e che la corte di merito aveva errato nell'accogliere l'appello della società EFFE.COM s.r.l., essendo nel presente giudizio del tutto irrilevante la circostanza della proposizione o meno della *exceptio doli*, trattandosi di domanda restitutoria in conseguenza della illegittima escussione della garanzia.

2. Con il secondo motivo si denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione della norma di cui agli artt. 112, 345 e 346 c.p.c. Osservano i ricorrenti che la corte di appello sarebbe incorsa in vizio di *extrapetizione*, laddove aveva ritenuto rinunciata, in grado di appello, la proposizione dell'*exceptio doli* da parte degli appellati. Si evidenzia che gli odierni ricorrenti avevano proposto in primo grado un'azione di ripetizione dell'indebito e che pertanto non avevano neanche sollevato l'*exceptio doli* in quel grado, con la conseguenza che, in grado di appello, non avrebbero neanche potuto rinunciare ad una eccezione mai sollevata. Si evidenzia, inoltre, che la EFFE.COM s.r.l. non aveva neanche sollevato alcuna specifica doglianza nei confronti della sentenza di primo grado in riferimento alla predetta eccezione, tanto ciò è vero che l'eccezione in esame avrebbe dovuto essere sollevata dalla banca garante e non già dal debitore, e ciò, semmai, al momento della richiesta di escussione della garanzia, senza peraltro poterne fare condizione per l'esercizio dell'azione di restituzione dell'indebito.

3. Con il terzo motivo si articola, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, vizio di nullità della sentenza per omesso esame di un fatto storico oggetto di discussione delle parti, e cioè del profilo della cessazione della materia del contendere perché la controversia locatizia tra Libreria Edison e EFFE.COM s.r.l. si era risolta in senso favorevole a quest'ultima, risultando, dunque, vieppiù arbitraria l'escussione della garanzia da parte della beneficiaria.

4. Con il quarto motivo si denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione di legge in relazione agli artt. 752 e 754 c.c., in riferimento alla proporzione di debito assegnato ad ogni coerede della S.

5. Il ricorso è fondato.

5.1 Possono essere esaminati congiuntamente i primi due motivi di ricorso, che sono fondati per le ragioni qui di seguito precisate.

5.1.1 La parte ricorrente ritiene superfluo l'accertamento della qualificazione giuridica della garanzia prestata dall'istituto di credito come contratto autonomo di garanzia in favore della EFFE.COM s.r.l., anziché come fideiussione, con le conseguenze giuridiche che ne conseguono in ordine, in primo luogo, alla mancanza di accessorietà della garanzia in riferimento al debito garantito e, non secondariamente, al regime di eccezioni opponibili dal garante e dal debitore garantito nei confronti del beneficiario.

Tale affermazione non è convincente e merita le precisazioni che seguono. Sul punto è necessario ricordare che, secondo la giurisprudenza di vertice espressa da questa Corte (cfr. Cass., sez. un, 18 febbraio 2010, n. 3947), 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 (cfr. anche Cass., sez. III, 22 novembre 2018, n. 30181).

Ne consegue che – al fine della qualificazione del contratto autonomo di garanzia – l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponga al garantito le eccezioni scaturenti dal rapporto principale e la rinuncia ad opporre eccezioni da parte del garante che, dopo il pagamento, abbia agito in regresso, costituiscono indici di una deroga alla normale accessorietà della garanzia fideiussoria, nella quale invece il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'art. 1952 c.c., comma 2, all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore (cfr. anche Cass., sez. III, 17 giugno 2013, n. 15108).

È stato, altresì, precisato che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (cfr. sempre Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 e Cass., sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22233).

5.1.2 È stato, inoltre, osservato sempre dalla giurisprudenza di questa Corte che, in tema di contratto autonomo di garanzia, in ragione dell'assenza dell'accessorietà propria della fideiussione, il garante non può opporre eccezioni riguardanti il rapporto principale, salva l'esperibilità del rimedio generale dell'"*exceptio doli*",

potendo però sollevare nei confronti del creditore eccezioni fondate sul contratto di garanzia (cfr. Cass., sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31956).

5.1.3 Ciò posto in termini generali, non può sfuggire come dalla qualificazione giuridica della garanzia prestata come fideiussione ovvero come contratto autonomo di garanzia discendano (come, peraltro, avvenuto anche nel caso di specie) conseguenze rilevanti in ordine al regime di opponibilità delle eccezioni sollevabili dal garante e dal debitore principale. Orbene, la corte di merito ha qualificato la garanzia come contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, con la conseguenza – come inevitabile corollario – che anche, nell'azione di pagamento dell'indebito esperita (come nel caso in esame) dal debitore garantito *ex art. 2033 c.c.*, nei confronti del beneficiario del pagamento rilevi solo il profilo dell'eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'*exceptio doli*, e ciò proprio perché la fraudolenza dell'escussione della garanzia da parte del beneficiario qualifica come indebito (e, dunque, non dovuto) il pagamento di cui si richiede, ora, la restituzione.

5.2 Ciò premesso, il motivo, così come prospettato nella seconda censura del ricorso, risulta, pertanto, fondato.

Sul punto in discussione, giova ricordare che, secondo la giurisprudenza espressa da questa Corte, la decadenza di cui all'art. 346 c.p.c., riguarda le domande e le eccezioni in senso proprio non riproposte in sede di appello, e non anche le mere argomentazioni giuridiche, ovvero le questioni di fatto e di diritto addotte a sostegno delle medesime, che devono viceversa ritenersi implicitamente richiamate con la semplice istanza di rigetto dell'impugnazione da parte dell'appellato, anche se esse si fondano sulla deduzione di particolari fatti e sulla loro interpretazione. Il medesimo principio vale anche per la riconduzione di un rapporto ad una determinata norma o ad un fatto specifico, atteso che neppure in tal caso la mancata, espressa riproposizione della tesi difensiva implica rinuncia alcuna all'originario "*petitum*" sì come svolto in primo grado (Cass., sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1277).

Ed invero, non sussiste la violazione dell'art. 346 c.p.c., dovendosi escludere un onere specifico a carico della appellata vincitrice in primo grado di richiamare l'attenzione dei giudici di appello su tutti gli aspetti della condotta della controparte già dedotti in primo grado, ancorché per ipotesi diversamente valutati da quel giudice (cfr. Cass., sez. II, 06 aprile 2000, n. 4322).

Ciò posto, osserva la Corte come, nella fattispecie in esame, il tribunale avesse qualificato la garanzia come fideiussione ed avesse agganciato la illegittimità della escussione della stessa all'assenza di profili responsabilità del debitore principale in relazione alle obbligazioni discendenti dal contratto preliminare di cessione delle quote, essendo intervenuta la fusione societaria tra EFFE.COM s.r.l. e REPUBBLICA s.r.l. (e dunque anche il contestato trasferimento immobiliare da parte del conduttore dell'immobile già locato) in un momento successivo rispetto alla cessione delle quote.

Orbene, la corte di appello ha invece diversamente qualificato il rapporto di garanzia come clausola di garanzia a prima richiesta, con tutte le conseguenze sopra illustrate in relazione alla necessità di pagamento da parte del garante al di là di qualsiasi rapporto di accessorietà con il rapporto negoziale sottostante, con la sola eccezione dell'esperibilità dell'*exceptio doli* da parte del garante (e del debitore garantito).

Peraltro, va aggiunto come sia stata la stessa controricorrente ad evidenziare (cfr. pag. 28 controricorso) che gli odierni ricorrenti avevano espressamente contestato a pag. 13 dell'atto di citazione il "comportamento illecito, illegittimo ed arbitrario" ascrivibile alla EFFE.COM s.r.l. nell'escussione della garanzia. Di talché, non è dubitabile che la parte oggi ricorrente avesse, con l'istanza di rigetto dell'appello *ex adverso* proposto, insistito anche sulla questione dell'abusività della condotta di escussione della garanzia, trattandosi, peraltro, di questione di fatto meramente collegata ad argomentazioni giuridiche volte alla qualificazione del rapporto di garanzia in un senso ovvero nell'altro sopra chiarito.

Ne discende che la questione dell'arbitrarietà della condotta di escussione della garanzia, peraltro, positivamente (e correttamente) accertata da parte della corte di merito con motivazione esente da profili di criticità argomentativa, avrebbe dovuto condurre, come inevitabile conseguenza, ad altra soluzione decisoria rispetto a quella oggetto dell'odierna impugnativa. Occorre pertanto accogliere il primo e secondo motivo di ricorso, per come sopra precisato, e cassare la sentenza impugnata con rinvio alla corte territoriale per un nuovo giudizio che tenga presente i rilievi qui prospettati.

5.3 Il terzo e quarto motivo rimangono assorbiti.

Da ultimo, va disposto lo stralcio delle note di udienza versate in atti da parte della società controricorrente in quanto non è previsto processualmente tale deposito in sede di udienza di discussione.

La decisione sulle spese del presente giudizio è rimessa al giudice del rinvio.

P.Q.M.

accoglie il primo e secondo motivo di ricorso; dichiara assorbiti i restanti motivi; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda anche la decisione sulle spese del giudizio di legittimità. (*Omissis*).

**UN LAPSUS DI CASS., 21 GENNAIO 2020, N. 1186
SULL'ASTRATTEZZA DEL GARANTIEVERTAG**

FILIPPO NAPPI

Professore ordinario f.r.

nell'Università di Napoli-Parthenope

1. – Il caso si può schematicamente rappresentare nei seguenti termini.

In un contratto di trasferimento di quote di partecipazione societaria l'alienante (A) assicura, con una garanzia bancaria, l'acquirente (B) contro i rischi rappresentati da eventi espressamente indicati nel testo contrattuale. La garanzia viene fraudolentemente escussa senza che il garante opponga l'*exceptio doli*. A allora conviene B davanti al Tribunale di Milano per ottenere la restituzione di quanto indebitamente riscosso dal garante (C). Il Tribunale, riconosciuta l'illegittimità dell'escussione della garanzia, condanna B alla restituzione ad A dell'importo della garanzia.

In seguito all'appello proposto da B, la Corte d'Appello, pur confermando che l'appellante non aveva titolo per escutere la garanzia, inopinatamente accoglie l'appello e condanna A alla restituzione dell'importo della garanzia sulla base della considerazione che il contratto di garanzia debba qualificarsi (non già una fideiussione, come ritenuto dal Tribunale, ma) un *Garantievertrag*; premessa dalla quale la Corte d'Appello correttamente deduce la nascita a favore del creditore garantito (B) di un diritto di garanzia indipendente dal rapporto garantito e quindi realizzabile a prescindere dalla stessa esistenza di quest'ultimo, a patto, ovviamente, che l'escussione del garante non sia palesemente abusiva e quindi paralizzabile con l'*exceptio doli*.

2. – Fin qui il ragionamento della Corte d'Appello non fa una grinza riproducendo convinzioni ormai stabilmente acquisite nella dottrina e nella giurisprudenza europee. A questo punto tuttavia il ragionamento inopinatamente svolta nell'affermazione che l'astrattezza del *Garantievertrag* opererebbe non solo nei confronti del garante, imponendogli di pagare l'importo della garanzia "a prima richiesta", ma anche nei confronti del debitore garantito, quando, una volta escussa la garanzia, e soddisfatte conseguentemente le legittime ragioni del garante in ordine al rimborso di quanto versato al creditore garantito, il debitore garantito agisca nei confronti di quest'ultimo per la restituzione di quanto indebitamente riscosso dal garante. Anche in questa sede non sarebbe possibile far valere il mancato verificarsi del rischio assicurato, potendo il debitore soltanto

avvalersi dell'*exceptio doli* per ottenere, solo alla condizione della prova di un comportamento palesemente fraudolento del creditore, la restituzione di quanto indebitamente riscosso da quest'ultimo. Nel caso di specie, seguendo questo ragionamento, non avendo A riproposto in appello l'*exceptio doli*, ed avendovi quindi rinunciato ai sensi dell'art. 346 c.p.c., il carattere fraudolento dell'escussione non potrebbe essere rilevato senza cadere nel vizio di *ultrapetizione*; ne consegue che l'appello debba essere accolto con la condanna di A alla restituzione dell'importo della garanzia recuperato in base alla sentenza del Tribunale.

Come si vede nella rappresentazione ora riferita il *Garantievertrag* si presenta come un negozio obbligatorio dotato di una forma di astrattezza non riscontrabile in altre manifestazioni dell'autonomia privata: non solo nel nostro ordinamento, largamente ispirato al principio di causalità, ma nemmeno in altri ordinamenti, come per esempio quello tedesco, in cui, per la prevalenza riconosciuta ad esigenze diverse da quelle di una pronta ed efficiente tutela del debitore, si dà più largo spazio all'astrattezza. Infatti seguendo il ragionamento della Corte d'Appello di Milano il *Garantievertrag* consentirebbe al creditore garantito di acquisire un'attribuzione patrimoniale sottraendosi del tutto ad un pieno controllo sulla causa dell'attribuzione: sia nella sede dell'escussione della garanzia che in quella della c.d. rivalsa del debitore garantito basterebbe al creditore, per legittimare il suo indebito acquisto, che non ne sia provato il carattere di manifesta fraudolenza. Insomma il *Garantievertrag* sarebbe un negozio obbligatorio del tutto impermeabile ad un radicale controllo della giusta causa dell'attribuzione. E' evidente invece che l'astrattezza del *Garantievertrag* esaurisce la sua funzione – per esempio quella di attribuire al creditore un'immediatezza di realizzazione della garanzia paragonabile a quella di una cauzione¹ – nel rapporto creditore garantito-garante, mentre,

¹ Può affermarsi che la funzione cauzionale di un contratto autonomo di garanzia costituisca un sicuro indice della sua meritevolezza di tutela, ma nel contempo va ribadito – al cospetto di una certa inclinazione giurisprudenziale, incoraggiata da Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, a qualificare senz'altro come *Garantievertrag* regolamenti negoziali con clausole di pagamento "a prima richiesta" – che, di fronte al regolamento d'interessi tipico della fideiussione – privo cioè di peculiarità che impongano una più intensa esigenza di tutela del creditore –, la presenza di clausole del genere ora richiamato, che ingiustificatamente rafforzino la pretesa del creditore garantito, pone all'interprete una questione di validità delle suddette clausole alla quale non può assolutamente sottrarsi; o tutt'al più gli prospetta la possibilità d'intendere il regolamento negoziale come fideiussione con clausola *solve et repete*. In ogni caso l'idea che il *Garantievertrag*, per usare la denominazione da qualche tempo preferita dalla giurisprudenza della Cassazione, realizzi una funzione unica – o comunque riducibile in termini anche solo astrattamente unitari –, secondo un'affermazione reiteratamente riproposta nelle più

una volta escussa la garanzia, nel rapporto tra debitore e creditore in sede di rivalsa, riprende vigore il principio del controllo della giusta causa dell'attribuzione: l'indebito conseguito dal creditore dovrà essere restituito al debitore a prescindere dalla modalità fraudolenta con cui è stato conseguito.

3. – Ma l'affermazione della Corte d'Appello di Milano, come si è visto palesemente insostenibile, non viene purtroppo smentita dalla Corte di Cassazione. La quale ne ribadisce anzi la correttezza affermando che nel caso di specie la qualifica della garanzia come *Garantievertrag* comporta «come inevitabile corollario che anche nella azione di pagamento dell'indebito esperita (come nel caso in esame) dal debitore garantito ex art. 2033 c.c. nei confronti del beneficiario del pagamento rilevi solo il profilo della eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'*exceptio doli*, e ciò proprio perché la fraudolenza dell'escussione della garanzia da parte del beneficiario qualifica come indebito (e quindi non dovuto) il pagamento di cui ora si richiede la restituzione».

Tuttavia all'ingiustizia sostanziale della soluzione adottata la Cassazione pone rimedio accogliendo un altro motivo di ricorso di A, quello consistente nella erronea applicazione da parte della Corte d'Appello dell'art. 346 c.p.c. E quindi affermando la possibilità di riconoscere nella sentenza di appello la natura abusiva dell'escussione della garanzia con le conseguenze che ne derivano.

Le ragioni del debitore garantito sono fatte salve, ma non può passare sotto silenzio un preoccupante *lapsus* sulla teoria del *Garantievertrag* che conferma una perdurante difficoltà della nostra giurisprudenza ad avvalersi,

recenti decisioni, ed anche in Cass., 21 gennaio 2020, n. 1186, è smentita dalla stessa recente esperienza giurisprudenziale italiana – in cui si è recentemente riconosciuta la natura di *Garantievertrag* al patto di riacquisto stipulato nei contratti di compravendita di beni destinati al leasing finanziario (Cass., 12 febbraio 2015, n. 2762; in dottrina cfr. F. NAPPI, *Un'ipotesi di Garantievertrag; il patto di riacquisto nelle operazioni di leasing* (nota a Trib. Milano, 12 novembre 1992 e Trib. Milano, 26 novembre 1992), in *BBTC*, 1994, 710 ss. e ora in ID., *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997, 54 ss.) – e da alcuni decenni dall'esperienza giurisprudenziale e dottrinale tedesca in cui correntemente si discute, per la soluzione di vari problemi, di varie specie di *Garantievertrag*. Si pensi per esempio alla differente funzione, rispetto a quella cauzionale, svolta dalla c.d. *Zahlungsgarantie*, di cui si è parlato a proposito della questione dell'opponibilità dell'eccezione di compensazione da parte del garante (cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, 108 ss.; per una rassegna di varie tipologie di contatti di garanzia “a prima richiesta” cfr. ID., *Garanzia autonoma e garanzie con clausole di pagamento “a prima richiesta”*, in *Giur. it.*, 1993, 575 ss.).

per la soluzione delle varie problematiche sollevate da questo tipo di garanzie, di un apparato sistematico concretamente operativo: in grado di dirigere l'interprete nella soluzione delle singole questioni, assicurandolo contro il rischio di decisioni contrastanti o, come quella in oggetto, decisamente errate. Pare che si sia trasferita alla recente giurisprudenza una propensione della dottrina del *Garantievertrag* – denunciata già alcuni decenni or sono² – ad un eccessivo pragmatismo: che l'ha indotta a trascurare l'impegno di pazienza e rigore di metodo nella definizione di concetti che poi riescano utili a dipanare le più aggrovigliate questioni specifiche, nell'intima convinzione – solo a malapena dissimulata da astratte ed approssimative declamazioni dogmatiche³, per esempio, sulla causa del *Garantievertrag* – che i problemi pratici si possano risolvere senza scomodare tematiche dogmatiche di fondo.

Il caso in esame è un esempio dei rischi che si corrono quando, nella soluzione di specifici problemi, si ritiene di poter fare a meno di un valido apparato concettuale. Infatti la guida dello schema delegatorio – chiaramente evocato, ma significativamente non compiutamente delineato nemmeno in Cass., sez. un., 3748/2010⁴ – con la netta differenziazione della disciplina del rapporto delegato-delegatario – in cui è possibile prescindere dai rapporti di base –, dal rapporto delegante-delegatario – in cui il rapporto di base riassume piena rilevanza causale –, avrebbe scongiurato il rischio di confondere i requisiti per la reazione del garante all'escussione abusiva della garanzia con quelli della c.d. rivalsa del debitore garantito successiva all'escussione abusiva della garanzia.

Abstract

A SLIP OF THE ITALIAN SUPREME COURT NO. 1186 OF JANUARY 21ST, 2020 ON THE ABSTRACTNESS OF THE GARANTIEVERTAG

L'Autore critica l'affermazione della sentenza n. 1186/2020, con la quale la Corte di cassazione ha affermato che, una volta escussa una garanzia a prima richiesta, il

² Cfr. F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *BBTC*, 1992, 179.

³ Anche alla recente giurisprudenza, per esempio sul profilo causale del *Garantievertrag*, andrebbe rivolto il monito di Benedetto Croce contro quel falso spirito sistematico "che induce a pensare l'unità senza pensare le distinzioni, nel dedurre senza indurre, nel cangiare l'ipotesi in concetto senza averla seriamente verificata" (B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1947, 775).

⁴ Sul tema, per la sicura riconducibilità di alcune specie di *Garantievertrag* al procedimento delegatorio latamente inteso, cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma*, cit., 205 ss. e, più recentemente, ID., *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag* (nota a Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947), in *BBTC*, 2010, 425 ss.

debitore principale potrebbe esercitare l'azione di ripetizione dell'indebito solo a condizione che dimostri la fraudolenza nell'escussione.

The Author criticizes the statement of judgement no. 1186/2020, whereby the Court of Cassation affirmed that, once a first demand guarantee has been enforced, the principal debtor could exercise the action for the repayment of undue payments only on condition that he proves fraudulent enforcement.
