

LE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE QUALIFICANO LA POLIZZA FIDEIUSSORIA COME GARANZIA ATIPICA, DISTINGUENDOLA COSÌ DALLA FIDEIUSSIONE; DI CONSEGUENZA ALLA POLIZZA FIDEIUSSORIA NON TROVANO APPLICAZIONE LE NORME SULLA FIDEIUSSIONE (ES. ESTINZIONE DEL DIRITTO DI GARANZIA EX ART. 1957 C.C.)

CASSAZIONE, SEZ. UN., 18 FEBBRAIO 2010, N. 3947

"La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto. Con la precisazione, peraltro, della invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni"

Aprile 2010

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, hanno inteso enunciare l'appena riportato principio in epigrafe, al fine di risolvere un conflitto giurisprudenziale ormai in essere da lungo tempo.

Le Sezioni Unite hanno invero affermando che :*" La polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto. Con la precisazione, peraltro, della invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni"*.

Le Sezioni Unite, nell'analizzare i vari istituti racchiusi all'interno delle garanzie personali, ha delineato le principali

differenze che hanno portato le medesime a qualificare come atipica la garanzia prestata in forza della polizza fideiussoria con conseguente inapplicabilità della disciplina legale tipica prevista dall'art. 1936 e ss. c.c.

La **polizza fideiussoria** è, sotto il profilo genetico, un negozio stipulato dall'appaltatore su richiesta del committente e in suo favore, strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente.

A parere della Suprema Corte, il terzo – creditore - non è parte, nè in senso sostanziale nè in senso formale, del rapporto e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicchè la sua adesione si configura quale mera *condicio iuris* sospensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile per *facta concludentia*, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile ed immodificabile ex art. 1411 c.c., comma 3.

Le SS.UU. convengono, quindi, con la dottrina che ricostruisce la fattispecie riconoscendo al debitore principale la qualità di parte del contratto, per assumerne la veste di stipulante, al garante la veste di promittente, al creditore quella di (terzo) beneficiario.

Altra differenza funzionale, individuata dalla Suprema Corte, rispetto alla fideiussione è costituita dall'essere la polizza o assicurazione fideiussoria "necessariamente onerosa", in quanto assunta dall'assicuratore verso il corrispettivo del pagamento di un premio, mentre la fideiussione può essere anche a titolo gratuito (nel qual caso il contratto, ponendo obbligazioni a carico di una sola parte, si perfeziona in forza del disposto dell'art. 1333 c.c.: Cass. n. 9468/1987).

Secondo la Suprema Corte, la rilevante differenza che distingue la polizza fideiussoria dalla fideiussione è da individuare nel riverbero, che avrebbero sulla prima, alcuni fondamentali aspetti connaturati al contratto autonomo di garanzia.

Funzione del **contratto autonomo di garanzia** è quella di tenere indenne il

creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che non sempre consiste in un dare, ma può anche riguardare un fare infungibile, contrariamente a quanto accade per il fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante).

In altri termini, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento dell'(unica) prestazione principale, l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante, sia perchè non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perchè non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

Da ciò consegue, a parere delle Sezioni Unite, che la polizza fideiussoria e la fideiussione, pur accomunate dal medesimo scopo di offrire al creditore-beneficiario la garanzia dell'esito positivo di una determinata operazione economica, si distinguono perché la polizza fideiussoria (se prestata a garanzia di obbligazioni infungibili) appartiene alla categoria delle così dette garanzie di tipo indennitario o reintegratorio (molto simile al modello propriamente assicurativo), potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle così dette

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.

Concludendo le Sezioni Unite hanno ritenuto che la polizza fideiussoria, se prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, non ripete i caratteri morfologici della fideiussione, ma si configura come garanzia atipica, in quanto l'infungibilità della prestazione dell'appaltatore fa venire meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore può ottenere da lui solo un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto.

L'orientamento assunto dalla Suprema Corte trae anche forza dalla considerazione per cui elemento "normale ed essenziale" del vincolo fideiussorio è pur sempre l'identità della obbligazione principale nella sua stessa qualità e nelle sue stesse condizioni.

Al contrario, la polizza fideiussoria non mira a garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale (come accade nella fideiussione), ma ad assicurare al creditore la presenza di un soggetto solvibile in grado di tenerlo indenne dall'eventuale inadempimento del medesimo, ciò che dimostrerebbe il venire meno di uno degli elementi strutturali della fideiussione, vale a dire l'accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella del debitore principale, con conseguente slittamento verso il modello del contratto autonomo di garanzia e inadeguatezza del modello legale fideiussorio.

* * *

Il presente documento è una nota di studio; quanto ivi riportato non può essere utilizzato o interpretato quale parere riferito a una o più transazioni, adottato o comunque preso a riferimento da chiunque, ivi inclusi i consulenti legali, per qualsiasi scopo diverso dalla analisi generale delle questioni in esso affrontate.

La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto alla indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter – Italian Litigation Department.

Avv. Riccardo Troiano

Partner

rtroiano@orrick.com

Avv. Tommaso Luciani

Attorney Trainee

tluciani@orrick.com

Orrick, Herrington & Sutcliffe

www.orrick.com