

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura avv. Pasquale Guida

**LA GIURISPRUDENZA: le sentenze per esteso****Contratto- Causa- Contratto atipico garanzia e fideiussio indemnitis**

Cassazione Civile, n. 08399 del 29.04.2020, Sez. 3

**Contratto- Causa- Contratto atipico garanzia e fideiussio indemnitis****MASSIMA**

È principio di diritto quello secondo cui, in tema di contratto atipico di garanzia, nella *fideiussio indemnitis* la funzione di garanzia sia ponga in via succedanea e secondaria sì, ma del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione. La sua funzione è di tipo reintegratorio (non del tutto diversa da un modello assicurativo).

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE TERZA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. AMENDOLA Adelaide	- Presidente	-
Dott. DI FLORIO Antonella	- Consigliere	-
Dott. POSITANO Gabriele	- Consigliere	-
Dott. DELL'UTRI Marco	- Consigliere	-
Dott. GORGONI Marilena	- rel. Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

**ORDINANZA**

sul ricorso 3900-2017 proposto da:  
 COMUNE DI PORTO SANT'ELPIDIO, in persona del Sindaco pro tempore  
 Dott. F.N., elettivamente domiciliata in ROMA,  
 VIA BENACO 5, presso lo studio dell'avvocato MARIA CHIARA MORABITO,  
 rappresentata e difesa dall'avvocato FABRIZIO CHIOINI;  
 - ricorrente -  
 contro  
 ALLIANZ SPA, GIA' RIUNIONE ADRIATICA DI SICURTA' SPA;  
 - intimati -  
 avverso la sentenza n. 1382/2016 della CORTE D'APPELLO di ANCONA,  
 depositata il 16/11/2016;  
 udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del  
 20/12/2019 dal Consigliere Dott. MARILENA GORGONI;  
 lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del  
 Sostituto Procuratore generale Dott. CARDINO ALBERTO, che ha chiesto  
 il rigetto del ricorso.

**FATTO**

Il Comune di Porto Sant'Elpidio ricorre per la cassazione della sentenza n. 1382/2016 della Corte d'Appello di Ancona, pubblicata il 16 novembre 2016, articolando tre motivi, corredati di memoria.

Nessuna attività difensiva è svolta dalla resistente.

Il Comune ricorrente espone in fatto di avere stipulato con la società Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. (Ras) una polizza a garanzia dell'esatta esecuzione del contratto di appalto, concluso il 3 aprile 2002 con la società D.M.

Costruzioni generali S.r.l., avente ad oggetto i lavori di riqualificazione e di arredo del (OMISSIS). All'esito del collaudo, avvenuto il 29 settembre 2005, era emerso un debito della società appaltatrice nei confronti del committente di Euro 116.334,15: per differenza tra gli acconti corrisposti alla DM Costruzioni e le detrazioni dovute ad una serie di vizi ed a titolo di penale, essendo stati i lavori ultimati con 96 giorni di ritardo rispetto al termine pattuito.

Con raccomandata del 25 novembre 2005, il Comune aveva escusso la polizza fideiussoria e, falliti i tentativi di avvalersi bonariamente della

garanzia, aveva convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Porto Sant'Elpidio, la Ras. Quest'ultima, costituitasi in giudizio solo all'udienza di prima comparizione del 30 novembre 2006, aveva eccepito la decadenza dell'Ente comunale dalla garanzia assicurativa per essersi avvalso della polizza ben oltre il termine convenuto di un anno dalla ultimazione dei lavori, risalente al 20 luglio 2003.

Il Tribunale adito accoglieva la domanda attorea e condannava l'impresa assicuratrice al pagamento di Euro 116.334,15, al netto degli interessi, ed alle spese di lite, ritenendo che l'eccezione di decadenza, essendosi la convenuta costituita senza il rispetto del termine di venti giorni prima dell'udienza di comparizione, fosse tardiva.

La sentenza veniva impugnata dalla Ras, dinanzi alla Corte d'Appello di Ancona, rilevando che l'eccezione formulata non avrebbe dovuto essere qualificata come di decadenza, bensì come di inoperatività della garanzia fideiussoria, come tale non rientrante nel novero delle eccezioni in senso stretto e rilevabile d'ufficio.

L'odierno ricorrente, oltre a chiedere la conferma della decisione di prime cure, riproponeva, in via subordinata, le seguenti eccezioni: a) il termine di un anno

convenzionalmente fissato per escutere la garanzia era troppo esiguo e rendeva eccessivamente difficile l'esercizio del diritto in relazione alle peculiarità del caso concreto; b) il termine di decadenza era stato validamente interrotto con la raccomandata del 25 novembre 2003, con cui l'impresa assicuratrice era stata informata del fatto che le procedure di collaudo erano in corso e che, una volta ultimato il collaudo, il relativo certificato sarebbe stato inviato allo scopo di svincolare la polizza fideiussoria.

La decisione, oggetto dell'odierna impugnazione, accoglieva l'appello proposto dalla Ras e condannava il Comune alla restituzione di quanto eventualmente già ricevuto dalla impresa di assicurazioni in esecuzione della sentenza di prime cure.

In particolare, il giudice a quo riteneva che l'eccezione con cui l'assicuratore aveva contestato l'operatività della polizza, a differenza dell'eccezione di decadenza, costituiva una semplice difesa perfettamente tempestiva e che, al di là del nomen utilizzato, l'accordo stipulato era da configurarsi come un contratto autonomo di garanzia, sicchè il termine annuale contenuto nell'art. 2.1 della polizza assicurativa doveva essere inteso come mero termine di operatività della garanzia.

#### DIRITTO

1. Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 91 e 112 c.p.c. e la nullità della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4. L'errore della Corte territoriale consisterebbe nell'aver disposto la restituzione delle somme versate in esecuzione della sentenza di prime cure, sebbene l'appellante non avesse mai formulato tale richiesta e il pagamento della somma oggetto di condanna fosse avvenuto quasi un anno prima rispetto alla proposizione dell'atto di impugnazione. La sentenza gravata, quindi, non solo avrebbe violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma si sarebbe posta in contrasto con l'orientamento di legittimità che, pur non considerando nuova la domanda di restituzione delle somme corrisposte in esecuzione della pronuncia di primo grado, richiede che, a pena di decadenza, essa sia formulata con l'atto di appello, se proposto successivamente all'esecuzione della sentenza.

Il motivo è inammissibile, perchè affetto da vizio di autosufficienza. Il principio di autosufficienza del motivo di ricorso per cassazione trova applicazione anche con riferimento alla violazione di norme processuali sicchè il vizio di ultra petizione non può basarsi su una generica asserzione (Cass. 24/10/2014, n. 22607; Cass. 02/12/2014, n. 25482). Invero, la mancata riproduzione dell'atto di appello proposto dalla Ras, da cui evincere se essa avesse ommesso di domandare la restituzione di quanto pagato in esecuzione della sentenza di primo grado, non consente di verificare la fondatezza del motivo alla stregua del principio secondo cui è necessario, atteso che la restituzione non è una conseguenza automatica della riforma della sentenza, la formulazione di una domanda espressa in tal senso, al fine di precostituirsi un titolo esecutivo, non potendo detto titolo consistere nella sentenza di riforma (Cass. 16/06/2016, n. 12387; Cass.

## La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura avv. Pasquale Guida

10/07/2018, n. 18062), perchè ciò contrasterebbe con il disposto dell'art. 474 c.p.c., comma 1 a mente del quale l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo, per un diritto certo, liquido ed esigibile.

2. Con il secondo motivo il ricorrente censura la sentenza gravata per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 116 e 117 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, e per omessa ed insufficiente motivazione.

La Corte d'Appello, avvalendosi di principi di diritto non pertinenti, avrebbe ritenuto la contestazione della società assicuratrice una mera difesa piuttosto che una richiesta di far derivare l'estinzione del diritto al risarcimento del danno da parte del beneficiario garantito dall'inutile decorso del tempo. Avrebbe dovuto reputare, invece, come correttamente aveva fatto il Giudice di prime cure, quella formulata un'eccezione processuale di merito e considerarla, di conseguenza, non rilevabile d'ufficio e da sollevarsi con la costituzione, da effettuare, a pena di decadenza, almeno 20 giorni prima dell'udienza, ai sensi dell'art. 167 c.p.c. Nè le conseguenze avrebbero dovuto essere diverse, secondo l'assunto del ricorrente, riguardando la questione sotto il profilo della inoperatività della clausola, perchè l'inoperatività, proprio come la decadenza, produce l'estinzione del diritto in virtù del fatto oggettivo del decorso del tempo; in quanto ogni qualvolta un termine sia posto con onere di osservanza per l'esercizio di un diritto potestativo con l'effetto che il diritto è perduto se l'atto di relativa esecuzione non abbia luogo nel tempo stabilito, esso deve essere qualificato di decadenza, anche in mancanza di espressa definizione. La Corte d'Appello avrebbe confuso il termine di efficacia della polizza con quello di adempimento, che, a differenza del primo, il quale segna il tempo della produzione e dell'eliminazione dell'efficacia della polizza, riguarda il momento in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Il motivo non può essere accolto.

Occorre partire da una considerazione dirimente che è stata del tutto sottovalutata dal Comune di Porto Sant'Elpidio: l'impresa assicuratrice aveva garantito non la prestazione primaria (cioè l'esecuzione dell'opera o della fornitura), bensì quella secondaria, consistente nel pagamento di una somma di denaro a titolo

indennitario, in quanto il fideiussore non era 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. In altri termini, la sua obbligazione non era quella di garantire in senso preventivo l'adempimento, bensì quella di assicurare, in chiave reintegratoria, il creditore privato della prestazione principale.

Questa Corte, a Sezioni unite, riconduce fattispecie così congegnate alla fideiussione indennitativa "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) (Cass., Sez. Un., 18/02/2010 n. 3947).

La sua funzione è di tipo reintegratorio (non del tutto aliena da un modello assicurativo); il che incide sull'interpretazione della clausola per cui è causa, proprio in ragione del fatto che la natura accessoria tipica della fideiussione nel caso di specie è allentata e comunque deve essere intesa in termini diversi da quelli relativi al contratto tipico di fideiussione, potendosi ravvisare tutt'al più un semplice collegamento/coordinamento tra obbligazioni, che induce a ragionare di una fattispecie quoad effecta assimilabile al contratto autonomo di garanzia, la cui funzione "è stata dunque quella di sostituire la traditi 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 di cui all'art. 1957 c.c." (Cass. n. 3947/2010).

Non a caso, la Corte d'Appello ha qualificato il contratto intercorso tra le parti come contratto autonomo di garanzia, la cui causa concreta 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; tale qualificazione è servita per supportare la conclusione che la clausola 2.1. del contratto servisse, proprio in ragione della mancata coincidenza della prestazione del garante con quella dell'appaltatore, a delimitare il rischio garantito, contenendolo entro precisi limiti temporali.

Il che rende ultroneo esaminare il differente regime processuale cui sono sottoposte le eccezioni in senso proprio e le semplici difese volte a contestare il fondamento della domanda, basato sul principio secondo cui "il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati "ex actis", in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe svisato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto" - in termini, da ultimo, Cass. 13/07/2019, n. 18742 - e qui invocato in ragione della possibilità di ricondurre la clausola controversa nel novero di quelle atte a compulsare il titolare del diritto ad escutere la garanzia piuttosto che di quelle aventi la funzione di definire la dimensione I temporale della copertura assicurativa.

In definitiva, gli sforzi difensivi del ricorrente sono eccentrici rispetto all'apparato argomentativo della sentenza gravata e non ne individuano nè incrinano la ratio decidendi, interamente incentrata sulla assimilazione causale della fattispecie intercorsa tra le parti al contratto autonomo di garanzia, con tutte le implicazioni derivatene.

3. Con il terzo motivo il ricorrente imputa al giudice a quo la violazione e/o falsa applicazione

dell'art. 112 c.p.c. per omessa pronuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la nullità della sentenza impugnata e la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2965 c.c. nonchè l'omessa ed insufficiente motivazione.

La Corte d'Appello non avrebbe esaminato l'eccezione, fondata sull'art. 2965 c.c., con cui era stata dedotta l'esiguità del termine annuale che rendeva eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, visto che, data la complessità dell'appalto, il Comune solo all'esito del collaudo aveva avuto contezza dell'esigenza di escutere la polizza, nè avrebbe tenuto conto del fatto che l'impresa assicuratrice era stata informata del fatto che le procedure di collaudo erano in corso con la raccomandata del 25 novembre 2003.

Il motivo è da ritenersi inammissibile.

Non può essere imputato infatti alla Corte d'Appello di essere incorsa in un vizio di omessa pronuncia, atteso che, una volta esclusa la natura decadenziale del termine contenuto nella clausola oggetto di esame, la censura formulata dal ricorrente era da intendersi implicitamente rigettata. E' pacifico, infatti, che "non ricorre il vizio di omessa pronuncia quando la decisione adottata comporti una statuizione implicita di rigetto della domanda o eccezione formulata dalla parte" (Cass. 13/08/2018, n. 20718). Il fatto che non vi sia stata un'espressa statuizione da parte del giudice in ordine ad un motivo di impugnazione, quando la decisione adottata comporti necessariamente la reiezione del suddetto motivo, non integra gli estremi del vizio denunciato dal ricorrente, "dovendosi ritenere che tale vizio sussista solo nel caso in cui sia stata completamente omessa una decisione su di un punto che si palesi indispensabile per la soluzione del caso concreto" (Cass. 04/06/2019, n. 15255).

Ne consegue che il ricorso deve essere rigettato. Nulla deve essere liquidato per le spese non essendo stata svolta attività difensiva da parte della resistente.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17.

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura avv. Pasquale Guida

**PQM**

**La Corte rigetta il ricorso. Nulla liquida per le spese del presente giudizio di legittimità.**

**Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.**

Così deciso in Roma, nella camera di Consiglio della Sezione Terza civile della Corte Suprema di Cassazione, il 20 dicembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 29 aprile 2020