

SULL'APPLICAZIONE DELL'ART. 1957 C.C. AL GARANTIEVERTRAG: LA GIURISPRUDENZA (DI LEGITTIMITA' E DI MERITO) DISATTENDE IL *DICTUM* DELLE SEZIONI UNITE

di FRANCESCO MASCOLO

Sommario: 1. LA NATURA DELLA CAUSA CAVENDI E LA SUA DIFFERENZA CON IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: UNA LETTURA ORIENTATA ALLA GRADAZIONE. 2. POSSIBILE OPERATIVITA' DELLE TUTELE DI CUI ALL' ART. 1957 C.C. ANCHE AI CONTRATTI AUTONOMI DI GARANZIA – UN CONTRASTO “APPARENTEMENTE INCOMPONIBILE” CON LE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE. 3. LA DECISIONE DELL'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI TORRE ANNUNZIATA: LA VERIFICA IN CONCRETO DEL CONTRATTO DI GARANZIA QUALE SCELTA MEDIANA DI TUTELA DEL GARANTE E SUA GIUSTIFICAZIONE TEORICA.

In allegato: Tribunale di Torre Annunziata, Ordinanza del 25/1/2017 rg. 4311/16.

Il contenzioso bancario, in crescita esponenziale a causa della crisi economica attraversata, ha contribuito progressivamente ad una sovraesposizione pretoria delle posizioni contrattuali dei garanti. Quest'ultimi, divenuti sempre più spesso l'obiettivo principale dei creditori insoddisfatti ed in particolare, in caso di fallimento del garantito, degli istituti di credito sia a mezzo di procedure monitorie che a mezzo di azioni pauliane, hanno sollecitato fortemente la giurisprudenza di merito, invocando una tutela sostanziale delle proprie posizioni.

Ebbene, il caso in esame, che verrà vagliato al termine di questa breve disamina, è esemplificativo delle variazioni ermeneutiche in materia; infatti, secondo il Giudice oplontino, sostenuto da una parte della giurisprudenza di legittimità¹, a sezioni semplici, la Banca non poteva pretendere sulla base della semplice clausola di pagamento a prima richiesta, inserita, ormai di prassi, nei famigerati contratti di garanzia *cd. omnibus*, l'inapplicabilità della

¹ Cass. Civ. , sez. I, 09/08/2016, n. 16825; Trib. Torre Annunziata, ordinanza del 25.01.2017, rg 4311/16, giud. Di Lorenzo.

tutela generale di cui all'art. 1957 c.c., che permette al garante di evitare l'escussione della garanzia decorsi i 6 mesi dalla scadenza del debito principale senza che il creditore abbia provveduto "giudizialmente" a pretendere il pagamento del medesimo.

1. FONDAMENTO CAUSALE DEL "GARANTIRE AUTONOMAMENTE".

Occorre precisare che come sostenuto da autorevole dottrina la formula "garantire autonomamente" può indicare due serie di ipotesi contrattuali e "causali" distinte, da un lato è possibile raggruppare quelle fattispecie ove il risultato che le parti intendono conseguire è di evitare che la soddisfazione del creditore subisca ritardi per contestazioni sollevate dal garante o dal debitore, fermo restando l'obbligo di ripetizione nei confronti del debitore principale a cui il garante conteggì il pagamento; da un altro nel senso che attribuisce al creditore la copertura del rischio correlativo alla frustrazione del rapporto garantito, assicurando sempre al beneficiario un risultato utile².

Difatti la garanzia autonoma è tale in quanto possiede un suo autosufficiente fondamento causale (è cioè *sebständige*³), estraneo alla causa di garanzia e quindi del tutto esterno al rapporto principale.

Quindi, la circostanza che detto negozio sia autonomo non produce in via automatica un "distacco" dall'obbligazione principale, ma importa unicamente che il contratto di garanzia sia in grado di sorreggere l'attribuzione di garanzia senza che quest'ultima debba collegarsi necessariamente al rapporto principale, come invece impone lo schema della *causa cavendi* o di garanzia⁴.

2. POSSIBILE OPERATIVITA' DELLE TUTELE DI CUI ALL' ART. 1957 C.C. ANCHE AI CONTRATTI AUTONOMI DI GARANZIA.

Orbene, avendo dimostrato che è possibile concepire l'autonomia atipica dei contratti di garanzia autonoma in senso non antitetico con la nozione di

² F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, 97 ss.; ID. *La garanzia autonoma ed altre garanzie con clausole di pagamento a prima richiesta in Giur. It.*, 1993, iv, c. 550 ss.; ora anche in ID., *in Studi sulle garanzie personali. Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997, 186 s.

³ F. NAPPI, *La garanzia autonoma ed altre garanzie cit.*, p.191

⁴ F. NAPPI, *o. e l. c.*

accessorietà, per cui ben potrà esservi un collegamento negoziale, in questo caso eventuale di tipo funzionale ed unilaterale, si necessita di verificare l'apporto operativo di una siffatta tesi.

Ebbene, era noto che sussumere la fattispecie di garanzia nel negozio fideiussorio piuttosto che in quello atipico ed autonomo del *Garantievertrag*, produceva un affievolimento delle difese ed eccezioni esperibili dal garante, prima fra tutte quelle riguardanti l'art. 1957 c.c., oltre che quelle proprie del rapporto garantito.

Tale tesi era autorevolmente sostenuta dalla Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione che con una pronunzia assai complessa aveva espressamente previsto che l'art. 1957 c.c. era da considerarsi norma fondante *"l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione autonoma di garanzia"*⁵.

La suddetta statuizione veniva poi vaporizzata mediante la possibile previsione di una diversa pattuizione da parte dei contraenti.

Altro elemento indiziante della presenza di un contratto autonomo di garanzia, a parere della Suprema Corte, era da ricercarsi nella presenza di una clausola di pagamento a prima richiesta, che producendo il distacco dalla garanzia principale, vanificava le eccezioni riferibili a quest'ultima.

Tuttavia, ciò che poteva *prima facie* sembrare ormai pacifico veniva posto in dubbio successivamente, sempre dal Giudice di Legittimità, con la sentenza n. 16825 del 09.08.2016, cui si rifà l'ordinanza del Tribunale di Torre Annunziata, che ha occasionato la presente riflessione.

La Suprema Corte, rinviando ad una propria decisione, di poco precedente a quella delle Sezioni Unite, statuiva al contrario che, non solo l'inserimento di una clausola di pagamento a prima richiesta non produce implicitamente una deroga all'art. 1957 c.c. ma, che detta norma è espressione di una esigenza di tutela del garante, meritevole di tutela anche quando un collegamento di accessorietà sia del tutto mancante.

La Corte interpretava la clausola a prima richiesta come espressione polimorfa capace di riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito, sia a garanzie caratterizzate dal vincolo di accessorietà, sia, infine, quale affievolimento della tutela di cui all'art. 1957 c.c., limitando la previsione normativa alla semplice messa in mora stragiudiziale, ed evitando

⁵ Cass. Civ. Sez. Un., 18.02.2010, n. 3947.

in tal modo l'obbligo, per il creditore garantito, di esperire azione giudiziaria al fine di non decadere dalla garanzia⁶.

Il suddetto contrasto esprime la principale difficoltà con la quale si confronta la Giurisprudenza ogni qual volta debba affrontare empiricamente istituti atipici, che meritano una riflessione maggiormente pesata dal punto di vista sistematico.

Tuttavia, se la presenza di contrasti ermeneutici può essere indizio di una vivacità intellettuale, elemento imprescindibile nel dinamismo giuridico, nell'ambito della presente indagine si deve attestare la carenza di indicazioni sistematiche da parte della giurisprudenza di legittimità, che si limita a statuire draconiane massime d'esperienza, prescindendo, straordinariamente, da un'analisi dell'istituto della garanzia autonoma.

Tale circostanza risulta evidente dal silente superamento del precedente giurisprudenziale a Sezioni Unite senza che l'*overruling* abbia indicato i motivi di tale scelta, bensì limitandosi ad attestare, *sic et simpliciter*, una diversa regolamentazione interpretativa della *regula iuris*.

3. IL MERITO DELLA SCELTA PRETORIA: LA VERIFICA IN CONCRETO DEL CONTRATTO DI GARANZIA QUALE SCELTA MEDIANA DI TUTELA DEL GARANTE E SUA GIUSTIFICAZIONE TEORICA.

Passiamo ora ad una breve disamina del caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Torre Annunziata del 25/1/2017 rg. 4311/16.

La Banca garantita Sempronica, a fronte di un finanziamento erogato a Tizio, otteneva un decreto ingiuntivo nei confronti di Caio, garante.

Tempestivamente Caio proponeva formale opposizione a decreto ingiuntivo, nel quale si doleva innanzi tutto della violazione dell'art. 1957 c.c., in quanto la Banca non aveva proposto l'azione entro i termini ivi stabiliti, chiedendo preliminarmente che non venisse concessa la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto.

Il Giudice oplontino, in data 25.01.2017, convenendo limitatamente al *fumus boni iuris*, con la tesi dell'opponente, con propria ordinanza non concedeva la provvisoria esecuzione⁷.

⁶ *ex multis* Cass. Civ., sez. I, 09/08/2016, n. 16825; Cass. Civ., sez. III, 08/01/2010, n. 84; Cassazione civile, sez. I, 04/07/2003, n. 10574.

La motivazione, piuttosto stringata e confacente con la natura ordinamentale del provvedimento emesso, si conformava con quanto asserito dalla Cassazione a sezioni semplici⁸, evidenziando in tal modo una chiara difformità di vedute nell'applicazione dell'art. 1957 c.c., rispetto alla decisione delle Sezioni Unite della Cassazione.

Ebbene, tale incertezza ermeneutica, ormai acclarata, è di certo il frutto di una sistematica impossibilità a generalizzare una disciplina fluida quale quella delle garanzie, quanto mai serva delle necessità economiche (si veda fra le ultime riforme legislative quella riguardante il pegno non possessorio) che se abbandonata alle dinamiche negoziali, diviene facile preda delle posizioni economiche dominati o cd. contrattuali forti.

Ciò che interessa, tuttavia, sul piano dei riferimenti teorici, è che tale orientamento minoritario è di certo maggiormente conforme alla *ratio* dell'art. 1957 c.c. ed evita una generalizzazione nell'approccio alla garanzia autonoma che comporterebbe un inevitabile ed ingiustificato affievolimento delle tutele del garante.

Orbene, la surriferita *ratio* sta nella esigenza, sentita dal Legislatore del 42, di impedire immobilizzazioni di capitali e di limitare l'autonomia contrattuale e patrimoniale del garante *ab aeternum*, in particolare, di perimetrare con chiarezza un orizzonte di adempimento oltre il quale il fideiussore o sia tenuto al pagamento in vece del debitore principale inadempiente o in presenza dell'adempimento da parte del debitore principale la sua prestazione di garanzia possa ritenersi esaurita⁹.

Tale esigenza è propria di ogni prestazione di garanzia del credito ed, *“indipendente dalla circostanza che l'obbligazione di garanzia (di cui essa è contenuta), dal punto di vista della sua giustificazione causale, trovi fondamento nell'obbligazione principale, secondo lo schema della causa cavendi (comune anche ad altri analoghi schemi causali come per esempio la causa solvendi), e quindi si conformi nel suo regolamento in un rapporto di dipendenza all'obbligazione principale, sia insomma un'obbligazione di garanzia accessoria; oppure (l'obbligazione di garanzia) disponga di un*

⁷ Trib. Torre Annunziata, ordinanza del 25.01.2017, rg 4311/16, giud. Di Lorenzo.

⁸ Cass. Civ. , sez. I, 09/08/2016, n, 16825.

⁹ Sul tema F. Nappi, *Fideiussione temporalmente delimitata (Zeitburgschaft) ed art. 1957 c.c.; in Id Studi sulle garanzie personali . Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997, pag. 38 ss.; contributo pubblicato anche in BBTC, 1995, parte II, p. 564 ss.

*autonomo fondamento causale (un iussum delegatorio oppure un interesse promozionale del garante) e sia quindi un'obbligazione di garanzia autonoma*¹⁰.

Dunque, si può convenire con serenità che l'interesse del garante (certezza temporale dell'adempimento e liberazione dall'obbligazione a mezzo di proprio adempimento), previsto dall'art. 1957 c.c., non sia tipico del solo fideiussore ma, appartenga a qualsiasi soggetto tenuto ad un'obbligazione di garanzia del credito, a prescindere dal fondamento causale della garanzia, e cioè se essa sia accessoria (*causa cavendi*) o autonoma (cd *iussum*).

Di conseguenza, correttamente si è ritenuto operante l'art. 1957 c.c. anche nell'ambito dei contratti autonomi di garanzia in assenza di un espresso divieto, essendo compatibile tale norma con questi ultimi, esulando, altresì, da qualsiasi giudizio di qualificazione del contratto.

Si tratta di una scelta operativa condivisibile e conforme al dettato normativo, che tuttavia, aggrava l'orizzonte di incertezza che involge la materia della garanzie atipiche, producendo una idiosincrasia o incompatibilità con il dettato normofilattico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2010; si crede, pertanto, che occorra da parte di queste ultime un nuovo intervento chiarificatore, così da permettere agli operatori di giustizia di tutelare le posizioni contrattuali dei loro difesi in maniera efficace; per ora, si ritiene opportuno sempre eccepire la violazione dell'art. 1957 c.c., rinvenendosene i presupposti.

¹⁰ F.Nappi, *Didattica del diritto civile 2.0. Un prototipo di didattica fondata sull'addestramento al giudizio applicativo*, Torino, 2015, p. 156 e ss.