

Anno I - n. 2 2016

NUOVO DIRITTO CIVILE

DIRETTORI

Roberto Carleo Alberto Maria Gambino Mauro Orlandi

ESTRATTO

Sara Landini

**POLIZZE FIDEIUSSORIE,
ASSICURAZIONE E FIDEIUSSIONE ORDINARIA
NELLA POLISEMIA DEL TERMINE
GARANZIA DEL CREDITO**



Giuridica Editrice

SARA LANDINI

(Professore associato nell'Università di Firenze)

POLIZZE FIDEIUSSORIE,
ASSICURAZIONE E FIDEIUSSIONE ORDINARIA
NELLA POLISEMIA DEL TERMINE
GARANZIA DEL CREDITO*

Il saggio si occupa delle garanzie del credito prendendo le mosse da problemi di qualificazione ai fini della determinazione della disciplina applicabile all'interno di una realtà fenomenica particolarmente varia in cui è difficile segnare linee astratte di confine. In particolare l'attenzione viene rivolta a contratti che nella realtà del mercato presentano intersezioni e sovrapposizioni: fideiussione, polizze assicurative e assicurazioni del credito. Si propone un'indagine funzionale orientata dal complesso delle pattuizioni secondo una prospettiva dinamico-procedimentale del rapporto obbligatorio.

The paper deals with guarantees for the credit moving from problems of qualification and of determination of the applicable provisions with regard to so different phenomena particularly hard to mark with abstract boundary lines. The attention is focused on contracts that in the reality of the market are characterized by intersections and overlaps: guarantees, insurance policies, and credit insurance. We intend to offer a functionally oriented survey of such stipulations according to a dynamically-procedural perspective of the obligatory relationship.

SOMMARIO: 1. La polisemia dell'espressione "garanzia del credito". – 2. La garanzia prestata dal fideiussore. – 3. Polizze fideiussorie e contratto autonomo di garanzia. – 4. La garanzia prestata dall'assicuratore del credito. – 5. Problemi qualificatori e linee di indirizzo.

1. La polisemia dell'espressione "garanzia del credito"

L'espressione "garanzia del credito", genericamente intesa come ogni mezzo tendente ad assicurare al creditore l'effettivo soddisfacimento dei propri interessi o a coprire rischi di inadempimento del

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due referees.

debitore, è associabile ad una serie di strumenti giuridici piuttosto varia.

Oltre alla garanzia generale assicurata dal patrimonio presente e futuro del debitore secondo la formula contenuta nell'art. 2740, abbiamo strumenti di garanzia particolari. La stessa garanzia generale può peraltro trovare modulazioni attraverso interventi in via negoziale volti a costituire patrimoni destinati, fondi patrimoniali ed in generale compressioni del diritto dei creditori rispetto al patrimonio del debitore.

Dal punto di vista del contenuto della garanzia è possibile che si tenda ad assicurare al creditore l'ottenimento dello stesso bene oggetto del diritto di credito anche in assenza di un adempimento spontaneo del debitore oppure che si tenda a garantire la soddisfazione dell'interesse creditorio anche attraverso equipollenti, ad esempio, mediante meccanismi indennitari. Accanto a contratti di fideiussione con cui un terzo garante è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito (art. 1944 c.c.) abbiamo contratti che prevedono un'obbligazione autonoma del garante di natura indennitaria.

Il riferimento è *in primis* alle polizze di copertura del credito, abbiamo però anche contratti di assicurazione che non garantiscono in via diretta il credito, ma coprono il rischio del verificarsi di eventi che renderanno quanto meno difficile per il debitore adempiere e infruttuoso per il creditore escuterlo. È il caso della c.d. *payment protection insurance* in cui si includono le polizze vita caso morte del debitore, polizze per la perdita del lavoro, polizze malattia o infortunio che incidano sull'abilità al lavoro del debitore etc.

È possibile che la garanzia sia assicurata attraverso diritti reali di garanzia insistenti su un bene del debitore che assicurano ai creditori titolari di tali diritti una posizione privilegiata nella fase dell'escussione del patrimonio del debitore. Sarà inoltre possibile che forme di garanzia siano ottenute attraverso un aumento dei patrimoni su cui il creditore può soddisfarsi ad esempio attraverso forme di delegazione, espromissione o acollo cumulative di cui rispettivamente agli artt. 1268, 1272 e 1273 c.c.

Nel presente scritto ci occuperemo della distinzione tra fideiussione, polizze fideiussorie e assicurazioni del credito che presentano formule negoziali complesse non facilmente distinguibili in termini generali con rilevanti problemi in punto di disciplina applicabile.

Si tratta di contratti di interesse attuale in quanto, come tutti gli strumenti di garanzia, rappresentano una risposta alla crisi economica e alle incertezze relative alla solvibilità dei debitori. Non solo, ma lo stesso legislatore è intervenuto introducendo specifici obblighi a contrarre contratti di garanzia.

Così a mero titolo esemplificativo il d.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005 ha introdotto l'obbligo da parte del costruttore di consegnare all'acquirente una fideiussione a garanzia di tutte le somme incassate e da incassare sino al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento relativo all'immobile in corso di edificazione (art. 2). L'adempimento a tale obbligo è previsto a pena di nullità del contratto principale. Come chiarito dalla nostra giurisprudenza, con tale previsione il legislatore mirava alla "tutela degli acquirenti di immobili da costruire dal rischio che, nel lasso di tempo intercorrente tra la stipula di un contratto preliminare e la stipula del definitivo, l'intervenuta situazione di crisi (pignoramento dell'immobile oggetto del preliminare, fallimento, concordato preventivo, et cetera) del promittente venditore possa impedire l'acquisto della proprietà da parte dell'acquirente e, al contempo, fargli perdere le somme già versate in anticipo"¹.

Ancora in base all'art. 75 del codice degli appalti pubblici (d. lgs. 163/2006) come modificato dalla legge 135/2012, in vigore dal 15 agosto 2012, di conversione del d.l. 95/2012: «L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. ...3. La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 385/1993, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».

¹ Trib. Firenze, 25 novembre 2014, in *Redazione Giuffrè*. Da ciò i giudici fiorentini deducono che la garanzia fideiussoria accessoria ad un contratto preliminare, ex art. 2 d.lgs. 122/2005 non può avere una scadenza anteriore al momento dell'effettivo trasferimento della proprietà dell'immobile oggetto del preliminare, né anteriore alla data effettiva della stipula del contratto definitivo. Una garanzia fideiussoria accessoria la cui scadenza venga fatta coincidere con la data (meramente programmata) di stipula del contratto definitivo non sarà conforme alla normativa.

Già da questi esempi si vede come lo stesso legislatore tenda a lasciare un certo margine di scelta all'interno degli strumenti di garanzia possibili.

Il nostro intento è di muovere dalle prassi presenti nel mercato individuando possibili linee di discriminazione tra i differenti strumenti, le quali siano però volte non tanto a concettualizzare le differenti forme di garanzia ma ad individuare alcune linee guida da calare di volta in volta nella concretezza dell'ipotesi in esame.

2. La garanzia prestata dal fideiussore

La fideiussione ordinaria, per come disegnata dalle norme contenute nel codice civile, darebbe luogo ad una situazione in cui un soggetto, il fideiussore, è tenuto "in proprio", "con" altri e "per" altri. In base al già richiamato articolo 1944 c.c. il fideiussore è obbligato al pagamento di un debito altrui «in solido col debitore principale al pagamento del debito». Il patrimonio del fideiussore è quindi parte della garanzia del credito, insieme al patrimonio del debitore principale, e potrà essere sottoposto ad escussione per il debito principale sulla base però di un'obbligazione contratta in proprio.

Come avremo modo di precisare nel prosieguo del discorso siamo in presenza di una solidarietà particolare secondo quanto evidenziato già da alcune regole proprie della disciplina dei rapporti tra fideiussore e debitore principale. Qui, a differenza di quanto avviene per le obbligazioni solidali in generale, è il legislatore a prevedere, accanto all'azione di regresso di cui all'art. 1950, anche il meccanismo della surrogazione di cui all'art. 1949.

Si tratta di azioni che, pur condividendo la stessa funzione di tipo recuperatorio, seguono regole operazionali distinte: il diritto di regresso di cui all'art. 1950, a differenza della surrogazione di cui all'art. 1949, comprende il rimborso delle spese e degli interessi sulle somme. In caso di surrogazione gli interessi spettano solo se, e nella misura in cui, ad essi aveva titolo il creditore estromesso. Allo stesso tempo il surrogante succede nelle garanzie del credito originario. Niente, per contro, è previsto in caso di regresso².

² B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, artt. 1201-1205, in *Comm. cod. civ. Scia-*

La distinzione in punto di regole è motivata dal fatto che il diritto di regresso del fideiussore è una nuova situazione soggettiva che sorge di diritto in capo al *solvens* al momento del pagamento³. Ne segue che è possibile segnare una distanza qualitativa oltre che quantitativa tra le due azioni, su cui si fonderà la scelta operativa del fideiussore che ha pagato il debito altrui.

La dottrina, movendo dalla suddetta normativa, conclude nel senso che regresso e surrogazione sono due situazioni concorrenti ma non cumulabili⁴.

Un loro cumulo importerebbe un vantaggio ingiustificato per il *solvens* e un aggravio della posizione del debitore principale. Ne segue che il terzo *solvens* dovrà scegliere quale rimedio intenderà adottare per recuperare quanto versato⁵.

loja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 34. Comunque, come ha avuto modo di precisare la Suprema Corte nella sentenza Cass. civ., 7 dicembre 2012, n. 22257, in *Guida al dir.*, 2013, p. 39: «Anche se il diritto di regresso previsto in favore del fideiussore dall'art. 1950 c.c. ha portata più ampia della surroga ex art. 1203 e 1949 n. 3, c.c. – comprendendo anche gli interessi e le eventuali spese giudiziali sostenute dal fideiussore per resistere alla pretesa del creditore – la posizione del fideiussore non può essere diversa e peggiore rispetto a quella dello stesso creditore principale. Deriva da quanto precede, pertanto, qualora il fideiussore abbia corrisposto, in forza della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo emesso a suo carico, l'importo di una fideiussione prestata in favore di un comune, a garanzia di oneri di urbanizzazione a carico di una società successivamente fallita, correttamente il tribunale rigetta il reclamo proposto dal fideiussore avverso il rigetto della propria istanza di ammissione incondizionata al passivo, sul rilievo che la surroga esercitata non gli attribuisce diritti maggiori di quelli che sarebbero spettati allo stesso comune garantito, in ipotesi di domanda di ammissione al passivo del credito principale, ancora “*sub iudice*”».

³ Sul punto si veda A. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1519.

⁴ Cfr. B. CARPINO, *op. cit.*, p. 83.

⁵ Cfr. in tema di obbligazioni solidali Cass. civ., 30 ottobre 2007, n. 22860, in *Mass. Giur. it.*, 2007, ove si legge: «in tema di obbligazioni solidali, il regresso trova fondamento nella corresponsabilità ed è volto ad evitare l'ingiustificato depauperamento del “*solvens*” che ha adempiuto a titolo di garanzia; a quest'ultimo spetta, altresì, la surrogazione nei confronti del debitore garantito, caratterizzata da presupposti e contenuto diversi, sicché esse sono complementari pur se non cumulabili, potendo essere esercitate entrambe le relative azioni nei limiti in cui il regresso sia diretto ad ottenere quanto spettante in eccedenza rispetto al credito oggetto della vicenda successiva della surrogazione». Per la giurisprudenza di merito, Trib. Benevento, 4 settembre 2008, in *Contratti*, 2009, p. 1148, secondo cui «In materia di obbligazioni solidali, il debitore che ha pagato l'intero debito

Non solo ma l'art. 1950 c.c. prevede, al primo comma, che «il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale, benché questi non fosse consapevole della prestata fideiussione».

Quindi per il solo fatto di aver compiuto un pagamento, nell'interesse del debitore principale, il fideiussore acquista *ope legis* il diritto ad ottenere il rimborso da questi della somma pagata.

Sono così superati i dubbi della dottrina passata che tendeva a riferire il regresso del fideiussore ad altri meccanismi recuperatori e in particolare all'azione di ingiustificato adempimento⁶.

Con riferimento alla solidarietà ordinaria non troviamo simmetriche previsioni normative e l'esistenza delle due azioni si deduce in via interpretativa. All'art. 1299 c.c. si prevede che il debitore in solido, che ha pagato l'intero debito, può ripetere dai condebitori solo la parte di ciascuno di essi. Il fondamento di tale diritto viene rinvenuto nella regola di cui all'art. 1298 ove si prevede che nei rapporti interni l'obbligazione solidale si divide tra i condebitori e i concreditori⁷.

ha diritto di ripetere dai condebitori soltanto la parte dovuta da ciascuno di essi e se uno di questi è insolvente la perdita si ripartisce per contributo tra gli altri condebitori, compreso colui che ha pagato. Ciò posto, il diritto di regresso trova fondamento nella corresponsabilità dei coobbligati al pagamento di una obbligazione solidale ed è volto ad evitare il depauperamento del *solvens* che ha adempiuto a titolo di garanzia. Al medesimo soggetto spetta, altresì, la surrogazione nei confronti del debitore garantito. Le due azioni sono, tuttavia, caratterizzate da presupposti e contenuti diversi, tale che esse sono complementari ma non cumulabili e possono essere esercitate entrambe nei limiti in cui il regresso sia diretto ad ottenere quanto spettante in eccedenza rispetto al credito oggetto della vicenda successoria della surrogazione.»

⁶ Cfr. A. VON TUHR, *Zum Regress des Bürgen*, in *Zeitschrift für schweiz. Recht*, N.F., p. 102 ss. citato da A. RAVAZZONI, *Regresso*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968, Milano, pp. 353 ss., secondo il quale «se è vero che, dato il carattere sussidiario che nel nostro ordinamento ha l'azione di ingiustificato arricchimento, e la diversa portata di essa rispetto all'azione di regresso fideiussorio (in quanto ci si limita con la prima ad indennizzare della diminuzione patrimoniale, con la seconda, se il debito principale produceva interessi superiori al tasso legale, il fideiussore ha diritto a questi fino al rimborso del capitale), se è vero perciò che l'azione di regresso e quella di ingiustificato arricchimento sono due cose diverse, si può, viceversa, concordare con Von Tuhr, nel ritenere che l'azione di regresso è prevista per quelle fattispecie, le quali sarebbero almeno astrattamente idonee a far sorgere, ove mancasse appunto un'azione di regresso – e qualche volta, nel caso del mandato, possono effettivamente far sorgere, in rapporto di almeno parziale concorrenza –, una azione da mandato o da gestione di affari o da ingiustificato arricchimento».

⁷ M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, p. 683.

Il fenomeno è anche spiegato in chiave di surrogazione del debitore che ha pagato nei diritti del creditore⁸. Si viene così a porre sullo stesso piano surroga e regresso con la conseguenza che il debitore avrebbe la possibilità di agire sia *ex art.* 1299 sia *ex art.* 1203: le due azioni, pur essendo distinte, sarebbero concorrenti in via alternativa in quanto ordinate alla realizzazione del medesimo interesse del debitore che ha effettuato il pagamento⁹.

Tornando alla solidarietà fideiussoria, con riferimento alle soprarichiamate coppie di disposizioni normative (artt. 1299 e 1203 da un lato, artt. 1949 e 1950 dall'altro), la dottrina è ormai concorde nell'affermare la presenza nel nostro ordinamento di due distinti tipi di solidarietà

⁸ B. CARPINO, *op. loc. cit.* In senso contrario Cass. civ., 30 marzo 1981, n. 1818, in *Mass. Giur. it.*, 1981: «La surrogazione legale, di cui all'art. 1203, n. 3 c.c., del condebitore solidale che ha pagato il debito comune nei confronti degli altri condebitori non è esclusa dal diritto di regresso concesso in via alternativa a norma dell'art. 1299 c.c.». Per la giurisprudenza di merito Corte App. Catania, 24 marzo 1999, in *Banca, borsa*, 2001, II, p. 699, secondo cui «l'esercizio del diritto di regresso da parte del cofideiussore solvente è incompatibile con la surrogazione legale trattandosi di due istituti previsti dall'ordinamento in via alternativa e non cumulativa». Vedi però Cass. civ., 18 marzo 1982, n. 1762, in *Mass. Foro it.*, 1982: «L'azione di regresso spettante al debitore solidale che abbia effettuato il pagamento è in sostanza un'azione di surrogazione, mediante la quale egli subentra nei diritti del creditore soddisfatto nelle stesse condizioni di questo, di modo che, se il creditore non poteva più agire nei confronti di uno dei condebitori solidali (nella specie: a seguito di sentenza dichiarativa della prescrizione del credito, per la parte da lui dovuta), il medesimo, convenuto in via di regresso, ha diritto di eccepire al condebitore attore che al momento del pagamento egli non era più debitore». In senso analogo Cass. civ., 6 giugno 1972, n. 1744, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1544; Cass. civ., 5 febbraio 1987, n. 1120, in *Mass. Foro it.*, 1987 («ove il fideiussore, che abbia pagato il debito, opti per l'azione di surrogazione ai sensi degli artt. 1203, n. 3, e 1949 c.c., in luogo di quella di regresso, di cui al successivo art. 1950, la competenza del giudice, in ordine alla relativa controversia, va determinata in base all'azione in concreto prescelta, onde – con riguardo al criterio facoltativo del *forum destinatae solutionis* di cui all'art. 20 c.p.c. – deve farsi riferimento al luogo di esecuzione dell'obbligazione garantita»); Cass. civ., 14 maggio 1987, n. 4460, *ibidem*; Cass. civ., 4 febbraio 1988, n. 1137, *ivi*, 1988.

⁹ In tal senso F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, p. 427. L'Autore (p. 39) accanto alla fideiussione annovera tra le obbligazioni solidali: l'obbligazione dell'espromittente (art. 1272), dell'accollante (art. 1273) e l'obbligazione *ex lege* del proprietario del veicolo nei confronti dell'obbligazione da fatto illecito del conducente (art. 2054), tutte accomunate dallo stesso schema: ad un'obbligazione principale è collegata, attraverso il vincolo della solidarietà, un'obbligazione accessoria (dall'identica prestazione), avente funzione di garanzia (convenzionale ovvero legale).

passiva non assoggettabili a disciplina unitaria: una solidarietà ad interesse comune ed una solidarietà nell'interesse esclusivo di uno dei coobbligati, la c.d. "solidarietà disuguale"¹⁰.

La solidarietà fideiussoria risulterebbe, rispetto al modello normativo di cui all'art. 1298, una solidarietà impropria rispondente allo schema della solidarietà solo riguardo al profilo recuperatorio ispirato però al *favor fideiussoris* posto a fondamento della complessiva disciplina. Da un punto di vista strutturale, poi, l'ipotesi dei rapporti tra fideiussore, debitore principale e creditore risulta distante dalle obbligazioni solidali caratterizzate per la presenza di tre requisiti: la pluralità di soggetti dalla medesima parte del rapporto; la prestazione è intrinsecamente ed *originamente* unica e identica per tutti i più debitori o creditori; infine l'*eadem causa obligandi* ovvero il medesimo fatto generatore del rapporto obbligatorio¹¹.

In tale prospettiva il diritto di regresso nelle obbligazioni solidali, a differenza di quanto avviene nel rapporto di fideiussione, non sarebbe un nuovo diritto di credito fondato sul pagamento di un debito altrui¹², ma sarebbe una situazione soggettiva parte del rapporto

¹⁰ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, pp. 243 e poi 245 ss. in senso parzialmente diverso, dando rilievo piuttosto ai profili strutturali, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., specialmente pp. 60 ss.; ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 329 ss. Sul punto cfr. anche G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 151. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e «decadenza»*, Napoli, 1980, p. 59 considera la solidarietà fideiussoria al di fuori della figura dell'obbligazione solidale e anche di quella disuguale. D. RUBINO, *Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni*, art. 1285-1320, Bologna-Roma, 1968, pp. 141 ss., nega la riconducibilità della fideiussione all'art. 1298 ritenendo tale ipotesi una "solidarietà spuria".

¹¹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido*, cit., p. 130; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, pp. 181 ss.; F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, pp. 2 ss.

¹² Così invece G.F. CAMPOBASSO, *Regresso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Milano, 1991, p. 1, invece, il termine regresso indica, in modo più generico, «il diritto e la conseguente azione riconosciuti a colui che abbia adempiuto un'obbligazione di riversare in tutto o in parte su altri le conseguenze dell'adempimento». Nello stesso senso M. MAGGIOLO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 307; G. VILLANACCI, *Cofideiussione e obbligazioni solidali*, Napoli, 2005; A. RICCIO, *Le obbligazioni solidali*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale*, Torino, 2004, pp. 1209 ss.; M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*,

solidale¹³. Del resto da tempo è stato affermato che il regresso non sarebbe una categoria unitaria, ma una sintesi semantica cui sarebbero riferibili ipotesi diverse¹⁴. Nel caso della fideiussione l'azione di regresso opererebbe in concorrenza con la surrogazione, in caso di solidarietà propria di cui all'art. 1299 l'azione di regresso sarebbe una modalità particolare di operare del pagamento con surrogazione¹⁵.

Già da queste prime considerazioni emerge una distinzione tra la

Milano, 1993; A. RAVAZZONI, *Regresso*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968, p. 353; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, IX ed., Milano, 1959, p. 480 e D. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido*, cit., p. 268; R. CICALA, *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953;

¹³ Sul punto A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 318 ss., il quale precisa «che il problema dei rapporti interni tra i debitori e i creditori non è altro dalla solidarietà ma riguarda l'aspetto interno di essa e cioè la rifrazione dell'*idem debitum* nei rapporti interni tra consorti. [...]Se si assume questo diverso angolo visuale, potrà recuperare il suo valore anche il riferimento alla divisione dell'obbligazione in solido, ove appunto quell'espressione dovrà essere intesa quale necessaria "rifrazione" dell'obbligazione nei rapporti tra i diversi debitori e creditori e ciò non nel significato di un suo dividersi in senso naturalistico ma nel significato di un particolare atteggiarsi dell'obbligazione solidale *post factum* (e cioè dopo il pagamento) nei rapporti interni tra i debitori (o i creditori). E dovendosi dunque qualificare il regresso *ex art. 1299 c.c.* non quale credito *ex novo* e sia pure *pro quota* ma quale effetto od aspetto dell'obbligazione solidale nel suo lato "interno", se così può dire, divenendo, dunque, in tal caso superflua l'esigenza di porsi il problema di un "autonomo" fondamento o causa del regresso che sia altro dal fondamento della stessa obbligazione solidale riguardata *post factum*. Potrebbe in tal modo ritenersi anche superata l'annosa querelle tra un regresso quale diritto che è sorto *ex novo* per effetto del pagamento ed un regresso quale risultato di un fenomeno successione-surrogazione nel diritto del creditore soddisfatto».

¹⁴ Si osserva come lo stesso termine regresso venga utilizzato con riferimento ad istituti molto diversi dall'azione che consente il recupero di quanto pagato dal debitore solidale in eccesso rispetto a quanto da lui dovuto. Così l'art. 2667 nel prevedere il diritto di regresso degli incapaci verso i loro rappresentanti legali per le conseguenze della mancata trascrizione di atti, sentenze e domande giudiziali sembra piuttosto individuare una obbligazione risarcitoria a carico di tali legali rappresenti. Contro l'autonomia concettuale del termine "regresso" occorre vieppiù ricordare che non si individuano elementi strutturali di detta azione nè si spiega come l'unitarietà della stessa possa conciliarsi con l'eterogeneità delle fattispecie in cui è prevista, così G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Milano, 2010, pp. 8 ss.

¹⁵ Così O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, p. 40; M. FRAGALÌ, *Della fideiussione e del mandato di credito*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1957, pp. 53 ss. In giurisprudenza Cass. civ., 18 marzo 1982, n. 1762, cit.

corresponsabilità di fideiussore e debitore principale e corresponsabilità dei coobbligati in solido.

Da qui l'importanza di parlare di "solidarietà fideiussoria", come nota caratterizzante della posizione debitoria del fideiussore, distinta dalla solidarietà ordinaria per il fatto che il creditore può chiedere il pagamento al fideiussore o al debitore sulla base di un titolo diverso e rispettivamente in base al contratto di fideiussione o in base al rapporto obbligatorio originario. Invece nella solidarietà ordinaria vi è un'identità del titolo che vincola i debitori al creditore. Ne segue che il fideiussore adempie ad un obbligo altrui (paga per altri), ma allo stesso tempo si trova tenuto a tale adempimento in proprio in ragione del titolo di garanzia.

Si tende così a far riferimento nel nostro sistema normativo a due distinti tipi di solidarietà passiva: la solidarietà debitoria in generale, rientrante nello schema della solidarietà c.d. ad interesse comune, e l'ipotesi della solidarietà fideiussoria riconducibile allo schema della solidarietà c.d. ad interesse unisoggettivo¹⁶, più strettamente permeata dall'interesse di garanzia del credito rilevante anche nei rapporti interni tra condebitori e rappresentata tipicamente dal meccanismo insito nella solidarietà fideiussoria¹⁷.

¹⁶ Si vedano, tra gli altri, R. CICALA, *Sulla revoca dell'atto fraudolento del debitore solidale ed in genere sulla conservazione delle garanzie nella solidarietà passiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, pp. 397 ss.; G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 14; M. GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 330, p. 684; D. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido*, p. 155; M. FRAGALI, *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 360; ID., *Della fideiussione e del mandato di credito*, p. 287; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, XVIII, 3, Milano, 1998, p. 50. Parla invece di solidarietà perfetta e imperfetta L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, p. 217, secondo il quale «la distinzione tra solidarietà perfetta ed imperfetta, quest'ultima limitata alla solidarietà legale (o solidarietà propria e impropria), era stata largamente accolta nella dottrina francese, e si era propagata poi nella letteratura civilistica non solo dei codici a tipo latino (così nella dottrina italiana), ma anche in quella dei codici a tipo tedesco. Si era creduto di giustificare anche nel diritto odierno quella distinzione col rilevare che la vera solidarietà presuppone sempre l'unicità dell'affare per tutti i membri del gruppo. Invece quando le cause delle singole obbligazioni che mettono capo a ciascun membro del gruppo siano eterogenee e manchi un unico affare (a cui si ricolleghino) la solidarietà sarebbe imperfetta».

¹⁷ Cfr. M. GIORGIANNI, *op. loc. cit.*; F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente com-*

Come osservato dalla dottrina sarebbe comunque fuorviante considerare la fideiussione un fenomeno assolutamente estraneo alla solidarietà¹⁸.

Del resto la nozione di solidarietà passiva contenuta nell'art. 1292 c.c. non prevede un concetto omogeneo di solidarietà.

Considerata la peculiarità della solidarietà fideiussoria veniamo a riflettere su un'ulteriore nota caratterizzante la fideiussione ordinaria: l'accessorietà rispetto ad un rapporto debito-creditorio distinto.

Tale condizione emerge da alcune disposizioni di legge sul contratto di fideiussione. L'art. 1944 riconosce al creditore la facoltà di rivolgersi al debitore principale o al garante per ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale, secondo le regole generali in tema di solidarietà, facendo salva la possibilità per le parti di convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale¹⁹. In quest'ultimo caso, tuttavia, il fideiussore convenuto, che intenda avvalersi del beneficio dell'escussione, sarà gravato dall'onere di indicare i beni del debitore che intende sottoporre ad esecuzione²⁰.

plessa. Profili sistematici, cit., p. 39. Per contro altri nega la riconducibilità della fideiussione al meccanismo della solidarietà G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e «decadenza»*, Napoli, 1980, p. 59; D. RUBINO, *op. ult. cit.*, pp. 141 ss.

¹⁸ In tal senso G. BOZZA, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 13, *Obbligazioni e contratti*, V, Torino, 1985, p. 253: «il meccanismo attuativo della solidarietà ha lo scopo, anche nella fideiussione, di rafforzare la tutela del creditore e di eguagliare le posizioni soggettive dei condebitori nei rapporti esterni con il creditore, consentendogli di esigere indifferentemente da un qualsiasi obbligato la prestazione, dato che con la fideiussione si aggiunge a quella primaria l'obbligazione solidale».

¹⁹ Non sempre il beneficio di escussione è opponibile. Secondo la Suprema Corte «In tema di fideiussione, il beneficio della preventiva escussione di cui all'art. 1944, comma 2, c.c. non è esperibile nel caso di fallimento del debitore principale, in considerazione dell'universalità oggettiva che qualifica le procedure concorsuali liquidatorie e che è incompatibile con la struttura del beneficio, poiché la relativa eccezione presuppone l'indicazione, da parte del garante, dei beni del debitore da sottoporre ad esecuzione; nondimeno, il beneficio opera quando le parti abbiano espressamente pattuito l'efficacia della preventiva escussione anche in presenza del fallimento del debitore, ovvero abbiano scelto di collegare l'esigibilità del debito del fideiussore all'impossibilità definitiva, totale o parziale, di recupero del credito nei confronti del debitore principale, conseguente alla conclusione della procedura concorsuale senza soddisfacimento del credito stesso»: Cass. civ., 30 maggio 2013, n. 13661, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

²⁰ Sul punto U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, p. 107: «per

Tra le disposizioni che segnano l'accessorietà della fideiussione si colloca pure la previsione della possibilità del fideiussore di opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore principale con la sola esclusione di quella derivante dall'incapacità (art. 1945)²¹. Ricordiamo inoltre la regola per cui il fideiussore è liberato se, per fatto del creditore (si pensi al caso della rinuncia del creditore ad agire verso il debitore garantito),

dire che il fideiussore è un obbligato di grado successivo occorre far forza alla legge, la quale parla di solidarietà». L'A., in particolare, evidenzia il rischio per l'interprete di «confondere la successività della fonte dell'obbligazione fideiussoria, rispetto alla fonte dell'obbligazione principale, con una permanente [...] successività degli stessi vincoli obbligatori, che allora più non sarebbero puramente e semplicemente in solido»; D. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 163, secondo il quale, «(q)uando la legge dice che il creditore può pretendere l'intero da ciascun debitore, in ciò è implicito anche che il creditore può scegliere liberamente il debitore a cui rivolgersi per primo». Con riferimento ai rapporti rispetto al codice del 1865 si veda A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, pp. 2 ss., il quale puntualizza che «la qualifica di solidale data dal legislatore alla obbligazione del fideiussore non costituisce un'innovazione del codice del 1942, posto che anche nel previgente codice si affermava che la fideiussione senza beneficio di escussione «si regola con gli stessi principi stabiliti riguardo ai debiti in solido».

²¹ Tale norma è espressione del principio di accessorietà del rapporto fideiussorio rispetto al rapporto da cui sorge il credito garantito. Si tratta di una disposizione derogabile, la cui deroga però può importare l'inquadramento del contratto in termini di contratto autonomo di garanzia. «Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta del creditore", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia; infatti, la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c.): così Cass. civ., 17 giugno 2013, n. 15108, in *Foro pad.*, 2013, I, p. 400 (s.m.). «È corretta la qualificazione come contratto autonomo di garanzia, operata dal giudice di merito, di una polizza fideiussoria caratterizzata: a) dalla fissazione di un termine breve, decorrente dalla ricezione della richiesta da parte del creditore garantito (sebbene quest'ultima non sia definita "semplice"), entro il quale il garante è tenuto a pagare le somme dovute; b) dall'esclusione della facoltà, per il debitore principale, di opporre al garante che agisce in regresso le eccezioni di cui all'art. 1952 c.c.; c) dalla previsione, a carico del creditore garantito, degli oneri di cui all'art. 1957 c.c., ritenuta in concreto compatibile con il carattere autonomo della garanzia»: così Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2713 (s.m.).

non può aver luogo la surrogazione (art. 1955)²². In questo modo si fa dipendere l'obbligo del fideiussore da fatti che possono attenerne al rapporto obbligatorio c.d. principale²³.

Anche dalla disciplina del diritto di regresso del fideiussore si ricavano indici della accessorietà suddetta. Il rapporto di derivazione diretta

²² Secondo la interpretazione maggioritaria della giurisprudenza, affinché si verifichi la liberazione del fideiussore per fatto del creditore, ai sensi dell'art. 1955 c.c., occorre che il creditore abbia con il suo comportamento causato al garante un pregiudizio giuridico e non soltanto economico, e cioè la perdita del diritto di surrogazione *ex art.* 1949 c.c. o di regresso *ex art.* 1950 c.c. (Cass. civ., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 7719, in *Giust. civ. mass.*, 2004. Nel caso di specie vi era stata una rinuncia dei lavoratori verso il debitore).

²³ Quanto ai profili processuali di operatività dell'ipotesi di cui all'art. 1955 «la circostanza che il creditore abbia tenuto un comportamento contrario al dovere di buona fede e correttezza contrattuale, tale da comportare la possibile liberazione del fideiussore dai propri obblighi di garanzia nei riguardi del creditore medesimo, può essere provata con ogni mezzo consentito dall'ordinamento, ivi compreso il ricorso a presunzioni, secondo la regola generale di cui agli art. 2727 e 2729 c.c.»: così Cass. civ., 1° ottobre 2012, n. 16667, in *Guida al dir.*, 2013, 1, p. 64 (s.m). Altra causa di estinzione dell'obbligazione del fideiussore è quella di cui all'art. 1957. «Le cause di estinzione della fideiussione previste dagli art. 1955 e 1957 c.c. hanno presupposti diversi: la prima ipotesi (liberazione del fideiussore che, per fatto del creditore, perda il diritto di surrogazione) esige infatti una condotta colposa e antigiuridica del creditore e l'esistenza di un pregiudizio giuridico nella sfera del fideiussore, rappresentato dalla perdita del diritto, occorrendo, all'uopo, che il creditore abbia omesso un'attività dovuta per legge o in forza di contratto; la seconda ipotesi (liberazione del fideiussore per mancato esercizio del diritto da parte del creditore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione) opera invece in modo oggettivo, a prescindere dall'atteggiamento colposo o meno del creditore e senza che assuma alcun rilievo il danno, conseguendo la invocata decadenza *ipso facto* al mancato, diacronico esercizio del diritto. Ne consegue che, invocata dal fideiussore la decadenza di cui all'art. 1957 c.c., non è consentito al giudice dichiarare l'estinzione della fideiussione in base alla previsione di cui all'art. 1955 c.c., stante l'impredicabilità di una sostanziale omogeneità dei fatti costitutivi destinati a sorreggere l'applicazione alternativa delle norme indicate. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ritenuto integrata la fattispecie estintiva dell'obbligazione di garanzia prevista dall'art. 1955 c.c., rispetto all'originaria eccezione del fideiussore sollevata *ex art.* 1957 c.c., evidenziando che, attesa la diversità dei temi di indagine implicati dalle due disposizioni, il giudice non avrebbe potuto, se non illegittimamente, sovrapporre i relativi piani, onde giungere, in via officiosa, a predicare una violazione di legge mai invocata, né eccepita, dalla parte interessata a tanto onerata») così: Cass. civ., 27 settembre 2011, n. 19736, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 60.

tra il diritto di regresso e l'adempimento dell'obbligazione principale *ex art. 1950* incide in modo rilevante sulla stessa natura del diritto in esame. In particolare una caratteristica costante e tipica del diritto di regresso del fideiussore sarà la possibilità per questi di opporre al creditore le eccezioni che poteva opporgli il debitore.

Da qui l'importanza della tempestiva comunicazione al debitore da parte del fideiussore dell'avviso che sta pagando il creditore principale *ex art. 1952*. L'avviso che il fideiussore deve fare al debitore permette a questi di informare il fideiussore delle eccezioni che è possibile opporre al creditore, in modo da bloccare la richiesta di pagamento del creditore, facendo valere, ad esempio, l'invalidità dell'obbligazione garantita.

Il preavviso deve essere pertanto tempestivo. Se il preavviso manca o non è tempestivo ed il fideiussore paga, il debitore potrà opporre a lui le eccezioni che sarebbero state opponibili al creditore principale in base al dettato di cui all'*art. 1952, co. 2*. Si tratta di una disposizione eccezionale, giustificata dal comportamento inerte o negligente del fideiussore.

Se, invece, nonostante la tempestività del preavviso, il debitore rimane inerte, il fideiussore potrà opporre le eccezioni di cui comunque sia venuto a conoscenza, a meno che il debitore non abbia rinunciato ad avvalersi di esse²⁴.

Ai sensi dell'*art. 1950* il regresso comprende il capitale, gli interessi e le spese sostenute dal fideiussore dopo che ha denunciato al debitore principale le istanze proposte nei suoi confronti²⁵.

²⁴ «Poiché le eccezioni che il debitore può opporre al fideiussore che agisce in regresso nei suoi confronti, avendo pagato senza dargliene avviso, sono le stesse che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento, il fideiussore, che abbia pagato il debito garantito senza esservi più obbligato per l'intervenuta decadenza di cui al comma 1 dell'*art. 1957 c.c.*, da lui non eccepita, può esercitare contro il debitore principale l'azione di regresso di cui all'*art. 1950 c.c.* senza che questi possa idoneamente opporgli l'intervenuta decadenza, che costituisce in questo caso eccezione "*de iure tertii*", come tale inidonea a paralizzare la pretesa di regresso del fideiussore, ed a vanificare l'obbligazione sussistente in capo al debitore di ripristinare il patrimonio del fideiussore per l'importo corrispondente a quanto pagato in adempimento del debito garantito»: così Cass. civ., 1° luglio 2005, n. 14089, in *Giust. civ. mass.*, 2005.

²⁵ «Anche se il diritto di regresso previsto in favore del fideiussore dall'*art. 1950 c.c.* ha portata più ampia della surroga *ex art. 1203 e 1949 n. 3, c.c.* – comprendendo anche gli interessi e le eventuali spese giudiziali sostenute dal fideiussore per resiste-

La reintegrazione patrimoniale del garante *solvens*, a seguito della sua azione di regresso, dovrà essere completa ma non potrà giammai eccedere, a titolo di capitale, quanto effettivamente dovuto al creditore.

Condizione necessaria per l'esercizio dell'azione di regresso è l'avvenuto pagamento del debito da parte del fideiussore in luogo del debitore principale, secondo quanto stabilito all'art. 1950, co. 1, c.c. A tal fine non può ritenersi sufficiente, ad esempio, la sola sottoposizione all'esecuzione dei beni del fideiussore da parte del creditore, richiedendosi, invece, che il credito sia risultato soddisfatto attraverso l'attribuzione di somme al creditore in sede di distribuzione del ricavato²⁶.

Altro presupposto per l'esercizio dell'azione è che l'obbligazione principale non si sia estinta. Se infatti il fideiussore paga un debito già estinto egli non potrà esercitare l'azione di regresso.

Ulteriore condizione è il già ricordato onere di denuncia e/o avviso al debitore principale. In base all'art. 1952, co. 1, «il fideiussore non ha regresso contro il debitore principale se, per avere omesso di denunziargli il pagamento fatto, il debitore ha pagato ugualmente il debito». Secondo l'art. 1952, co. 2, inoltre «se il fideiussore ha pagato senza averne dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento».

In entrambi i casi è fatta salva la possibilità, per il fideiussore, di agire contro il creditore per la ripetizione di quanto pagato *ex art.* 1952, co. 3.

Anche con riferimento alla surroga sono state segnate caratteristiche peculiari della solidarietà fideiussoria.

re alla pretesa del creditore – la posizione del fideiussore non può essere diversa e peggio rispetto a quella dello stesso creditore principale. Deriva da quanto precede, pertanto, qualora il fideiussore abbia corrisposto, in forza della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo emesso a suo carico, l'importo di una fideiussione prestata in favore di un comune, a garanzia di oneri di urbanizzazione a carico di una società successivamente fallita, correttamente il tribunale rigetta il reclamo proposto dal fideiussore avverso il rigetto della propria istanza di ammissione incondizionata al passivo, sul rilievo che la surroga esercitata non gli attribuisce diritti maggiori di quelli che sarebbero spettati allo stesso comune garantito, in ipotesi di domanda di ammissione al passivo del credito principale, ancora *sub iudice*: così Cass., 7 dicembre 2012, n. 22257, in *Guida al dir.*, 2013, p. 39 (s.m).

²⁶ Così Cass. civ., 14 novembre 1989, n. 4835, in *Giust. civ. mass.*, 1989, fasc. 11.

Il subingresso del fideiussore nella posizione giuridica del creditore soddisfatto, secondo la prevalente dottrina, andrebbe ascritto alla surrogazione legale ed in particolare all'ipotesi di cui all'art. 1203, n. 3²⁷ in quanto si tratterebbe di una fattispecie che presenterebbe le caratteristiche proprie della solidarietà fideiussoria: l'esistenza di due distinti rapporti obbligatori (l'adempimento del fideiussore non causa l'estinzione dell'obbligazione principale ma, al contrario, ne implica soltanto una modificazione soggettiva) e il fatto che il fideiussore è sicuramente obbligato per altri al pagamento del debito.

Per contro altri evidenzia la distanza tra l'art. 1203 n. 3 e l'art. 1949: mentre il primo pare circoscrivere il subentro del surrogato nei diritti che il creditore "ha" al momento del pagamento, il secondo, invece, riconosce al fideiussore la possibilità di subentrare nei diritti che il creditore "aveva" al tempo della fideiussione²⁸. Vi sarebbe quindi una differenza tra i due istituti: nel primo caso il surrogato subentra nei diritti che il creditore "ha" al momento del pagamento, nel secondo, invece, il fideiussore ha la possibilità di subentrare nei diritti che il creditore "aveva" al tempo della conclusione della fideiussione.

Da queste note emerge come il fideiussore non sia solo tenuto a pagare "con" altri, ma prima ancora a pagare "in proprio", "per" altri non condividendo gli interessi del debitore principale²⁹. Questo non deve portare però a concepire il contratto di fideiussione con uno monolite monocromo privo di qualsivoglia possibile variante che possa portare anche indirettamente ad una condivisione di interessi tra fideiussore e debitore principale.

È possibile che disposizioni al riguardo siano poste nel contratto di fideiussione, senza che ciò possa portare a negare che si tratti di un contratto di fideiussione tipico disciplinato dalle norme relative per quanto non derogato dalle parti contraenti.

Da qui l'importanza di una prospettiva dinamico-procedimentale dell'obbligazione «che non la dissocia dalle sue vicende ma la studia

²⁷ In tal senso tra gli altri U. MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto civile italiano*, Firenze, 1923, p. 163; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., 227; M. FRAGALI, *Della fideiussione e del mandato di credito*, cit., p. 357; B. CARPINO, *op. cit.*, p. 85.

²⁸ Cfr. G.M. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, p. 166.

²⁹ In tal senso da ultimo Cass. civ., 22 settembre 2015, n. 18619, in *Giust. civ. mass.*, 2015.

nel suo momento costitutivo, nel suo ciclo di realizzazione, nella sua attuazione»³⁰.

Non ci si può limitare ad “etichettare” il vincolo obbligatorio attraverso una mera qualificazione dell’atto costitutivo del vincolo stesso, ma si dovrà anche tener conto dell’intero procedimento che porta a compimento il rapporto.

3. Polizze fideiussorie e contratto autonomo di garanzia

Le riflessioni del precedente paragrafo trovano utile impiego nella distinzione tra fideiussione ordinaria e contratto autonomo di garanzia non riconducibile integralmente alla disciplina della fideiussione. Anche al riguardo la qualificazione dei fenomeni contrattuali è stata spesso legata a rilievi puramente strutturali relativi alla presenza di clausole che tendevano a rendere autonoma l’obbligazione del fideiussore rispetto al contratto principale. Talvolta poi sembra che si sia dimenticata la particolarità della solidarietà fideiussoria, per cui il fideiussore paga “con altri” ma in virtù di un vincolo assunto “in proprio” con cui si è impegnato a pagare “per altri”.

Le parti, con l’apposizione della *clausola solve et repete* possono convenire l’esclusione del diritto del fideiussore di avanzare eccezioni prima di avere adempiuto all’obbligazione di garanzia. Anche l’apposizione di una simile clausola non incide di per sé comunque sull’accessorietà o meno della fideiussione essendo prevista dal legislatore l’eventualità di una simile pattuizione nel contratto di fideiussione.

Indubbiamente una simile previsione negoziale permette di ottenere immediata escussione della garanzia dando vita ad un’autonomia del rapporto di garanzia rispetto a quello di valuta. Si sostiene così che qui verrebbe meno il vincolo di accessorietà e il legame di dipendenza propri del contratto di fideiussione³¹. Il garante, infatti,

³⁰ L’espressione tra virgolette è di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 433, il quale altresì nota come «all’attenzione del giurista non si presenta più una obbligazione unitaria, ma una pluralità di obbligazioni. L’obbligazione è unitaria sotto il profilo strutturale, ma quando si sposta l’angolo visuale ai diversi titoli e alle molteplici clausole si evidenzia una pluralità di obbligazioni sotto il profilo della disciplina».

³¹ Si veda in dottrina FRANCESCO BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in

assume l'impegno di pagare al beneficiario della garanzia a semplice richiesta del creditore rinunciando ad opporre le eccezioni relative al rapporto garantito.

La giurisprudenza sembra da ultimo dar rilevanza alla compresenza di altri indici, oltre alla apposizione della clausola *clausola solve et repete*, al fine di qualificare il negozio posto in essere in termini di fideiussione o di contratto autonomo.

Come affermato dalla Suprema Corte: «È corretta la qualificazione come contratto autonomo di garanzia...di una polizza fideiussoria caratterizzata: a) dalla fissazione di un termine breve, decorrente dalla ricezione della richiesta da parte del creditore garantito (sebbene quest'ultima non sia definita "semplice"), entro il quale il garante è tenuto a pagare le somme dovute; b) dall'esclusione della facoltà, per il debitore principale, di opporre al garante che agisce in regresso le eccezioni di cui all'art. 1952 c.c.; c) dalla previsione, a carico del creditore garantito, degli oneri di cui all'art. 1957 c.c., ritenuta in concreto compatibile con il carattere autonomo della garanzia»³².

Se in un primo momento i giudici avevano considerato la presenza di una clausola a prima richiesta come sufficiente ai fini della qualifica-

Banca borsa, 1982, I, p. 171; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988; R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 143; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, II, Torino, 1995.

³² Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 713. In senso analogo già prima «La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore costituisce una garanzia atipica, in quanto, ferma restando l'invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite, l'insostituibilità di queste ultime comporta che il creditore può pretendere dal garante solo il risarcimento del danno dovuto per l'inadempimento dell'obligato principale, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto, venendo così vulnerato il meccanismo della solidarietà che, nella fideiussione, attribuisce al creditore la libera *electio*, cioè la possibilità di chiedere l'adempimento così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile»: così Cass. civ., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ.*, 2010, I, pp. 1365 ss., con nota di A. LAMORGESE, *Garantievertrag secondo le sezioni unite*. Si afferma inoltre che la polizza che contiene la clausola "a prima richiesta", nonostante sia chiamata anche "fideiussoria", non è soggetta alla disciplina degli artt. 1941 e 1945 c.c.: costituisce invece un contratto autonomo di garanzia. Di conseguenza, il termine per l'escussione della garanzia, fissato dall'art. 1957 c.c., non si applica salvo che non sia previsto esplicitamente dalle parti»: così Cass. civ., 28 ottobre 2010, n. 22107, in *Diritto e giustizia*, 2010. Per la giurisprudenza di merito Trib. Roma, 15 novembre 1996, in *Banca borsa*, 1998, p. 197.

zione del negozio nei termini di un contratto autonomo di garanzia³³, in tempi più recenti la Suprema Corte con una sentenza a sezioni unite ha precisato che «la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte... assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto»³⁴.

Nelle motivazioni osserva la Corte che la funzione del *Garantievertrag* è quella non tanto di prestare garanzia quanto di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione dovuta dal debitore principale, che non sempre consiste in un dare ma

³³ Cass. civ., Sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, p. 330: «È valido il contratto di garanzia che consente al creditore a prima richiesta e senza eccezioni, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito in quanto l'autonomia di tale contratto, rispetto al negozio principale, non è assoluta, ma relativa. È infatti possibile, in caso di pagamento ingiusto, il riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse. 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, che assegna alla fideiussione carattere di atipicità, in deroga al principio accessorietà, ma che non fa venire meno la connessione fra il rapporto fideiussorio e quello principale, anche al fine della giurisdizione del giudice italiano, ai sensi dell'art. 4, n. 3, c.p.c., nei confronti del convenuto straniero, tenuto conto che il suddetto impegno, non potendo autorizzare il creditore a conseguire due volte la prestazione, non lo sottrae a rivalsa ove si sia già verificato l'adempimento dell'obbligazione garantita».

³⁴ Cass. civ., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. In dottrina, a commento della sopracitata pronuncia tra i numerosi contributi si veda G.B. BARILLÀ, *Le sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca borsa*, 2010, II, p. 257; D. CERINI, *Le sezioni unite sulle polizze fideiussorie: un'occasione per una riflessione*, in *Dir. ed eco. assicurazione*, 2011, 227; C. GALANTINI, *Le sezioni unite della Cassazione e le polizze fideiussorie: una decisione discutibile e inadatta al settore assicurativo*, ivi, p. 227; M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle sezioni unite*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 453; F. NAPPÌ, *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *Banca, borsa*, 2010, II, pp. 425 ss.; C. PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorietà della garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 904 ss.; F. ROCCHIO, *Le garanzie autonome e in particolare le polizze fideiussorie viste dalle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2010, I, pp. 2032 ss.; F. ROLFI, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grand arrêt delle sezioni unite tra massime ed obiter dicta*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 1022 ss.; G. TRAVAGLINO, *Natura giuridica della polizza fideiussoria stipulata dall'appaltatore a garanzia delle obbligazioni verso la p.a.*, in *Corr. merito*, 2010, pp. 516 ss.

può anche riguardare un fare infungibile. Da qui la distanza rispetto al contratto di fideiussione mediante il quale si garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui stante l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante. Pure il fideiussore assume un'obbligazione in proprio, ma si trova a pagare "con altri" e "per altri".

L'autonomia del rapporto, in caso di contratto autonomo di garanzia, non giustifica comunque esclusione di altre eccezioni opponibili dal debitore principale al creditore.

È il caso dell'*exceptio doli generalis* ricorrente nell'ipotesi in cui si solleva un'eccezione avente ad oggetto la condotta abusiva o fraudolenta dell'attore, che si ha quando questi, nell'esercizio di un diritto in sede giudiziale, tace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute al perfezionamento del titolo da cui ha origine il diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque al solo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui. Come affermato in giurisprudenza, «l'inserimento nel contratto di fideiussione di una clausola "a semplice richiesta" vale di per sé a trasformare il negozio in un contratto autonomo di garanzia.

Ne consegue che salvo l'*exceptio doli*, formulabile nel caso in cui la richiesta di pagamento sia *prima facie* abusiva o fraudolenta, non possono essere addotte a fondamento della opposizione circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale»³⁵.

Va detto che in questa ipotesi l'eccezione trova fondamento nella "condotta abusiva" del creditore, che deve essere sanzionata a prescindere dal debitore a cui è rivolta sia esso il debitore principale sia esso il garante³⁶.

³⁵ Trib. Bari, 13 ottobre 2015, in *Redazione Giuffrè*; Trib. Prato, 6 maggio 2013, in *Banca borsa*, 2015, II, p. 397. Tra le sentenze della Cassazione più recenti Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16213, in *Giust. civ. mass.*, 2015; Cass. civ., 11 maggio 2012, n. 7320, *ivi*.

³⁶ Si afferma pertanto che «L'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal

È vero che la Suprema Corte ha affermato che «in materia di contratto autonomo di garanzia, non possono essere addotte a fondamento della “*exceptio doli*” circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale»³⁷.

Va inoltre considerato che, pure quando la condotta abusiva o fraudolenta dell'attore consiste nel tacere situazioni sopravvenute al perfezionamento del titolo da cui ha origine il diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, si tratta di un'eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore, ma ciò che rileva è la scorrettezza dell'attore che trova appunto sanzione nell'*exceptio doli*. Pertanto, anche ammettendo tale eccezione, non si contravviene alla non accessorietà del contratto autonomo di garanzia.

Volendo tentare di individuare una linea di discriminare si può rilevare come, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della sola prestazione principale di cui il fideiussore si fa unicamente garante, l'obbligazione del “fideiussore” nel contratto autonomo di garanzia è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante; sia perché non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì all'indennizzo del creditore insoddisfatto da attuarsi mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, in sostituzione della mancata o inesatta prestazione del debitore.

Ne consegue che contratti autonomi e fideiussione, pur accomunati dalla medesima funzione generale ed astratta di offrire al creditore-be-

rapporto principale, che contraddistingue il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione, comporta che, ai fini dell'*“exceptio doli”*, il garante non può limitarsi ad allegare circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore ma debba far valere una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della vicenda, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui»: così Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16213, cit.

³⁷ Così Cass. civ., 11 maggio 2012, n. 7320, cit.

neficio la garanzia dell'interesse creditorio, si distinguono perché i primi hanno un carattere indennitario, potendo il creditore, in caso di inadempimento del debitore, soddisfarsi sull'indennizzo, mentre la fideiussione appartiene alle c.d. garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto. Con ciò non si intende dar vita ad una rigida dicotomia che non tenga conto del profilo dinamico-relazionale del rapporto obbligatorio per come costruito dall'autonomia delle parti.

Peraltro all'interno della c.d. categoria dei contratti autonomi di garanzia si possono annoverare differenti tipi di vincolo per il garante in ragione dell'oggetto e della stessa organizzazione del garante: si potrà avere una garanzia bancaria che di norma poggerà sull'apertura di un fido, di una garanzia assicurativa fondata sulla corresponsione di un premio, una garanzia per obbligazioni di fare oppure di pagamento di somme di denaro. Condizioni queste che incideranno necessariamente sul contenuto del negozio rendendo rilevante la qualifica in termini di "contratto autonomo di garanzia" solo per escludere che si tratti di una fideiussione ed escludere l'applicazione alla stessa la relativa disciplina³⁸.

4. La garanzia prestata dall'assicuratore del credito

Anche rispetto alla distinzione tra fideiussione, polizza fideiussoria e assicurazione del credito occorre superare gli steccati strutturali e considerare il profilo dinamico relazionale del rapporto obbligatorio dal momento della sua costituzione al momento della sua esecuzione.

Si è in passato dato rilevanza, al fine di considerare le c.d. polizze fideiussorie o fideiussioni cauzionali un contratto di assicurazione disciplinato dagli artt. 1882 ss., al fatto che il contratto fosse stato stipulato da un'impresa assicuratrice e che il garantito pagasse un premio inteso meramente come prestazione periodica³⁹.

Pure rispetto a questo assunto occorre considerare che alcune connotazioni strutturali non valgono di per sé a qualificare il fenomeno.

³⁸ Problema sentito in Germania, v. H.U. SICKEL, *Personalsicherheiten*, Stuttgart, 2008, p. 331.

³⁹ Cass. civ., 29 dicembre 1970, n. 2753, in *Giust. civ. mass.*, 1970.

Volendo precisare la natura di tali contratti si deve considerare che con le polizze fideiussorie o cauzionali l'impresa assicuratrice si impegna a pagare una determinata somma in caso di inadempimento del soggetto "assicurato" verso il corrispettivo di un premio rinunciando al beneficio di escussione e salvo il diritto di regresso verso l'assicurato stesso.

Il fenomeno ha trovato da tempo espressione con riferimento ai diritti doganali per il cui pagamento operano spesso polizze cauzionali mediante le quali l'impresa assicuratrice si impegna per le spese di ogni specie dovute dall'assicurato a norma di legge anche per inadempienze ed irregolarità relative alle operazioni descritte nella polizza.

Dalla stessa descrizione del contenuto del regolamento contrattuale emerge, infatti, come l'impresa assicuratrice non garantisca un rischio, ma un credito⁴⁰.

Altro sono le assicurazioni del credito con cui l'assicuratore garantisce il creditore-assicurato dal rischio di insolvenza dei propri debitori verso il pagamento di un premio.

Il sinistro è rappresentato dall'insolvenza del debitore da accertarsi come indicato in polizza, ad esempio a seguito di procedimento esecutivo non andato a buon fine. Gli eventi generatori del sinistro possono essere i più vari: da quelli di natura politica soprattutto in caso di debitore estero a quelli di natura commerciale.

In questo caso il soggetto assicurato è il creditore che trova garanzia per un evento futuro ed incerto causativo del sinistro.

Altro ancora sono le *Payment Protection Insurance* ovvero le polizze solitamente abbinate ai finanziamenti di banche e altri intermediari finanziari che hanno lo scopo di proteggere il cliente da eventi pregiudizievoli che possano limitare la sua capacità di rimborso del finanziamento. Si tratta di polizze che mirano a coprire il rischio per il cliente di non poter onorare il suo debito verso la banca. In tal modo le polizze dovrebbero non solo garantire l'istituto di credito rispetto a possibili *default* del proprio debitore, ma anche garantire il debitore dall'impos-

⁴⁰ Sul punto A. DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 37; M. FRAGALI, *Assicurazione del credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 528 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Garanzie fideiussorie e attività assicurativa*, in *Assicurat.*, 1981, I, pp. 502 ss.; M. LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 138 ss.; M. SESTA, *Polizze fideiussorie e cauzionali*, in *Dig. comm.*, XI, Torino, 1995, pp. 174 ss.; C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, pp. 43 ss.

sibilità di pagare il proprio debito con conseguenze dal punto di vista patrimoniale (esecuzione immobiliare sull'immobile oggetto di ipoteca in caso di mutuo ipotecario)⁴¹.

⁴¹ In Italia il fenomeno delle polizze collegate ai mutui ha dato vita ad interventi volti ad evitare che l'assicurato si trovasse a stipulare contratti che non erano di suo interesse e che la banca offriva in conflitto di interessi con il proprio cliente (si pensi alla Banca che obbliga il proprio mutuatario a stipulare una polizza vita con una compagnia di assicurazione appartenente al suo stesso gruppo). IVASS (Autorità italiana di controllo del mercato assicurativo), all'interno del provvedimento 2946/2011, che ha introdotto il co. 1 *bis* dell'art. 46 del Reg. 5/2006, ha vietato alle banche e a qualsiasi istituto che eroga mutui di essere intermediari e beneficiari di una polizza assicurativa collegata ad un mutuo. L'art. 36 *bis* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 detto "Salva Italia" considera espressamente scorretta la pratica commerciale che obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla stessa banca, istituto o intermediario che concede il mutuo. L'art. 28 inserito nel d.l. del 24 gennaio 2012 sancisce inoltre che, se l'erogazione del mutuo è condizionata alla stipula di un'assicurazione sulla vita, gli intermediari sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi. È inoltre importante, per possibile affinità di problematiche rispetto al tema più generale delle polizze collegate, ripercorrere le osservazioni da ultimo compiute da Corrado Baldinelli su «regolamentazione e autoregolamentazione. La tematica delle PPI». Il segretario generale IVASS ha focalizzato la propria attenzione in particolare su: possibili conflitti in caso di prodotti venduti dalle Banche ai propri correntisti laddove la compagnia faccia parte del gruppo bancario o si tratti di polizze emesse dalle banche. L'attenzione in questi casi è posta sulla determinazione delle provvigioni. È stata messa all'indice la "vendita di prodotti assicurativi fatui" ovvero non adeguati. Ad esempio una polizza che comprenda delimitazioni del rischio che finiscono per rendere i contraenti (o gli assicurati) inassicurabili in termini di rischio o che finiscono per rendere inoperativa in concreto la copertura (si pensi ad oneri di difficile attuazione e inutili, addossati all'assicurato o al beneficiario ai fini della soddisfazione del proprio credito indennitario). Teniamo presente che sul punto vi è stato un importante recente intervento della Suprema Corte la quale ha dichiarato vessatorie, e quindi nulle, le clausole che impongono particolari oneri al beneficiario di polizze vita (prodotti tipicamente venduti in abbinamento a contratti di finanziamento). L'autorità di controllo ha poi messo all'indice la vendita di una pluralità di coperture secondo un combinato standardizzato che non risponde alle esigenze del singolo contraente/assicurato. A tali osservazioni sono seguite iniziative, apprezzate dall'Authority, di autoregolamentazione con protocolli di intesa sottoscritti da soggetti portatori di interessi confliggenti. Più recentemente, nella propria lettera al mercato del 26 agosto 2015, IVASS ha individuato le seguenti criticità in caso di polizze abbinate a contratti di finanziamento: 1. contratti assicurativi caratterizzati da esclusioni, limitazioni e carenze tali da ridurre significativamente la portata delle garanzie; 2. modalità di offerta dei contratti non sempre improntate a canoni di trasparenza e correttezza; 3. costi che potrebbero essere eccessivi e poco giustificati.

Non sempre la distinzione tra polizze fideiussorie e assicurazione è però immediata e attuabile attraverso criteri astratti sulla base della rigida partizione tra polizze aventi funzione cauzionale (polizze fideiussorie), volte a coprire l'inadempimento, e polizze aventi funzione assicurativa (assicurazioni del credito), volte a garantire il creditore dal rischio di insolvenza del debitore. È possibile che si copra il rischio di insolvenza qualificando la stessa nei termini di un inadempimento prolungato nel tempo. È anche possibile che un'assicurazione del credito veda il pagamento del premio da parte del debitore che non sarebbe il soggetto assicurato.

Sarà invece da porre attenzione sul fatto che la polizza copra le incerte vicende del credito (ad esempio diminuzione del valore dei beni sottoposti a garanzia o incapienza del ricavato dalla loro vendita) e non importi l'assunzione dell'obbligo a pagare un debito altrui.

Ciò posto, al fine di distinguere polizze fideiussorie da assicurazioni del credito occorrerà guardare alla funzione in concreto svolta dal contratto anche avuto riguardo al fatto che il corrispettivo della garanzia rappresenti un premio in senso tecnico ovvero una prestazione proporzionata, secondo basi attuariali, all'entità di un rischio incombente in capo all'assicurato (il creditore) ovvero il rischio di insolvenza del debitore.

Non riteniamo, invece, che possano avere rilevanza le condizioni che comportano l'inserimento del contratto nel ramo crediti o viceversa nel ramo cauzioni. Si tratta infatti di elementi relativi al momento della vigilanza non decisivi ai fini della qualificazione del contratto⁴².

Per qualificare il negozio in termini di contratto di assicurazione occorrerà insomma porre attenzione al fatto che ci si trovi in presenza di un contratto con cui un'impresa di assicurazione assume un rischio altrui verso il pagamento di un premio (*ex art. 1882 c.c.*). L'obbligazione dell'assicuratore sarà quindi solo eventuale, ove l'evento coperto si realizzi, e l'assicurato sarà tenuto a pagare un premio di entità notevolmente ridotta rispetto all'indennizzo che eventualmente l'assicuratore dovrà corrispondergli. Alla base di un simile costruito negoziale vi è una certa operazione economica che giustifica la rilevanza ai fini qualificatori della presenza dell'obbligazione di: trasferimento del rischio

⁴² Così G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 168

e pagamento del premio inteso come valore attuale della speranza matematica della prestazione aleatoria futura dell'assicuratore⁴³.

L'operazione economica sottesa al contratto di assicurazione è caratterizzata da un'inversione del ciclo produttivo ovvero da un processo che muove da due materie prime (i rischi e la moneta) per dar vita a due tipologie di prodotti: garanzie e investimenti finanziari. Caratteristica di tale processo sarebbe la sua inversione riferibile ad una caratteristica dei flussi finanziari per cui i ricavi precedono i costi, a fronte di debiti condizionali nei confronti degli assicurati. Funzionale a questa inversione del ciclo produttivo è l'accantonamento in poste passive del bilancio, c.d. riserve tecniche, di quella parte dei premi che, sulla base di calcoli attuariali, si individua come necessaria al fine di far fronte agli impegni assunti con gli assicurati. Già una simile operazione gestionale assume rilevanza giuridica allorché il legislatore, per tutelare gli interessi degli assicurati, disciplina il sistema di costituzione delle riserve.

Da qui il principale collegamento tra impresa e contratto di assicurazione al di là degli evidenti riferimenti normativi (si pensi in particolare agli artt. 11 e 13 del codice delle assicurazioni e all'art. 1883 c.c.) che hanno portato parte della dottrina a ritenere che l'elemento unificante e caratterizzante del tipo "contratto di assicurazione" fosse proprio la necessaria presenza di un'impresa assicuratrice e delle tecniche di gestione del rischio attraverso ripartizione dello stesso all'interno della comunione degli assicurati⁴⁴. Da qui ancora la rilevanza della de-

⁴³ A. CAPIELLO, *Lineamenti normativi ed economici delle imprese assicurative*, Milano, 2003, p. 253.

⁴⁴ Così C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione, Assicurazioni sulla vita*, III, Milano, 1887, pp. 2 ss.; ID., *Il contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, I, Milano, 1886, p. 33. In senso analogo più recentemente V. DURANTE, *L'alea ed il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, pp. 571 ss.; N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1957, pp. 586 ss.; S. SOTGIA, *Contratto di assicurazione con premio in base ad elementi di rischio fluttuanti*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, II, Bologna, 1952, pp. 639-640; ID., *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicurat.*, 1959, I, pp. 365 ss.; L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione nel libro delle obbligazioni del codice civile*, in *Assicurat.*, 1953, I, pp. 149 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, *Il diritto del contratto di assicurazione*, II, *La disciplina delle singole specie (rami) di assicurazione*, Milano, 1956, pp. 13 ss.; ID., *La causa nel contratto di assicurazione*, in *Assicurat.*, 1950, I, pp. 228 ss.; F. CARRESI, *Osservazioni sulla causa dell'assicurazione*, *ivi*, 1960, I, pp. 125-126; A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, *ivi*, 1960, pp. 236 ss.; L. BUTTARO, *Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana*, *ivi*, 1962, I,

terminazione del premio in ragione del rischio ai fini della qualificazione del contratto in termini di contratto di assicurazione.

In ciò andrebbe rinvenuta la distanza tra polizze fideiussorie e contratti di assicurazione del credito, che rispondono funzionalmente alle suddette esigenze di trasferimento del rischio verso il corrispettivo di un premio.

5. Problemi qualificatori e linee di indirizzo

Il problema della distinzione tra polizze fideiussorie e contratti di assicurazione contro i danni è stato affrontato in giurisprudenza con riferimento all'applicabilità alle prime delle norme in materia di effetti sulle polizze della dichiarazione di liquidazione.

La disciplina di riferimento era l'art. 83 del d.P.R. 13 febbraio 1959 n. 449 ove si prevedeva che «Salvo disdetta da parte degli assicurati, i contratti di assicurazione in corso continuano a coprire i rischi fino a sessanta giorni dopo la pubblicazione del decreto di liquidazione nella *Gazzetta Ufficiale*. Gli aventi diritto a capitali assicurati o ad indennizzi per polizze scadute o sinistrate concorrono al riparto dell'attivo secondo le norme dell'articolo successivo». Tale norma è stata abrogata dall'art. 354 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. 209/2005).

Il vigente art. 169 del codice delle assicurazioni private intitolato "Effetti della liquidazione coatta di imprese di assicurazione" prevede che ad integrazione di quanto sancito dall'articolo 1902, co. 2, c.c., i contratti di assicurazione in corso di esecuzione alla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del provvedimento di liquidazione, ad eccezione di quelli di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile

pp. 179 ss.; R. CAPOTOSTI, *L'alea nel contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1960, IV, cc. 16 ss.; G. FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 111 ss.; G. FANELLI, *Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicurati*, in *Assicurazione e responsabilità. Quarto convegno per la trattazione di temi assicurativi, Venezia 3-4-5 ottobre 1960*, Milano, 1962, pp. 37 ss.; AG. GAMBINO, *La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, p. 215; G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1968, p. 46; EAD., *Le assicurazioni Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, pp. 62 ss.; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, XXXVI, 1, Milano, 1973, pp. 27 ss.; A. ANTONUCCI, *Assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, 1994, pp. 1-54.

per i danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, continuano a coprire i rischi fino al sessantesimo giorno successivo. Gli assicurati hanno facoltà di recesso, dopo la pubblicazione del provvedimento di liquidazione.

Sulla questione parte della giurisprudenza ha concluso nel senso che le polizze fideiussorie emesse *in bonis*, fanno parte dell'esercizio di attività assicurativa, sicché nel caso di specie deve trovare applicazione la disciplina sopra richiamata, in quanto anche la polizza fideiussoria è un contratto di assicurazione, pur con la peculiare natura di negozio autonomo di garanzia⁴⁵.

Ne segue che l'impresa di assicurazione non è obbligata alla prestazione indennitaria per i sinistri avvenuti dopo il termine di copertura indicato nelle discipline sopra riportate.

In vero tali disposizioni risultano strettamente legate al concetto di rischio assicurativo, che è assente nel caso di polizze fideiussorie come detto. Per esse potrà aversi un rischio creditizio, ma la prestazione dell'impresa assicuratrice non dipende dal verificarsi di un evento futuro ed incerto. In caso di polizze fideiussorie l'assicuratore ha assunto invece un impegno attuale a pagare per conto del debitore, a prima richiesta del creditore, salva surroga o diritto di regresso⁴⁶.

Le polizze fideiussorie hanno dato luogo a problemi anche con riferimento all'applicazione ad esse delle cause estintive delle obbligazioni a carico del fideiussore. In base all'art. 1957 il fideiussore rimane

⁴⁵ «La polizza fideiussoria è un contratto di assicurazione, pur con la peculiare natura di negozio autonomo di garanzia (Nella specie, ritenuto applicabile l'art. 83 d.P.R. 449/1959 – la cui funzione va individuata con riferimento al dissolvimento del sinallagma contrattuale, che consegue alla sottoposizione dell'assicurazione a liquidazione coatta amministrativa e non alla specifica natura delle polizze sottoscritte e quindi dei rischi garantiti –, la Corte ha dichiarato coperti dalla norma stessa i rischi assicurati): così Corte App. Roma, 11 febbraio 2013, *Redazione Giuffrè*, 2013. La giurisprudenza di legittimità successiva enuncia il seguente principio di diritto: la disciplina dei contratti di assicurazione dell'impresa in caso di liquidazione coatta assicurativa «non si applica alla polizza fideiussoria, differenziandosi quest'ultima dai primi sia sotto il profilo funzionale, in quanto diretta non tanto alla copertura di un rischio ma specialmente a garantire al beneficiario l'adempimento degli obblighi assunti dal contraente, sia come disciplina, attesa l'irrilevanza delle modifiche del rischio assunto e l'esperibilità dell'azione di regresso»: così Cass. civ., 10 marzo 2015, n. 4751, in *Giust. civ. mass.*, 2015.

⁴⁶ Così Cass. civ., 10 marzo 2015, n. 4751, cit.

obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale purché il creditore entro sei mesi proponga le sue istanze contro il debitore e le continui diligentemente. L'inerzia del creditore principale determina quindi estinzione dell'obbligazione del fideiussore in tale ipotesi.

In dottrina si discute sulla natura dell'attività richiesta dal creditore. Secondo la posizione maggioritaria si tratterebbe di un onere costituito da un comportamento necessario richiesto al creditore per evitare l'estinzione della garanzia. Se invece fosse un obbligo il soggetto tenuto a tale condotta, ovvero il creditore, potrebbe addurre a giustificazione della propria inerzia un impedimento non imputabile⁴⁷.

Nota puntualmente recente dottrina che «onere e obbligo non sono necessariamente incompatibili...la proposizione dell'istanza realizza opposti interessi: da un lato quello del creditore alla conservazione della fideiussione, dall'altro quello del fideiussore a non restare obbligato indefinitivamente. Nella prima ipotesi è configurabile un onere, nella seconda un obbligo»⁴⁸.

Come affermato dalla Cassazione la norma di cui all'art. 1957 risulta fondata sulla accessorietà del rapporto fideiussorio rispetto al rapporto principale garantito.

Ne segue che la disposizione in esame non può trovare applicazione alle polizze fideiussorie a meno che non sia previsto espressamente nel contratto⁴⁹.

Fideiussione, polizza fideiussoria e assicurazione del credito rappresentano forme di garanzia che trovano una distinzione da cogliersi non tanto nella struttura dell'atto ma della dinamica del rapporto avuto riguardo al suo momento costitutivo, esecutivo e alle conseguenze in caso di mancata soddisfazione.

⁴⁷ Così *ex plurimis* Cass. civ., 1° dicembre 2010, n. 24391, *Redazione Giuffrè*.

⁴⁸ In tal senso G. BISCONTINI, *sub* art. 1957, in D. VALENTINO (a cura di), *Comm. cod. civ. Gabrielli, Dei singoli contratti*, IV artt. 1861-1986, Torino, 2011, p. 598.

⁴⁹ «Al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma di cui all'art. 1957 c.c. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, atteso che su detta norma si fonda l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria, instaurando essa un collegamento tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale»: così Cass. civ., 17 ottobre 2011, n. 21399, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2100. In senso conforme si vedano Cass. civ., 9 giugno 2001, n. 8324, in *Banca borsa*, 2002, II, p. 654; nonché Cass. civ., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. not.*, 1999, p. 1271.

La fideiussione, in tutti i momenti dello sviluppo del rapporto tra fideiussorie e creditore garantito, è volta a porre quest'ultimo nella condizione di ottenere da altri, appunto il fideiussore, quanto attendeva dal proprio debitore principale.

Il fideiussore pagando per altri avrà diritto a surrogarsi nelle ragioni del proprio creditore oppure ad agire in regresso verso il debitore principale. Nelle polizze fideiussorie la funzione è invece piuttosto compensatoria essendo il "fideiussore" obbligato non per altri ma in proprio per un'obbligazione strutturalmente e funzionalmente distinta da quella principale sebbene a questa collegata.

Una simile prestazione indennitaria non viene però a relazionarsi con la prestazione del garantito (premio). Nelle assicurazioni del credito invece il premio è rapportato, su basi attuariali, ai fattori di cui si compone il rischio di insolvenza del debitore.