

LE POLIZZE FIDEIUSSORIE

1. Inquadramento della fattispecie e definizione: polizze fideiussorie e fideiussioni cauzionali

L’esigenza di celerità nelle transazioni, nello scambio e nella circolazione dei beni, sempre più avvertita dagli operatori economici che agiscono nel settore del credito, si manifesta, nelle prassi commerciali dei diversi paesi, accomunata dalla necessità di contemperare i bisogni del mercato con adeguate forme di garanzia. L’impiego dei tradizionali sistemi di tutela del credito fondati su garanzie di tipo “reale” non sembra sempre soddisfacente, in quanto presenta delle “controindicazioni” che, nella maggior parte dei casi, finiscono per provocare più disagi che vantaggi nell’esatto svolgimento delle diverse operazioni economiche. In particolare lo strumento della cauzione, istituto che nel passato rappresentava la “regola” di sicurezza dell’operazione, si è dimostrato sempre più inadeguato a fronteggiare le nuove pretese emergenti dalla prassi incentrate non solo sulla sicurezza, ma anche sulla celerità dei traffici e sulla ricerca della massima disponibilità di capitali in vista della massimizzazione del profitto. In questo quadro è evidente che l’utilizzo dello schema cauzionale, inquadrabile nelle diverse forme nella categoria del pegno irregolare

[\[1\]](#)

, risolvendosi nella dazione di denaro o altra cosa mobile da parte del debitore, costringe quest’ultimo ad un immobilizzo di capitali che si rivela oneroso e, specie nelle operazioni di vasta portata, infruttuoso, potendo i beni stessi essere diversamente allocati in altre operazioni produttive.

Non deve stupire allora il lento, ma progressivo, abbandono delle garanzie reali verso forme diverse di garanzia. In particolare si è assistito ad un utilizzo sempre maggiore delle garanzie personali le quali, piegate in funzione delle nuove esigenze, consentono di raggiungere i medesimi risultati della cauzione, *in primis* l'immediata soddisfazione del creditore, evitando allo stesso tempo gli inconvenienti appena descritti

[2]

. Ciò, in concreto, si è reso possibile dando vita a nuove forme di garanzia, che, affrancando il macchinoso sistema classico imperniato sullo schema fideiussorio

[3]

, si presentano sotto forma di nuove figure contrattuali. Tra esse si collocano in posizione di rilevanza, data la frequenza del loro utilizzo nell'ambito commerciale, le

fideiussioni cauzionali

e le

polizze fideiussorie

. Entrambe le fattispecie consentono ad un soggetto, di prestare una garanzia non già versando somme di denaro o depositando titoli di credito o merci, bensì stipulando un contratto di fideiussione in luogo della cauzione ovvero una polizza fideiussoria con un terzo soggetto, di regola un istituto bancario o assicurativo, che si impegna a compiere una determinata prestazione in caso di inadempimento del debitore principale

[4]

.

Sia le polizze che le fideiussioni sostitutive della cauzione sono di regola onerose in quanto a fronte dell'obbligazione del garante è prevista un controprestazione in denaro. Pertanto esse possono definirsi come quei contratti attraverso cui una compagnia di assicurazioni o un istituto bancario si impegnano, dietro corrispettivo, al pagamento di una somma al beneficiario o assumono nei suoi confronti obbligazioni fideiussorie in sostituzione della cauzione, al fine di garantirlo dall'inadempimento del debitore principale.

Occorre subito precisare che la distinzione tra i due fenomeni fondata su una notazione di carattere soggettivo - polizza fideiussoria prestata da una compagnia di assicurazioni e fideiussione cauzionale prestata da un istituto bancario - ha perso notevole rilevanza giuridica, rimanendo utile solamente da un punto di vista descrittivo [5]. Infatti, come si vedrà, alcuni interventi legislativi hanno esteso

l'ambito di operatività del settore bancario, consentendo agli operatori del settore di compiere attività proprie del settore assicurativo: essi, quindi, hanno la possibilità di sostituire le cauzioni sia con fideiussioni bancarie sia con la stipulazione di polizze fideiussorie. Altre disposizioni, di contro, hanno parificato le imprese assicuratrici alle banche in ordine alla possibilità di prestare garanzie fideiussorie in favore dello Stato o altri Enti Pubblici

[6]

.

Alla fungibilità dei soggetti garanti deve aggiungersi, sotto un profilo funzionale, che, tra le numerose incertezze relative all'esatta qualificazione delle polizze fideiussorie, si è tentato in alcuni casi di ricondurre la fattispecie a vere e proprie fideiussioni sostitutive della cauzione o sottotipi innominati di esse: in questo caso non vi sarebbero sostanziali difformità tra i due fenomeni [7] in quanto la fideiussione cauzionale sarebbe uno dei possibili "tipi" in cui si manifesta la polizza fideiussoria. Né potrebbe risultare decisivo, ai fini di una netta distinzione tra polizza fideiussoria e fideiussione cauzionale, l'argomento di carattere formale secondo cui la prima viene incorporata in un documento *ad hoc* (appunto la polizza), che mancherebbe nella seconda; nulla, infatti, impedisce che con la veste esteriore della polizza venga stipulato un contratto sostanzialmente fideiussorio [8]

Tutte queste considerazioni manifestano, insomma, la propensione ad affermare che, sotto una diversa denominazione, polizza fideiussoria e fideiussione cauzionale celino, in realtà, un identico fenomeno giuridico che si concreta nello svolgimento di una funzione "cauzionale" per mezzo di strumenti non reali, quali la dazione di somme di denaro, ma personali, al fine di evitare improduttivi immobilizzi di capitale [9]. Ciò posto, sarà possibile procedere alla trattazione ed all'analisi dell'ampio *genus* polizza fideiussoria, nelle diverse *species* in cui essa si manifesta, comprese quelle essenzialmente fideiussorie, convinti della validità di siffatto approccio metodologico ad un tema, quale quello delle garanzie atipiche, non scervo da possibili confusioni e dal rischio, tutt'altro che infrequente, di inutili superfetazioni.

2. Le fonti normative e le fonti convenzionali.

Le polizze fideiussorie non sono del tutto estranee all'ordinamento nazionale. Alcune leggi speciali, se pur con terminologia disomogenea (si parla di "assicurazioni cauzionali", di "polizze

cauzionali", di "cauzioni fideiussorie" etc.) fanno talvolta riferimento a questa forma negoziale. Il dato legislativo più risalente è rappresentato dal regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato che, all'art. 54 dispone che "coloro che contraggono obbligazione verso lo Stato debbono prestare reale e valida cauzione in numerario od in titoli di Stato garantiti dallo Stato al valore di borsa. Può accettarsi una cauzione costituita da fideiussione" [\[10\]](#) . Rappresenta, questa, una regola generale che è valida per tutti i contratti dello Stato.

La dizione "polizza fideiussoria" emerge per la prima volta nella legislazione in tema di appalto per la riscossione di imposte dirette ove si dispone che l'appaltatore che assume il servizio deve prestare idonea cauzione la quale può essere sostituita da polizza fideiussoria emessa dall'Istituto Nazionale delle Assicurazioni

[\[11\]](#)

. Questi dietro versamento di un premio, garantisce in favore della ricevitoria provinciale il debito che residua a carico dell'esattore nell'ipotesi di insolvenza, dopo che sia stata esperita l'azione esecutiva sui beni versati a titolo di cauzione dall'esattore o da terzi per suo conto

[\[12\]](#)

. Ancora, in tema di dazi e diritti doganali, si prevede che a garanzia delle somme dovute alla dogana possa essere rilasciata una fideiussione da parte di un'azienda di credito "sotto osservanza delle disposizioni per le cauzioni in materia contrattuale stabilite dalle norme sulla contabilità generale dello Stato" o, in alternativa, si ammette la possibilità di una "polizza fideiussoria emessa da un istituto di assicurazione accreditato presso l'amministrazione"

[\[13\]](#)

A queste disposizioni hanno fatto seguito una fitta rete di leggi speciali le quali, nel disciplinare alcuni settori di contatto tra pubblico e privato, hanno posto attenzione al profilo della garanzia, consentendo ai cittadini che entrano in rapporto con la P.A. di provvedervi con forme alternative al pagamento della cauzione [\[14\]](#) .

In particolare merita soffermarsi sul Capitolato generale di appalto per le opere di competenza del Ministero dei Lavori pubblici, approvato con D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1062, dove si prevede una completa parificazione tra le vecchie cauzioni e le fideiussioni. Vengono individuate due specie di cauzioni: una cauzione provvisoria, per partecipare alle gare (art.2), ed una cauzione definitiva in caso di aggiudicazione (art. 3). La cauzione provvisoria si perfeziona col deposito in contanti o in titoli di Stato, e può essere effettuato anche presso un istituto di credito; questo si obbliga ad effettuare il versamento in tesoreria del deposito in contanti o in titoli di Stato, nel caso in cui la cauzione venga incamerata per rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto definitivo. Più importante, ai nostri fini, è la disposizione concernente la cauzione definitiva, laddove si prevede che "la cauzione può essere costituita da fideiussione bancaria".

La norma assume massima importanza se coordinata con la legge 10 giugno 1982, n. 348 [\[15\]](#), cui si è fatto riferimento in precedenza, la quale ha parificato le imprese assicurative a quelle bancarie in punto di legittimazione alla prestazione di garanzie fideiussorie, nell'ambito di operatività economica esercitata dallo Stato o altro ente pubblico

[\[16\]](#)

. In particolare si prevede che la cauzione a favore di questi soggetti possa essere sostituita indifferentemente da fideiussione bancaria o da polizza assicurativa rilasciata da una compagnia di assicurazioni che sia debitamente autorizzata.

La conferma di tale equiparazione appare in tutta evidenza nei capitolati d'appalto per l'esecuzione dei lavori pubblici ove si legge che "in luogo della cauzione definitiva può essere prestata, prima della sottoscrizione del contratto, entro i termini previsti, una fideiussione bancaria, o polizza fideiussoria, che può essere prestata mediante atto pubblico, nel quale il notaio attesta che i funzionari hanno il potere di impegnare la banca; oppure mediante semplice lettera dell'istituto di credito indirizzata all'ente appaltante con l'indicazione dell'importo, nome, cognome, data e luogo di nascita dei funzionari autorizzati ad impegnare la banca; essi debbono intervenire alla firma del contratto esibendo il certificato camerale o del Tribunale, da cui risulti la capacità di impegnare validamente la banca stessa o altro valido documento" [\[17\]](#).

La legislazione fino ad ora citata, se costituisce un dato importante ai fini del riconoscimento della fattispecie sotto il profilo giuridico, offrendo una "legittimazione esterna" dell'istituto, poco dice in ordine alla natura del contratto e alla disciplina ad esso applicabile, che è rimessa alle pattuizioni concrete [\[18\]](#). Né può affermarsi che la presenza di una legge o di una disposizione che menzioni la polizza fideiussoria valga a rendere "tipico" il contratto, atteso che, a tal fine, non è sufficiente un mero richiamo, ma un'esplicita disciplina normativa

[\[19\]](#)

. Spesso, dunque, piuttosto che nelle fonti normative, è più utile ricercare indicazioni nelle fonti convenzionali emergenti dalla prassi commerciale che conosce svariate forme di assicurazione fideiussoria

[\[20\]](#)

.

In primo luogo vi sono le polizze sostitutive rilasciate in occasioni di gare d'appalto a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore. In questi casi gli operatori preferiscono evitare sia il costo necessario a reperire le somme da depositare in cauzione e non possedute, sia l'immobilizzo di disponibilità liquide, senza remunerazione o con remunerazione a tassi di interesse inferiori a quelli di mercato [\[21\]](#). In secondo luogo la figura negoziale viene talvolta impiegata a garanzia di mutui ipotecari, per le obbligazioni verso l'ente mutuante, il quale può

disporre di una garanzia personale in ipotesi di mancata soddisfazione del credito, anche dopo l’espropriazione del bene ipotecato. Infine, talvolta, si assiste alle c.d.

polizze per controgaranzie di fideiussioni bancarie

dove, cioè, le polizze fungono da garanzie di secondo grado, in quanto dirette a malleverare il beneficiario di fideiussione bancaria emessa

a garanzia dell’esecuzione di un contratto di appalto

[\[22\]](#)

. In tal modo l’istituto di credito può “scaricare” sull’impresa di assicurazione il rischio derivante dalla concessione della fideiussione

[\[23\]](#)

3. Struttura e tipologia delle polizze fideiussorie.

Dal punto di vista strutturale l’assicurazione fideiussoria può configurarsi in due modi. Nel primo caso il contratto viene stipulato personalmente dall’istituto garante con il beneficiario creditore del rapporto principale; nel secondo caso la stipulazione avviene tra garante e il debitore principale in favore del creditore.

Nella prima configurazione, più rara nella pratica, la fattispecie si articola in due negozi collegati: il primo è riconducibile ad un mandato con cui il debitore conferisce al garante l’incarico di prestare una garanzia in favore di un terzo; il secondo si perfeziona con la stipulazione “autonoma” del contratto tra garante e creditore, con cui il primo si obbliga a prestare garanzia nei termini e con le modalità precedentemente pattuiti. Su questa base si è ritenuto, dunque, che il primo negozio integri un vero o proprio contratto preliminare in favore di terzo [\[24\]](#), avente ad oggetto una fideiussione [\[25\]](#), di cui il secondo negozio rappresenterebbe il contratto definitivo. In particolare la compagnia di assicurazioni presenterebbe la polizza quale offerta di fideiussione al creditore, il quale, con l’accettazione, perfezionerebbe l’accordo contrattuale [\[26\]](#).

Occorre, tuttavia, anticipare che la ricostruzione appena prospettata non può condurre alla conclusione che sempre il secondo contratto abbia natura fideiussoria, mentre il primo negozio conservi natura assicurativa: unica, infatti, è l’operazione economica in cui i due rapporti collegati si inseriscono ed unico è il rischio considerato, sicché la loro qualificazione varierà a seconda delle finalità perseguite in concreto dalle parti [\[27\]](#) .

Più frequente nella pratica è la seconda configurazione in cui il terzo creditore rimane estraneo alla stipulazione la quale interviene tra garante e debitore principale.

In questo caso, a ben vedere, si ha un contratto a favore di terzo con cui il promittente garante si obbliga, dietro corrispettivo e nei limiti delle somme contrattualmente stabilite, a pagare, in caso di inadempimento dello stipulante debitore principale, il debito da questo contratto con il terzo creditore beneficiario. Il contratto, pertanto, si perfeziona con l’incontro della volontà del promittente e dello stipulante [\[28\]](#) , mentre l’accettazione del creditore, lungi dal rappresentare, come nell’ipotesi precedente, un elemento costitutivo di un distinto e successivo contratto di fideiussione, costituisce solo la dichiarazione di volere profittare della stipulazione in suo favore (art.1411 2° comma) [\[29\]](#) .

Parte della dottrina, attenta a fissare in schemi gli sviluppi della prassi commerciale, ha ricondotto queste strutture a tre diverse categorie di polizze fideiussorie: le polizze accessorie, le polizze a prima richiesta e le polizze condizionali [\[30\]](#) .

Le *polizze accessorie* sono caratterizzate dal vincolo di dipendenza esistente tra l’obbligazione del garante e quella del debitore principale. Ciò comporta che il garante è legittimato ad opporre al beneficiario tutte le eccezioni attinenti al rapporto sottostante. In questa ipotesi, in sostanza, la garanzia opera come una fideiussione, differenziandosi dal contratto autonomo di garanzia perché, anche qualora sia pattizialmente convenuto il divieto per il garante di richiedere la preventiva escussione del debitore, ciò non preclude al garante l’opponibilità di eccezioni che spetterebbero al debitore principale [\[31\]](#) .

Con le *polizze a prima richiesta*, invece, l’obbligazione di garanzia è del tutto svincolata dal rapporto sottostante. Tale separazione si evidenzia con la presenza all’interno della polizza di clausole quali “pagamento a prima richiesta” o “a semplice richiesta” o “senza eccezioni”, le quali esprimono formalmente l’indipendenza dell’obbligo del garante da quello del debitore principale. Il che vale ad accentuare l’ “autonomia” del contratto rispetto alla fattispecie precedente e, più in genere, rispetto al *genus* fideiussorio.

Vi sono, infine, le *polizze condizionali*, le quali si collocano in una posizione intermedia tra polizze accessorie ed autonome. Infatti, in questo caso, l’operatività della garanzia è subordinata alla presentazione da parte del beneficiario di alcuni documenti, generalmente indicati nella polizza stessa, che dimostrino la presenza di determinati fatti attinenti al rapporto principale [\[32\]](#).

4. La natura giuridica: polizze fideiussorie e contratto di assicurazione.

Come dimostra la precedente classificazione, le parti hanno ampie facoltà di “modellare” le polizze fideiussorie nei modi che meglio si attagliano al perseguimento degli loro interessi [\[33\]](#). Il che, da un punto di vista giuridico, rende problematica l’individuazione della loro esatta qualificazione. In particolare, dati i diversi contenuti delle polizze, occorre interrogarsi sulla possibilità di rinvenire un modello giuridico omnicomprensivo ovvero, in caso di risposta negativa, procedere ad un’analisi particolareggiata delle singole tipologie che meglio possano adattarsi alle diverse realtà giuridiche.

Unanimemente condivisa è l’opinione secondo cui il punto di partenza debba muovere da una verifica in concreto dell’operatività delle singole polizze fideiussorie escludendo la possibilità di offrire una soluzione “aprioristica e per tutte valida” [\[34\]](#). Tale affermazione è stata, tuttavia, precisata affermando che il problema non può essere circoscritto ad una mera indagine soggettivistica imperniata essenzialmente sulla volontà delle parti

[\[35\]](#)

, atteso che limitare la ricerca ad una mera *quaestio voluntatis* risulterebbe non solo riduttivo, ma anche fuorviante

[\[36\]](#)

. In effetti vi sarebbe il rischio di propendere per accertamenti di contenuto psicologico, perdendo così di vista il dato propriamente giuridico.

Ciò posto, conviene muovere l’analisi dall’impostazione che ha tentato di ricondurre la natura giuridica delle polizze fideiussorie nell’ambito del contratto di assicurazione [\[37\]](#) .

In effetti molti elementi parrebbero convergenti in questo senso. In primo luogo vi sono dati di carattere formale fondati sul *nomen iuris* del contratto, sulla natura delle parti che addivengono alla stipulazione, sul documento emergente da essa e sulla natura del corrispettivo.

A ben vedere la polizza fideiussoria di regola rientra in uno specifico ramo di servizio delle imprese assicuratrici, viene stipulata da una compagnia di assicurazione e viene incorporata in un documento denominato “polizza” a fronte del quale viene versato un corrispettivo detto “premio”. Tutti questi indici, comunque, non paiono risolutivi ai fini dell’individuazione della natura giuridica della fattispecie. Infatti, la denominazione del contratto non ha alcun rilievo, considerati tanto la confusione usata dallo stesso legislatore che, come visto, adopera espressioni spesso ambigue, per indicare la fattispecie [\[38\]](#) , quanto il dato ermeneutico generale in tema di contratti che predilige il contenuto delle pattuizioni alle espressioni usate dalle parti; inoltre il documento che incorpora il contratto, denominato “polizza” non costituisce elemento qualificante poiché non è riservato esclusivamente al contratto di assicurazione, ma, anzi, è ben possibile che questa forma celi, in realtà, una fattispecie propriamente fideiussoria (ciò che avviene ad. es. con le polizze accessorie)

[\[39\]](#)

. Quanto alle parti, si è vista la piena fungibilità, emergente anche dal dato normativo, tra imprese assicuratrici e istituti bancari nella prestazione delle polizze sicché la loro emissione non può senza dubbio considerarsi attività “esclusiva” delle assicurazioni

[\[40\]](#)

. Né pregio può avere la circostanza che l’autore della polizza è “normalmente” impegnato nell’attività assicurativa in quanto la qualifica professionale del soggetto stipulante non è “elemento di efficacia esclusiva nella valutazione del negozio”

[\[41\]](#)

. Infine il corrispettivo della polizza fideiussoria solo impropriamente può essere denominato “premio”, atteso che nel ramo cauzioni, a differenza di ciò che avviene in altri settori assicurativi, tale prestazione non può essere determinata in base a severi criteri probabilistici e attuariali

[\[42\]](#)

Abbandonati, dunque, i dati formali, rimangono elementi più consistenti, fondati sul dato sostanziale, che portano ad accostare la polizza fideiussoria al contratto di assicurazione, in particolare all’assicurazione del credito. Sul presupposto che con il rilascio della polizza cauzionale, la compagnia assume su di sé l’alea tipica del negozio assicurativo si è sostenuto

che il rischio che grava sull’assicuratore garante sarebbe quello proprio dell’assicurazione del credito perché connesso all’insolvenza del debitore [43]. Su questa scorta il sinistro sarebbe costituito dal fatto che una determinata persona od ente, venendo meno all’adempimento di un impegno assunto pone in essere il diritto della controparte al pagamento, garantito dall’assicuratore, di una somma (cauzione) preventivamente pattuita per il caso di inadempienza. Proprio tale circostanza vale ad escludere la natura fideiussoria della polizza: l’assicuratore, infatti, non assumerebbe, al pari del fideiussore, l’obbligo di adempiere la medesima prestazione del garantito, ma quello di risarcire il danno subito a seguito dell’inadempimento. Insomma la funzione della polizza cauzionale sarebbe quella di coprire il rischio derivante dall’indempimento del debitore principale

[44]

Né varrebbe in contrario affermare che l’inadempimento costituisce “fatto volontario” dell’interessato, come tale escluso dalla copertura assicurativa ex art. 1900 c.c., perché tale norma è derogabile dalle parti, almeno sino al limite della colpa grave; anzi, nella responsabilità civile anche la colpa grave è coperta dalla polizza senza necessità di deroga [45]. Se poi si sostenesse che la polizza sostitutiva della cauzione ha una portata più ampia dell’assicurazione, comprendendo al suo interno anche il fatto doloso del contraente, che non potrebbe mai costituire sinistro in senso tecnico, si potrebbe affermare, in senso contrario, la possibilità che la polizza venga stipulata dal debitore per conto e nell’interesse altrui (art. 1891 c.c.) [46].

5. (segue): la natura “fideiussoria” delle polizze cauzionali.

L’individuazione di una natura “assicurativa” nelle polizze cauzionali, se pur fondata su argomenti di pregio, si scontra con alcuni caratteri peculiari della figura che si manifestano principalmente sotto il profilo funzionale. Proprio ponendo attenzione alla funzione svolta in concreto dalle polizze, dottrina e giurisprudenza dominanti hanno consolidato l’opinione che le polizze fideiussorie, più che ai caratteri dell’assicurazione, partecipino, in realtà, a quelli del *genus* fideiussorio

[47]

Questa tesi prende le mosse proprio dalle divergenze tra polizza fideiussoria ed assicurazione del credito. Quest’ultima, si è detto, ha per oggetto il trasferimento sull’assicuratore del rischio legato all’insolvenza del debitore, e più in generale, dell’irrecuperabilità del credito: l’inadempimento del debitore, dunque, rileva in essa come mero presupposto di fatto [48]. Nelle polizze fideiussorie, invece, il garante si obbliga ad adempiere l’obbligazione pecuniaria originariamente assunta dal debitore (ad es. nel caso di polizza rilasciata per il pagamento dei debiti doganali) ovvero l’obbligazione alla quale questi è tenuto in caso di inadempimento o di inesatto adempimento (ad es. nel caso di polizza rilasciata in sostituzione della cauzione dell’appaltatore in tema di appalti di opere pubbliche)

[49]

. In queste ipotesi, dunque, non vi è nessun rischio perché il garante deve eseguire la prestazione per il solo fatto che l’obbligazione non sia adempiuta dal debitore, e, pertanto, prima che si verifichi una definitiva impossibilità di soddisfare il proprio diritto di credito. Più precisamente non grava sull’assicuratore “né il rischio del danno del creditore – giuridicamente irrilevante, posto che l’assicuratore medesimo si obbliga a pagare invece del debitore inadempiente ancorché questo sia solvibile – né un rischio dello stesso contraente, il quale, anzi, stipula la garanzia anche per l’ipotesi di inadempimento dovuto non ad un sinistro o altro evento accidentale, ma dipendente dalla sua volontà”

[50]

La mancanza del trasferimento del rischio in capo all’assicuratore ha portato ad affermare l’impossibilità di individuare nelle polizze fideiussorie la funzione economico sociale tipica dell’assicurazione, e, di contro, ad ammettere che la loro funzione è quella, propria di un contratto fideiussorio, di garanzia personale dell’adempimento degli obblighi altrui. In altre parole l’assicuratore assume su di sé l’obbligo nei confronti del beneficiario di garantire l’adempimento degli obblighi assunti dallo stesso contraente e non già di risarcire il danno, atteso che il profilo indennitario è un profilo del tutto estraneo alla fattispecie

[51]

Questa ricostruzione è stata accolta con favore anche dalla giurisprudenza che, in più occasioni, ha qualificato le polizze fideiussorie come *sottotipi innominati* di fideiussione [52]. Ciò perché la polizza, diretta a garantire l’adempimento di un’obbligazione altrui ovvero ad assicurare il pagamento di una determinata somma a seguito del mancato o inesatto adempimento da parte del debitore, svolge una funzione di garanzia a norma dell’art. 1936 c.c., a nulla rilevando sul piano causale, la circostanza formale, che, anzi, vale a distinguere le

polizze dalle normali fideiussioni e a qualificarle come sottotipo innominato di esse, secondo cui queste stesse vengono stipulate e gestite dalle società assicuratrici e gestite con le modalità tecnico-economiche proprie dell'assicurazione

[\[53\]](#)

. Nemmeno può rilevarsi, in contrario, che i contraenti sono il debitore e l'assicuratore perché è ben possibile che una fideiussione assuma la configurazione del contratto a favore di terzo

[\[54\]](#)

Ne deriva, sul piano della concreta disciplina, che si applicheranno le regole proprie del tipo fideiussorio, salvo patto contrario che faccia espresso riferimento a regole proprie dell'assicurazione; in questo caso, peraltro, tali regole vanno applicate tenendo conto della finalità fideiussoria delle polizze [\[55\]](#). Così, in caso di mancato pagamento del "premio", il relativo diritto è soggetto all'ordinario termine prescrizione decennale, e non a quello annuale ex art. 2952 c.c. [\[56\]](#); nell'ipotesi di dichiarazioni inesatte o reticenti rese dal debitore stipulante in ordine alla formazione del rapporto principale garantito dalla polizza, si applicheranno le regole generali in materia di annullabilità del contratto e non la speciale disciplina di cui all'art. 1892 c.c.

[\[57\]](#)

; infine la surrogazione spettante all'assicuratore conseguente all'adempimento dell'obbligazione di garanzia è quella tipica del caso in cui un terzo non paghi un debito altrui e non quella disciplinata dall'art. 1916 c.c., nei confronti del responsabile del danno

[\[58\]](#)

6. (segue): la tesi del negozio indiretto e la tesi del negozio misto.

La ricostruzione che precede può non risultare del tutto soddisfacente ove si passi da una valutazione in chiave astratta della fattispecie, ad un'analisi più profonda e radicata del fenomeno giuridico che ricomprenda anche il diverso atteggiarsi degli interessi delle parti nelle situazioni concrete. L'avvertita esigenza di tener conto della specifica configurazione data alle polizze dai contraenti onde verificare caso per caso l'eventuale manifestazione di una volontà

che deroghi alla tipica disciplina fideiussoria [\[59\]](#), e l'incontestabile circostanza che lo schema adottato dalle parti ricalca quello proprio del contratto di assicurazione, hanno portato alcuni autori e parte della giurisprudenza a tentare una compenetrazione tra le due "anime" della polizza cauzionale, quella fideiussoria e quella assicurativa.

Così si è affermato che con le polizze fideiussorie perseguano la tipica funzione di garanzia della fideiussione mediante lo schema assicurativo, il quale, dunque, sarebbe impiegato quale mezzo formale per raggiungere i fini della fideiussione. In sostanza la fattispecie darebbe vita ad un vero e proprio *negozio indiretto* [\[60\]](#).

A questa tesi si è obiettato che appare quanto meno impropria la qualificazione delle polizze in termini di negozio indiretto, atteso che la finalità di garanzia propria della fideiussione è perseguita esplicitamente e "direttamente" dalle parti le quali, di regola, inseriscono nello schema assicurativo clausole propriamente fideiussorie. Di contro le pattuizioni assicurative presenti nelle polizze hanno portata limitata, essendo piegate alla causa fideiussoria del contratto cui partecipano [\[61\]](#).

Più in generale si è affermata l'estrema difficoltà di distinguere all'interno del negozio il profilo formale da quello funzionale. Forma e funzione, infatti, sono in costante rapporto dialogico rappresentando un *unicum* difficilmente scindibile [\[62\]](#).

Date queste obiezioni, difficilmente contestabili, si comprende il motivo per cui maggiori adesioni, soprattutto in giurisprudenza, abbia ricevuto la ricostruzione che ha derivato la polizza cauzionale dalla "fusione" delle tipologie strutturali fideiussorie ed assicurative. In questa ottica la polizza viene qualificata come *contratto misto*, il quale si perfeziona, appunto, dall'unione di aspetti propri del contratto di fideiussione e di quello assicurativo

[\[63\]](#)

Tuttavia si tiene a precisare che nelle polizze cauzionali gli elementi della fideiussione risultano qualitativamente e quantitativamente prevalenti su quelli dell'assicurazione con la conseguenza, sul piano disciplinare, dell'applicabilità della normativa di cui agli artt. 1936 ss. [\[64\]](#), ferma restando la contraria volontà delle parti che, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, possono derogarvi inserendo clausole proprie del tipo assicurativo. Anche in questa seconda ipotesi, peraltro, tali clausole dovranno essere interpretate tenendo presente la precipua finalità di garanzia svolta dalle polizze fideiussorie, con la conseguenza che lo scopo di garanzia deve

costituire il parametro valutativo da adottare nella risoluzione di eventuali conflitti tra disposizioni astrattamente applicabili

[\[65\]](#)

.

Anche questa ricostruzione non pare da preferire, in quanto rischia di perdere di vista gli aspetti e le sfumature caratterizzanti le polizze fideiussorie. Essa rappresenta l'ennesimo tentativo "tipizzante" della giurisprudenza che, volto a ricondurre entro schemi nominati le diverse manifestazioni dell'autonomia privata, rischia di forzare le nuove tipologie sociali in ambiti rigidamente definiti ed il più delle volte non adeguati a spiegare il differente fenomeno giuridico. Combinando o sommando due o più schemi tipici, al fine precipuo di rinvenire all'interno del sistema una disciplina applicabile alle nuove realtà giuridiche, è assai difficile cogliere la peculiarità delle nuove operazioni che perseguono interessi diversi da quelli legislativamente considerati. In altri termini "la possibilità di ricondurre singoli elementi del contratto a tipiche operazioni negoziali non vale in effetti a cogliere la funzione unitaria ed autonoma dell'operazione" [\[66\]](#) .

Con specifico riferimento alle polizze cauzionali, la ricostruzione qui criticata, se ha il pregio di confermare come l'analisi della ricerca della loro natura giuridica debba muovere da due rapporti contrattuali, quello fideiussorio e quello assicurativo, non riesce in sostanza a spiegare l'operazione di ricostruzione e di controllo della fattispecie, la quale, anzi, finisce mistificata e occultata dietro l'impiego di for
mule vuote quali appaiono quelle di contratto misto e di contratto complesso

[\[67\]](#)

.

7. L'atipicità delle polizze fideiussorie.

La più recente linea interpretativa in tema di polizze fideiussorie ha abbandonato gli analizzati approcci ricostruttivi che tentavano di ricondurre la figura entro gli schemi tipici del contratto di

fideiussione o del contratto di assicurazione o, al più, di farla scaturire dalla loro interrelazione, per cercare una via alternativa che, in modo del tutto nuovo, riuscisse a valorizzarne i tratti essenziali. Si è così prospettata l'idea che l'assicurazione fideiussoria sia una fattispecie autonoma che svolge un'atipica funzione di garanzia [\[68\]](#) .

Il discorso ruota intorno all'analisi di quelle fattispecie, classificate sotto la dizione di *polizze a prima richiesta*

[\[69\]](#)

, data la presenza al loro interno di alcune clausole quali, appunto, "a prima richiesta", "a semplice richiesta", "senza eccezioni", o altre di contenuto equivalente, che, di frequente, le parti inseriscono nel contratto per intensificare il contenuto della garanzia

[\[70\]](#)

. Tali clausole, infatti, consentono al beneficiario di ottenere in base alla semplice domanda l'esecuzione della prestazione da parte del garante, il quale, a sua volta, non può opporre alcuna eccezione attinente alla validità, all'efficacia e alle vicende del rapporto sottostante

[\[71\]](#)

. In tal modo la polizza realizza una funzione analoga a quella della cauzione reale

[\[72\]](#)

, in quanto attribuisce al creditore una pretesa di pagamento delle somme garantite "agevolata" dalla presentazione della prima "domanda" al garante

[\[73\]](#)

. Come la cauzione offre al creditore la possibilità di soddisfarsi immediatamente sui beni offerti in consegna (c.d. incameramento della cauzione), così la clausola "a prima richiesta" consente di ottenere quasi immediatamente la realizzazione del credito per il divieto da parte del garante di opporre eccezioni fondate sul rapporto principale

[\[74\]](#)

In realtà le analogie tra cauzione e polizza a prima richiesta si arrestano al profilo funzionale, essendo profondamente differente la struttura dei due contratti. Il primo è un contratto consensuale, il secondo è un contratto reale. Inoltre il perfezionamento della garanzia avviene, nel primo caso, mediante l'esercizio di un diritto potestativo volto all'incameramento delle somme accantonate; nel secondo caso a mezzo di una dichiarazione unilaterale recettizia del beneficiario di volersi avvalere della garanzia seguita dalla cooperazione dell'istituto garante concretata nel pagamento della somma indicata nella polizza [\[75\]](#) ; il beneficiario, in sostanza, esercita un proprio diritto di credito a fronte del quale sorge, dal lato passivo, un vero e proprio obbligo di pagamento, non già una situazione soggettiva di soggezione

[\[76\]](#)

Per queste ragioni è da escludere che la polizza a prima richiesta possa essere assimilata ad un’apertura di credito alla quale si applicherebbe la disciplina del mutuo concesso dal mutuante garante al mutuatario debitore principale al fine di costituire una cauzione reale [77]. Orbene, a parte la “realità” di siffatta operazione che urta contro la consensualità della polizza fideiussoria, vi è che la consegna della somma di denaro al mutuatario non fornisce di per sé alcuna sicurezza in capo al creditore circa la sua destinazione. In altre parole egli non potrà sapere con certezza che la somma mutuata venga messa a sua disposizione quale cauzione reale [78]

.

Nemmeno può condividersi il tentativo di *reductio ad unitatem* delle cauzioni e delle polizze, sotto l’aspetto strutturale, costruendo le seconde come “garanzia di una garanzia” ossia come contratti volti ad assicurare il pagamento di una somma depositata a titolo di cauzione. In tal modo le polizze sono riconducibili a “una vera e propria fideiussione, caratterizzata, rispetto a quella prevista in via generale nel codice, dalla peculiare natura dell’obbligazione garantita” [79]

. Come è stato acutamente evidenziato, la tesi pecca nella premessa per cui il debitore, nel caso venga rilasciata una polizza cauzionale a garanzia del suo debito, rimanga comunque obbligato a prestare una cauzione reale. In vero l’obbligo di costituire una cauzione reale è previsto, di regola, come alternativa alla prestazione di una fideiussione bancaria o all’emissione della polizza cauzionale [80]

.

Più in generale, esclusa l’identità strutturale con la cauzione, occorre osservare che la presenza della clausola a prima richiesta e simili all’interno delle polizze fideiussorie rende infruttuoso ogni tentativo di ricercare la loro natura giuridica all’interno dei modelli “nominati”, a partire dalla fideiussione. Dette clausole, determinando l’inoportunabilità da parte del garante di eccezioni relative al rapporto debitore-creditore, operano di fatto una netta separazione con il rapporto di base elidendo di fatto il vincolo di accessarietà che caratterizza lo schema fideiussorio. Il garante, infatti, trovandosi in posizione perfettamente autonoma, indipendente dal rapporto di base [81], assume un’obbligazione principale e non accessoria. In questa ottica, la mancanza di accessarietà vale a qualificare la garanzia come autonoma [82]

in quanto aspetto funzionale all’operazione economica posta in essere dalle parti in vista del perseguimento dei loro interessi. Da questo punto di vista le polizze fideiussorie “a prima richiesta” possono essere considerate veri e propri contratti autonomi di garanzia [83]

, sulla cui legittimità, in quanto espressione dell’autonomia negoziale, non è più il caso di dubitare [84]

.

Ciò è avvalorato anche da un aspetto ulteriore delle polizze a prima richiesta che contribuisce a meglio identificare la fattispecie ed al tempo stesso a differenziarla con il tipo fideiussorio: il carattere prettamente indennitario della garanzia.

In particolare, mentre il fideiussore esegue una prestazione oggettivamente identica, dal punto di vista economico, a quella dovuta dal debitore principale al creditore, il garante si impegna a corrispondere al creditore un'indennità che lo ristori per la mancata prestazione del debitore [\[85\]](#)

Consegue da ciò che la prestazione del garante ha una funzione "riparatoria" del pregiudizio subito dal creditore a causa dell'inadempimento del debitore principale, laddove nel caso di fideiussione il creditore stesso eviterebbe

in toto

quel danno potendo rivolgersi indifferentemente al debitore o al fideiussore (salvo, ovviamente, che non sia stato convenuto il beneficio di escussione).

Nè tale aspetto potrebbe portare ad accomunare le polizze al contratto di assicurazione. Infatti, come si è visto, manca in queste l'elemento del rischio che costituisce elemento essenziale del contratto sia sotto l'aspetto strutturale, sia sotto quello causale.

Se tutto ciò è vero, dunque, data la varietà tipologica delle polizze fideiussorie deve escludersi la possibilità di ricondurre le stesse ad un unitario schema contrattuale tipico, ma dovrà distinguersi caso per caso a seconda di come i contraenti hanno, in concreto, disciplinato i propri interessi [\[86\]](#). Ciò premesso, potrà accogliersi la prospettata ricostruzione delle polizze fideiussorie come sottotipi innominati di fideiussione nell'ipotesi in cui i contraenti stipulino delle polizze c.d. accessorie, ossia dove le parti stabiliscono di mantenere integro il legame tra obbligazione di garanzia e rapporto sottostante. In questo caso il negozio voluto dalle parti è posto in derivazione dallo schema tipico fideiussorio, ma non in difformità da esso in quanto, in sostanza, svolge la medesima funzione anche se comprende alcuni elementi particolari

[\[87\]](#)

Tale qualificazione, tuttavia, si arresta di fronte alle polizze fideiussorie a prima richiesta che, caratterizzate sotto un profilo strutturale dall'autonomia tra le obbligazione facenti capo ai diversi rapporti, e sotto l'aspetto funzionale, dal carattere indennitario dell'obbligazione del garante, senza, tuttavia, giungere a configurare una causa propriamente assicurativa, si distinguono nettamente dai modelli nominati e, integrando una manifestazione atipica

dell'autonomia privata, condividono i caratteri e gli aspetti peculiari del contratto autonomo di garanzia al quale, dunque, possono essere utilmente ricondotte.

BIBLIOGRAFIA

Vasti sono i contributi della letteratura giuridica in tema di polizza fideiussoria. Per l'inquadramento della fattispecie, in particolare in riferimento alla cauzione reale, si segnala: Botta C., *Polizze fideiussorie*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon P., Milano 1999; Mastro

paolo F.,

I contratti autonomi di garanzia
, Torino, 1980, 133; Ravazzoni A.,

Fideiussione in luogo di cauzione

, in

Assicurazioni

, 1959, I, 266 ss.. Sulle relazioni tra polizze fideiussorie e fideiussione cauzionale cfr. Tucci G., voce

Cauzione

, in

Dig. disc. Priv.

, II, Torino, 1988; Mungari V.,

Profili di concorrenza e integrazione fra attività bancaria e assicurativa

, Milano, 1985, 98. In posizione critica: Fragali M.,

recenti indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1972, I, 518; Denozza F.,

Le garanzie fideiussorie

, in

Profili di concorrenza e integrazione tra attività bancaria e assicurativa

, Milano, 1985. Più in generale, sul punto, Galgano F.,

I contratti di impresa, i titoli di credito, il fallimento

, Bologna, 1980, 87. La funzione delle polizze fideiussorie è ben messa in luce da

Volpe Putzolu G.,

Assicurazioni fideiussorie, fideiussioni omnibus e attività assicurativa

, in

Banca Borsa Tit. Cred.

, 1982, II, 245 ss.. In giurisprudenza: Cass., 4 aprile 1995, n. 3940, in

Banca Borsa e Tit. Cred.,

1997, II, p. 40. Sulle fonti legislative un rassegna è fornita da: Bozzi G.

Le garanzie atipiche

, Milano, 1999; Lupi R., nota a Cass. 26.1.1985, n. 385, in

Nuova giur. civ. comm.

, 1985, I, 495; vedi anche Fragali M.

Cauzione, fideiussione e privilegio nell'importazione temporanea delle merci

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1974, II, 271; Ravazzoni A.,

Cauzioni fideiussorie

, in

Le operazioni bancarie

,

a cura di. Portale G. B, Tomo II, Milano, 1978, 1025 ss.. Per le fonti convenzionali si rinvia a Partesotti G.,

Polizze fideiussorie e note di credito

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1979, I, 203; Sesta M.,

Le garanzie atipiche

, Padova, 1988, 537;

Ravazzoni A,

Cauzioni fideiussorie

, ult. cit.,

ibidem

.; Mastropaolo F., op.cit., 147; Bozzi G., op. cit., 64.;

Volpe Putzolu G., op. cit., 511. Per l'analisi della struttura e delle diverse tipologie di polizze fideiussorie: Mastropaolo F., op.cit., 150; Fragali M.,

Il rapporto tra assicuratore fideiussore e debitore garantito

, in

Ass.

, 1975, 123. Mazzoni C.M. e Brugliere C.,

La polizza fideiussoria

, in

Nuova giur. civ. comm.

, 1986, II, 378 ss.. In particolare dettagliata la distinzione fornita da Denozza F., op. cit.; id.,

Le garanzie fideiussorie

, in

CEDIB

, 159 ss.. cfr., altresì, Dusi-De Zuliani,

Le assicurazioni cauzionali (elementi di tecnica del diritto)

, Venezia, 1959; La Torre A.,

Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla c.d. polizza fideiussoria

, in

Scritti di Diritto assicurativo

, Milano, 1979, 105 ss.; Bozzi G.,

La fideiussione

, in

Tratt.Dir. priv.

,
diretto da Rescigno P., Torino, 1984, 280 ss.; id., op. cit., 69 ss.. Sulla natura giuridica delle polizze fideiussorie fondamentale è il saggio di Lipari M.,

La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria

, in

Giust. civ.

, 1986, II, 134 ss.; si vedano altresì: Font Galan J.I.,

Natura e disciplina delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni

, in

Ass.

, 1976, 216; Gambino A.,
Fideiussione, fideiussio indemnitas e polizze fideiussorie
, in
Riv. Dir. comm.
, 1960, II, 74. In giurisprudenza Cass. 24.12.1992, n. 13661; Cass. 16.5.1981, n. 3457, in
Banca Borsa e Tit. Cred.
, 1982, 245 con nota di Volpe Putzolu G.,
Assicurazioni fideiussorie
, cit.; id., in
Dir. giur.
, 1982, 957, con nota di Santoni G.,
L'atipicità delle polizze fideiussorie
; Ravazzoni A.,
cauzioni fideiussorie
, cit., 1040. Sulla riconducibilità delle polizze fideiussorie al contratto di assicurazione: Messineo
F.,
Manuale del diritto civile e commerciale
, Milano, 1958, 169; Stolfi G.,
Natura giuridica dell'assicurazione cauzionale
, in
Ass.
, 1958, I, 67; Vedi altresì Dusi-De Zuliani, op.cit., 21 ss.; Salvestroni U., op.cit., 1082; Sacerdoti
V.,
aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano
, in
Ass.
, 1956, I, 27; Salemi B.,
L'assicurazione del credito
, Milano 1959; Ippolito R.,
Assicurazione di responsabilità e polizze c.d. fideiussorie
, in
Ass.
, 1985, I, 92. Sostengono, invece, la natura fideiussoria delle polizze: Fragali M.,
Fideiussione e assicurazione
, in
Banca
Borsa e Tit. Cred.
, 1956, I, 136; Foschini M.,
Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura
, in
Riv. Dir. comm.
, II, 450; Donati A.,
Natura delle cosiddette polizze fideiussorie
, in
Banca Borsa e Tit. Cred.
, 1957, 75; id.,

Sulle c.d. polizze fideiussorie

, in

Foro it.

, 1957, I, 1311; id.,

Fideiussione in luogo di cauzione

, in

Ass.

, 1959, I, 267; id.,

Problemi relativi al pagamento da parte dell'istituto garante nelle c.d. polizze o cauzioni fideiussorie

, in

Ass.

, 1974, I, 541; Bozzi G.,

Le garanzie atipiche

, cit., 64; Ravazzoni A.,

Le cauzioni fideiussorie

, cit., 1025; Gambino A.,

Fideiussione

, cit., 57; Mazzoni C.M. e Brugliere C.,

Le polizze fideiussorie

, cit., 378 ss.; 380; Geri V.,

Ulteriori in tema di assicurazioni cauzionali e loro natura

, in

Ass.

, 1969, II, 127; Molle G.,

Fideiussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1953, I, 442 ss.; id.,

Studi per De Gregorio

, II, Città di Castello, 1955, 241. In giurisprudenza: Cass 18.5.2001, n. 6823, in

Foro it.

, 2001, I, 3174, con nota di Pardolesi P.,

Polizza fideiussoria in cerca di identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?

; Cass. 6.4.1998, n. 3552, in

Giur. it.

, 1999, 502, con nota di Barbieri C.,

La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale

; id., in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 2001, II, 667 con nota di Solombrino S.; per la giurisprudenza di merito cfr., Trib Genova

5.5.1995, n. 1345; Trib. Milano 7.4.1986, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1987, 652. In alcune casi la giurisprudenza individua nelle polizze fideiussorie dei "sottotipi innominati" di fideiussione: oltre alle decisioni appena cit. si segnalano, in particolare: Cass.

20.1.1995, n. 632, in

Fallimento

, 1995, 506; Cass. 11.10.1994, n. 8925, in

Corr. giur.

, 1995, 47, con nota di Frognini,

Polizza fideiussoria e disciplina applicabile

; Cass. 24.2.1994, n. 1873, in

Giur. it.

, 1995, I, 1104; Cass. 2.8.1990, n. 7766, in

Dir. e prat. ass.

, 1991, II, 680.

In dottrina: Fragali M.,

Della fideiussione

, in

Comm. del Codice civile

,
a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1958, 181. Per la tesi del negozio indiretto:

Tamburrino G.,

Appunti sulla natura e sulla disciplina della c.d. assicurazione fideiussoria

, in

Ass.

, 1970, I, 528, In senso conforme anche Geri V.,

Ulteriori osservazioni in tema di assicurazioni cauzionali e della loro natura

, in

Ass.

, 1969, II, 123; Molle G.,

Fideiussioni bancarie ed assicurazioni fideiussorie

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1953, I, 552; Mungari V.,

Sulle garanzie cauzionali (contract-bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all'estero

, in

Ass.

, 1979, I, 47. Per la tesi delle polizze fideiussorie come contratti misti, in giurisprudenza: Cass.

25.10.1984, n. 5450, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1985, II, 15; Cass. 26.1.1985, cit; Vedi anche, per la giurisprudenza di merito, Trib. Prato

26.11.1985, n. 741, in

Arch. civ.

, 1986, 422, App. Torino 12.6.1981, in

Giur.it.

, 1983, 677. Interessanti, in dottrina, gli spunti offerti sull'argomento da Fusaro A., op.cit., 99;

Santoni F.

,
op.cit., 962 ss. Sull'atipicità delle polizze fideiussorie e sulla loro riconducibilità a al contratto

autonomo di garanzia: Volpe Putzolu G.,

Assicurazioni fideiussorie

, cit., 97; id.,

Garanzie fideiussorie ed attività assicurativa

, in

Ass.

, 1981, I, 493; Santoni F.,

L'atipicità delle pozze fideiussorie

, cit., 957; Fusaro A.,

In tema di assicurazioni

, cit., 97; id.,

Rapporti tra debitori e garante

, cit., 951; Lipari M.,

La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria

, cit., spec. 158 ss.; Maccarone S.,

Il contratto autonomo di garanzia

, in

Credito e moneta

, a cura di Mazzoni A. e Nigro M., Milano, 1982, 410; Mastrapaolo F.,

I contratti autonomi di garanzia

, cit., 133. In giurisprudenza: Cass. 4.4.1995, n. 3940, cit.; Cass, 23.6.2000, n. 8540; Cass.

17.5.2001, n. 6757; Cass. 19.6.2001, n. 8324; Cass. 21.4.1999, n. 3964, in

Riv. not.

, 1999, II, 1271; Cass. 7.6.1991, n.6496, in

Il fisco

, 1991, con nota di Paolini G.,

Garanzia rinforzata per la finanza nel caso di rimborso accertato non dovuto

. Per la giurisprudenza di merito: Trib. La Spezia 2.11.2000, n. 337, in

Arch. locaz. condom.

, 2001, 120; Trib. Genova 5.5.1995, n. 1345.

[1] Cianflone A., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1985, 161 ss.; Martorano F., voce *cauzione*, in *Enc. dir.*, IV, 1960, 652 ss.; De Martini A., *Sulla natura giuridica del deposito cauzionale*, in *Giur. it.*, 1947, I, 325 ss.; Dalmartello A., *Il pegno irregolare*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1950, I, 320.

[2] Vedi, sul punto, Botta C., *Polizze fideiussorie*, in *Il diritto privato oggi* a cura di Cendon P., Milano 1999, 58 ss., il quale sottolinea l'esigenza di modelli alternativi di garanzia che perseguano il duplice obiettivo di assicurare al beneficiario la solidità propria delle garanzie reali, conservando, nel contempo, la duttilità di quelle personali.

[3] Mastropaolo F., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1980, 133.

[4] Ravazzoni A., *Fideiussione in luogo di cauzione*, in *Assicurazioni*, 1959, I, 266 ss..

[5] La distinzione in base ai soggetti è presente in Tucci G., voce *Cauzione*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1988, 264 ss..

[6] Il riferimento è, in particolare, alla legge 10 giugno 1982, n. 348. Cfr., sul punto, Mungari V., *Profili di concorrenza e integrazione fra attività bancaria e assicurativa*, Milano, 1985, 98. Più in generale la fungibilità tra i due soggetti nella prestazione dei servizi ha suscitato alcuni dubbi, visto soprattutto le diversità relative al controllo che il potere pubblico esercita sui diversi tipi di imprese: Fragali M., *Recenti indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*

, 1972, I, 518. Critico sulla parificazione tra le due imprese anche Denozza F.,

Le garanzie fideiussorie

, in

Profili di concorrenza e integrazione tra attività bancaria e assicurativa

, Milano, 1985. Tali perplessità sono state comunque superate da chi accuratamente ha analizzato i punti di contatto tra impresa bancaria ed assicurativa affermando che "le imprese di assicurazione raccolgono, con i premi corrisposti dalla massa degli assicurati, ingenti mezzi finanziari e svolgono, sotto questo aspetto, una funzione

analoga

alla funzione passiva della banca, di raccolta del risparmio; sono come la banca detentrici di capitale finanziario" (Galgano F.,

I contratti di impresa, i titoli di credito, il fallimento

, Bologna, 1980, 87).

[7] Sulla natura giuridica delle polizze fideiussorie *infra* § 4.

[8] Lipari M., *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1986, II, 134.

[9] Volpe Putzolu G., *Assicurazioni fideiussorie, fideiussioni omnibus e attività assicurativa*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*

, 1982, II, 245 ss.. In giurisprudenza, per tutte,

Cassazione, 4 aprile 1995, n. 3940, in

Banca Borsa e Tit. Cred.,

1997, II, p. 40, dove si afferma che tale contratto è preordinato alla finalità di esentare il contraente tenuto al versamento della cauzione, da un esborso immediato a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti di un terzo.

[10] Art. 54 R.D. 13 maggio 1924, n. 827, poi modificato dal D.P.R. 29 luglio 1948 n.1309.

[11] Art. 5 R.D.L. 16 febbraio 1931, conv. in Legge 18 maggio 1931, n. 802, la quale fissa la percentuale di sostituzione nel 50% della somma cauzionanda; tale percentuale viene portata al 100% dal successivo R.D.L. 7 agosto 1931, n. 1113.

[12] Sul punto vedi Bozzi G., *Le garanzie atipiche*, Milano, 1999, 63.

[13] Art. 87 D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43.

[14] A titolo esemplificativo si ricordano: la legge 30 gennaio 1948, n. 86, in tema di cauzione per le imposte di consumo; il D.P.R. 29 luglio 1948, n. 1309, che riguarda tutti i contratti dello Stato; il D.P.R. 15 maggio 1963, n. 858, in particolare l'art. 38, n. 5, e l'art. 44, per la riscossione delle imposte dirette; la legge 4 aprile 1953, n. 286 relativo alle cauzioni prestate per gli appalti della rivendita di generi di monopolio, la quale parla di cauzioni prestate mediante polizze fideiussorie o fideiussione bancaria ; la legge 7 febbraio 1951, n. 143 in materia di cauzioni negli appalti esattoriali; il D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, contenente il testo Unico in materia di dogana, in particolare all'art. 87, nonché all'art. 38, 2° comma, in materia di I.V.A.; l'art. 43 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637, per il cauzionamento delle rateazioni del pagamento delle imposte di successione; il regolamento CEE n. 542 del 1969 che prevede la polizza di transito comunitario; la legge 12 gennaio 1974, n.48, che prevede la fideiussione in sostituzione delle ritenute di garanzia negli appalti; la legge 28 gennaio 1977, n. 10, che contempla la polizza fideiussoria a garanzia degli obblighi ed oneri di cui alle concessioni edilizie. In dottrina, per una rassegna della legislazione speciale si segnala il contributo di Lupi R., nota a Cass. 26.1.1985, n. 385, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 495; vedi

anche Fragali M.

Ca

uzione, fideiussione e privilegio nell'importazione temporanea delle merci

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1974, II, 271; Ravazzoni A.,

Cauzioni fideiussorie

, in

Le operazioni bancarie

,

a cura di Portale G. B, Tomo II, Milano, 1978,

1025 ss..

[15] La legge è così rubricata: "Costituzione di cauzioni con polizze fideiussorie a garanzia di obbligazioni verso lo Stato ed altri enti pubblici".

[16] Sul punto, Mungari V., *Profili di concorrenza e integrazione fra attività bancaria e assicurativa*, Milano, 1985, 98.

[17] Norme e condizioni speciali da osservarsi per concorrere alle gare indette dalla Direzione

Generale del Commissariato e dei Servizi generali e per stipulare i relativi contratti di fornitura, Ed. Febbraio 2001-Prot. n. UCT/0727/1/COM.

[18] Cfr. Partesotti G., *Polizze fideiussorie e note di credito*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1979, I, 203.

[19] Così Sesta M., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 537.

[20] . Ravazzoni A, *Cauzioni fideiussorie*, ult. cit., *ibidem*.

[21] Mastropaolo F., op.cit., 147.

[22] Bozzi G., op. cit., 64.

[23] Volpe Putzolu G., op.cit., 511, il quale aggiunge che questa circostanza testimonia "la peculiarità e nello stesso tempo la superiorità della tecnica seguita dalle imprese di assicurazione, rispetto a quella tipica delle imprese bancarie, nella gestione di questo tipo di rischio".

[24] Sulla cui ammissibilità vedi, per tutti, Gabrielli G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 344 ss..

[25] Discussa in dottrina la possibilità di ammettere un contratto preliminare di fideiussione. In senso positivo Coviello L., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.*, III, 2, 74; Contra: Salvestroni U., *Fideiussioni speciali atipiche o miste e solidarietà "attenuata"*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1982, I, 1086.

[26] Mastropaolo F., op.cit., 150.

[27] Il discorso evidentemente è legato alla qualificazione giuridica delle polizze, su cui *infra* § 4.

[28] Fragali M., *Il rapporto tra assicuratore fideiussore e debitore garantito*, in *Ass.*, 1975, 123.

[29] Mazzoni C.M. e Brugliere C., *La polizza fideiussoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 378 ss..

[30] La distinzione è ripresa da Denozza F., op. cit.; id., *Le garanzie fideiussorie*, in *CEDIB*, 159 ss.. Vedi anche Dusi-De Zuliani,

Le assicurazioni cauzionali (elementi di tecnica del diritto)

, Venezia, 1959; La Torre A.,

Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla c.d. polizza fideiussoria

, in

Scritti di Diritto assicurativo

, Milano, 1979, 105 ss.; Bozzi G.,

La fideiussione

, in

Tratt. Dir. priv.

,

diretto da Rescigno P., Torino, 1984, 280 ss.; id., op.cit., 69 ss..

[31] Bozzi G., op.cit., 69 ss..

[32] Un'ipotesi del genere si verifica, ad es., nelle garanzie per il mantenimento dell'offerta (*bid bonds*

) in cui il beneficiario deve presentare una copia della dichiarazione di voler concludere il contratto e del rifiuto dell'altra parte. In questo caso la garanzia non è accessoria poiché l'obbligazione sorge anche se il rifiuto è legittimo; tuttavia la sua efficacia è "condizionata" alla presentazione dei documenti e, in questo senso, non può dirsi del tutto autonoma. Sul punto si

rinvia

amplius

, alle considerazioni svolte nel capitolo relativo al contratto autonomo di garanzia

sub

§ 3.

[33] Si è, a tal proposito, affermato (Font Galan J.I., *Natura e disciplina delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni*

, in

Ass.

, 1976, 216) che "quando si parla di assicurazione fideiussoria non si ha riferimento ad una figura negoziale unitaria, poiché sono tante e in tal modo diverse le singole polizze fideiussorie che vengono stipulate che è impossibile, dopo un esame tecnico-economico e giuridico, ricondurre tutti i presupposti ad una stessa unità negoziale".

[34] Gambino A., *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie*, in *Riv. Dir. comm.*, 1960, II, 74. In giurisprudenza vedi, ad es., Cass. 24.12.1992, n. 13661,

secondo cui l'esatta natura e regolamentazione delle polizze fideiussorie "vanno desunte, caso per caso, dalle clausole concretamente stipulate dalle parti".

Adde

: Cass. 16.5.1981, n. 3457, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1982, 245, con nota di Volpe Putzolu G.,

Assicurazioni fideiussorie

, cit.; id., in

Dir. giur.

, 1982, 957, con nota di Santoni G.,

L'atipicità delle polizze fideiussorie

.

[35] Lipari M., op.cit., 134.

[36] Ravazzoni A., *cauzioni fideiussorie*, cit., 1040.

[37] Messineo F., *Manuale del diritto civile e commerciale*, Milano, 1958, 169; Stolfi G., *Natura giuridica dell'assicurazione cauzionale*

, in

Ass.

, 1958, I, 67; vedi altresì Dusi-De Zuliani, op.cit., 21 ss.; Salvestroni U., op.cit., 1082; Sacerdoti

V.,

Aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano

, in

Ass.

, 1956, I, 27; Salemi B.,

L'assicurazione del credito

, Milano 1959; Ippolito R.,

Assicurazione di responsabilità e polizze c.d. fideiussorie

, in

Ass.

, 1985, I, 92.

[38] *Supra* § 2.

[39] Lipari M., op. cit., 135;

[40] *Supra* § 1, cui si rinvia anche per le notazioni dottrinali.

[41] Fragali M., *Fideiussione e assicurazione*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1956, I, 136.

[42] Sacerdoti V., op. cit., 291., il quale osserva come "l'assicurazione-cauzione non abbia i caratteri tecnici che prevalgono nelle generalità delle assicurazioni contro i danni; in particolare, non trova applicazione la legge dei grandi numeri e non vi è la possibilità di accertare la frequenza dei danni e quindi di determinare le tariffe con un obiettivo calcolo delle probabilità". Contra: Lipari M., op.cit., 142, secondo cui "da un lato è sempre possibile determinare, con un sufficiente margine di approssimazione, l'entità del rischio relativo alle categorie omogenee di crediti complessivamente assicurati. Dall'altro lato, qualsiasi specie di contratto assicurativo, pur inserito in un'ampia massa di negozi con alea pressoché identica, presenta caratteri individuali che l'assicuratore deve necessariamente vagliare caso per caso, indipendentemente dalle astratte qualità del rischio considerato secondo criteri statistici generali".

[43] Stolfi G., op. loc. cit, il quale più precisamente parla di rischio connesso all'inadempimento. Di qui l'obiezione di alcuni autori secondo cui non sarebbe possibile confondere i concetti di insolvenza e di inadempimento, giuridicamente distinti. A ciò si è replicato che la tesi è artificiosa in quanto, anche il prolungato inadempimento può provocare conseguenze dannose parificabili al pregiudizio derivante dall'insolvenza. Pertanto, in tema di assicurazioni, se è possibile assicurare l'inadempimento prolungato si deve ammettere anche l'assicurabilità dell'inadempimento non definitivo in quanto produttivo di una lesione giuridicamente apprezzabile che integri danno assicurabile. Sul punto cfr. Gambino A., op. cit., 65; Volpe Putzolu G., op.cit., 496; Salemi, op.cit., 97.

[44] Salemi B., op. ult. cit., 23.

[45] Stolfi G., op.cit., 71 ss..

[46] Cfr. Gambino A., op.cit., 75; contro la tesi dell'assicurazione per conto altrui si sono opposti due argomenti: in primo luogo è inapplicabile alla polizza la normativa di cui all'art.1891 c.c. relativo alla restituzione dei premi e delle spese del contratto, atteso che non è configurabile un rapporto interno tra stipulante e terzo; in secondo luogo non opera, ai fini della sospensione dell'assicurazione, l'opponibilità al creditore del mancato pagamento del premio ex art. 1901 c.c.. Entrambi gli argomenti, comunque, non paiono decisivi in quanto le norme non sono essenziali al contratto di assicurazione essendo derogabili dalle parti. Sul punto cfr. Mastropaolo F., op. cit., 159 ss.

[47] Vastissima la letteratura giuridica sul punto: Fragali M., *Fideiussione e assicurazione*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1956, I, 135; Foschini M., *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, in *Riv. Dir. comm.*, 1956, II, 450; Donati A., *Natura delle cosiddette polizze fideiussorie*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1957, 75; id., *Sulle c.d. polizze fideiussorie*, in *Foro it.*, 1957, I, 1311; id.,

Fideiussione in luogo di cauzione

, in

Ass.

, 1959, I, 267; id.,

Problemi relativi al pagamento da parte dell'istituto garante nelle c.d. polizze o cauzioni fideiussorie

, in

Ass.

, 1974, I, 541; Bozzi G.,

Le garanzie atipiche

, cit., 64; Ravazzoni A.,

Le cauzioni fideiussorie

, cit., 1025; Gambino A.,

Fideiussione

, cit., 57; Mazzoni C.M. e Brugliere C.,

Le polizze fideiussorie

, cit., 378 ss.; Geri V.,

Ulteriori in tema di assicurazioni cauzionali e loro natura

, in

Ass.

, 1969, II, 127; Molle G.,

Fideiussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1953, I, 442 ss.; id.,

Studi per De Gregorio

, II, Città di Castello, 1955, 241. In giurisprudenza numerose sono le decisioni in tal senso: Cass 18.5.2001, n. 6823, in

Foro it.

, 2001, I, 3174 (con nota di Pardolesi P.,

Polizza fideiussoria in cerca di identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?

) secondo cui "Il contratto di assicurazione fideiussoria o cauzionale, pur presentando peculiarità inerenti al rapporto assicurativo, costituisce, sostanzialmente una fideiussione, sicché resta assoggettato alla regolamentazione di questa figura, salva diversa previsione contrattuale"; Cass. 6.4.1998, n. 3552, in

Giur. it.

, 1999, 502, con nota di Barbieri C.,

La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale

; id., in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 2001, II, 667 con nota di Solombrino S.; per la giurisprudenza di merito cfr., Trib Genova 5.5.1995, n. 1345; Trib. Milano 7.4.1986, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1987, 652.

[48] Lipari M., op. loc. cit.; Mazzoni C.M. e Brugliere C., op. cit., *ibidem*.

[49] Mastropaolo F., op.cit., 154.

[50] Testualmente Cass. 17.11.1982, n. 6155, in *Giur.it.*, 1983, I, 1319, nonché in *Foro it.*, 1983, I, 354.

[51] In questo senso Molle G., op.cit., 449. Contra: Salvestroni U., *Fideiussioni speciali*, cit., 1088, il quale, pur aderendo alla distinzione tra funzione di adempimento e funzione indennitaria ritiene che nelle polizze fideiussorie il soggetto garante assume un'obbligazione indennitaria.

[52] Cfr., *supra*, nota 47.

[53] Cass. 20.1.1995, n. 632, in *Fallimento*, 1995, 506; Cass. 11.10.1994, n. 8925, in *Corr. giur.*,

1995, 47, con nota di Frognini,
Polizza fideiussoria e disciplina applicabile

; Cass. 24.2.1994, n. 1873, in
Giur. it.

, 1995, I, 1104; Cass. 2.8.1990, n. 7766, in
Dir. e prat. ass.

, 1991, II, 680. In dottrina: Fragali M.,
Della fideiussione

, in
Comm. Codice civile

,
a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1958, 181, secondo cui la qualifica della polizza fideiussoria come sottotipo innominato di fideiussione non deriva da una qualifica legislativa, ma è emanazione del principio di autonomia privata. Tuttavia "l'assicurazione fideiussoria si presenta ormai come un rapporto frequente della vita economica e come un rapporto a caratteri costanti, onde può meritare una valutazione quale categoria a sé di (sotto) tipicità sociale".

[54] Cass. 2.8.1990, n 7766, cit., ma vedi, sul punto, i rilievi espressi *sub* nota 25.

[55] Cass. 17.11.1982, cit.

[56] L’indirizzo non è del tutto consolidato. Si veda, a tal riguardo, Cass. 24.11.1983, n.7028, in *Mass. Giur. it.*, 1983, fasc. 10.

[57] Cass 17.5.2001, n. 6757, secondo cui “nelle ipotesi di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente – debitore in ordine alla formazione del rapporto principale – non trova applicazione la disciplina dell’art. 1892 cod. civ., relativa al contratto di assicurazione, ma la validità del contratto deve essere valutata alla stregua delle regole dell’annullabilità per errore o per dolo.

Adde

: Cass. 26.1. 1985, n. 385, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1986, II, 140; id., in

Nuova giur. civ. comm

, 1985, I, 495, con nota di Lupi R.; Cass. 18.10.1991, n. 11038.

[58] Così Fragali M., *Fideiussione e assicurazione*, cit.. In giurisprudenza Cass. 19.12.1990, n. 12063, in *Giust. civ., Mass.*, 1990, 2059.

Contra: Cass. 29.1.1998, n. 907, in

Giust. civ.

,
Mass.

, 1998, 188, che, in ipotesi di polizza fideiussoria rilasciata per il cauzionamento dei diritti doganali, riconosce all’impresa assicurativa escussa dall’Amministrazione il diritto di surrogazione e di regresso nei confronti del proprietario imprenditore.

[59] Emblematica la motivazione espressa da Cass. 23.11.1983, n. 7028, cit., che, richiamando precedenti decisioni, afferma: “Nei contratti di cosiddetta assicurazione fideiussoria l’orientamento della giurisprudenza...è diretto a ritenere necessaria la verifica della concreta volontà delle parti mediante l’esame delle clausole di polizza, al fine di accertare se le parti medesime non abbiano voluto richiamare – nella loro piena autonomia contrattuale – la disciplina dell’assicurazione, particolarmente nei rapporti fra l’assicuratore e l’imprenditore contraente (sentenze 26 maggio 1981, n. 3457; 22 maggio 1978, n 2548; 9 giugno 1974, n. 2297; 7 settembre 1968, n. 2899; 8 febbraio 1963, n.221)”. Vedi anche *supra*, nota 39.

[60] Tamburrino G., *Appunti sulla natura e sulla disciplina della c.d. assicurazione fideiussoria*, in

Ass.

, 1970, I, 528, il quale rileva come "dall'assicurazione derivino soltanto la forma e gli strumenti tecnico-giuridico-negoziati per realizzare un particolare tipo di fideiussione a titolo oneroso sicché gli elementi di polizza necessariamente afferenti all'assicurazione debbono essere essenzialmente considerati di carattere formale e strumentale". In senso conforme anche Geri V.,

Ulteriori osservazioni in tema di assicurazioni cauzionali e della loro natura

, in

Ass.

, 1969, II, 123; Molle G.,

Fideiussioni bancarie ed assicurazioni fideiussorie

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1953, I, 552; Mungari V.,

Sulle garanzie cauzionali (contract-bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all'estero

, in

Ass.

, 1979, I, 47, ma vedi, in posizione critica, Lipari M., op. cit.,

sub

nota 91. Più in generale sul negozio indiretto si rinvia alle opere monografiche di Ascarelli T.,

Il negozio indiretto

, in

Saggi giuridici

, Milano, 1949, 149 ss.; Rubino D.,

Il negozio indiretto

, Milano, 1937, 147 ss..

[61] Fragali M., op. ult. cit., 528 ss.. Critico anche Font Galan J.I., op.cit., 236.

[62] Sul punto Lipari M., op.cit., 145.

[63] Cass. 25.10.1984, n. 5450, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1985, II, 15. Vedi anche Trib.

Prato

26.11.1985, n. 741, in *Arch.*

civ.

1986, 422. In dottrina: Fusaro A., op.cit., 99; Santoni F.,

op.cit., 962 ss.; in generale e per tutti, sul contratto misto, cfr. Bianca M.,

Diritto civile

, 3,

Il contratto

, Milano, 1984, 450.

[64] App. Torino 12.6.1981, in *Giur. it.*, 1983, 677 secondo cui "L'assicurazione fideiussoria o cauzionale è un contratto misto disciplinato dalla normativa regolamentare della fideiussione che ne è il rapporto tipico prevalente". Analogamente Cass. 26.1.1985, cit., secondo cui nelle polizze fideiussorie "confluiscono elementi sia della fideiussione che dell'assicurazione, dando così luogo ad un contratto atipico, con la conseguente applicazione delle regole del contratto prevalente che è normalmente quello di fideiussione, perché nella sostanza la causa del contratto resta quella di garanzia". In questo senso anche Gambino A., op. cit., 78, il quale, tuttavia, dalla prevalenza degli elementi fideiussori giunge alla diversa conclusione per cui "il contratto non può esser mai qualificato come negozio innominato a causa complessa".

[65] Lipari M., op. loc. cit.; Mastropaolo F., *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 157.

[66] Bianca M., op.cit., 452.

[67] Così Fusaro A., *Ancora in tema di assicurazioni fideiussorie: questioni di interpretazione della volontà contrattuale e di controllo dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2856.

[68] Tra i sostenitori di questa tesi si segnalano: Volpe Putzolu G., *Assicurazioni fideiussorie*, cit., 97; id., *Garanzie fideiussorie ed attività assicurativa*, in *Ass.*, 1981, I, 493; Santoni F., *L'atipicità delle pozze fideiussorie*, cit., 957; Fusaro A., *In tema di assicurazioni*, cit., 97; id., *Rapporti tra debitori e garante*

, cit., 951; Lipari M.,
La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria
, cit., spec. 158 ss.; Maccarone S.,
Il contratto autonomo di garanzia
, in
Credito e moneta
, a cura di Mazzoni A. e Nigro M., Milano, 1982, 410.

[69] *Supra* § 3.

[70] L'ammissibilità di queste clausole è ritenuta ormai pacifica, anche per le polizze fideiussorie prestate a garanzia di obbligazioni verso lo Stato o altri enti pubblici. Sul punto cfr. Cass. 4.4.1995, n. 3940.

[71] Cass. 6.4.1998, cit., la quale comunque fa salva la possibilità per il garante di opporre al beneficiario l'*exceptio doli*, nel caso in cui la richiesta di pagamento risulti manifestamente abusiva o fraudolenta.

[72] Sul punto Montagnani V., *Fideiussione in luogo di cauzione e deroghe convenzionali all'art. 1957 c.c.*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1984, II, 18 ss.; Volpe Putzolu G., op. ult. cit., 501; Lipari M., op. cit., 151. Cfr., anche, Mungari V., op. cit., 122 che, nel caso di polizze rilasciate a garanzia dell'esecuzione di contratti di appalto, ritiene "la polizza fideiussoria...destinata a svolgere la medesima funzione del deposito cauzionale", quella, cioè, "di garantire l'esigenza della stazione appaltante di poter incamerare immediatamente le cauzione non appena la stessa a suo inscindibile giudizio, ritenga essersi verificata l'ipotesi di una inadempienza da parte dell'appaltatore alle obbligazioni da questo assunte".

[73] Cass. 4.4.1995, n. 3940, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2413 (con nota di Costanza M., *L'assicurazione fideiussoria non è una fideiussione*), che, dopo aver confermato il valore e la portata della clausola a prima richiesta all'interno delle polizze fideiussorie aggiunge che in tal modo si assicura al creditore garantito "una disponibilità di denaro immediata con effetti analoghi a quelli del deposito cauzionale" dando luogo ad un'obbligazione diretta ed autonoma dell'assicuratore nei confronti del beneficiario e ad una disponibilità dello stesso, per il puntuale adempimento di tale obbligazione, anche nei confronti

del debitore principale che ha, pertanto, diritto di essere tenuto indenne dagli effetti pregiudizievoli dell'eventuale ritardo dell'assicuratore".

[74] Sesta M., *Pagamento a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1985, 941.

[75] Lipari M., op. cit., 151; Mastropaolo F., op. cit., 200.

[76] In questo senso, tuttavia, Mungari V., op.cit., 60 ss..

[77] Denozza F., *Le garanzie fideiussorie*, cit., 170.

[78] Mastropaolo F., op. ult. loc. cit..

[79] Geri V., *Ulteriori osservazioni*, cit., 127 ss.

[80] Lipari M., op.cit., 153.

[81] Cass. 4.4.1995, n. 3940, cit., secondo cui la clausola a prima richiesta dà luogo "ad un'obbligazione diretta ed autonoma dell'assicuratore nei confronti del beneficiario e ad una responsabilità dello stesso, per il puntuale adempimento di tale obbligazione, anche nei confronti del debitore principale che ha, pertanto, diritto di essere tenuto indenne dagli effetti pregiudizievoli dell'eventuale ritardo dell'assicuratore".

[82] Cfr. Cass. 23.6.2000, n. 8540, che, dopo aver dato una definizione della fattispecie, afferma: "caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione, è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni né in ordine alla validità né in ordine all'efficacia del rapporto di base. (*omissis*) Pertanto, 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".

[83] Chiarissima, in questo senso, la massima espressa da Cass. 17.5.2001, n. 6757: "Deroga anche alla disciplina della fideiussione la previsione della 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", perché detta clausola preclude a quest'ultimo l'opponibilità delle eccezioni spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 cod. civ. ed è incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione, mentre vale per converso a qualificare il negozio de quo come contratto autonomo di garanzia di tipo cauzionale. Vedi anche Cass. 19.6.2001, n. 8324; Cass. 21.4.1999, n. 3964, in *Riv. not.*, 1999, II, 1271, in relazione a polizza cauzionale stipulata a garanzia dell'esecuzione di opere inerenti a convenzioni urbanistiche; Cass. 15.10.1998, n. 10188, in materia di polizze rilasciate per garantire al contribuente il rimborso I.V.A.; per la medesima ipotesi Cass. 7.6.1991, n. 6496, in *Il fisco*, 1991, con nota di Paolini G., *Garanzia rinforzata per la finanza nel caso di rimborso accertato non dovuto*. Per la giurisprudenza di merito: Trib. La Spezia 2.11.2000, n. 337, in *Arch. locaz. condom.*, 2001, 120; Trib. Genova 5.5.1995, n. 1345, ed altre.

[84] L'argomento è stato già affrontato con ampio respiro nell'apposito capitolo cui, pertanto, si rinvia, anche per tutte le notazioni di carattere dottrinario e giurisprudenziale.

[85] Per tutti Portale G.B., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, 211 ss..

[86] *Supra* § 4.

[87] Fragali M., *op.cit.*, 181.