

RIFLESSIONI SULLA STRUTTURA DEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA E DELLA POLIZZA FIDEIUSSORIA

Roberto Natoli*

SOMMARIO: 1. Garanzie a prima richiesta e polizze fideiussorie come risposte della prassi a un bisogno di libertà. - 2. Il contratto autonomo di garanzia nella riflessione italiana teorica e pratica. - 3. Clausole "a prima richiesta" tra negozi di garanzia e negozi di assunzione del debito altrui. - 4. Inestensibilità dello schema delegatorio alle polizze fideiussorie e possibile riconduzione delle stesse allo schema del contratto a favore di terzi.

I.- Tenterò - ragionando sulle deroghe che nel corso del tempo l'autonomia contrattuale ha apportato alla disciplina codicistica del contratto di fideiussione - di affermare una linea di metodo per la quale l'interprete che si confronti con le molteplici e multiformi sfaccettature che la prassi mercantile, per soddisfare i bisogni del commercio, imprime alle operazioni contrattuali, deve sempre costantemente rivedere le precedenti acquisizioni, per saggiarne la tenuta di fronte all'evoluzione dei traffici.

Allo scopo mi soffermerò su due ipotesi di scuola ripetutamente affrontate dalla dottrina, talora con esiti davvero pregevoli: il contratto autonomo di garanzia e le polizze fideiussorie.

Entrambe queste tipologie contrattuali nascono da un'esigenza di libertà: sottrarsi alla gabbia della disciplina del negozio fideiussorio.

La disciplina di tale negozio - tipologicamente connotata dall'accessorietà - per un verso non è idonea a garantire il creditore contro i c.d. rischi atipici (come il pericolo di impreviste misure valutarie restrittive, di rivolgimenti politici, di confisca di crediti stranieri da parte dello stato di appartenenza del debitore o, più banalmente, di mutamento degli orientamenti giurisprudenziali)¹; per altro verso è troppo sbilanciata sul *favor fideiussoris*, a tutto detrimento dell'esigenza del creditore di pronto soddisfacimento del credito da parte di un terzo.

¹* Professore associato di Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi di Palermo.

F. Mastropaolo, *Pagamento a prima richiesta, limiti all'inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa*, 1990, II, 585.

Per rispondere a queste due esigenze, sorte soprattutto in seguito alla ripresa del commercio marittimo e all'instaurarsi di rapporti commerciali con i paesi dell'est europeo, si sviluppò come strumento del traffico giuridico dopo la II guerra mondiale il *Garantievertrag*. Questo nuovo tipo di contratto - che venne, almeno all'inizio, riduttivamente definito *Bankgarantie*² - 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 pattuita (...) non solo nell'ipotesi di inadempimento, ma anche nel caso in cui l'obbligazione del debitore non è venuta a esistenza oppure è divenuta successivamente impossibile»³.

Il *Garantievertrag* è, dunque, il «figlio della diffidenza»⁴. La sua funzione consiste nell'assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario, non nel garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore.

L'autonomia rende inopponibili al creditore le eccezioni fondate sul rapporto di valuta, in quanto recide ogni nesso con l'obbligazione garantita. Il contratto autonomo di garanzia diviene così il mezzo adoperato da banche e assicurazioni per garantire una prestazione *auf jedem Fall*. Ogni controversia si trasferisce nel rapporto di valuta: in caso di escussione abusiva può agire solo l'ordinante contro il beneficiario; il beneficiario paga e conteggia: se non può conteggiare, ripete⁵.

Ma anche questo nuovo tipo contrattuale non copre completamente i creditori. Esso non «assicura», infatti, dal rischio di contestazione del garante in ordine alla sussistenza dei presupposti per azionare la garanzia. La prassi del commercio estero neutralizza, però, anche questo rischio: nascono così le clausole «a prima richiesta».

La garanzia autonoma, munita della clausola «a prima richiesta», raggiunge un tale grado di sicurezza da indurre parte della dottrina ad accostarla, sotto questo profilo, al deposito cauzionale di denaro,

² G. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, vol. II, 1053 s.

³ G. Portale, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. giur. sarda*, 1998, II, 843 s.

⁴ G. Portale, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., 843.

⁵ G. Portale, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., 845.

all'accettazione di una tratta da parte di una banca o, ancor di più, al credito documentario irrevocabile di cui all'art. 1530 cod. civ.⁶.

Dal credito documentario la garanzia a prima richiesta si differenzia, tuttavia, perché non assolve direttamente a una funzione di pagamento. Il contratto autonomo è sempre «appoggiato» a un rapporto esterno, dal quale resta però indipendente.

Secondo Portale l'obbligazione del garante, anche se autonoma, non perde tuttavia il rapporto di sussidiarietà, ossia il tratto differenziale rispetto ai negozi di assunzione del debito altrui, nei quali, invece, il debitore assume le vesti dell'obbligato principale: la sussidiarietà permane comunque, anche se si riduce alla mera affermazione da parte del creditore garantito che un evento legittimante l'escussione ha avuto luogo; autonomia e sussidiarietà, pertanto, possono ben coesistere: l'autonomia esclude l'accessorietà, non la sussidiarietà.

2.- Sbarcato finalmente in Italia, grazie a due pionieristici studi entrambi pubblicati nel 1977⁷, il tema del contratto autonomo di garanzia costringe la dottrina a ragionare in modo nuovo sul vecchio tema dell'accessorietà delle obbligazioni di garanzia, chiedendosi se tale principio connoti tipologicamente la sola obbligazione fideiussoria o sia invece un predicato necessario di tutte le obbligazioni di garanzia.

La dottrina tradizionale propende per l'essenzialità dell'accessorietà a tutte le obbligazioni di garanzia⁸; la dottrina più moderna, invece, compie il passo teorico decisivo verso la successiva, ancorché non immediata, affermazione della validità dei contratti autonomi di garanzia: osserva,

⁶ Ossia a quell'altro istituto, anch'esso prodotto dalla prassi del commercio internazionale, in particolare marittimo, in forza del quale una banca assume l'impegno di pagare il venditore prima che la merce giunga a destinazione, su semplice presentazione dei documenti pattuiti: cfr. M. J. Bonell, *Il credito documentario: norme ed usi uniformi*, in *Le operazioni bancarie*, cit., vol. II, 959.

⁷ C. De Simone, *Nel «genus fideiussioni»: la garanzia automatica e bancaria*, in *Banca borsa*, 1977, I, 85; G. Portale, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in *Jus*, 1977, 3.

⁸ M. D'Orazi Flavoni, *Fideiussione - Mandato di credito - Anticresi*, in *Tratt. G. Grosso - F. Santoro Passarelli*, Torino, 1961; F. Messineo, *Il contratto in genere*, t. II, in *Tratt. A. Cicu - F. Messineo*, Milano, 1972, 100; Ravazzoni, *La fideiussione* (rist.), Milano, 1973.

infatti, che l'accessorietà non determina l'appartenenza al gruppo dei contratti di garanzia⁹.

Il gruppo dei contratti con causa di garanzia va, dunque, oltre il tipo della fideiussione, connotato dal carattere dell'accessorietà; tale gruppo abbraccia anche altre tipologie contrattuali, nelle quali viene allentato il legame con il rapporto garantito, ma non al punto da reciderlo del tutto: a questi contratti ben si attaglia la definizione di contratti atipici di garanzia.

In quest'ottica si comprende perché l'inderogabilità delle norme che stabiliscono l'accessorietà della fideiussione non rappresenti un «muro insuperabile» alla configurabilità di contratti atipici di garanzia, i quali anzi condividono un'esigenza - quella di «assicurarsi un soggetto il quale, comunque, sia tenuto al pagamento di un debito altrui, senza la possibilità di proporre le eccezioni relative al debito principale» - già avvertita dal legislatore codicistico dettando la disciplina dell'avallo cambiario.

Se l'obbligazione di cui si discute, pur essendo autonoma, resta comunque nel ceppo della garanzia e dunque, come ricorda Portale, resta pur sempre sussidiaria, si comprende la ragione per la quale la giurisprudenza di pressoché tutti i paesi europei abbia sempre consentito, pur seguendo diversi itinerari dogmatici, un parziale superamento (*Durchgriff*) della c.d. astrattezza del garante rispetto al rapporto sottostante, nel caso in cui vi sia la prova liquida (*liquide beweisbar*) del tentativo di frode da parte del creditore garantito¹⁰.

⁹ G. Rossi, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, Milano, 1962; L. Guglielmucci, *L'ipoteca cambiaria come garanzia extra-cartolare*, Milano, 1966; G. F. Campobasso, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974.

¹⁰ Resta il fatto, tuttavia, che così facendo si consente al garante di opporre al beneficiario un'eccezione attinente al rapporto di valuta (beneficiario/ordinante), ossia a un fatto estraneo al garante stesso (il quale peraltro, ove fosse in condizione di «conteggiare» direttamente la sua prestazione al debitore principale, non avrebbe neppure interesse a opporre eccezioni proprie del rapporto di valuta). L'unico modo di superare quest'obiezione transita per il ricorso alla categoria dei contrari con effetti protettivi in favore di terzi, ravvisando nella sfera giuridica del debitore garantito una posizione inevitabilmente coinvolta dall'esecuzione del contratto autonomo (per uno spunto in tal senso v. già G. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit.). Il suggerimento era formulato per offrire una copertura dogmatica alla possibilità per il garante di opporsi all'abusiva escussione; oggi, tuttavia, riconosciuta da tutti questa possibilità, il ricorso al contratto con effetti protettivi a favore di terzi (frattanto accolto anche dalla giurisprudenza, sia pure in tutt'altro contesto problematico) potrebbe valere a fondare una pretesa, da parte del

La giurisprudenza italiana, dal canto suo, solo con difficoltà è riuscita a costruire una garanzia davvero autonoma rispetto al rapporto garantito. La prima pronuncia di legittimità sul punto¹¹, pur avendo affermato che «la clausola, con la quale il fideiussore si impegna a soddisfare il creditore su semplice richiesta del medesimo, senza la possibilità di eccepire l'eventuale adempimento del debitore garantito, configura una valida espressione di autonomia negoziale», riconduce, però, questa clausola alla classica clausola *solve et repete*, di cui già Carnelutti¹² aveva colto il significato nella possibilità di «litigare al sicuro».

La deroga all'accessorietà, insomma, non significa ancora autonomia. La differenza si coglie in ciò, che nel contratto autonomo di garanzia il creditore garantito, una volta escussa la garanzia, non ha più nulla a che fare con il garante; con la clausola *solve et repete*, invece, rischia di incorrere, un istante dopo il pagamento, in una lite giudiziaria, sia pur in una posizione economica sicura¹³.

È solo alcuni anni dopo che la Cassazione mostra di apprezzare davvero lo scopo di autonomizzazione dei due rapporti che emerge dalla prassi, soprattutto del commercio internazionale.

La prima pronuncia che sembra cogliere l'autonomia della garanzia a prima richiesta è del 1991¹⁴. Qui la Cassazione chiaramente afferma che con «il contratto, cosiddetto autonomo, di garanzia, ...il garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia senza poter opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia e, in genere, alle vicende del rapporto di base, nonostante le eventuali opposizioni al pagamento formulate dal debitore principale o l'esistenza di contestazioni».

debitore principale, a essere protetto dal garante in caso di escussione abusiva della garanzia: con la conseguenza che, ove quest'obbligo di protezione fosse inadempito, il debitore potrebbe agire non solo in ripetizione nei confronti del creditore garantito, ma anche in risarcimento nei confronti del garante inadempiente.

¹¹ Cass. s.u. 1-10-1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, c. 3022, con nota di A. Calderale, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il «big sleep» delle Sezioni Unite*.

¹² F. Carnelutti, *La clausola solve et repete*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, 82.

¹³ P. Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 431; nella giurisprudenza v., invece, in termini molto chiari, Pret. Lecco 22-12-1992, in *Banca borsa*, 1994, II, 286.

¹⁴ Cass. 7-6-1991, n. 6496, in *Banca borsa*, 1992, II, 514, con nota di G. Meo, *Il contratto autonomo di garanzia è un contratto autonomo che soddisfa interessi meritevoli di tutela*.

Tutti gli anni '90 sono contrassegnati dalla questione se la mera apposizione di una clausola «a prima richiesta» o consimile valga da sola ad autonomizzare il rapporto, staccandolo dal ceppo della fideiussione ed impedendo, per conseguenza, l'eterointegrazione del regolamento contrattuale con le norme dispositive dettate per la fideiussione.

La dottrina lo esclude: la clausola di per sé non incide sulla accessorietà ma la attenua¹⁵ o, più esattamente, la sospende¹⁶.

Il quesito si allunga fino a tempi recentissimi: è infatti del 2010 una chiara presa di posizione delle Sezioni unite della Cassazione sul punto¹⁷, ove si afferma che la mera apposizione della clausola «a prima richiesta» o consimile stacchi la garanzia dalla disciplina della fideiussione, dando vita a una garanzia del tutto atipica ma meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c.

3.- Se questo è lo stato dell'arte, si profila la questione se le clausole che secondo le quali il creditore può «esigere dal garante il pagamento immediato del credito a semplice richiesta e senza eccezioni», importando l'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito, consentano di ritenere il contratto che le contempla ancora nell'alveo dei contratti, ancorché atipici, di garanzia ovvero se lo facciano scivolare nel contiguo territorio dei negozi di assunzione del debito altrui e, in particolare, alla delegazione pura cumulativa.

In altre parole: se si riscontra solo un «allentamento» del cordone ombelicale con il rapporto garantito si resta ancora sul terreno della garanzia, ancorché atipica; se v'è, invece, recisione totale di tale legame si «sconfina» nel campo dei negozi di assunzione del debito altrui.

Secondo la migliore dottrina, difatti, i negozi di assunzione possono anche adempiere a una funzione di «rafforzamento della garanzia patrimoniale del debitore», distinguendosi dal tipo fideiussorio per il fatto che il terzo risponderà dell'obbligazione non già accanto, ma prima del debitore originario¹⁸.

¹⁵ Barillà, *Fideiussione «a prima richiesta» e fideiussione «omnibus» nella giurisprudenza del tribunale federale tedesco*, *Banca borsa*, 2005, I, 340.

¹⁶ Cicala, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 143.

¹⁷ Cass. s.u. 18-2-2010, n. 3947, in *Contratti*, 2010, 440, con commento di M. Lobuono, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*.

¹⁸ P. Rescigno, *Delegazione*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 951.

Nella delegazione, invero, il contratto delegato – delegatario costituisce l'atto esecutivo dell'ordine che il delegante dà al delegato; tale ordine resta però sullo sfondo del contratto delegato/delegatario, rappresentandone soltanto «il preludio»¹⁹.

Se tale «preludio» viene menzionato dalle parti la delegazione sarà titolata (con ciò che ne discende sotto il profilo delle eccezioni opponibili dal delegato al delegatario); se invece, come normalmente accade, non viene menzionato, la delegazione sarà pura, con conseguente possibilità per il delegato di eccepire soltanto la nullità della c.d. doppia causa.

Tale ricostruzione ha probabilmente due meriti:

i) per un verso non sembra tradire la sostanza economica degli interessi in gioco in un contratto autonomo di garanzia, nel quale il debitore rafforza la posizione creditoria del beneficiario assegnandogli un altro debitore, di certa solvibilità, chiamato a rispondere del debito a semplice domanda e senza possibilità di sollevare alcuna eccezione relativa alla validità e/o esecuzione dell'obbligazione garantita.

ii) per altro verso consente di supportare una serie di soluzioni pretorie – tipicamente, la possibilità per il garante di rifiutare la prestazione in caso di abusiva escussione della garanzia ovvero la possibilità per l'ordinante di chiedere ex art. 700 c.p.c. un provvedimento d'urgenza per inibire al garante di pagare al beneficiario – che, pur a distanza di non pochi anni dalla comparsa sulla scena delle garanzie autonome e dalla loro riconosciuta validità, restano ancora avvolte in una nebulosa che non giova di certo alla sicurezza dei traffici commerciali.

Ed invero persino la recente pronuncia delle Sezioni unite, la quale ha con molta decisione affermato che per autonomizzare i rapporti di garanzia basta soltanto una clausola «a prima richiesta» o simile, ha tuttavia dato continuità a quei precedenti orientamenti in forza dei quali, nonostante l'autonomia della garanzia, è sempre possibile per il garante sollevare: i) le eccezioni che attengono alla validità del rapporto garantito²⁰ o del rapporto garante/beneficiario²¹; ii) l'inesistenza del

¹⁹ P. Rescigno, *Delegazione*, cit.

²⁰ Cass. 7-3-2002, n. 3326, in *Nuova giur. comm.*, 2003, I, 404, con nota di Concetti, *Effetti dell'invalidità del contratto principale sul contratto autonomo di garanzia*

²¹ Cass. 10-5-2002, n. 6728, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1615.

rapporto garantito²²; iii) la nullità del rapporto garantito²³; iv) l'estinzione, risultante da prova liquida, dell'obbligazione garantita²⁴.

Ricondotta, invece, la garanzia autonoma alla schema delegatorio puro si fa un'opera duplice di chiarezza, sia pratica sia teorica: i) da un lato si circoscrive l'ambito delle eccezioni sollevabili dal garante/delegato alle sole eccezioni relative alla nullità del rapporto di valuta, escludendo dunque le eccezioni relative all'estinzione dell'obbligazione garantita o ad altre cause di invalidità; ii) d'altro lato si offre un sostegno meno fragile dell'*exceptio doli generalis* alle già indicate soluzioni pretorie, perché fondato direttamente sul disposto dell'art. 1271, comma 2, cod. civ.

4.- Una tale soluzione, a mio avviso coerente sia con la sostanza economica degli interessi in causa (la quale induce a ravvisare, sottesa al contratto autonomo, più che un'esigenza di garanzia un'esigenza di sicurezza del credito), sia con la neutralità causale che tipicamente connota lo schema delegatorio, non può tuttavia essere generalizzata.

Là dove, infatti, la prestazione cui si obbliga il garante sia di natura diversa rispetto a quella cui si è obbligato il debitore «garantito» - come tipicamente avviene nel caso delle polizze fideiussorie - si fuoriesce dal campo delle obbligazioni solidali e, di conseguenza, anche dalla fideiussione e dalla delegazione, le quali presuppongono l'*idem debitum* (arg. ex art. 1292 cod. civ.), sia pur attuabile con modalità diverse (arg. ex art. 1293 cod. civ.).

Tipicamente, infatti, con il rilascio di una polizza fideiussoria il garante si impegna a corrispondere, normalmente a prima richiesta, al creditore garantito (che di regola è il committente di un appalto), una somma denaro a titolo di indennizzo/risarcimento per l'inadempimento dell'appaltatore.

²² Cass. 24-4-2008, n. 10652, in *Banca borsa*, 2009, II, 411, con nota di M. Cuccovillo, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*.

²³ Cass. 3-3-2009, n. 5044, in *Banca borsa*, 2011, II, 287, con nota di M. Cuccovillo, *Clausola di pagamento «a prima richiesta (e «senza eccezioni») e qualificazione della garanzia personale*.

²⁴ Cass. 14-12-2007, n. 26262, in *Banca borsa*, 2009, II, 412, con nota di M. Cuccovillo, cit.

Ciò fa sì che tra le due prestazioni vi sia una diversità d'oggetto: da un lato un'obbligazione di *facere* infungibile; dall'altro un'obbligazione pecuniaria.

La dottrina e la giurisprudenza hanno pertanto qualificato la polizza fideiussoria dapprima in termini di garanzia atipica – perché indennitaria e non satisfattoria – e successivamente in termini di garanzia autonoma: con ciò, però, dando vita a un'evidente confusione di piani che ha indotto a credere che autonomia e atipicità siano concetti coestesi e alla quale non si è sottratta neppure la recente pronunzia delle S.U., pur tanto lunga e dottamente argomentata.

In realtà è probabile che la confusione di fondo che ancor oggi aleggia in questa materia scaturisca dal tentativo di offrire una qualificazione unitaria del coacervo di rapporti che danno vita all'operazione economica complessiva della quale la polizza fideiussoria è soltanto un tassello.

È noto, tuttavia, che già «il contratto definito dall'art. 1936 c.c., prescinde dai rapporti che possono o meno sussistere fra garante e debitore principale»²⁵.

Dato che la concezione unitaria nuoce alla comprensione dei vari segmenti in cui si articola il rapporto occorre, pertanto, abbracciare una concezione atomistica, più idonea a chiarire quale sia il meccanismo operativo che le parti intendono porre in essere con una polizza fideiussoria.

Se ci si sofferma sulla struttura delle polizze fideiussorie si scorge senza difficoltà che, nella prassi, il beneficiario della polizza fideiussoria non è parte del contratto, ma soltanto destinatario degli effetti. Se così è lo schema più idoneo a descrivere tale operazione è, dunque, quello del contratto a favore di terzi.

Ma quale contratto?

Non la fideiussione, della quale manca l'*idem debitum*, né l'assicurazione, della quale difetta l'alea.

Siamo probabilmente al cospetto di un contratto atipico a favore di terzi, in forza del quale il terzo beneficiario può escutere la somma semplicemente allegando l'inadempimento e senza che il promittente possa sollevare eccezione alcuna relativa al rapporto di valuta.

²⁵ M. Costanza, *L'assicurazione fideiussoria non è una fideiussione*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2420.

È un contratto che assolve contemporaneamente a più funzioni: una funzione di liquidità; una funzione di assicurazione; una funzione di finanziamento; nessuna delle quali, tuttavia, prevalente.

Tale autentica atipicità fa sì che nessuna norma dispositiva relativa a tipi contrattuali noti possa automaticamente integrare il regolamento dei rapporti con il terzo beneficiario a meno che le parti non l'abbiano espressamente richiamata: in particolare né le disposizioni in materia di fideiussione (1956, 1957 cod. civ.)²⁶ né quelle in materia di assicurazione (1900-1901 cod. civ.).

Sul piano dei rapporti esterni con il terzo beneficiario la presenza della clausola a prima richiesta e senza eccezione alcuna denota, infatti, una duplice volontà delle parti:

- per un verso di svincolare il diritto del beneficiario dal rapporto di valuta, derogando agli artt. 1939 e 1945 cod. civ. e recidendo ogni nesso di accessorietà;
- per altro verso di svincolare il rapporto di valuta dal rapporto finale, impedendo che il garante possa sospendere la garanzia offerta al beneficiario in caso di mancato pagamento del premio (1900 cod. civ.) o possa eccepire al beneficiario il dolo o la colpa grave del debitore principale per sottrarsi al pagamento (1901 cod. civ.).

Non è casuale, allora, la circostanza per cui - a scanso di equivoci - nella prassi i contratti contemplino clausole formulate pressappoco così:

- il garante/assicuratore «rinuncia espressamente ad avvalersi del termine di cui al primo comma dell'art. 1957 cod. civ.»;
- «il mancato pagamento del premio non potrà in nessun caso essere opposto al creditore garantito».

Sul piano dei rapporti interni - rispetto ai quali, però, il beneficiario della polizza è, per espressa volontà delle parti, del tutto indifferente - le cose si atteggiavano tuttavia diversamente.

²⁶ Peraltro intese in senso assai rigido dalla Cassazione, la quale guarda ad esempio all'onere richiesto al creditore di proporre istanza entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita come ad un onere che richiede di porre in essere «serie» iniziative, ricomprendenti dell'attivazione delle procedure esecutive, sicché reputa non sufficiente il mero atto di precetto, il quale «non può essere considerato «istanza» a norma dell'art. 1957 c.c., essendo atto che precede l'esecuzione, come anche risulta dall'art. 491 c.p.c.» (Cass. 18 maggio 2001, n. 6823, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3174, con nota di P. Pardolesi, *Polizza fideiussoria in cerca d'identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*).

I rapporti interni sono infatti pressoché costantemente caratterizzati da ciò: i) il promittente si obbliga nei confronti del terzo beneficiario a fronte del pagamento di un premio da parte dello stipulante – secondo le dinamiche tipiche del rapporto assicurativo; ii) il «peso» della prestazione effettuata dal promittente deve essere interamente riversato sullo stipulante – secondo le dinamiche tipiche della fideiussione.

Una corretta applicazione del metodo tipologico dovrebbe dunque portare a ritenere che: i) la disciplina del premio, ove non diversamente regolata, sia soggetta alle regole dettate dagli artt. 1895-1899 cod. civ.; ii) la disciplina del regresso sia regolata dagli artt. 1949-1950 civ.

Ed invero non sono infrequenti nella prassi clausole a tenore delle quali:

- «*la ditta obbligata, al momento della stipula dell'atto, ha indicato la durata presuntiva entro cui ottenere la liberazione prevista [di norma conseguente allo svincolo della polizza conseguente al certificato di collaudo provvisorio e/o di regolare esecuzione dell'opera] e, pertanto, in base a tale indicazione è stato convenuto il corrispettivo fideiussorio*»;

- «*in caso di maggior durata e, comunque, fino a quando la ditta obbligata non avrà comprovato la liberazione della garanzia, essa è tenuta al pagamento di supplementi di premio dovuti in via anticipata*».

Risulta invece corretto – almeno finché la polizza fideiussoria non traccina nel campo dell'assicurazione del credito, ossia finché nella polizza sono previste clausole in forza delle quali il debitore si impegna a «rimborsare» il garante di tutto quanto da questi a qualunque titolo pagato al beneficiario – escludere l'applicazione degli artt. 1892 e 1893 cod. civ.²⁷, i quali traggono la propria *ratio* dall'alea assunta dall'assicuratore in ordine alla sopportazione del rischio dedotto in contratto.

Ne segue che la polizza fideiussoria dà vita:

- sotto il profilo esterno, a un rapporto che segue lo schema tipico del contratto a favore di terzo, a causa variabile, ulteriormente connotato, nel caso di una clausola «a prima richiesta», dalla impossibilità che il promittente opponga al terzo le eccezioni fondate sul rapporto di valuta ex art. 1413 c.c. («*il pagamento, nei limiti dell'importo garantito con la*

²⁷ Cfr., infatti, Cass. 11-10-1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1903, con nota di G. Bellantuono, *Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione*.

presente polizza, sarà eseguito dalla Società a semplice richiesta dell'Ente garantito e senza opporre eccezione alcuna»);

- sotto il profilo interno, a un contratto atipico che ripete parte della disciplina della fideiussione e parte della disciplina dell'assicurazione, poiché, nonostante il pagamento di un premio, è comunque contrattualmente previsto che il «peso» finale della prestazione eseguita dal promittente ricada sullo stipulante (*«la ditta obbligata si impegna a rimborsare alla società, a semplice richiesta, tutte le somme che questa sia chiamata a versare in forza delle presente polizza per capitali, interessi e spese, con espressa rinuncia a qualsiasi eccezione, comprese quelle previste dall'art. 1952 c.c.»*).

Quest'ultima caratteristica dà piena dimostrazione dell'atipicità del contratto poiché, ove difettesse la possibilità di rivalersi sul promittente, si trascinerebbe nel campo dell'assicurazione del credito. La distinzione con quest'ultimo contratto riposa infatti in ciò, che nella sua configurazione minima ogni contratto con causa di garanzia prevede comunque che, sia pur dopo un più o meno complesso gioco di azioni di rivalsa e di ripetizione, il peso della prestazione gravi sul debitore garantito, mentre ogni contratto con causa assicurativa prevede che, se si verifica il sinistro (che può anche coincidere con l'inadempimento di un terzo), il peso resti a carico dell'assicurazione (ovviamente nei limiti del massimale assicurato).

Ed invero la giurisprudenza, dal canto suo, chiarisce la differenza tra garanzia e assicurazione del credito proprio sul riflesso che nell'assicurazione il creditore intende trasferire sull'assicurazione il rischio di insolvenza del debitore, mentre nella garanzia il garante promette non già l'indennizzo di un danno, ma semplicemente di sostituirsi al debitore nell'adempimento²⁸.

In direzione sostanzialmente analoga anche la dottrina sottolinea che «si ha vera assicurazione del credito in quanto la compagnia intervenga in caso di perdita definitiva del credito, quando cioè vi è un danno «certo» dell'assicurato»²⁹.

²⁸ Cass. 17-4-1982, n. 2142, in *Giust. civ.*, 1983, 240, con nota di P. Russo, *Fideiussione, assicurazione del credito, assicurazione fideiussoria*; Trib. Milano 3-8-2004, in *Banca borsa*, 2005, II, 483.

²⁹ G. Partesotti, *Polizza fideiussoria e «note di credito»*, in G. L. Pellizzi (a cura di), *I titoli di credito*, Milano, 1980, 497.

Per riprendere, in conclusione, il tema inizialmente indicato come oggetto di questo contributo, si può osservare che la qualificazione dei contratti autonomi di garanzia e delle polizze fideiussorie, nonostante un ricchissimo dibattito ormai pluriventennale, è e resta uno straordinario laboratorio nel quale è possibile cogliere come una prassi in evoluzione sempre continua continui a frammentare e ricomporre segmenti tipici di singoli contratti i quali tuttavia, una volta ricostruiti per soddisfare esigenze sempre cangianti e diverse, smarriscono la loro impronta originaria per dare vita a modelli contrattuali assolutamente originali e, forse, davvero atipici.