

PARERE PRO VERITATE

SOMMARIO: 1. Premessa: il quesito formulato; 2) La sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite n. 3947/2010; 3) Sull'utilizzo della fideiussione con clausola *solve et repete* ex art. 1462 c.c. in luogo del contratto autonomo di garanzia; 4) Commento alle proposte contenute nell'intervento del 3 Febbraio 2020 del Segretario Generale dell'IVASS in sede di Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo di rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati; 5) Il quadro attuale: ipotetiche soluzioni per la gestione del contenzioso.

1. Premessa: il quesito formulato.

Mi viene richiesto di esprimere un parere relativo all'intervento del 3 Febbraio 2020 del Segretario Generale dell'IVASS in sede di Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo di rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati e, alla luce dell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale, di indicare le possibili soluzioni finalizzate alla gestione del contenzioso in materia di polizze fideiussorie configurate come contratti autonomi di garanzia.

Nel parere mi viene altresì richiesto di includere o riprendere alcuni concetti che rispondano alle seguenti domande:

1. E' ammissibile richiedere la prestazione di un contratto autonomo di garanzia, in assenza di una specifica previsione della legge italiana su tale istituto o è prevalente l'orientamento giurisprudenziale finora espresso?
2. Il collegamento con l'obbligazione principale può essere considerato un criterio di valutazione dell'autonomia del negozio anche se la giurisprudenza (Sentenza CS 3947/10) identifica come prevalenti altre clausole (prima richiesta, rinuncia alle eccezioni)?
3. E' condivisibile nella sostanza il parere dell'IVASS (vedasi nota IVASS del 26 marzo 2012) per il quale è configurabile una accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio, in osservanza a quanto disposto nella Circ. n. 162/1991 e all'art. 13 del Reg. n. 29/2009?
4. Ritiene condivisibile la richiesta dell'IVASS (si veda documento riguardante l'Audizione del febbraio 2020) "*dell'eliminazione dal testo di polizza dell'operatività di cui all'art. 1462 c.c. o al suo contenuto*"?
5. E' possibile tracciare una differenza fra garanzia causale e garanzia autonoma?
6. La garanzia autonoma può essere comunque considerata come garanzia in qualche modo collegata all'obbligazione principale?
7. Esiste in linea teorica una possibile distinzione o demarcazione fra le caratteristiche del Contratto autonomo di garanzia e quelle della c.d. "Garanzia astratta" (o indipendente), cioè totalmente scollegata rispetto all'obbligazione principale?
8. Sulla scorta della Sentenza Cass. Civ., sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21247, possono le compagnie di assicurazione compiere operazioni che comportino la prestazione di una garanzia autonoma pura? In altri termini, è valida una garanzia prestata in forma autonoma in senso stretto la cui prestazione sarebbe – almeno in linea teorica - preclusa alle imprese di assicurazione?

Sul punto ho preso visione dell'approfondito parere datato 3 Aprile 2020, redatto dall'esimio Collega Avv. Galantini, indirizzato al Forum Cauzioni e Credito.

Pertanto, avendo già acquisito un contributo che mi sembra di poter definire di stampo dottrinale, scopo del presente parere, che rendo *pro veritate*, è affrontare giuridicamente la questione sul piano delle vigenti disposizioni e della giurisprudenza attuale, rispondendo nel corso della trattazione ai quesiti formulati, per cercare di offrire uno spunto orientato ad ottenere il miglior risultato possibile nella gestione del contenzioso giudiziale.

2. La sentenza della Corte di Cassazione Sezioni Unite n. 3947/2010.

Attraverso una pronuncia analitica e dettagliata le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la storica sentenza n. 3947/2010, hanno tracciato i confini tra due fattispecie contrattuali quali la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia. Gli strumenti utilizzati per addivenire al predetto risultato sono plurimi ed attengono all'analisi degli elementi strutturali delle due fattispecie, al vaglio della disciplina codicistica sulla fideiussione, all'osservazione delle concrete dinamiche economiche così come invalse nella prassi commerciale e infine all'indagine circa la causa concreta del contratto autonomo di garanzia.

La sentenza interveniva per dirimere un contrasto interpretativo che ha visto contrapporsi due differenti orientamenti: un primo indirizzo, volto a ritenere che l'inserimento di clausole come "a prima richiesta" e "senza eccezioni" valga di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, essendo incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione (in tal senso, Cass. n. 11890/2008); per altro orientamento, invece, sarebbe necessaria, ai fini di una compiuta distinzione, una attenta analisi dei profili funzionali della garanzia atteso che un patto di rinuncia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe il tipo contrattuale così come le clausole "a prima richiesta" e simili rappresentano mera espressione di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) inidonea a determinare un diverso schema contrattuale avente autonoma giuridica rilevanza (in tal senso Cass. n. 2909/1996).

I punti cardine di tale sentenza sono essenzialmente la costruzione dell'archetipo e l'indicazione del fondamento giuridico del contratto autonomo di garanzia, la distinzione di quest'ultimo negozio giuridico rispetto alla fideiussione e la disciplina delle diverse azioni esercitabili per il recupero da parte del garante autonomo e del fideiussore.¹

In particolare, due sembrano essere i principi giuridici utili alla nostra disamina:

a) L'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale;

b) Il contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 cod. civ., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del

mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento 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.

Il contratto autonomo di garanzia è, pertanto, una figura negoziale di creazione giurisprudenziale che, traendo fondamento giuridico nell'art. 1322 c.c., viene definitivamente forgiata nella storica sentenza delle Sezioni Unite n. 3947/2010, che ne definisce funzione, natura e struttura. In conseguenza di tali aspetti funzionali, come afferma la Suprema Corte, *"la garanzia muta "geneticamente" da vicenda lato sensu fideiussoria in fattispecie atipica che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, persegue un interesse certamente "meritevole di tutela", identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali)"*.

3

La recente sentenza, segnalata dall'Avv. Galantini, della Corte Suprema di Cassazione n. 4717/2019 del 19.2.2019, che si allega in copia, avrebbe offerto la possibilità, a detta del medesimo, di *"...un ripensamento circa la concreta interpretazione e funzione delle polizze fideiussorie..."*.

Il principio di diritto espresso dalla Corte nella suddetta sentenza è il seguente: *"l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" generalmente è idonea a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale, sicchè, ai fini dell'interpretazione della volontà delle parti, pur in presenza della clausola predetta, il giudice è sempre tenuto a valutarla alla luce della lettura dell'intero contratto"*. Si tratta sostanzialmente dello stesso principio, ribadito dalla Suprema Corte nella sentenza n. 3947/2010 (per la precisione, la quarta massima sopra elencata in nota n. 1), in relazione a polizze fideiussorie rilasciate a garanzia di appalti pubblici.

Il caso di specie affrontato dalla sentenza n. 4717/2019 riguardava una polizza fideiussoria a garanzia dei contributi erogati in forza della Legge n. 488/1992, nel quale la Corte di Cassazione ha criticato l'operato del giudice di merito che, nella qualificazione giuridica della garanzia, non avrebbe tenuto conto dell'intero contenuto della polizza e, in particolare, dei riferimenti di questa alla situazione relativa al rapporto sottostante, ovvero la necessità di indicare, per la richiesta di pagamento, l'inadempienza riscontrata.

Per tali evidenti circostanze, la sentenza sopra citata non si attesta certo per essere, in materia di contratto autonomo di garanzia, un *revirement* della Corte di Cassazione che, da molti anni, ripete la massima in modo continuo, assestandosi come principio cristallizzato ormai acquisito, forte di essere ribadito in diverse pronunce (cfr. Cass. Civ. Sez. Un. n. 3947/2010; Cass. n. 30181/2018, Cass. Civ. n. 8926/2017; Cass. Civ. n. 12152/2016; Cass. Civ. n. 16213/2015).

A mio avviso, la sentenza n. 4717/2019 altro non è che una conferma dei principi già espressi dalla Suprema Corte a Sezioni Unite. Sono infatti gli stessi Giudici della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 4717/2019, a richiamare in motivazione, come principio cardine e dirimente, quello delle Sezioni Unite del 2010, limitandosi od osservare che “...di tale principio non ha fatto buon governo il giudice di primo grado...”.

In altre parole la Corte Suprema di Cassazione, con la sentenza citata, non ha fatto altro che ribadire il suo tradizionale orientamento che impone di qualificare la polizza come contratto autonomo di garanzia quando si è in presenza di una clausola a prima richiesta e senza eccezioni, salva l'irrimediabile discrasia con il contenuto della convenzione negoziale.

3. Sull'utilizzo della fideiussione con clausola *solve et repete* ex art. 1462 c.c. in luogo del contratto autonomo di garanzia.

Chi ritiene che le finalità del contratto autonomo di garanzia possano essere raggiunte per il tramite di una fideiussione con clausola *solve et repete*, non pare tenga in adeguata considerazione il fatto che la Corte Suprema, con la sentenza n. 3947/2010, abbia fatto quella che sembra una vera e propria scelta di campo in ambito politico – legislativo, ponendo in prima linea, quale obiettivo da perseguire, l'interesse del beneficiario, a discapito integrale di quello del garante.

4

La clausola *solve et repete* ha l'effetto di creare un'astrazione processuale che si risolve nella mera subordinazione della proponibilità delle eccezioni al previo adempimento, da parte del garante, della prestazione (Cass. Civ. n. 22269/2016); le eccezioni che il fideiussore non può proporre prima di pagare, possono attenere al rapporto principale e possono comunque essere avanzate dopo l'adempimento, mantenendo così il collegamento tra rapporto fondamentale e rapporto di garanzia.

Si tratta, a parere di chi scrive, di una soluzione che non va al passo coi tempi, in particolar modo, sul piano pratico, con le scelte di mercato assicurativo che Giurisprudenza e Legislatore stanno imponendo al ramo cauzioni.

Per capire innanzitutto quanto incida, rispetto al ramo cauzioni, la figura del contratto autonomo di garanzia quale modello prestabilito per gli appalti, basti pensare che tale tipologia di rischio è quella che ha incassato i premi maggiori; nel primo semestre del 2019, infatti, tali garanzie hanno raccolto la maggior parte dei premi contabilizzati, ovvero il 66,4% del totale, consentendo l'incasso di 186,5 milioni di Euro (166,7 milioni di Euro nello stesso periodo del 2018)².

Altri rischi strategici per le imprese, assunti dal ramo cauzioni, sono le imposte, le polizze rimborso IVA, che costituiscono la linfa vitale delle imprese contraenti.

² ANIA, Trend Cauzione, Primo semestre 2019.

La clausola “paga e poi richiedi” non è quello che Legislatore e Giurisprudenza hanno immaginato di adottare per la gestione di questi rischi, in particolar modo gli appalti e il rimborso IVA. Per questi settori, fondamentali per l’economia e per le imprese, la giurisprudenza ha già sancito, in modo netto, la natura autonoma della garanzia³, in quanto il rischio che, in funzione dell’interesse preminente del beneficiario, deve assumere il garante, contempla la totale inibizione della facoltà di quest’ultimo di proporre eccezioni, con il solo limite dell’abusiva e fraudolenta richiesta di escussione, a cui viene dato spazio per il tramite dell’*exceptio doli*.

Ben consapevolmente la Corte di Cassazione ammette di non cercare nessun temperamento di interessi tra le ragioni del beneficiario e quelle del garante, e ciò si dimostra, in modo più che evidente, in un passaggio motivazionale della sentenza n. 15108/2013, in cui la Corte di Cassazione ha dato pieno risalto al suo pensiero in materia affermando, in linea con la sua giurisprudenza più che consolidata, che *“ritenere che il garante possa opporre al creditore eccezioni connesse al rapporto principale, precluse invece al debitore in sede di regresso, significherebbe accettare l’idea di una polizza che garantisce il garante più ancora del creditore a cui favore la garanzia è prestata”*. (Cass. Civ. n. 15108/2013, conf. Cass., 21 aprile 1999, n. 3964; (così Cass. n. 8324/01; n. 7502/04; n. 14853/07; 5526/2012). Sulla base di tale linea di pensiero, la Corte, nella suddetta sentenza, ha ritenuto che l’inequivoco riferimento della polizza fideiussoria a garanzia di contratto d’appalto di costruzione alla figura della cauzione, *“...è di per sé rappresentativo di una garanzia auto-liquidabile da parte del creditore principale, indipendentemente dalle contestazioni del debitore principale, così sottolineandosi il carattere di garanzia “a prima richiesta” (id est, senza riserva alcuna)”*.

4. Commento alle proposte contenute nell’intervento del 3 Febbraio 2020 del Segretario Generale dell’IVASS in sede di Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo di rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati.

Innanzitutto, per valutare le proposte dell’IVASS contenute nell’audizione parlamentare del 3 Febbraio 2020, una cautela è d’obbligo.

Le soluzioni proposte dal Segretario Generale prendono infatti le mosse da una ravvisata analogia tra il settore appalti e quello dei rifiuti, con l’obiettivo, dichiarato espressamente dall’Istituto di vigilanza, di *“dare giuridica rilevanza alla centralità del diritto dell’ente pubblico”*.

³ Per le polizze rimborso IVA, si veda, ad esempio Cass. Civ. 5.10.2018 n. 24530; per le polizze appalti, Cass. Civ. S.U. n. 3947/2010; si veda inoltre anche Cass. Civ. 20.4.2012 n. 6251, che richiama Cass. Civ., 26/09/2008 n. 24207 in materia di fideiussioni a garanzia delle anticipazioni alle esportazioni, secondo le quali *“...il contratto di cauzione che venga in concreto stipulato deve essere interpretato in modo da assicurare la finalità che la disciplina comunitaria persegue e cioè garantire l’eventuale restituzione dell’importo anticipato ai sensi del reg. CEE n. 3665 del 1987. Poiché nel caso di inadempimento dell’esportatore, solo il contratto autonomo di garanzia, e non il contratto di garanzia ordinario, assicura lo Stato che ha anticipato la somma, i contratti di cauzione che siano stipulati in funzione di assicurare la garanzia prevista dalle norme comunitarie non possono che avere la natura di contratto di garanzia autonomo”*.

I rimedi proposti, quindi, partono dall'analisi dei dati in possesso dell'IVASS ricavati dai reclami pervenuti nel ramo cauzioni appalti, ove sono state ravvisati due elementi di criticità: l'indeterminatezza delle clausole contrattuali e l'atteggiamento talora eccessivamente causidico delle imprese, volto a strumentalizzare opacità e tecnicismo del testo contrattuale al fine di negare o ritardare l'escussione della garanzia assicurativa prestata.

In linea con l'orientamento esposto nel paragrafo precedente e con l'esigenza dell'IVASS di assicurare una garanzia tempestiva, pronta e piena, si pone la richiesta dell'Istituto di vigilanza di eliminare dal testo di polizza l'operatività della clausola di cui all'art. 1462 c.c.

Tale proposta risulta essere, a mio avviso, la sola condivisibile, ma solo ed esclusivamente laddove si ritenga che l'obiettivo da perseguire sia l'autonomia completa e piena del rapporto di garanzia, auspicata dallo stesso Istituto, in quanto l'eliminazione della clausola "*solve et repete*" evita ogni dubbio all'interprete sulla qualificazione giuridica della polizza, orientandolo, senza insicurezze, verso il contratto autonomo di garanzia.

Le altre proposte formulate invece, non convincono, in quanto risultano travalicare i confini massimi dell'*exceptio doli* e delle norme imperative vigenti, che costituiscono il limite oltre cui non è consentito oltrepassare. Fra queste, l'introduzione di "*previsioni contrattuali che inibiscano al garante di sollevare eccezioni riguardanti le patologie invalidanti nonché le sopravvenienze estintive dell'attività sottostante i cui rischi sono garantiti*", ovvero "*l'impossibilità di introdurre clausole che subordinino il pagamento dell'indennizzo alla compagnia assicuratrice alla previa valutazione di deduzioni, eccezioni o riserve formulate dall'assicurato in merito alla vicenda che ha generato il sinistro*".

Appare innanzitutto non chiaro cosa si intenda per patologie invalidanti, in quanto, se queste sono afferenti al rapporto di garanzia, si presta il fianco a possibili violazioni di norme imperative, poiché, non consentire al garante di eccepire, ad esempio, la nullità o l'estinzione della garanzia, costituirebbe un divieto privo di fondamento giuridico contrario anche alla giurisprudenza in materia (Cass. Civ. n. 31956/18; Cass. Civ. n. 10652/08).

Ove invece, per patologie invalidanti, s'intende far riferimento al rapporto principale, anche in questo caso risulta evidente la contrarietà alla recente giurisprudenza (Cass. Civ. n. 371/2018; Trib. Roma, n. 4669/19; C. App. Milano, n. 418/2016) e la rottura con le disposizioni codicistiche in materia di buona fede e correttezza, di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c. Esse, peraltro, risultano incoerenti con l'intento, dello stesso Istituto, di ammettere "*quale sola ed eccezionale ipotesi di deroga della garanzia a prima richiesta.... l'exceptio doli*" che sarebbe del tutto privata del suo contenuto ove si impedisse al garante di sollevare eccezioni attinenti l'estinzione o inesistenza del rapporto garantito.

Va segnalato in proposito che la Corte di Cassazione, con ordinanza del 16/10/2017, n. 24295, ha affermato che, in ogni caso, nei contratti autonomi di garanzia "*lo scollamento tra il rapporto di valuta e quello di garanzia non può spingersi fino a reputare indifferente rispetto alla obbligazione del garante, oltre ai vizi di invalidità del contratto, anche la inesistenza del rapporto principale. Ed infatti, ove non voglia travalicarsi il limite di meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti attraverso la causa del negozio autonomo di garanzia, non sembra in ogni caso potersi prescindere dalla "esistenza" del rapporto obbligatorio che costituisce termine di riferimento della*

garanzia, atteso che la inesistenza - originaria o sopravvenuta – del rapporto principale di valuta, venendo ad escludere la stessa perdita patrimoniale che dall'inadempimento di quel rapporto sarebbe potuta derivare al creditore beneficiario, priva la garanzia della sua stessa ragione giustificativa, con la conseguenza che tale inesistenza bene può costituire oggetto di eccezione idonea a paralizzare la pretesa del beneficiario volta ad ottenere - quando anche non ricorrano nella condotta del creditore gli estremi della frode o della mala fede dell'exceptio doli - una attribuzione patrimoniale "sine causa".

In ogni caso, circa l'impossibilità di esaudire la richiesta di IVASS di inibire alla Compagnia assicuratrice la valutazione di deduzioni, eccezioni o riserve dell'assicurato, si osserva peraltro che, per quanto riguarda il settore appalti, ciò non dovrebbe avvenire secondo quanto previsto dalla nuova normativa vigente.

Infatti, nel recente D.M. 31/2018 recante *"Regolamento con cui si adottano gli schemi di contratti tipo per le garanzie fideiussorie previste dagli articoli 103, comma 9 e 104, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"* una delle novità principali degli schemi tipo previsti dal Regolamento sembra essere il nuovo onere della stazione appaltante di indicare, nella richiesta di pagamento, le motivazioni ovvero il titolo per il quale viene attivata l'escussione del garante.⁴

Ancora meno convincenti risultano le proposte di IVASS volte ad impedire previsioni che consentano l'inibizione del garante di proporre eccezioni concernenti la *"non imputabilità al contraente del sinistro occorso"* e *"l'imputabilità dell'adempimento in tutto o in in parte all'ente pubblico beneficiario"*, circostanze che travalicano il contenuto dell'*exceptio doli* e, ancora una volta, non risultano in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità, che impone di valutare il comportamento del beneficiario, nella fase di escussione, alla luce dei principi di buona fede e correttezza (Cass. Civ. n. 32478/2019).

Infine, quanto alla richiesta di IVASS di inserire nello schema di polizza una pattuizione che stabilisca che la mancata opposizione di eccezioni non preclude l'esercizio della rivalsa nei confronti dell'assicurato, mi sembra che tale previsione sia prevista negli attuali testi di polizza, in

⁴ Analizzando infatti i singoli schemi, si legge: Garanzia provvisoria: *"il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente, nei limiti della somma garantita, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al contraente - recante l'indicazione dei motivi per i quali la Stazione appaltante attiva l'escussione"*. Garanzia definitiva: *Il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente, nei limiti della somma garantita alla data dell'escussione, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l'indicazione degli importi dovuti dal Contraente a sensi dell'art. 103, commi 1 e 2, del Codice;* Garanzia fideiussoria per l'anticipazione: *Il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente a titolo di residua anticipazione non recuperata, oltre ai relativi interessi legali, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l'indicazione del provvedimento di decadenza assunto dalla Stazione appaltante ai sensi dell'art. 35, comma 18, del Codice e della somma dovuta a tale titolo;* Garanzia fideiussoria per la rata di saldo: *"Il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al Contraente, - recante l'indicazione del titolo per cui si richiede l'escussione e degli importi dovuti dal Contraente, ai sensi dell'art. 1"*. Garanzia fideiussoria di buon adempimento: *"Il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente, nei limiti dei danni effettivamente subiti dalla Stazione appaltante e comunque nel limite massimo della somma garantita, entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante, recante l'indicazione del titolo per cui si richiede l'escussione, inviata per conoscenza anche al Contraente."*

linea con quanto affermato dalla Suprema Corte in materia di azioni proponibili dal garante autonomo in seguito al pagamento nei confronti del beneficiario.

IVASS, in questo caso, sembra comunque tenere in considerazione quanto previsto dall'art. 13 del Reg. 29/2009 ex ISVAP, che ammette per il ramo cauzioni le garanzie fideiussorie a prima richiesta, *“a condizione che le disposizioni contrattuali contengano espressamente anche il diritto di rivalsa dell'impresa nei confronti del contraente debitore”*.

Sia l'art. 13 del richiamato Reg. 29/2009 ex ISVAP, che la circolare n. 162/1991 ex ISVAP⁵, hanno fondato il convincimento di chi ritiene sia possibile una accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio. Le stesse disposizioni, secondo alcuni, consentirebbero di ravvisare una potenziale incompatibilità tra il contratto autonomo di garanzia e il ramo cauzioni.

Innanzitutto, sul piano delle fonti di diritto, il valore giuridico di regolamenti e circolari non ha portata precettiva, in quanto la Corte di Cassazione⁶, il Consiglio di Stato⁷ e addirittura la Corte Costituzionale⁸, hanno più volte chiarito che le circolari e i regolamenti degli enti pubblici o dotati di personalità giuridica pubblica, non vincolano i destinatari, né il Giudice, non costituendo fonte di diritto, dovendosi solo limitare a fornire indicazioni utili agli uffici preposti sul territorio all'attuazione delle norme stesse.

Peraltro, le polizze fideiussorie, qualificabili come contratti autonomi di garanzia, vengono emesse dalle Compagnie che esercitano il ramo cauzioni, con i seguenti criteri della tecnica assicurativa, che stabiliscono:

- un'analisi di solvibilità del debitore verso il quale l'assicuratore può esercitare l'azione di regresso in caso di escussione della polizza;
- un'istruttoria tecnica sui rischi da garantire, tenendo conto del bilanciamento del rischio che la società di assicurazione assume rispetto alla massa dei rischi del ramo medesimo, anche in considerazione del fatto che, come indicato dalla Circolare ISVAP n. 162/1991, i rischi di entità particolare devono essere ripartiti avvalendosi della coassicurazione e della riassicurazione⁹.

L'incompatibilità tra ramo cauzioni e contratto autonomo di garanzia non sembra nemmeno rinvenibile nel principio di diritto espresso nella sentenza n. 21247/2010 del 14 Ottobre 2010, con cui la Corte Suprema avrebbe, a detta di alcuni, sollevato qualche dubbio sulla validità di una garanzia prestata in forma autonoma dalle imprese di assicurazione.

⁵ Secondo cui *“...le assicurazioni cauzionali devono essere prestate quale garanzia accessoria rispetto all'obbligazione principale”*.

⁶ Cass. n. 11931 del 1995; Cass. n. 14619 del 2000; Cass. 21154 del 2008; Cass. 5137 del 2014; Cass. n. 6185 del 2017

⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2012 n. 3457, Consiglio di Stato sent. n. 567 del 2017

⁸ Corte Costituzionale 33/2019

⁹ L. ACCIARI, M. BRAGANTINI, D. BRAGHINI, E. GRIPPO, P. IEMMA, M. ZACCAGNINI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati* - II ed., Wolters Krewer, pp. 546 e ss.

La fattispecie all'esame della Suprema Corte di Cassazione riguardava una controversia decisa nella vigenza *ratione temporis* applicabile, delle disposizioni di cui al R.D. n. 63 del 1925, art. 130 e della L. n. 295 del 1978, art. 5, che ad oggi risultano abrogate.

In primo luogo si evidenzia come la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, abbia disatteso l'orientamento di Cass. Civ. 21247/2010, affermando che *"il divieto imposto alle società assicuratrici di limitare il proprio oggetto sociale all'attività assicurativa ed a quelle connesse (art. 5 della legge 10 giugno 1978, n. 295, applicabile "ratione temporis") non impedisce loro di compiere singoli atti non aventi natura assicurativa, purché ciò non si traduca in una sistematica attività implicante l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente ed estremo rispetto a quello tipico dell'assicuratore"* (Cass. Civ. Sez. Unite, n. 30174/2011).

Il divieto posto dalla L. 10 giugno 1978, n. 295, art. 5, comma 2, riguardava *"le società e gli istituti di credito di cui al comma 1" - cioè le "società che possono esercitare le assicurazioni" "debbono limitare l'oggetto sociale all'esercizio dell'attività assicurativa, riassicurativa e di capitalizzazione e delle operazioni connesse a tali attività con esclusione di qualsiasi altra attività commerciale"*. Il R.D. 4 gennaio 1925, n. 63, art. 130, invece, sanciva il divieto *"ad ogni impresa di assicurazione, di riassicurazione, di capitalizzazione e di risparmio di fare operazioni estranee all'esercizio delle dette industrie"*.

Leggendo attentamente le motivazioni della sentenza n. 21247/2010 della Suprema Corte, ci sembra rilevabile un presunto errore nell'enunciazione del principio generale. Non pare sia in discorso, infatti, il rilascio di una garanzia autonoma quale attività non consentita alle compagnie assicuratrici, perché, leggendo attentamente la motivazione, risulta che il ricorrente abbia formulato tre differenti quesiti e tra questi non è annoverato il presunto divieto per le imprese assicuratrici di emettere una garanzia autonoma.

Sembrebbe, quindi, quantomeno audace sostenere che, in forza delle sentenze nn. 21247/2010, 10007/2011 e n. 9475/2014, la Cassazione abbia con certezza escluso che le imprese assicuratrici possano emettere polizze fideiussorie sotto forma di garanzie autonome. A parere di chi scrive, si cerca di ricavare dalle massime giurisprudenziali, principi in realtà non esistenti, poiché esse si riferiscono al divieto imposto, alle società di assicurazione, nell'epoca di vigenza delle disposizioni abrogate sopra citate, di emettere polizze assicurative a garanzia di finanziamenti.

Per quanto fin qui osservato, a mio avviso, non sembra sostenibile l'ipotesi che il contratto autonomo di garanzia sia precluso alle imprese di assicurazione sulla base dell'orientamento sancito da Cass. n. 21247/2010, né che tale negozio giuridico non sia compatibile con il ramo cauzioni sulla base della circolare ISVAP n. 162/1991 o dall'art. 13 del Reg. ex ISVAP n. 29/2009.

Di tale circostanza sembra esserne convinto anche il Legislatore; la tendenza attuale registrata, infatti, è quella di dare sempre maggiore risalto al contratto autonomo di garanzia.

Nel Codice dei Contratti Pubblici, ad esempio, il Legislatore ha inteso chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze sottese della stazione appaltante.

Le stazioni appaltanti, nella prassi, impongono il modello del contratto autonomo di garanzia proprio per consentire la continuità degli appalti pubblici.¹⁰ Prassi che è stata recepita in legge, in quanto sia nel regime del D. Lgs. 113/2006 (art. 75 e 113) che nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. 50/2016, art. 93 e 103), è stata prevista l'assimilabilità delle cauzioni alle garanzie autonome, intendendo con ciò, da un lato, dare ulteriore fondamento giuridico al contratto autonomo di garanzia e, dall'altro, tutelare, in modo pacifico, prevalentemente l'interesse pubblico e gli interessi delle stazioni appaltanti.

ANAC si è più volte pronunciata sul tema in fase di precontenzioso e, in presenza di bandi o lettere di invito nell'ambito di settori speciali, che prevedevano la prestazione di cauzione definitiva con rinuncia alle eccezioni sulla validità ed efficacia del contratto di appalto, secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia, ne ha affermato la piena legittimità, richiamando sempre ed in ogni caso le Sezioni Unite della Suprema Corte n. 3947/2010.

Considerata l'importanza strategica per il Paese dei rischi assunti dal ramo cauzioni, è in linea con tale prospettiva l'esigenza, avvertita dal Legislatore, di garantire tempi di escussioni sicuri certi e tempestivi, attraverso l'introduzione, nel Codice Civile, della disciplina del contratto autonomo di garanzia.

L'art. 1 del Disegno di Legge n. 1151 del 19/3/19 prevede all'art. 1 la delega al Governo *“ad adottare, entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione ed integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: lettera o: disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario”*

10

Nella relazione si evidenzia che il disegno di legge delega tende ad incrementare lo strumentario a disposizione di privati ed imprese per un migliore e più efficace accesso al credito, prestandosi a ricomprendere diverse tipologie di strutture atipiche di garanzia del credito, sia reali che personali.

Il criterio direttivo è quello del recepimento normativo di prassi o schemi negoziali che siano già consolidati *“nell'uso bancario o finanziario”*.

Indice di siffatta diffusione si ha, oltre che nei relativi protocolli operativi, nelle numerose pronunce giurisprudenziali in tema di garanzie atipiche (dalle alienazioni a scopo di garanzia, compresi la cessione del credito a scopo di garanzia, il mandato all'incasso, il sale and lease-back, il contratto autonomo di garanzia, la lettera di patronage e le clausole di covenant).

La prassi tende a colmare le lacune e le inadeguatezze che il sistema tradizionale mostra sia in ragione dell'attuale situazione economica interna, sia in ragione dell'internazionalità degli scambi, che hanno comportato una profonda trasformazione del contesto socio-economico rispetto a

¹⁰ Non è un caso che, sotto il profilo genetico, questo sia 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 del garante di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente.

quello nel quale si è tradizionalmente collocato il sistema codicistico, connotato dalla garanzia generica dell'art. 2740 c.c. e dal divieto del patto commissorio dell'art. 2744 c.c.

Nel disegno di legge delega n. 1151 del 19/3/2019, discusso in 2^a Commissione Giustizia al Senato il 30/7/2019, diversamente dai precedenti disegni di legge, non viene specificamente indicata alcuna previsione da inserire nel codice civile, ma si fa esclusivo riferimento alla prassi, o meglio all'uso bancario e finanziario, che diviene perciò oggetto di considerazione per l'introduzione normativa di nuove forme di garanzia del credito, compreso il contratto autonomo di garanzia.

5. Il quadro attuale: ipotetiche soluzioni per la gestione del contenzioso.

Alla luce del quadro presente così ricostruito, sembra superfluo chiedersi, da un punto di vista teorico, dove possano essere rinvenuti i punti di distinzione tra garanzia causale e garanzia autonoma, ovvero dove possa essere individuata la demarcazione tra garanzia astratta e contratto autonomo.

Dal punto di vista pratico, infatti, bisogna fare i conti con il dato legislativo e con la giurisprudenziale attuale, dai quali risulta che al contratto autonomo di garanzia viene dato sempre maggiore risalto, per offrire alle stazioni appaltanti, in caso di inadempimento delle opere affidate, tempi di escussione certi e rapidi.

Perciò, a parere di chi scrive, è opportuno ragionare nella prospettiva futura, offrendo concreti strumenti di gestione del contenzioso, nell'ottica di sostenere soluzioni di tutela per il garante nell'ambito della figura del contratto autonomo di garanzia che, nel tempo, troverà sempre maggiore spazio. Il tutto, ovviamente, fatto salvo ripensamenti sul piano delle scelte politico – legislative di tutela degli interessi dei garanti.

Al livello attuale, l'opera di bilanciamento tra gli interessi del beneficiario e quelli del garante viene demandato alla giurisprudenza.

La Corte Suprema di Cassazione ha chiarito che la distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia risiede nella sussistenza della clausola a prima richiesta e senza eccezioni la quale, con la sua presenza, salvo evidenti ed irrimediabili discrasie con il contenuto negoziale, orienta l'interprete verso quest'ultima figura negoziale.

Sulla scorta di tale principio, il contratto autonomo di garanzia delineato dalla giurisprudenza non può dirsi propriamente una garanzia astratta, in quanto solo quest'ultima è completamente avulsa e scollegata dal rapporto principale.

Per comprendere se il contratto autonomo di garanzia può essere, in un qualche modo, ricondotto all'obbligazione principale, il primo profilo che l'interprete dovrà andare a ricercare, nel qualificare la garanzia, sarà la connessione tra il rapporto di provvista e quello di valuta. Questo dovrà avvenire attraverso l'analisi delle condizioni di polizza, esattamente come accaduto nella sentenza n. 4717/2019 nella quale la Corte Suprema, come si legge in motivazione, dopo aver

ribadito il suo tradizionale orientamento, ha rinvenuto una discrasia irrimediabile tra la clausola a prima richiesta ed il contenuto complessivo della polizza¹¹.

Un secondo aspetto da dover tenere in considerazione, in ordine al collegamento tracciabile tra obbligazione principale e di garanzia, è il fatto che l'utilizzo della garanzia autonoma non esonera la stazione appaltante dalla prova del danno asseritamente subito dall'inadempimento del contraente.

Nella prassi, molto spesso, assistiamo ad escussioni completamente immotivate, volte ad ottenere l'erogazione dell'intero massimale, pur in presenza, ed è il caso delle convenzioni urbanistiche, ad esempio, di lavori già svolti da parte dell'appaltatore, che dovrebbero imporre maggior cautela nell'indicazione dell'importo escusso.

La giurisprudenza della Corte Suprema, in materia di cauzioni, ha sancito, in qualche pronuncia, il principio secondo cui incombe al beneficiario di dimostrare maggiori costi sopportati per la stipulazione di un nuovo contratto d'appalto e per l'esecuzione d'ufficio dei lavori, poiché la stazione appaltante non è esonerata dalla prova del danno subito per effetto dell'inadempimento del contraente.

Ed infatti, la Corte Suprema di Cassazione, con la sentenza n. 21205/2014, ha sancito il principio secondo cui *"...ove alla prestazione della cauzione faccia seguito l'inadempimento dell'appaltatore, l'Amministrazione può soddisfare il proprio credito incamerando l'importo ricevuto in numerario o procedendo alla vendita dei titoli o all'escussione della fideiussione, ma solo nei limiti del pregiudizio effettivamente subito, del quale è tenuta a fornire la prova, essendole espressamente consentito di agire per il ristoro dei maggiori oneri eventualmente sopportati, ma non anche di trattenere importi eccedenti l'ammontare delle spese sostenute e dei danni riportati"* (cfr. Cass., Sez. 1, 23 febbraio 1979, n. 1212, cit.). *A tal fine, non può considerarsi sufficiente la circostanza che, per effetto del ritardo nella realizzazione dell'opera o del comportamento negligente dell'appaltatore, la Amministrazione abbia dovuto procedere alla rescissione del contratto ... non risultando tale provvedimento di per se' idoneo a dar luogo ad un danno risarcibile: per la configurabilità di tale pregiudizio è invece necessaria l'allegazione e la prova dei maggiori oneri sopportati per la stipulazione di un nuovo contratto d'appalto e per l'esecuzione d'ufficio dei lavori, nonché dell'eventuale ulteriore danno derivante dall'impossibilità di disporre dell'opera entro il termine originariamente previsto per la sua ultimazione, la cui dimostrazione è a carico della committente"* (cfr. Cass., Sez. 1, 4 novembre 2005, n. 21407; conforme Cass., Sez. Un., 5 novembre 1973, n. 2856).

Sul punto si è recentemente espresso anche il Tribunale di Roma in un precedente riguardante la cauzione definitiva in materia di appalti, stabilendo che, ai fini dell'escussione di tale

¹¹ Cass. Civ. n. 4717/2019 in motivazione: *"Invero, il giudice di primo grado (e di riflesso la Corte di appello) ha dato una lettura della clausola "a semplice richiesta": -senza leggerla in relazione alla formulazione dell'intero art. 2 delle condizioni generali della polizza (nel quale detta clausola è contenuta), anche in relazione all'art. 1 (in base al quale la richiesta a restituire deve essere corredata dall'indicazione dell'inadempienza riscontrata); -e senza compiere la necessaria disamina dell'intero testo contrattuale della polizza (e, in particolare, della premessa, nella quale si richiama la situazione relativa al rapporto sottostante; l'art. 2, in tema di causali e modalità di escussione delle somme garantite; l'art. 3, in tema di data di svincolo della garanzia; e l'art. 6, in tema di surrogazione della società all'ente garantito)"*.

garanzia, difettando “...l'allegazione e la prova dei maggiori oneri sopportati per la stipulazione di un nuovo contratto d'appalto e per l'esecuzione d'ufficio dei lavori, risulta di conseguenza abusiva l'escussione della garanzia prestata per la corretta esecuzione del contratto” (Trib. di Roma, Sentenza n. 7028/2018 del 5 Aprile 2018).

Un terzo profilo che, a parere di chi scrive, è il più significativo, concerne l'estensione del concetto di “*exceptio doli*”, che rappresenta ciò su cui, al momento attuale, è opportuno ragionare sul piano giuridico.

Sul punto, si rimanda ad un focus pubblicato sul sito del mio Studio¹² nel quale si è dato atto della nuova tendenza della giurisprudenza di merito ad estendere le maglie dell'*exceptio doli*, valutando le vicende estintive, modificative del rapporto principale anche sotto il profilo del comportamento della stazione appaltante, ad esempio, valutando l'illegittimità dell'escussione quando “*risulta prima facie che vi sia stato inadempimento del beneficiario*” (Trib. Treviso, ord. ex art. 700 c.p.c. 17/8/2019).

Attraverso l'*exceptio doli*, ad esempio possono trovare ingresso le eccezioni attinenti al rapporto principale, come avvenuto con l'ordinanza della Suprema Corte n. 371/2018, secondo la quale “*nel contratto autonomo di garanzia, il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative*”.

Inoltre, sempre per il tramite dell'*exceptio doli*, potrebbero astrattamente trovare ingresso anche le eccezioni tipiche fideiussorie, come quella dell'art. 1956 c.c. Sul punto è stato osservato, in giurisprudenza, che “*la liberazione del fideiussore derivante dal disposto di cui all'art.1956 c.c. non “risulta di per sé derivante dal vincolo di accessorietà tra obbligazione del debitore principale e obbligazione del garante, ma, piuttosto, riguardare una esigenza di protezione del garante che prescinde dalla esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale, e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, risolvendosi, in sostanza, nella applicazione del canone generale di buona fede al rapporto tra beneficiario della garanzia e garante, canone la cui mancata applicazione rispetto a tale rapporto non risulta giustificata dal carattere autonomo della garanzia, anche in presenza del quale la condotta del beneficiario che abusi della propria posizione in spregio di quella del garante merita dunque di essere sanzionata con la liberazione del garante, così come, sempre nell'ipotesi di garanzia autonoma, la assenza di accessorietà tra il rapporto principale e quello di garanzia non impedisce al garante l'exceptio doli laddove il beneficiario escuta il garante pur se consapevole della sopravvenuta estinzione del debito garantito*” (Trib. Milano, 9100/2015).

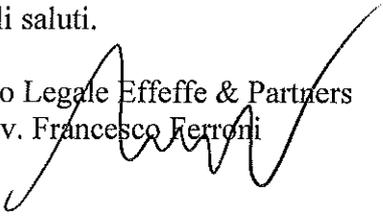
Dello stesso avviso sembra essere la Corte di Cassazione che, ad esempio, ha chiarito che l'articolo 1956 c.c., è astrattamente applicabile ad una fideiussione che contenga la clausola “a prima richiesta”, avendo tale previsione negoziale lo scopo di escludere il vincolo di accessorietà tra debito principale e fideiussione, senza intaccare l'obbligo di condotta, che costituisce una specificazione del canone di buona fede (Cass. Civ. n. 13759/2015; Cass. Civ. 2730/2010).

¹² <https://studioeffeffe.com/per-il-garante-si-allargano-le-maglie-per-sollevarle-lexceptio-doli/>

I canoni di buona fede e correttezza, a cui è connessa la valutazione dell'abusività dell'escussione, sono quindi i veicoli attraverso cui censurare, allo stato attuale, la condotta del beneficiario, in linea con quanto di recente affermato dalla Corte Suprema in tema di appalti, secondo cui gli obblighi di correttezza e buona fede che permeano la vita del rapporto fideiussorio, impongono alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito (Cass. Civ. n. 32478/2019).

Nel rimanere a disposizione per qualsiasi eventuale ulteriore necessità di chiarimento e/o integrazione si rendessero necessari, invio i più cordiali saluti.

Studio Legale Effeffe & Partners
Avv. Francesco Ferroni



Allegati: copia sentenza n. 4717/2019 del 19.2.2019 Corte di Cassazione