

**DIRITTO ED ECONOMIA DELL'ASSICURAZIONE**

Anno LIII Fasc. 1 - 2011

Diana Cerini

---

**LE SEZIONI UNITE SULLE POLIZZE  
FIDEIUSSORIE: UN'OCCASIONE  
PER UNA RIFLESSIONE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite, sentenza 18 febbraio 2010, n. 3947 - *Pres.*  
Papa - *Rel.* Carbone - A.T.E.R. c. Lloyd Italico Assicurazioni e Viola Costruzioni.

**Contratto - Polizza fideiussoria - Fattispecie - Disciplina - Funzione - Contratto autonomo di garanzia - Garanzia atipica - Sussistenza - Negozio fideiussorio - Inconfigurabilità.**

*La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore asurge 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.*

*La polizza fideiussoria è invalida se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite.*

FATTO. — L'Istituto per l'Edilizia Residenziale Pubblica della Provincia di Perugia commissiona lavori edili ad una società, che provvede a costituire una polizza fideiussoria a favore dell'Istituto presso Lloyd Italico Assicurazioni. Peraltro, poiché l'appaltatore si rende inadempiente alle obbligazioni assunte, l'Istituto chiede all'assicuratore il pagamento della somma oggetto della polizza, sulla base della risoluzione unilaterale del contratto dal medesimo committente esercitata ai sensi dell'art. 10, comma 6, d.p.r., n. 1063/1962. Di fronte al rifiuto della compagnia di corrispondere la somma, l'Istituto si rivolge al Tribunale al fine di sentirne dichiarare la condanna al pagamento. Il giudice respinge tuttavia la domanda, affermando l'esistenza di una fideiussione e non di un contratto autonomo di garanzia e, conseguentemente, ritenendo estinto il diritto di rivalsa ai sensi dell'art. 1957 c.c., per non avere il creditore proposto tempestiva domanda contro il debitore principale.

La Corte d'Appello conferma la sentenza di prime cure, ribadendo l'inconfigurabilità di un contratto autonomo di garanzia.

L'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Perugia (A.T.E.R.), succeduta nelle more all'Istituto, ha proposto ricorso per Cassazione, cui ha resistito con controricorso l'assicuratore.

Il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite dal Primo Presidente del collegio della terza sezione.

DIRITTO. — 1. La giurisprudenza di questa corte ha seguito, nel tempo, itinerari interpretativi non sempre univoci sul tema dei rapporti tra fideiussione e c.d. *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., Sezioni Unite, 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 delinearsi 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 n. 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.

È 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 c.d. *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 iscritto (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 divisa 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, n. 3552 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, *omissis*, 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 (*omissis*) e a Cass., 7 gennaio 2004, n. 52 (*omissis*), 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 c.c. 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 (*omissis*), 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 c.c.*, 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 (*omissis*), 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 (*omissis*), 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. È, 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 (*omissis*) e 19 giugno 2001, n. 8324 (*omissis*), a mente delle 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 c.c. (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 qualificare 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 fun-



gibili, 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 indemnitas*» —, 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 maggio 2002, n. 7712 (*omissis*), a mente 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 (*omissis*), 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 giugno 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 febbraio 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 novembre 2002, n. 16758; 19 luglio 1996, n. 6520; 24 marzo 1994, n. 2827);

la clausola con la quale il fideiussore si impegni 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 gennaio 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 c.d. «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 autorizzate 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<sup>a</sup> 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 gennaio 1960 e la n. 433 del 16 novembre 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'ob-

bligazione 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.

È opportuno premettere, ad avviso del collegio, alcune più generali premesse in ordine ai rapporti tra negozio tipico di fideiussione e negozio atipico di garanzia (c.d. *Garantievertrag*) che consentano di pervenire a soddisfacente soluzione in diritto con riguardo alla vicenda processuale di cui queste Sezioni Unite risultano oggi investite.

6. È prassi ormai sempre più frequente, nel sottosistema civilistico delle garanzie personali, che contratti di identico contenuto siano indicati con nomi diversi, come accade, in particolare, in tema di polizza fideiussoria, denominata, di volta in volta, «assicurazione cauzionale», «cauzione fideiussoria», «polizza cauzionale», «fideiussione assicurativa».

La polizza fideiussoria è, sotto il profilo genetico, un negozio stipulato dall'appaltatore su richiesta del committente e in suo favore, strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente (così, *ex aliis*, Cass. n. 11261/2005); il terzo non è parte, né in senso sostanziale né in senso formale, del rapporto, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicché la sua adesione si configura quale mera *condicio iuris* sospensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile *per facta concludentia*, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile ed immodificabile *ex art. 1411, comma 3, c.c.* (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).

È questa una prima, essenziale differenza morfologica rispetto allo schema tipico delle convenzioni fideiussorie, che, caratterizzate dalla funzione di garantire un'obbligazione altrui, intercorrono esclusivamente tra il fideiussore e il creditore (così, tra le tante, Cass. n. 1525/1984, che non manca di sottolineare come, ai sensi dell'art. 1936, comma 2, c.c., 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 sem-

plice» 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 c.c., 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 (c.d. *fideiussio indemnitatis*), 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 c.d. 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 del-



l'esito positivo di una determinata operazione economica, si distinguono perché le prime (se prestate a garanzia di obbligazioni infungibili) appartengono alla categoria delle c.d. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle c.d. garanzie di tipo soddisfattorio, 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 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 prescin-



dendo dalla proposizione dell'azione giudiziaria (Cass. n. 7345/1995, cit.), sicché non si tratterebbe di un'esclusione ma di una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria (Cass. n. 10574/2003, n. 27333/2005, n. 13078/2008, quest'ultima sulla limitata funzione, che può essere svolta da una clausola di pagamento a prima richiesta, di evitare al creditore la decadenza di cui all'art. 1957 non solo iniziando l'azione giudiziaria verso il debitore principale, ma anche soltanto rivolgendo al fideiussore la richiesta di adempimento).

9.2. È dunque opportuno approfondire le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza di questa corte a ravvisare nelle clausole di pagamento in oggetto una deroga (seppur variamente atteggiata) alla disciplina legale della fideiussione onde chiarire se di semplice deroga si tratti, ovvero di una così rilevante alterazione del «tipo» negoziale fideiussorio tale da provocarne un'*exodus* che conduca all'approdo al modello del *Garantievertrag* così come comunemente praticato nel commercio internazionale e, di recente, anche nazionale (nelle forme del *Bid Bond* o *Bietungsgarantie*, a garanzia del rispetto o del mantenimento di un'offerta contrattuale; del *Performance Bond* o *Leistungsgarantie* e del *Vertrags erfüllungsgarantie*, 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, comma 2, c.c. 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

c.c., 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. n. 10490/2006) 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, comma 2, c.c. 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 c.d. *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, atteggiandosi 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 estin-

gue l'obbligazione principale, si estingue anche quella accessoria di garanzia. Pertanto, se il fideiussore paga un debito già estinto, per remissione, per pagamento o per altra causa, non può esercitare azione di regresso nei confronti del debitore principale» (così Cass. n. 2334/1967).

Sarà il debitore principale ordinante, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, ad agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base (ad esempio, per il pregresso e puntuale adempimento della medesima obbligazione), sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario, il quale ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore-ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c. (Va in proposito ricordato che l'art. 20 della Convenzione UNCITRAL, sulle garanzie autonome e sulle lettere di credito, elaborata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul commercio internazionale, tra le alternative riconosciute all'ordinante per neutralizzare il pericolo di un'abusiva escussione, prevede sia la possibilità di inibire al garante di trattenerne o recuperare presso l'ordinante le somme pagate in base alla garanzia sia la possibilità di richiedere un provvedimento giudiziario che impedisca al beneficiario di riscuotere la garanzia).

10. Chiarite così le differenze operative tra fideiussione (eventualmente resa atipica dall'inserimento delle clausole in questione) e *Garantievertrag*, va affrontata 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 accessoria 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'ina-

dempienza 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 c.c.): 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 c.c.), 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, comma 2, c.c.), 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 sottoposto 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 autonomia 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 c.c. 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 attestate 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 (c.d. 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 prin-

cipale, 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 in-*



*demnitas* con riferimento a fattispecie nella quale la funzione di garanzia viene piuttosto a porsi in via (succedanea 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 c.d. *fideiussio indemnitas* 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 10490/2006 (e poi ribadito, sia pur in *obiter*, da queste stesse Sezioni Unite con le quattro 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 alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale.

È innegabile, pertanto, che di *causa negotii* sia lecito discorrere, in termini di sua concreta esistenza, anche con riferimento al contratto autonomo di garanzia e alla polizza fideiussoria, ad esso assimilabile *quoad effecta*. È altresì innegabile, nel caso di specie, che la forma di garanzia prescelta dalle parti, in alternativa al deposito cauzionale in denaro o titoli, non sia stata quella della fideiussione, bensì quella della polizza fideiussoria, alternativa e, per l'effetto, 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 spettante 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 (*omissis*).

### **Le Sezioni Unite sulle polizze fideiussorie: un'occasione per una riflessione.**

SOMMARIO: 1. La polizza fideiussoria come strumento di copertura dei rischi di credito e di inadempimento. — 2. Il « mondo fideiussorio » e la dissociazione tra disciplina dell'attività (assicurativa) e qualificazione del contratto (non necessariamente assicurativa). — 3. Le conseguenze della dissociazione: la (difficile) convivenza con le regole *extra/para* contrattuali assicurative. Il caso del Regolamento ISVAP 35/2010. — 4. La ricostruzione dei problemi di qualificazione del contratto ad opera della Cassazione e la natura di garanzia autonoma. — 5. Uno spunto di riflessione: la garanzia fideiussoria nei progetti di ricostruzione di un diritto europeo. L'esempio del DCFR.

#### **1. *La polizza fideiussoria come strumento di copertura dei rischi di credito e di inadempimento.***

La sentenza epigrafata è resa a sezioni unite dalla nostra Suprema Corte. Ciò denota, in primo luogo, l'importanza della materia

trattata e la precisa volontà della Corte di offrire una decisa e, auspicabilmente, definitiva impostazione del problema. Esigenza, questa, che si appalesa ulteriormente alla luce della novella legislativa del 2009 al codice di procedura civile, che ha introdotto l'art. 360-*bis* c.p.c. (1), rafforzando il valore di precedente delle decisioni della Corte di legittimità. Forse anche per questo motivo, la Cassazione si diffonde in richiami di giurisprudenza e dottrina sul tema sottoposto al suo esame, la natura della polizza fideiussoria, che rendono poco utile riproporre ora in questa sede ed in forma analitica le varie tappe del dibattito; si ritiene, invece, maggiormente proficua una riflessione su alcuni aspetti che corredano gli argomenti svolti dai giudici in ermellino.

In questa direzione, una prima riflessione porta a dare piena collocazione allo strumento « polizza fideiussoria » nel contesto operativo e normativo italiano e, in particolare, nel quadro delle soluzioni grazie alle quali l'assicurazione diviene un veicolo facilitativo per l'accesso al credito o al contratto d'opera e di servizi, transitando decisamente verso il quadro funzionale delle garanzie. Il tema ancor più ampio entro il quale collocare il discorso è, evidentemente, quello dell'utilizzo dell'assicurazione del patrimonio, che si manifesta in variegate formule, alcune di origine assai risalente, quale il contratto di assicurazione del credito e le polizze fideiussorie, altre di più recente elaborazione e diffusione, quale la c.d. assicurazione del credito ai consumatori (o *consumer credit protection*).

Si noterà, allora, che la diffusione e la diversificazione sempre maggiore degli strumenti assicurativi di protezione contro il rischio di credito e, più in generale, di *default* si spiegano con alcune considerazioni gius-economiche assai semplici: un dato altamente esplicativo è che l'accesso al credito da parte delle imprese, specie se di piccole o medie dimensioni, tiene conto di numerosi fattori ben individuati dalla dottrina economica, tra i quali, in particolare, il merito creditizio, il capitale reputazione ed altri numerosi parametri di *rating*.

Non v'è dubbio che in questo scenario un ruolo di primo piano sia costituito dalla valutazione delle posizioni creditizie attive — e dunque

(1) In base alla modifica, il nuovo testo suona così: « Art. 360-*bis*. Inammissibilità del ricorso. *Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo* » (articolo inserito dall'art. 47, comma 1, lett. a), della L. 18 giugno 2009, n. 69). In base all'art. 58, comma 5, della citata legge, la modifica si applica alle controversie nelle quali il provvedimento impugnato con il ricorso per cassazione è stato pubblicato ovvero, nei casi in cui non sia prevista la pubblicazione, depositato successivamente all'entrata in vigore della presente legge. Le decisioni di Cassazione sono, dunque, ulteriormente rafforzate secondo un modello che, a mente di alcuni autori, si avvicina a quello del *judicial precedent* dotato di valore vincolante.

ancora una volta dalle aspettative di reddito e dal patrimonio — delle imprese che chiedono affidamento o che si propongono per l'esecuzione di importanti opere da cui potrebbero derivare danni alle controparti, e delle garanzie che queste possono offrire attraverso il ricorso all'affiancamento di garanti professionisti (2). Tale valutazione è ovviamente correlata non solo all'entità del portafoglio crediti, ma anche alla loro solidità, ivi compresa la presenza di idonee garanzie previste in favore del creditore e da questi trasferibili ai finanziatori (3). Si comprende, dunque, perché il dinamismo delle relazioni commerciali sia stato, storicamente, accompagnato da una notevole fantasia ed inventiva da parte degli operatori del mercato, protesi verso la ricerca di sempre nuove garanzie del credito. Tale fase creativa ha condotto al progressivo accantonamento delle primitive forme di garanzia, riconducibili ai modelli delle cauzioni reali onerose, ed alla creazione di strumenti giuridici inediti, tendenzialmente idonei ad assolvere alla medesima funzione e capaci di soddisfare l'esigenza di non immobilizzare il patrimonio del debitore (4). Esempio indicativo di tale *trend* è rappresentato dall'emersione, che lambisce anche il nostro sistema, di una serie di strumenti giuridici sempre nuovi e diversificati, quali ad esempio — nel settore delle garanzie reali — il pegno senza spossessamento (5), nonché le garanzie rotative (6) o, ancora, le varie tipologie di contratti autonomi o fideiussioni atipiche (7), ora oggetto di valutazione da parte della Cassazione.

In tale panorama, occupa senza dubbio un ruolo di crescente importanza l'utilizzo di *strumenti assicurativi* contro il rischio di credito

(2) Cfr. DI MAJO A., PAZIENZA M.G., TRIBERTI B., *Le scelte di finanziamento delle imprese minori: teorie e analisi del caso italiano*, Working Paper n. 7/2005, gennaio 2005, nell'ambito della ricerca promossa dalla Associazione Nazionale Banche Popolari: «*Le banche popolari nel localismo dell'economia italiana*»; sia anche consentito un rinvio a CERINI D., *Finanziamento d'impresa e strumenti assicurativi a garanzia del credito*, in AA.VV., *Finanziamento e internazionalizzazione dell'impresa*. (a cura di A.Berlinguer), Roma, 2006, pagg. 89-132.

(3) Il problema è stato ampiamente affrontato in Basilea II e III.

(4) Cfr. PIAZZA L., voce *Garanzia*, in *Digesto*, Disc. Priv., pag. 1 e ss.; GABRIELLI E., *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, pag. 3; TUCCI G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, pag. 19 e ss.; RUSSO C., *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, pag. 6.

(5) Si veda per un'ampia ed accurata analisi del fenomeno Albina CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2000, pag. 56 e ss.

(6) GABRIELLI E., *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* (a cura di F. Galgano), Tomo I, Torino, 1995, pag. 853 e ss.; PORRARO D., *Pegno, garanzia rotativa e revocatoria fallimentare nel sistema delle garanzie mobiliari*, in *Corr. giur.*, 1998, pag. 1320 e ss.

(7) MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, ed ivi le rassegne di modelli atipici elaborati dalla prassi; TARTAGLIA P., *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999, ed ivi ampia bibliografia sul tema, in particolare nel cap. I; CHINÈ G., LASCIALFARI M., MAGNI F.A., *Le garanzie rafforzative del credito* (a cura di V. Cuffaro), Torino, 2000.

e di inadempimento. Occorre subito chiarire, per opportuno rigore terminologico, come con la locuzione *strumenti assicurativi* ci si vuole riferire, in base ad un approccio *funzionale* ed insieme *soggettivo*, a tutti quei contratti offerti dalle imprese assicuratrici attraverso i quali si riduce il rischio di credito e di *default* o inadempimento, alcuni dei quali appartengono al tipo legale assicurativo, mentre altri sono ad esso estranei pur essendo configurabili, per le specifiche modalità attraverso le quali è gestito il rischio sottostante l'operazione, come attività assicurative e, dunque, esercitabili dalle imprese assicuratrici. Una indagine che si proponga di osservare analiticamente tutte le soluzioni attraverso le quali si raggiunge il fine indicato sarebbe assai ampia, riguardando, come si anticipava, il contratto di assicurazione del credito commerciale (corrispondente all'esercizio di attività del c.d. Ramo 14 previsto dall'art. 2 del Codice delle assicurazioni private - CAP), le garanzie fideiussorie e cauzionali rilasciate dalle imprese assicuratrici e, infine, i contratti di assicurazione del credito ai consumatori. In questa sede, ci si soffermerà sulle polizze fideiussorie, posto che il loro «mondo» torna, ancora una volta, ad essere oggetto del vaglio in Cassazione.

2. *Il «mondo fideiussorio» e la dissociazione tra disciplina dell'attività (assicurativa) e qualificazione del contratto (non necessariamente assicurativa).*

Le variegate formule contrattuali riconducibili nell'alveo delle polizze fideiussorie rappresentano una materia complessa ed affascinante in quanto all'interprete è richiesto un costante sforzo di coordinamento tra i profili che attengono all'attività dell'impresa che presta la garanzia (la compagnia assicurativa) ed i profili che riguardano, invece, la disciplina del contratto offerto.

Si ricorderanno in tutta brevità due dati preliminari ma essenziali:

1) le imprese di assicurazione possono offrire contratti che non sono appartenenti al tipo legale assicurativo: ne sono un esempio i contratti di capitalizzazione<sup>(8)</sup>, ma anche talune operazioni finanziarie, i fondi pensione, i contratti di cd. assistenza di cui al ramo 18 dell'art. 2 del CAP nonché, appunto, le polizze fideiussorie;

2) solo ai contratti assicurativi si applica la disciplina codicistica, di cui agli artt. 1882 ss., dovendosi, in presenza di contratti atipici o misti, comunque non assicurativi, farsi ricorso ad altre tecniche e soluzioni interpretative per individuare il *set* normativo ad essi applicabile.

L'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private è sempre ben consapevole di questa «ambiguità» del fenomeno assicurativo. Si consi-

(8) Su cui cfr. CANDIAN A.D., *I contratti di capitalizzazione*, in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario* (a cura di GALGANO F.), Tomo III, Torino, 1995, pagg. 2601-2644.

deri che nel Regolamento ISVAP n. 29/2009 sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami di assicurazione è incidentalmente riconosciuta, per molti prodotti, la natura non assicurativa dell'operazione. Inoltre proprio in tale Regolamento compare a più riprese, a mò di *fil rouge*, la preoccupazione del regolatore per le operazioni assicurative in chiave di garanzia o protezione del credito: si pensi ad esempio alle polizze per gli scoperti in conto corrente, ai contratti aventi ad oggetto garanzie direttamente o indirettamente connesse ad operazioni di cartolarizzazione, alle operazioni di cessione del quinto e relative coperture, alle assicurazioni a garanzia dei finanziamenti nel credito al consumo, in forma individuale o collettiva, e così via.

Ora, circoscrivendo l'analisi alla garanzia assicurativo-fideiussoria, si dirà che essa si presenta come un insieme assai variegato di soluzioni attraverso le quali il mondo assicurativo risponde all'esigenza di tutelare e garantire i diritti del creditore a fronte del rischio di inadempimento degli obblighi di dare o di fare assunti da parte del debitore (9). Il caleidoscopico mondo delle garanzie fideiussorio-cauzionali presenti nel sistema italiano è ben rappresentato dalla mutevolezza del dato linguistico adottato il quale, nel riferirsi al ramo di attività Cauzioni - 15, ricomprende contratti ora denominati come assicurazioni o polizze fideiussorie o cauzionali (rivelando in tal caso il dato soggettivo che accomuna i diversi modelli contrattuali, e cioè l'intervento nello schema contrattuale di una impresa assicuratrice); ora identificati come garanzie o fideiussioni assicurative, o ancora cauzioni assicurative, privilegiando in tal caso l'aspetto funzionale e cioè la sostituzione di una cauzione o fideiussione tipica con garanzia offerta da una impresa assicurativa (ma anche tale distinzione viene talora contraddetta dai battesimi della prassi) (10).

(9) La letteratura giuridica italiana in materia di polizze fideiussorie è ampia e variegata, essendosi ormai stratificata anche in ragione dell'esigenza di commentare le numerose decisioni della nostra giurisprudenza che si è interrogata sulla natura tipologica dei modelli contrattuali rinvenibili sul mercato. Tra le opere (monografiche e non) che trattano dell'argomento si possono ricordare DONATI A., *Natura giuridica delle c.d. polizze fideiussorie*, in *Banca borsa*, 1957, II, pag. 75 e ss.; STOLFI M., *Natura giuridica dell'assicurazione-cauzione*, in *Ass.*, 1958, I, pag. 61; GAMBINO, *Fideiussione, Fideiussio indemnitate e polizze fideiussorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, pag. 57 e ss.; DE ZULIANI G., *Le assicurazioni del credito e delle cauzioni. Manuale tecnico-giuridico*, Venezia-Mogliano Veneto, 1967, in particolare pagg. 197-228; RAVAZZONI, *Le c.d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie*, in *Le operazioni bancarie*, (a cura di Portale), II, Milano, 1978; VOLPE PUTZOLU G., *Garanzie fideiussorie e attività assicurative*, in *Ass.*, 1981, I, pag. 495; FRAGALI, *Della fideiussione*, in *Commentario al Codice civile* (a cura di Scialoja-Branca), Bologna, 1957, pag. 166; RUSSO C., *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997; CHINE G., *Polizza fideiussoria*, in AA.Vv., *Le garanzie rafforzative del credito*, cit., pagg. 45-81.

(10) La mutevolezza del dato linguistico costituisce, in tale settore, un elemento comune alle diverse esperienze giuridiche. Per un esauriente ventaglio delle locuzioni utilizzate nella prassi cfr. BAVARESCO P., *Sulla natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria: spunti di riflessione dalla dottrina e dalla giurisprudenza*, in questa

La prima constatazione, a tal riguardo, attiene al fatto che la diffusione dei contratti di garanzia fideiussorio-cauzionale offerti dalle imprese assicuratrici rappresenta *una* delle modalità attraverso cui è stata realizzata la sostituzione di modelli tipici di garanzie reali o personali con figure negoziali atipiche ma idonee all'esigenza di realizzare la soddisfazione dei diritti dei creditori garantiti.

Allo stesso tempo, il ruolo attivo svolto dalle imprese assicuratrici nel mondo delle garanzie del credito è stata agevolato da un *favor* del legislatore, il quale ha in più occasioni indicato nell'assicurazione una valida alternativa al deposito cauzionale o ad altri contratti di garanzie personali. In termini più concreti, ci si vuole riferire a tutte quelle ipotesi in cui le leggi speciali hanno statuito, specialmente nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione, la fungibilità tra cauzioni o fideiussioni, anche atipiche ma rese da soggetti legati da rapporti societari (o di interesse) con il debitore e rilasciate gratuitamente, con analoghe garanzie onerose offerte da imprese assicuratrici o bancarie (a testimoniare, ancora una volta, come sia la struttura imprenditoriale del garante ad assumere rilevanza agli occhi del creditore e ad orientare la scelta verso soggetti indubbiamente solvibili in quanto posti sotto il controllo della vigilanza pubblica).

Esempi di tale *favor* si ritrovano nella legislazione ormai risalente relativa agli appalti esattoriali, ove si prevedeva la sostituibilità della cauzione con «*polizza fideiussoria emessa da Istituto o Ente assicurativo riconosciuto*» (11). Da tale e specifico settore la fungibilità tra cauzione e garanzia assicurativa è stata via via estesa a tutti i contratti conclusi con lo Stato e gli enti pubblici grazie al d.p.r. 29 luglio 1984 n. 1309, sino a diffondersi in altri e svariati settori di attività (12). Infatti, seguendo il traino delle soluzioni previste nell'ambito di appalti pubblici, le garanzie assicurativo-fideiussorie si sono poi diffuse anche nei rapporti tra privati e, al contempo, i modelli contrattuali offerti dalle imprese hanno assunto contorni sempre più variegati. Il processo di «diversificazione» che si coglie nella fenomenologia delle polizze fideiussorie costituisce, infatti, da un lato una risposta delle imprese assicura-

*Rivista*, 1997, pag. 87 e ss. L'Autore evidenzia, in particolare, come le locuzioni che titolano i modelli contrattuali risentono di sintesi terminologiche che, pur poco chiare ed ambigue sul piano giuridico, assumono una valenza in chiave aziendalistica essendosi oramai stratificati internamente alle imprese assicuratrici modelli contrattuali certamente avulsi da atteggiamenti classificatori. L'Autore ricorda così in via esemplificativa come si parli di: assicurazione cauzionale e assicurazione fideiussoria, polizza fideiussoria e polizza cauzionale; cauzione assicurativa; fideiussione assicurativa; controgaranzia assicurativo-fideiussoria, e così via.

(11) Così art. 5 del r.d.l. 16 febbraio 1931 n. 310, convertito in L. 18 maggio 1931 n. 802. Per un commento v. BOTTA C., *Le polizze fideiussorie*, Milano, 1999, pagg. 14-15.

(12) Cfr. Per un'analisi dettagliata dei vari modelli applicativi nell'ambito dei contratti con la P.A. si veda DE ZULIANI G., *cit.*, pag. 273 e ss.



trici all'esigenza di modellare la garanzia sui requisiti previsti dal legislatore al fine di ottenere la interscambiabilità tra polizza fideiussoria e cauzione; dall'altro l'utilizzo dell'autonomia negoziale nella definizione dei caratteri del contratto di «garanzia assicurativa» è andato nel senso di soddisfare le necessità dei creditori di ottenere dai loro debitori garanzie secondo lo schema della c.d. prima richiesta ovvero dirette a riconoscere un livello sempre maggiore di autonomia all'obbligo del garante.

Come si vedrà a breve, le garanzie assicurative utilizzate nel nostro sistema giuridico sono costruite sia secondo il paradigma della fideiussione, sia mediante il ricorso a contratti atipici, ma in ogni caso risultano sempre ispirate all'esigenza di rispettare due importanti principi, ovvero di rimanere da un lato entro la previsione del ramo di attività assicurativa denominato, in via del tutto generica come ramo «cauzione» (in seguito alla attuazione della direttiva n. 73/293/CEE — c.d. Prima direttiva danni — trasfusa prima nel d.lgs. 17 marzo 1995 n. 175 e relativa Tabella allegata, da ultimo nel CAP); dall'altro, di rispettare le disposizioni emanate dagli enti di controllo (e spesso dedicate, come si era più sopra anticipato, ai rami «gemelli» credito e cauzione).

Il rispetto di tali confini da parte delle imprese ha, infatti, il pregio di mantenere l'attività entro parametri di legalità; ciò per l'ovvia ragione che quella assicurativa è attività d'impresa pervasa da un forte connotato pubblicistico, come ben attesta la stessa necessità, per gli assicuratori, di operare in base ad una specifica autorizzazione.

Guardando ora più in dettaglio il contenuto delle regole positive esistenti, giova ricordare come l'ordinamento statuale si è limitato a recepire il dettato legislativo comunitario identificando nel Ramo 15 dedicato alla «cauzione» l'intera attività delle imprese assicuratrici diretta alla emissione di garanzie atipiche, fideiussorie o cauzionali. Pertanto, chiarita la fonte comunitaria assunta a base della scansione per rami, si deve subito osservare come la fissazione di ulteriori norme *ad hoc* di fonte sub-legale dirette a circoscrivere, per molti versi, la libertà d'iniziativa economica ed organizzativa dei soggetti vigilati rispetto all'emissione di polizze fideiussorie rappresenta una indubbia peculiarità dell'ordinamento italiano (13): l'applicazione di tali previsioni dovrà essere pertanto effettuata alla luce del ben noto principio di non discriminazione e nei limiti del c.d. interesse generale che dirige il cammino dell'interprete ogni qualvolta l'ordinamento interno venga a sovrapporsi ad una norma di fonte comunitaria.

Difatti, se la previsione di un Ramo 15 dedicato all'attività di «cauzione» (diretta ed indiretta) ha il pregio di raggruppare, a fini pu-

(13) Cfr. BASTIN, *Le paiement de la dette d'autrui*, Parigi, 1993, pagg. 211-229, ove si effettua una ricognizione dei formanti legislativi e sub-legislativi di alcuni Stati europei.

ramente convenzionali ed autorizzativi, l'intera attività consistente nella emissione di garanzie da parte delle imprese assicuratrici (prima rimessa a fenomeni spontanei della contrattazione presente a fianco della previsione delle leggi speciali) senza peraltro incidere sul contenuto di tali garanzie; sono state, come si anticipava, le fonti sub-legali ad introdurre nell'ordinamento interno (ed ancor prima della disciplina comunitaria) regole dirette a chiarire il contenuto ed i limiti dell'attività consentita alle imprese. In tale direzione, è facilmente visibile l'intento di *policy* perseguito dagli organi di controllo, vale a dire quello di allentare l'insorgenza di attriti tra mondo bancario e assicurativo (a fronte della insofferenza manifestata dal primo verso l'ingresso massiccio dell'assicurazione nel settore delle garanzie del credito) mediante la previsione espressa di una attività consentita alle imprese assicuratrici e, come tale, posta sotto controllo pubblico (14).

Si potrà così ricordare come già nella circolare ministeriale 7 gennaio 1960 n. 145 era prevista la possibilità per le imprese di offrire «*quei contratti assicurativi che assolvono alla stessa funzione giuridico-economica (e pertanto sono sostitutivi) di una cauzione reale in denaro o in altri beni reali, che un determinato soggetto (normalmente il contraente l'assicurazione) è tenuto a costituire a favore della Pubblica Amministrazione o di un privato (l'assicurato beneficiario della prestazione dell'assicuratore) al fine di garantire l'adempimento di proprie future, eventuali obbligazioni pecuniarie o a garanzia dell'inadempimento di obblighi assunti o a titolo di risarcimento del danno o di penale ovvero di pagamento di un tributo*» (15).

L'importanza di tale riconoscimento (sia pure nell'ambito di una fonte secondaria quale la circolare ministeriale) fu notevole, posto che con esso venne nuovamente affermato come l'impresa assicuratrice potesse farsi garante, e conseguentemente offrire una garanzia non nominata indipendentemente da una espressa previsione legislativa che fissasse di volta in volta la fungibilità tra garanzia assicurativa e cauzione («*contratti assicurativi che assolvono alla medesima funzione giuridico economica di una cauzione reale in denaro o in altri beni reali*»).

(14) È utile ricordare come i due riferimenti qui ricordati si distinguono evidentemente sul piano della gerarchia delle fonti, posto che in un caso ci si trova di fronte ad una norma dotata di forza vincolante, ossia la fonte legale; le indicazioni contenute nella circolari delle autorità di controllo si collocano invece sul piano gerarchicamente subordinato. Ma su tali temi si rinvia a quanto sopra osservato ed in particolare alla ricostruzione di CHITI M.P., voce *Circolare*, I) *Circolare amministrativa*, in EG, vol. VI, Roma, 1988, Basterà aggiungere, con specifico riferimento alle circolari del ministero prima del trasferimento delle funzioni di vigilanza all'ISVAP, rivestiva ovviamente carattere di obbligatorietà essendo ascrivibile al settore dei c.d. regolamenti esterni esecutivi.

(15) DE ZULIANI G., *Le assicurazioni del credito e delle cauzioni. Manuale tecnico-giuridico*, Venezia-Mogliano Veneto, 1967, in particolare pagg. 197-228.



Si noterà, del resto, come solo pochi anni prima il sistema francese giungeva ad una soluzione diametralmente opposta circoscrivendo, mediante il noto arbitrato *Renaudin*, l'emissione di garanzie fideiussorie e pertanto l'esercizio della *caution* assicurativa entro eccezionali limiti, posto che tale attività veniva percepita come un'indebita ingerenza nel settore delle *operations de crédit* da parte dell'*assurance*.

La circolare ISVAP 24 ottobre 1991 n. 162 ebbe poi a sostituire, integrandola, la precedente disciplina ministeriale, offrendo e dettando regole in ordine alle caratteristiche del contratto di garanzia ed alle modalità assuntive del rischio e, più in generale, relative alla tecnica assicurativa. Le regole indicate sono sostanzialmente confermate dal Regolamento ISVAP 16 marzo 2009 n. 29; nell'attuale contesto normativo si prevede, pertanto, che la garanzia offerta dall'impresa assicuratrice dovrà essere costruita secondo uno schema uniforme in merito alla struttura dei rapporti contrattuali. Secondo le istruzioni di vigilanza, infatti, il contratto deve essere stipulato dal debitore tenuto a fornire la garanzia fideiussoria, mentre il creditore (soggetto privato o la pubblica amministrazione) assumerà la veste di beneficiario.

Se tali previsioni non fanno altro che tradurre soluzioni sedimentatisi nella prassi dei mercati, più pregnanti appaiono le ulteriori istruzioni dirette ad incidere sul contenuto della garanzia che una impresa assicuratrice può offrire. Ci si riferisce, in particolare, alla previsione ISVAP per cui la garanzia deve essere emessa solo per «*proprie future obbligazioni pecuniarie o per inadempimento degli obblighi assunti o a titolo di risarcimento di danni o di penale*» (circ. ISVAP 162/1991, punto 3, nonché Regolamento 29/2009); così come alla indicazione che «*le assicurazioni cauzionali devono essere prestate quale garanzia accessoria rispetto all'obbligazione principale. Nel ramo cauzione rientrano, quindi, le garanzie per obbligazioni che potranno sorgere a carico di un determinato soggetto (il contraente dell'assicurazione) qualora questi violi obbligazioni primarie di fare, di non fare, o anche di dare, che tuttavia trovino il loro fondamento in una disposizione normativa o in un contratto*».

Ora, questo *excursus* sulle istruzioni di vigilanza sedimentatesi nel tempo dove vuole arrivare? Si può osservare, a fronte di tali istruzioni regolamentari, come l'aspetto di maggior rilievo non sia rappresentato dal tentativo di circoscrivere l'oggetto della garanzia — posto che la formulazione adottata appare idonea, di per sé, a coprire un ventaglio particolarmente ampio se non tendenzialmente esaustivo di fattispecie — quanto piuttosto dalla volontà di precludere la possibilità di configurare la garanzia assicurativa come modello di garanzia astratta e dotata di autonomia rispetto all'obbligazione principale. Ciò riconduce proprio all'oggetto della controversia esaminata dalla Cassazione.

Il primo obiettivo (evitare l'astrattezza) è ottenuto mediante il richiamo espresso alla obbligazione cui si riferisce l'impegno di garanzia; il che consente di evitare la promessa astratta (16): il secondo obiettivo (evitare l'autonomia) viene, invece, raggiunto attraverso l'espressa previsione dell'accessorietà dell'obbligo del garante rispetto all'obbligo del debitore grazie al collegamento tra obbligazione principale ed obbligazione accessoria di garanzia (*ex lege* ovvero *ex contractu*). Tale aspetto merita un ulteriore chiarimento: solo tentando una sintesi tra l'impalcatura offerta dall'ordinamento settoriale assicurativo e la complessità dei dati provenienti dalla rielaborazione giurisprudenziale e casistica in tema di garanzie è, infatti, possibile ricostruire il contenuto del contratto che legittimamente l'impresa assicuratrice può offrire.

Ora, nel rispetto dell'impegno iniziale assunto di non disperdersi eccessivamente in momenti ricostruttivi generali, basterà chiarire come per contratto autonomo di garanzia si intende quel contratto obbligatorio (anche unilaterale) che di regola serve a garantire la prestazione di un terzo a favore del creditore beneficiario, in maniera da assicurare a quest'ultimo che egli riceverà *in ogni caso* la prestazione o la somma di denaro contrattualmente stabilita; e, questo, non solo nell'ipotesi di inadempimento del terzo, ma anche nel caso in cui l'obbligazione del debitore principale non sia venuta ad esistenza o sia divenuta successivamente impossibile. La promessa del garante, pertanto, è costruita in modo tale da derivare la propria efficacia vincolante solo dall'autonomia privata e dalla volontà di un soggetto di assumere il debito. L'obbligo del garante risulta quindi, nel modello di

(16) Senza nemmeno tentare una divagazione, inopportuna in questa sede, rispetto alla nozione della astrattezza e alla ammissibilità di negozi astratti nel sistema italiano, è sufficiente ricordare con le parole di MASTROPAOLO (*I contratti autonomi di garanzia, cit.*, pag. 310) come la distinzione tra garanzia astratta (ascrivibile alla categoria dei negozi astratti) e garanzia autonoma è ben chiara e costituisce un indubitabile momento della raffigurazione dei limiti della autonomia pattizia; così come « non occorre lasciarsi sedurre dalla magia delle parole e dalla polivalenza dei loro significati. Quando si legge l'espressione "astrazione della garanzia" anche in autori italiani, occorre tenere conto che l'espressione verbale serve qui ad indicare come, a differenza della fideiussione, la garanzia autonoma "astragga", prescindendo dalle vicende genetiche e funzionali, dal rapporto fondamentale ». Si noterà pertanto come i concetti di « astrattezza » e di « autonomia » continuano a divergere anche quando ci si trovi di fronte ad una garanzia autonoma pura, posto che anche in tal caso la mancata *expressio causae* resta un carattere tipico della prima situazione e non della seconda. Tale differenza dogmatica riduce però il suo peso in quanto nella garanzia autonoma pura (sebbene difficilmente rinvenibile nella prassi negoziale) l'enunciazione — pur normalmente presente — della causa di pagamento viene a perdere di significato ogniqualvolta si costruisca il contenuto della garanzia in modo da impedire al garante di opporre l'eccezione di invalidità dell'obbligazione garantita senza giustificare in altro modo lo spostamento patrimoniale dal garante al creditore. Su tale aspetto si tornerà tra breve anche per distinguere i limiti entro cui l'emissione della garanzia assicurativa risulta conforme alle prescrizioni di vigilanza e quando, invece, sconfini in attività non consentita alle imprese assicuratrici.

garanzia autonoma, strutturalmente indipendente dall'obbligo a suo tempo assunto dal debitore (17). In questo senso, la nozione di contratto autonomo di garanzia evidenzia la distanza e la neutralità tra le sorti della obbligazione del garante e l'obbligazione del primo debitore.

La costruzione di un modello di garanzia autonoma pura, peraltro, è difficilmente rinvenibile nella prassi a fronte della ritrosia degli operatori ad assumere impegni del tutto incondizionati. Anche per tal motivo, appare una forzatura non necessaria un qualsivoglia percorso interpretativo-induttivo volto a ricostruire per via «indiziaria» una volontà del garante di impegnarsi incondizionatamente. Soluzione, questa, che come si vedrà poco oltre è confermata anche in quelle proposte ricognitive dottrinali volte ad identificare le basi per un diritto europeo delle garanzie fideiussorie, così come delineato nel progetto denominato *Draft of Common Frame of Reference* (18).

Si noti, inoltre, che si assiste normalmente ad una gradazione del concetto di «autonomia». Ne deriva che, a ben guardare, essa non è concetto univoco ed assoluto, poiché varia di densità proprio in ragione della rilevanza delle situazioni che, per volontà delle parti, escludono o limitano l'emancipazione dell'obbligo di garanzia rispetto all'obbligo assunto dal debitore originario.

Al fine di evitare pericolosi equivoci, occorre soffermarsi su una ulteriore distinzione e cioè quella tra *contratto autonomo di garanzia* e *contratto con clausole a prima richiesta*, ove il vincolo di accessorietà gioca il proprio ruolo sul piano della eventuale ripetizione di ciò che è stato indebitamente versato. In altri termini, l'inserimento di clausole a prima richiesta negli accordi di garanzia ha il fine esclusivo di obbligare il garante ad eseguire la prestazione promessa sulla base della semplice dichiarazione, da parte del creditore, che non vi è stato adempimento da parte del debitore e che, su tale bene, si richiede l'attivazione della garanzia. A rigore quindi, nella garanzia a prima richiesta si manifesta una clausola *solve et repete*, in cui quindi la possibilità del garante di sollevare verso il garantito eccezioni basate sul rapporto sottostante è subordinata alla effettuazione della *solutio*. Tale garanzia non è del tutto autonoma sia perché una volta effettuata la *solutio* il garante potrà invocare le eccezioni fondate sul rapporto obbligatorio sottostante; sia perché anche prima del versamento della somma garantita il garante è tenuto a sollevare l'*exceptio doli* a protezione degli interessi dell'ordinante.

Se si tiene presente la differenza tra contratto autonomo di garanzia (*che è non accessorio*), e la garanzia a prima richiesta (in cui l'accessorietà sussiste, ma è in larga misura rinviata ad un momento succes-

(17) DE SANNA P., *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, pagg. 1-15.

(18) Se ne darà conto *infra*, § 5.

sivo alla *solutio*), si comprende meglio che la previsione fissata nella circolare ISVAP 162/1991 (oggi si veda Reg. ISVAP 29/2009) concerne, ad evidenza, le garanzie propriamente autonome, e non invece quelle a prima richiesta: infatti, l'ISVAP si riferì, in quella sede, al carattere autonomo della garanzia e non alle modalità di escussione, anche se come si vedrà più oltre, tale cruciale differenza è spesso trascurata dalla nostra giurisprudenza tanto da far osservare alla più attenta dottrina, con certo pragmatismo, come la distinzione concettuale tra autonomia e prima richiesta risulti ormai adombrata (19).

Chiariti tali aspetti (idonei ad evidenziare come le fonti sub-legali, se correttamente intese, non abbiano inteso penalizzare, limitandola, l'attività fideiussorio-assicurativa), giova ancora una volta ricordare che è preclusa alle imprese assicurative la facoltà di rilasciare «*garanzie aventi natura puramente fiduciaria intendendosi per tali quelle prestare a fronte di operazioni finanziarie non previste dalla legge e non riconducibili ad accordi economici di natura contrattuale, giuridicamente validi ed efficaci e tipicamente disciplinati*» (circ. ISVAP 162/1991, oggi si veda Reg. ISVAP 29/2009). Orbene, tale ultimo aspetto appare di più difficile interpretazione, ma condividendo le poche opinioni espresse sul punto si deve ritenere che l'emissione di polizze fideiussorie non sia consentita quando l'obbligo di garanzia dell'assicuratore si leghi ad un finanziamento generico, in base al quale non sia previsto un impiego tipico e finalizzato del capitale da parte del soggetto che l'abbia ricevuto (20). Si può a tale valutazione aggiungere che l'effettivo impiego del denaro (o la funzione in concreto della garanzia) da parte del debitore costituisce un elemento che — tra i tanti — mette l'assicuratore nelle condizioni di effettuare una analisi del rischio correlando pertanto il rilascio della garanzia ad una «*gestione assicurativa*», ben diversa dall'attività svolta dalle imprese bancarie.

È proprio su questo aspetto, e dunque sulla specificità della gestione economica dello strumento di garanzia, che l'operazione può dirsi assicurativa anche se, sul piano prettamente negoziale, il contratto che le dà forma sfugge alla tipizzazione dell'art. 1882 c.c.

Per tentare, quindi, una prima sintesi che sia poi utile ad agevolare la lettura della sentenza della Cassazione oggetto del presente commento: secondo le istruzioni di vigilanza, le garanzie emesse dalle imprese assicuratrici devono essere costruite secondo lo schema della garanzia accessoria derivando la propria esistenza da un rapporto giuridico principale fondato su norma di legge o su norma pattizia, ossia in fin dei conti, su una fonte idonea a far nascere obbliga-

(19) Cfr. CHINÈ G., *op. cit.*, pag. 61.

(20) Si veda in tal senso anche RUSSO C., *op. cit.*, pag. 17.

zioni (21). La vigilanza non sembra accogliere, invece, l'idea di garanzia autonoma, come si dirà meglio anche più sotto; il che può creare qualche problema per l'applicazione di tale regola nella prassi poiché come si è detto l'affermazione del carattere autonomo della garanzia, del tutto chiara in via astratta, assume dei contorni meno netti se si guarda all'effettivo contenuto delle clausole e alla « gradazione » dell'autonomia che l'obbligazione di garanzia rivela rispetto all'obbligazione principale; aspetti questi che saranno tra breve reconsiderati alla luce dell'inserimento di clausole c.d. a prima richiesta nella stragrande maggioranza dei modelli di assicurazione fideiussoria presenti sul mercato.

Vista nel suo aspetto virtuoso, peraltro, la costruzione della garanzia assicurativa secondo il modello della accessorietà rappresenta in modo evidente quel collegamento tra *impresa* e *contratto* nell'ambito del fenomeno assicurativo. L'accessorietà, infatti, non resta lettera morta ma viene riempita di contenuto in base alle concrete modalità di emissione della garanzia e conseguente assunzione del rischio da parte dell'impresa garante.

Si noterà, in particolare, che (come già avveniva in tema di assicurazione del credito) l'emissione delle polizze fideiussorie è ancorata a precisi limiti assuntivi, legati cioè alle modalità di stipulazione del contratto.

Nelle istruzioni di vigilanza si prevede, infatti, che la polizza sia stipulata solo a seguito di una procedura istruttoria che verifichi la natura e le caratteristiche del rischio da garantire, così come l'affidabilità dei soggetti obbligati. Orbene, non è difficile rendersi conto che l'obbligo — previsto dalla norma sub-legale — di seguire tali procedimenti assuntivi collide con l'idea di garanzia autonoma: se infatti la previsione di specifiche modalità assuntive consente di inserire la prestazione di garanzia in una gestione assicurativa caratterizzata dalla mutualità, l'ulteriore conseguenza è che la garanzia non potrà in alcun modo essere astratta né tantomeno autonoma, la quale ultima, per definizione, prescinde dai caratteri dell'obbligazione garantita (22).

(21) La dottrina ha puntualmente evidenziato come la funzione cauzionale della polizza fideiussoria non viene meno per il fatto che vi sia poi un espresso collegamento al credito indicato in polizza. Tale collegamento, infatti, consentirebbe all'assicuratore di rifiutare il pagamento quando la richiesta dell'assicurato-garantito non sia riferita al credito identificato nel contratto.

(22) Cfr. Russo C., *op. cit.*, pag. 168: « *Il collegamento della garanzia al rapporto sottostante, in particolare, viene ritenuto indispensabile dalla normativa di controllo perché la sua mancanza avrebbe l'effetto di impedire all'assicuratore di valutare il rischio, quindi, di neutralizzarlo mediante il procedimento tecnico assicurativo* ». Tali rilievi evidenziano del resto anche la differenza tra assicurazioni fideiussorie e fideiussioni bancarie, così come più in generale tra attività bancaria e attività assicurativa, posto che le garanzie bancarie risentono della « *natura (finanziaria) dell'impresa da cui promanano hanno finito per costituire uno strumento indiretto di credito* » (Russo, *op. cit.*, pag. 169). Tale attività viene quindi svolta nell'interesse sia dell'impresa che diviene garante, sia del beneficiario della garanzia. Le istruzioni di vigilanza prevedono, in particolare che « *dovranno essere raccolte informazioni atte a valutare in modo*

Il rispetto di tali requisiti assuntivi, ancora operanti, costituisce, d'altro canto, uno dei pochi ma cruciali limiti all'emissione di garanzie assicurative, le quali in virtù del richiamo contenuto nel ramo 15 e della disciplina di fonte sub-legale potranno essere costruite secondo schemi contrattuali atipici senza per questo dar vita ad attività estranea all'oggetto sociale delle imprese assicuratrici ovvero ad attività *contra legem* (23).

*ampio ed esaustivo, la situazione reddituale e patrimoniale di tali soggetti, nonché ogni altra notizia utile a conoscere gli aspetti professionali ed operativi che hanno in precedenza caratterizzato la loro attività economica ed i rapporti eventualmente tenuti con la Pubblica Amministrazione».*

(23) Trib. Roma 30 marzo 1995, *Banca Borsa*, 1998, II, 122; Cass. 13 febbraio 1992 n. 1759, in *Corr. giur.*, 1992, con nota di LOMBARDI. Si ricorderà, del resto, come la nostra giurisprudenza aveva riconosciuto che le fideiussioni avessero scopo assicurativo e pertanto costituissero attività connessa a quella assicurativa (Trib. Roma, 11 luglio 1981, *Banca Borsa*, 1982, II, pag. 245. In tale occasione la corte aveva superato il problema della qualificazione tipologica riconoscendo che «*il rilascio di fideiussioni, ancorché effettuato senza emissione della polizza fideiussoria, non è estraneo all'esercizio delle assicurazioni perché la sua finalità è sostanzialmente assicurativa*». Va ricordato come una certa preoccupazione ha pervaso l'ambiente assicurativo (e non solo) dopo la decisione di Cass., 4 aprile 2001, n. 4981 (*Ubae Arab Italian Bank c. Bavaria Assicurazioni s.p.a.*), la quale merita di essere annoverata all'interno di quel fenomeno (non certo infrequente) che va sotto il nome di massima mentitoria. I fatti possono essere così brevemente riassunti: una banca (la *Ubae Arab Italian Bank*) eroga ad una società italiana un anticipo sul prezzo d'appalto stipulato con un ente pubblico, e tale anticipo viene garantito dall'impresa assicuratrice Bavaria Assicurazioni s.p.a. Risolto il contratto di appalto, l'assicuratrice garante chiede la nullità della garanzia rilasciata nell'interesse della banca quale presunta conseguenza della illiceità dell'operazione, posto che l'emissione della garanzia suddetta sarebbe da qualificarsi come attività illecita in quanto estranea all'oggetto sociale della compagnia stessa. La questione viene risolta dalla corte in modo apparentemente lineare: se il contratto, come accertato dal giudice di fatto (nella specie la Corte d'Appello) non è una polizza fideiussoria ma fideiussione, allora non sussiste vizio logico e giuridico nella decisione del giudice di merito che abbia affermato l'illegittimità della emissione di tale garanzia in quanto in contrasto con norme imperative attinenti all'oggetto sociale delle compagnie di assicurazione. La Corte, peraltro, glissando sul tema della qualificazione giuridica (anche per difficoltà di natura rigorosamente procedurale, non essendovi impugnativa del ricorrente sul punto) e dando quindi per assodato che ci si trovi di fronte ad un contratto di fideiussione, non ha mancato di ricordare le valutazioni già effettuate in appello ed in base alle quali sarebbe emerso che «*trattavasi di fideiussione con pertinenti riferimenti alla concreta fattispecie, riferimenti che, del resto, non formano oggetto di specifiche censure*». Aldilà dello sciagurato caso in questione e del suo ben più sciagurato epilogo, occorre purtuttavia prendere atto della pericolosità di simili ricostruzioni che reintroducono gratuite complessità ad un sistema già di per sé complesso. Si è già detto più volte, infatti, che la polizza fideiussoria è proprio quello strumento di garanzia che l'impresa assicuratrice offre e che non differisce dalla fideiussione se non nei limiti in cui le parti hanno inteso creare un contratto atipico; in secondo luogo, l'emissione di garanzie, tipiche (e quindi riconducibili alla fideiussione) ovvero atipiche, da parte delle imprese assicurative resta in ogni caso attività lecita in tutti i casi in cui la garanzia stessa rispetti i limiti previsti dalle discipline sub-legali e sempreché tali discipline non introducano limitazioni all'attività in contrasto con quanto previsto dalla fonte comunitaria.



Come si diceva, è proprio nel settore degli appalti di lavori pubblici che si assiste ad un uso massiccio dell'assicurazione fideiussoria quale chiaro indice della collocazione dello strumento assicurativo nell'ambito degli strumenti di garanzia. Anzi si può affermare come tutto il *corpus* normativo che — muovendo dalla c.d. Legge Quadro (L. 11 febbraio 1994 n. 109) sino al Codice degli appalti — ha dato vita alla disciplina in tema di appalti di lavori pubblici sia stato delineato tenendo conto di due specifiche finalità: approntare un modello completo di garanzie per la pubblica amministrazione, la quale dovrebbe tendenzialmente rimanere estranea alle problematiche afferenti la sfera organizzativa della società esecutrice e degli altri soggetti coinvolti nell'appalto, grazie alla previsione di un apparato di coperture assicurative che garantiscono il patrimonio della amministrazione appaltante contro ogni forma di lesione: le coperture assicurative, infatti, si estendono dai modelli di polizze fideiussorie e cauzionali a assicurazioni della responsabilità civile (24).

D'altro canto, il soggetto garante — ossia l'impresa assicuratrice — ha un ruolo di primo piano nella procedura di aggiudicazione e successiva esecuzione dei contratti, affiancando l'ente appaltante rispetto a tutti i rischi della procedura: il garante, infatti, effettua una valutazione di solvibilità e serietà dell'impresa concorrente, realizzando anche la c.d. certificazione di idoneità tecnico-organizzativa dell'impresa concorrente ed eventualmente aggiudicataria (25). Oltre a tale ruolo di controllo marcatamente finanziario e tecnico, il garante continua, poi, a tutelare l'ente appaltante contro i rischi di inadempimento e/o responsabilità dei soggetti che realizzano l'attività, quali le imprese esecutrici ed i professionisti coinvolti nella progettazione.

Al fine di ricostruire la disciplina in materia è utile soffermarsi sull'evoluzione normativa che ha preso le mosse dall'art. 30 della

(24) Si riporta la bibliografia essenziale apparsa a commento della legge Merloni-ter e sue modificazioni: AA.Vv., *Il regolamento della legge sui lavori pubblici. Commento al d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554*, Milano, 2000; AA.Vv., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (testo coordinato con le modifiche apportate dalla legge 18 novembre 1998, n. 415)*. Commentario a cura di CARINGELLA F., Padova, 1999; MIGUIDI M., *Appalti di lavori pubblici dopo il regolamento generale*, Milano, 2001. Tra le pubblicazioni dedicate alle garanzie assicurative negli appalti si segnalano LAZZINI A.S., *Cauzioni prima e dopo la «Merloni»*, in *As-sinews*, 111, 2001, pag. 30 e ss.

(25) Cfr. RUSSO C., *Le polizze fideiussorie*, Milano, 1997, pag. 63; CANCRINI, *L'insufficienza delle attuali forme di garanzia della pubblica amministrazione in Italia: l'assicurazione come possibile mezzo di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. appalti*, 1990, pag. 61, il quale rileva del resto come l'intero sistema emergente dalla riforma degli appalti si propone di fronteggiare di l'incapacità, divenuta progressivamente cronica, della pubblica amministrazione di assolvere adeguatamente alle funzioni istituzionali di progettazione ed elaborando pertanto meccanismi di qualificazione esterni rispetto alla committenza pubblica» (così RUSSO, *op. cit.*, pag. 59).

L. 11 febbraio 1994 n. 109 (per brevità *Merloni-ter*) sino a confluire, ancor più di recente, nel Codice degli Appalti, all'interno del quale viene descritto l'apparato di garanzie che accompagna l'esecuzione di appalti di lavori pubblici. L'importanza attribuita allo strumento assicurativo si percepisce, poi, meglio scorrendo nel dettaglio il complesso quadro di strumenti assicurativi che vengono in gioco e che possono essere suddivisi nei due macrosettori delle garanzie fideiussorio-assicurative e delle assicurazioni di responsabilità civile; tali coperture operano per le imprese partecipanti alla gara ed eventualmente aggiudicatari e per i professionisti coinvolti (26). L'elemento che funge da collante dei vari strumenti assicurativi delineati è rappresentato dal fatto che l'assicurazione viene intesa come momento necessario che segue le varie fasi di vita dell'appalto di lavori pubblici, ed anzi procede anche dopo la cessazione dei lavori mediante le coperture c.d. postume decennali. Almeno nell'ottica del *modus operandi* prescelto dal legislatore, quindi, non c'è dubbio che l'idea di prevedere un « pacchetto » coordinato di garanzie assicurative rappresenti una novità per il nostro sistema giuridico, in quanto si tratta di uno di quei rari esempi in cui la definizione dei profili sostanziali della disciplina applicabile ad un dato rapporto giuridico viene rigorosamente affiancata da un sistema di coperture.

Tale innovazione si coglie, inoltre, nell'intento di dare un quadro sistematico e coerente all'insieme delle coperture assicurative richieste nell'appalto pubblico. L'obiettivo è senza dubbio facilitato dal ricorso tendenziale al modello del testo unico per l'intera disciplina degli appalti di lavori pubblici (27).

3. *Le conseguenze della dissociazione: la (difficile) convivenza con le regole extra/para contrattuali assicurative. Il caso del Regolamento ISVAP 35/2010.*

La peculiarità della formula « polizza fideiussoria » nel quadro assicurativo è testimoniata non solo dalle incertezze della giurisprudenza, sulle quali è intervenuta la sentenza qui in commento, ma an-

(26) Il tasso di innovazione portato dalle novelle legislative in questione è stato notevole, in quanto anche rispetto alle garanzie per la responsabilità civile ci si trova di fronte ad un sistema complesso ed al tempo stesso variegato.

(27) Ci si trova pertanto di fronte ad una scelta di c.d. delegificazione, fondata sulla previsione dell'art. 3 della legge. Il modello di delegificazione confluisce nello scenario dei c.d. regolamenti delegati adottabili in base all'art. 17 comma 2 l. 23 agosto 1988, n. 400. L'art. 3 menzionato prevede in particolare che per via delegata siano definite le modalità di attuazione degli obblighi assicurativi previsti dall'art. 30 L. 11 febbraio 1994, n. 109 e le condizioni di polizza generali e particolari, le modalità di costituzione delle garanzie fideiussorie e di prestazione delle garanzie in caso di riunione di concorrenti.



che dalla difficoltà di applicare, oltre che la disciplina tipica prevista per il contratto di assicurazione, le norme legislative e regolamentari che si sviluppano attorno all'offerta del prodotto assicurativo, disciplinandola e ponendo precisi obblighi di informazione (prevalentemente standardizzata e tradotta in documenti format) ed assistenza (individuale e *ad personam*) a carico dei professionisti (impresa di assicurazione e/o intermediari assicurativi) e in favore dell'utenza.

L'imbarazzo si coglie, ad esempio, con riferimento all'applicazione di recenti provvedimenti regolamentari, in particolare il Regolamento ISVAP 35/2010 in materia di obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi.

Le problematiche maggiori si legano al peculiare contesto che conduce alla stipulazione di una garanzia assicurativo-fideiussoria che, come ricordato anche dalla Cassazione nella sentenza in esame, coinvolge assai spesso tre soggetti, due necessari (il garante-assicuratore ed il debitore) ed uno che rimane, almeno in questa fase, meramente eventuale (il creditore beneficiario).

Gioverà, in proposito, ricordare come l'art. 30 del Regolamento ISVAP 35/2010 abbia voluto introdurre una nuova e specifica disciplina relativa agli obblighi informativi precontrattuali. In particolare, il provvedimento della vigilanza ha inteso allineare, sul piano della tutela informativa, l'assicurato «vita» all'assicurato «non vita», prevenendo anche in favore di quest'ultimo la consegna del c.d. Fascicolo informativo (artt. 30 ss.), ossia di quel pacchetto documentale — da consegnarsi nella fase che precede la stipulazione del contratto — che comprende la nota informativa, le condizioni di contratto, l'eventuale modulo di proposta. L'importanza di dare una corretta informazione nel momento pre-contrattuale è di tutta evidenza laddove si verificano anche le poche esclusioni previste alla regola di consegna del fascicolo: infatti, la deroga è prevista solo per le polizze che coprono i grandi rischi e per i contratti per la copertura dei rischi agricoli stipulati in forma collettiva ai sensi del d.lgs. 29 marzo 2004, n. 102 (cfr. art. 30, Reg. ISVAP 35/2010). Proprio su questo aspetto si sono annidati dubbi in merito alla possibile, e ragionevole, applicazione delle norme informative anche nei confronti dei fruitori di fideiussioni assicurative.

Il problema che si è posto per questo settore ruota attorno al semplice quesito: ci si trova di fronte a grandi rischi? Si consideri, infatti, che nella «categoria» grandi rischi rientrano tutte quelle posizioni assicurative che corrispondano ai criteri indentificati dall'art. 2 del Codice delle assicurazioni private e che poggiano su specifiche caratteristiche della copertura, ad esempio in relazione a rami di attività pre-identificati, oppure in ragione delle caratteristiche del soggetto che stipula il contratto assicurativo come *counterpart* dell'impresa, ad esempio in re-

lazione alle dimensioni, al volume di affari o di dipendenti, e così in via. In buona sostanza, vengono identificati momenti di «contrazione» dell'obbligo informativo precontrattuale in relazione ad un riconosciuto minor bisogno di tutela del contraente di un prodotto grande rischio. È noto, del resto, che nello specifico settore assicurativo la prospettiva di tutela non sia coincidente con quella applicata in altri settori della contrattualistica, che distingue oramai, quasi a creare due mondi negoziali disgiunti, i consumatori dai professionisti (o comunque dai non consumatori) ma quella più peculiare che distingue i rischi «di massa», siano essi pertinenti a consumatori o a professionisti, ma anche ad imprenditori) ed i rischi «non di massa» o, appunto, «grandi rischi».

Ora, proprio i contratti riconducibili al ramo di attività 15, ossia il ramo c.d. cauzioni possono, in talune circostanze, appartenere ai c.d. grandi rischi, transitando così in un segmento operativo che si può definire a tutela informativa ridotta. Ciò avviene, secondo la norma citata (l'art. 2 CAP), se e qualora l'assicurato eserciti professionalmente un'attività industriale, commerciale o intellettuale e il rischio riguardi questa attività.

In tali situazioni il legislatore, e di riflesso il regolatore nazionale, sacrificano per così dire una parte dei diritti dell'utenza a fronte di una particolare professionalità e/o rilevanza economica del soggetto che si assicura.

Un aspetto interpretativo non del tutto pacifico riguarda, però, proprio il problema di valutare quale sia il soggetto da identificarsi come «assicurato», il che nelle polizze fideiussorie è un aspetto particolarmente delicato. Ci si potrebbe, infatti, chiedere se il vocabolo *assicurato* — utilizzato nel CAP quale «retaggio» di una recezione del diritto comunitario che non poneva precise distinzioni tra *insured*, da un lato, e *policyholder*, dall'altro — non sia da riferirsi al *contraente* che sottoscrive l'accordo assumendosi gli obblighi derivanti dal contratto (normalmente il debitore che chiede di essere garantito, paga il premio, ecc.) o piuttosto al *beneficiario* della prestazione, cioè il soggetto creditore.

Non esistendo una risposta legislativa a tale problema, tra le due opzioni è preferibile la soluzione secondo la quale, convenzionalmente, l'assicurato è da identificarsi con il contraente; il che ha una sua piena ragionevolezza anche nel settore delle garanzie assicurative fideiussorie, a meno che non ci trovi in una specifica fattispecie nella quale il soggetto beneficiario stipuli direttamente la garanzia a suo nome e per proprio conto (ma ciò non corrisponde alla prassi prevalente). Se, difatti, la prestazione di garanzia si risolve effettivamente in una tutela finale a vantaggio *anche* del beneficiario, che vede accrescersi le prospettive di soddisfazione del proprio diritto, il soggetto che stipula la polizza e paga il premio è il contraente, che si impegna e che

dunque, pur non essendo in senso tecnico un assicurato, è il soggetto che può avere interesse a una informativa precontrattuale (28). Il termine *assicurato*, del resto, è del tutto improprio in un contratto cauzioni sia con riferimento al contraente sia con riferimento al beneficiario, posto che le polizze fideiussorie o cauzionali, come ripetuto in apertura del presente lavoro, non sono contratti di assicurazione ma contratti misti e/o atipici. Anche la circolare ISVAP 162/1991, che è tutt'ora in parte in vigore, si limita a menzionare da un lato il contraente (soggetto tenuto a costituire la cauzione ovvero a prestazione la garanzia) e dall'altro il beneficiario della prestazione (soggetto pubblico o privato) (29).

Pertanto, in base a questa interpretazione, con riferimento alle polizze offerte, collegate ad appalti, concessioni edilizie e così via, si ricade nell'esclusione individuata dall'art. 30 del Regolamento ISVAP 35/2010 ogniqualvolta il contraente-assicurato sia un soggetto che opera in relazione alla propria attività professionale. Ne deriverebbe che dovrà essere consegnato l'insieme delle condizioni di polizza, ma non il fascicolo informativo. Varranno, invece, tutti gli altri obblighi: ad esempio, art. 32, contenuto del contratto, art. 35 ss., informazioni in corso di contratto e così via.

In base ad una seconda astrattamente possibile interpretazione, l'*assicurato* sarebbe, nella polizza cauzionale, il *beneficiario* stesso: seguendo questa interpretazione, il contratto rientrerebbe nella categoria dei grandi rischi solo quando il beneficiario-assicurato è un soggetto che esercita professionalmente le attività, a nulla rilevando la qualifica del contraente (30). Laddove si volesse seguire questa interpretazione,

(28) Cfr. BOTTA C., *Le polizze fideiussorie*, cit.; CERINI D., *Le assicurazioni a garanzia del credito*, Milano, 2003, cap. II in particolare.

(29) In altri termini, se si vuole adottare una interpretazione funzionale dell'art. 2 del CAP, al fine di individuare quali siano i grandi rischi, è allora inevitabile riferirsi alla posizione del contraente quale assicurato, posto che è quest'ultimo che si attiva per la stipulazione del contratto e che descrive la propria situazione di rischio, sulla quale l'impresa decide di dare o meno la copertura fideiussoria, seppure alle condizioni fissate dall'ente beneficiario e/o dalla legge stessa. Si veda a questo proposito anche il punto b), pagg. 2-3 della circ. ISVAP 162/1991.

(30) Si potrebbe sostenere che, poiché la somma è versata al beneficiario, quest'ultimo sia in concreto il soggetto il cui interesse è protetto, dunque l'assicurato. Da questa qualificazione in termini di beneficiario-assicurato deriverebbe che se il beneficiario è un soggetto che esercita a titolo professionale l'attività industriale, commerciale, intellettuale, allora il contratto ricadrebbe nei grandi rischi; se, invece, il beneficiario non riveste le caratteristiche indicate, il contratto non rientra nei grandi rischi e, dunque, sussiste l'obbligo di consegna del fascicolo informativo.

L'applicazione di tale soluzione non è del tutto coerente. Infatti, vero è che la circolare ISVAP 162/1991 già più sopra richiamata, dedicata alle procedure assuntive nei rami credito e cauzione ed ancora parzialmente in vigore, fa talora riferimento al beneficiario come soggetto che riceve la prestazione, ma in realtà la medesima circo-

si dovrebbe concludere che l'assicurato — beneficiario che non soddisfa i requisiti dell'art. 2 CAP dovrebbe avere, prima della stipulazione, il fascicolo informativo, così come anche quando soddisfatti tali requisiti, dovrebbe quantomeno ricevere tutte le condizioni di contratto prima della stipulazione. Entrambe le soluzioni derivanti da questa linea interpretativa paiono, tuttavia, poco efficienti sia perché il beneficiario potrebbe non avere in questa fase contatti con l'impresa, sia perché i documenti precontrattuali individuano diritti ma soprattutto obblighi, destinatari dei quali sono prima di tutto i contraenti-assicurati ai quali con tutta probabilità il legislatore aveva pensato di preferenza.

È lecito altresì domandarsi, sotto altro profilo, se quando il contraente non riveste le caratteristiche di cui all'art. 30, del Reg. 35/2010, sia possibile circoscrivere gli obblighi informativi in virtù delle peculiarità del contratto offerto, in particolare del fatto che la «copertura fideiussoria» non è un contratto di assicurazione. A questo proposito, il Regolamento ISVAP 35/2010 si riferisce genericamente agli obblighi delle imprese di assicurazione. Nonostante, poi, si parli molto spesso, nel regolamento stesso, di «*contratti di assicurazione*» (indicando dunque uno specifico *tipo negoziale*, cioè quello *ex art. 1882 c.c.*), si ritrovano anche generici riferimenti alle «polizze», o ai «prodotti», il che rende difficile immaginare che la volontà della vigilanza fosse davvero quella di restringere gli obblighi informativi in virtù della qualificazione tipologica (dunque civilistica) dei contratti.

Del resto, il regolamento sulla classificazione dei rischi — Regolamento ISVAP 29/2009 —, che pur introduce alcuni aspetti relativi proprio alle polizze a garanzie dei crediti ed alle garanzie fideiussorie, non entra mai volutamente nella qualificazione tipologica dei contratti (né vi sarebbe titolo per farlo) ma si interessa, piuttosto, della collocazione dei diversi prodotti nei rami di attività esercitati dall'impresa assicuratrice.

lare costruisce, poi, tutti gli obblighi e l'attività precontrattuale proprio a carico del contraente e non del beneficiario. E di tali obblighi si discute anche nel Regolamento ISVAP 35/2010. Oltretutto, non è del tutto pacifico che, anche qualora ci si riferisca al beneficiario come al soggetto di cui parla l'art. 2 del CAP, sorgerebbe qualche perplessità nel ricondurre *tout court* la figura dell'ente pubblico nella categoria di soggetti che esercitano a titolo professionale una attività commerciale, intellettuale o industriale: la conseguenza sarebbe comunque illogica perché si dovrebbe in tal caso concludere che, se il beneficiario (assicurato) è un soggetto che non rientra nella dizione dell'art. 2 CAP, allora esisterebbe l'obbligo di dare la documentazione precontrattuale tra cui il fascicolo informativo; ma comunque quest'obbligo dovrebbe poi essere assolto nei confronti del contraente, posto che il Reg. 35/2010 identifica comunque come destinatario degli obblighi informativi il contraente e non il beneficiario e/o assicurato, salvo quanto si dirà rispetto agli obblighi informativi in corso di contratto.

Da tutto ciò si desume, come si anticipava, che sia più corretto fare riferimento alla posizione dell'impresa assicuratrice che offre sul mercato un prodotto, senza entrare nel merito della qualificazione in termini civilistici dell'operazione come contratto di assicurazione vero e proprio oppure contratto misto e atipico, preoccupazioni, queste, che tradizionalmente non interessano la vigilanza.

Si conferma, quindi, che, anche alla luce di quanto più sopra osservato, se un contratto di ramo 15, cauzioni, sia stipulato da un privato che non esercita attività industriale, commerciale o intellettuale a titolo professionale (caso classico quello del soggetto che abbia una polizza per la rateizzazione del pagamento di una imposta) allora anche per tale soggetto dovrà essere predisposto il fascicolo informativo, a prescindere dal fatto che il contratto offerto possa o meno qualificarsi come contratto di assicurazione o contratto misto. Ciò in quanto l'accordo non rientrerà nella definizione di grandi rischi.

Questa soluzione sembra confermata anche dalla stessa sentenza in esame che in una sua parte, rassomigliante ad un *obiter dictum* (non essendo, infatti, tale inciso rilevante ai fini della decisione) indica che «*deve convenirsi con la più attenta dottrina che ricostruisce la fattispecie riconoscendo al debitore principale la qualità di parte del contratto — per assumere 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...)*» Non sposta il problema l'ulteriore rilievo in base al quale, come indica la Corte, «*... né è escluso che il garante, su incarico del cliente-debitore, stipuli il contratto direttamente con il creditore*»: questo è, infatti, un caso assai diverso e che può ricorrere nella prassi e laddove si verifici potrebbe portare a diverse e specifiche soluzioni.

Sotto altro profilo, occorre ricordare che il Regolamento 35/2010 prevede obblighi informativi in corso di contratto. Tali obblighi sussistono a prescindere dalla riconducibilità del contratto ai grandi rischi (argomentando a contrario *ex art. 30, comma 1, Regolamento ISVAP 35/2010*). Inoltre, si consideri che i medesimi obblighi valgono e nei confronti del contraente e nei confronti degli aventi diritto dal contratto, compresi dunque i beneficiari (ad esempio si vedano gli artt. 35-36).

Anche in presenza di polizze fideiussorie, ed anche qualora si giunga a qualificarle come appartenenti ai grandi rischi, varranno gli adempimenti indicati dal capo II del Regolamento, ossia gli impegni di informativa in corso di contratto.

Ne deriva che anche il fatto che il beneficiario sia spesso un ente pubblico risulta del tutto irrilevante, così come il fatto che si tratti di contratti stipulati in virtù di obblighi di legge.

4. *La ricostruzione dei problemi di qualificazione del contratto ad opera della Cassazione e la natura di garanzia autonoma.*

Come si anticipava, la Corte di Cassazione compie una puntuale ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali in punto di qualificazione della polizza fideiussoria.

Riassuntivamente, la Suprema Corte ricorda come si sono avute le seguenti impostazioni (l'elencazione non è in successione cronologica, potendosi individuare corsi e ricorsi del percorso *e* dottrinale *e* giurisprudenziale):

a) esclusione della natura meramente fideiussoria della polizza rispetto alla quale viene denunciata la «disarmonia morfologica e funzionale» con la fideiussione tipica.

b) esclusione (quantomeno a far data da una prima sentenza del 1943)<sup>(31)</sup> della natura meramente assicurativa della polizza fideiussoria, dunque incompatibilità tra il tipo descritto dall'art. 1882 c.c. e la garanzia offerta dall'impresa di assicurazione; da ciò consegue l'inapplicabilità automatica della disciplina negoziale in materia di contratto assicurativo;

c) riconduzione al contratto misto o atipico. Questa soluzione è e rimane quella prevalente e preferibile.

Una volta esclusa la riconduzione della polizza fideiussoria al tipo assicurativo o alla fideiussione mera, resta il fatto che la «qualificazione» in termini di contratto misto o atipico (l'accostamento tra qualificazione/atipicità è, in realtà, un ossimoro, ma può essere utile sul piano descrittivo e ricostruttivo) lascia sul piatto il problema di determinare, allora, quale sia la disciplina applicabile, specialmente alla luce di specifiche clausole introdotte dalle parti che possano dare una peculiare colorazione all'accordo: ed è questo il (l'unico) punto sottoposto all'attenzione della Corte: se l'operazione, realizzata con contratto atipico, sia riconducibile o meno al modello della garanzia autonoma.

Si è già detto che questo tema, che pure è posto a fondamento delle valutazioni della Cassazione, non richiede di essere nuovamente svolto in quanto numerosi sono i cenni e le ricostruzioni offerte anche dalla stessa Cassazione<sup>(32)</sup>.

Muovendo da questo problema, la Cassazione enuncia alcuni principi di diritto estremamente rilevanti che tuttavia, ad avviso di chi scrive, non risultano caratterizzati da estrema novità essendo già giunta in passato, la stessa Corte che ora si pronuncia, a delineare un

(31) Cass. civ., 9 luglio 1943, n. 2065.

(32) Cass. civ., S.U., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *D&G*, 2010, con nota di MILIZIA, pp. 159 e ss.

quadro sufficientemente chiaro. Semmai, la sentenza si distingue per avere offerto un panorama ricostruttivo assai esauriente e, volutamente, volto a fissare alcune nozioni disperse qua e là tra i testi giurisprudenziali precedenti.

Innanzitutto la Corte conferma che la garanzia autonoma non si sottrae all'ordinaria disciplina dei contratti e pertanto, se la stessa avesse causa in un negozio nullo o illecito, cadrebbe al pari dell'obbligazione garantita scaturente dal negozio giuridico viziato.

In secondo luogo segue quella giurisprudenza di legittimità (33) che, non senza contestazioni, era arrivata ad assimilare polizze fideiussorie dell'appaltatore e garanzie autonome, in ragione della funzione economica comune assolta da entrambe: la copertura del rischio di inadempimento del debitore, la scissione della garanzia dal rapporto principale di valuta e pertanto una facilitazione della circolazione dei capitali (34); infine, ed è l'aspetto maggiormente discutibile in base a quanto detto più sopra *sub* 3) la Corte conclude che l'inserimento nel contratto di una clausola «*a prima richiesta e senza eccezioni*» vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia.

Quest'ultimo punto risulta particolarmente importante, dal momento che molte problematiche relative al *Garantievertrag* sono risultate essere di carattere operativo, ovvero dirette a porre la distinzione tra un contratto di fideiussione da uno di garanzia autonoma sulla

(33) Il *leading case* è senza dubbio Cass. civ., 27 maggio 2002, n. 7712, la cui massima ufficiale afferma che «*La polizza fideiussoria, 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, assolve la funzione di garantire un obbligo altrui secondo lo schema previsto dall'art. 1936 cod. civ., affiancando al primo un secondo debitore di pari o diverso grado. Ove, però, sia prestata garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, la polizza fideiussoria non è configurabile come fideiussione, bensì come garanzia atipica (fideiussio indemnitis), in quanto l'insostituibilità 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*». Invero tale sentenza intende dare esatta qualificazione alla polizza fideiussoria (di fatto una forma sostitutiva della cauzione reale) se come fideiussione o come garanzia autonoma, ma può essere utile anche se letta *a contrario*.

(34) In questo senso anche RENNA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Persona e danno*, 1/2008, pubblicazione online, riconosceva, anticipando la citata sentenza, la copertura del rischio di inadempimento come elemento fondamentale e dirimente del *garantievertrag* rispetto alla fideiussione, ma arrivava ad assumere tale funzione come causa del contratto di garanzia, senza comunque mai negare l'opponibilità al creditore delle eccezioni legate alla validità, liceità ed esistenza del rapporto principale. In ogni caso, per una disamina della tematica, non strettamente pertinente alla presente ricerca, si rinvia a BARILLÀ, *Il Garantievertrag nella prassi: qualificazione giuridica e disciplina applicabile*, in *Banca borsa*, 2004, pag. 619 e ss.



base di alcune clausole inserite dal garante e finalizzate a valutare l'effetto delle medesime sull'obbligazione di garanzia. In verità, come si è detto poc'anzi, la clausola di pagamento «a prima richiesta» o «a semplice prima richiesta» non necessariamente integra la qualificazione della garanzia come una garanzia autonoma: infatti tale clausola, nota anche come *solve et repete* (l'esatto opposto del *beneficium escussionis* ex art. 1944 c.c.), comporta un'astrazione solo processuale della causa, garantendo al fideiussore la possibilità di agire in ripetizione verso il beneficiario solo dopo aver adempiuto alla propria obbligazione, ma è perfettamente compatibile con lo schema ordinario della fideiussione. Se il giudice, nel valutare la fattispecie a prescindere dal *nomen iuris* dato dalle parti, deve valutare in ogni caso l'effettiva volontà delle parti di porre in essere una garanzia autonoma, la presenza di clausole che determinino la rinuncia ad ogni eccezione, ad ogni difesa, o che si rimettano in tal senso all'insindacabile discrezionalità del creditore, prima costituiva una presunzione molto forte di autonomia della garanzia (35), ora invece, verrebbero ad essere assimilate ad elemento tipico e sufficiente del *Garantievertrag*, e cioè a manifestazione concreta della ben più astratta e discussa autonomia dell'obbligazione.

Tuttavia, proprio su questo aspetto, la Cassazione effettua poi uno scarto concettuale in quanto a corollario delle riflessioni in termini di autonomia o meno della prestazione alla luce della nozione di garanzia in sé e per sé, essa finisce con il proporre (fondando dunque su questo specifico aspetto l'autonomia) l'individuazione di una diversità sostanziale di prestazioni, poiché secondo i supremi giudicanti l'impegno dell'assicuratore non è autonomo per volontà delle parti, ma sembrerebbe divenirlo a fronte di una sostanziale diversità tra due prestazioni, l'una di adempimento (quella principale-*rectius*: originaria), in capo al debitore, l'altra di natura indennitario-risarcitoria, in capo al garante: sottolinea infatti la Corte 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*».

(35) Cfr. RENNA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit.; PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, II ed., 2006, pag. 646 e ss. e per la giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 11368/2002, 3326/2002, 8424/2001, 6657/2001, accomunate tutte dall'identificare sostanzialmente, quale elemento tipico del *Garantievertrag*, la rinuncia alle eccezioni che deriverebbero dal rapporto principale.

Il problema vero sarà, dunque, non tanto l'adesione alla posizione espressa dalla Cassazione in relazione all'autonomia o meno della garanzia, ma la verifica di eventuali distonie nell'applicazione di tale regola rispetto al *grado* di autonomia che vogliono le parti. Infatti, non si può ritenere *tout court* che l'individuazione di una diversità sostanziale tra le due obbligazioni — quella principale in capo al debitore originario, e quella riconducibile alla garanzia di tipo indennitario, in capo al garante — determini una assoluta indipendenza della garanzia indennitaria. Al contrario, si vuole ribadire, ad avviso di chi scrive, la diversità delle situazioni, in quanto è evidente che la prestazione indennitaria non esiste se e laddove non vi sia un profilo sostanziale di riferimento sul quale calcolare la prestazione (di garanzia) indennitaria. In ogni caso, l'introduzione di una diversità tra le due prestazioni, e la precisa indicazione della funzione indennitaria della prestazione in capo all'assicuratore, sembra semmai aprire la porta ad una speculazione rispetto a ciò che il contratto di garanzia ha voluto coprire e che, dunque, potrebbe in futuro offrire il destro per vagliare la sussistenza di una divaricazione, anche, di contenuto tra le due prestazioni; risultato, questo, forse non voluto (certamente non dal beneficiario...) quale conseguenza della « autonomia ».

5. *Uno spunto di riflessione: la garanzia fideiussoria nei progetti di ricostruzione di un diritto europeo. L'esempio del DCFR.*

Non è probabilmente questa la sede per introdurre ulteriori complessità derivanti dal confronto tra soluzioni interne e soluzioni internazionali. Tuttavia, si ritiene utile dare almeno qualche minimo cenno a quel diritto, di fonte (per ora) squisitamente dottrinale ma vocato a divenire in un prossimo futuro anche momento istituzionale o comunque metro di riferimento di sicura importanza per il legislatore sovranazionale, che si va delineando in Europa. In particolare, è utile riferirsi a quanto indicato nel c.d. *Draft of Common Frame of Reference*, per brevità « DCFR » (36). Il *Draft of Common Frame of Reference* è, in tutta semplicità, il frutto di un lavoro di comparazione giuridica che propone un articolato di regole tali da offrire al legislatore europeo un possibile ausilio in vista dell'edificazione di un diritto privato europeo di fonte istituzional-legislativa.

Il testo del DCFR interviene nel suo *Book IV, Part G*, nelle tematiche di cui sopra poiché si occupa di garanzie personali, siano esse rese da *consumers*, oppure da soggetti *non consumers*, professionisti del settore o comunque imprenditori. La disciplina contenuta nel DCFR, di

(36) Per questo paragrafo si attinge al lavoro di CERINI D.-MONTRASIO L., *Le personal securities nel DCFR*, e in particolare alla Parte Seconda redatta da MONTRASIO L.; lo scritto appare nel volume di AA. VV., *Il Draft of Common Frame of Reference*, coord. GAMBARO A., Giuffrè, Milano, 2011.

sicuro interesse per molte delle novità proposte, si segnala in quanto fissa una chiara distinzione tra le *independent securities*, da un lato, e le *dependent securities*, dall'altro. Inoltre, individua una ulteriore distinzione in relazione alle *securities on first demand*, considerate pertanto quale sottogenere delle garanzie autonome.

Va subito detto che l'ottica del DCFR è quella prevalentemente volta a delineare un corretto (*fair*) assetto di tutela informativa e sostanziale del garante, sia esso un *consumer* oppure un *non consumer*. Si ha, peraltro, una graduazione della tutela in funzione dello *status* del garante stesso: ad esempio, per quanto di interesse in questa sede, si riconosce ed ammette che solo il garante non consumatore possa costituirsi *independent security*.

Con specifico riferimento all'individuazione del connotato di *dependence* della *security*, peraltro, il Draft, pur comprendendo le garanzie *first demand* tra le *independent securities*, positivizza il principio in base al quale, per determinare il grado di autonomia della garanzia, occorre riferirsi alla volontà della parte, anche e laddove essa sia un *professional*, richiedendo la c.d. *present evidence*. In buona sostanza, la chiave di volta della pienezza o meno dell'indipendenza della garanzia nel DCFR è affidata ad un test pratico, correlato al significato che si vuole attribuire alla locuzione *proved by present evidence*: infatti seguendo questa via interpretativa, è stato osservato che se in Italia si parla in ogni caso di eccezioni ovvero di difese finalizzate a dimostrare e/o accertare in sede processuale un determinato stato delle cose, quale ad esempio la nullità o l'illiceità della prestazione principale, in questo caso si potrebbe considerare la *present evidence* non tanto come l'indizio (cioè il *fumus boni iuris* che consente ragionevolmente al garante di opporsi al creditore; opposizione che, peraltro, può concretamente essere pretestuosa e temeraria, finché il giudice non si pronunci definitivamente), quanto piuttosto un fattore dirimente la questione da un punto di vista sostanziale: una sentenza passata in giudicato, un documento in forma di atto pubblico con efficacia di piena prova, o simili. V. ancora L. MONTRASIO, *loc. cit.*, p. 120.

DIANA CERINI

Professore Associato di Diritto Comparato  
all'Università di Milano, Bicocca, avvocato