

intervento dell'Avv. Carlo F. Galantini

Contratto autonomo di garanzia e polizze fideiussorie.

Note critiche alla tesi secondo cui alle polizze fideiussorie prestate da imprese di assicurazione possa essere attribuita natura di contratti autonomi di garanzia.

* * *

1) Introduzione.

Ringrazio sentitamente gli organizzatori del presente convegno poiché, invitandomi a trattare il tema a me assegnato, mi consentono di esporre e ribadire pubblicamente le tesi che da tempo sostengo - con discreto margine di successo - nello svolgimento della mia attività professionale, ma che credo possano fornire interessanti spunti di riflessione anche a coloro che, a vario titolo, si trovano a partecipare al processo di formazione delle nuove norme di natura regolamentare o legislativa in materia di contratti pubblici, oltre che alle autorità di controllo del settore.

La mia analisi comprenderà un rapido *excursus* sulle caratteristiche salienti dei due tipi di fattispecie negoziale, ossia del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria, per poi accennare all'evoluzione che si è registrata nella giurisprudenza in tema di polizze fideiussorie assicurative rilasciate a garanzia degli obblighi degli appaltatori di opere pubbliche, secondo la quale queste ultime garanzie avrebbero la natura di veri e propri contratti autonomi di garanzia. Tesi quest'ultima che pare essere condivisa dalle varie autorità di settore e governative (IVASS, ANAC, il MISE) che, in un ruolo o nell'altro, orientano e influenzano l'agire dei soggetti obbligati e delle Imprese assicuratrici nel momento in cui debbono essere rilasciate cauzioni a garanzia di appalti pubblici.

In questo scenario, cercherò di evidenziare i motivi, tanto di natura giuridica quanto di natura tecnica e di policy legislativa, in base ai quali ritengo che le polizze fideiussorie rilasciate da imprese di assicurazione nell'esercizio del ramo cauzioni, non hanno e non possono avere natura di contratti autonomi di garanzia nel senso proprio del termine.

Per cui, le necessità di effettività ed efficacia delle garanzie sentite dagli enti appaltanti dovranno essere temperate con le esigenze tecniche delle società cauzionanti e, nell'ambito di tale bilanciamento, potranno essere praticate le soluzioni che vado a presentare nella parte finale della mia relazione.

2) Le principali caratteristiche che contraddistinguono il contratto autonomo di garanzia e le c.d. polizze fideiussorie assicurative.

2/1. Il contratto autonomo di garanzia - elementi principali e caratteri distintivi.

Premetto che la mia esposizione in merito al contratto autonomo di garanzia, sarà molto sintetica e senza pretese di esaustività posto che la finalità della mia analisi è quella di impostare poi il parallelo con il regime delle polizze fideiussorie.

I contratti autonomi di garanzia, come noto, sono nuovi tipi di garanzie personali rilasciate – storicamente - dalle banche e mirate a soddisfare l'esigenza di tutela assoluta ed incondizionata del credito.

Sono così nate varie forme di garanzia autonoma, aventi non la funzione di garantire l'adempimento dell'obbligazione principale del debitore, ma piuttosto quella di assicurare la soddisfazione dell'interesse del beneficiario ad essere indennizzato nel caso si manifestino determinati eventi indicati nella garanzia.

La causa del contratto è dunque quella di assicurare il pagamento di una somma predeterminata nel caso si verifichi un rischio per il beneficiario in conseguenza di un evento indicato nel testo della garanzia bancaria.

Il garante, a differenza del fideiussore, non si obbliga infatti a pagare un debito altrui, ma, a garanzia dell'adempimento del debitore, si impegna autonomamente ad assicurare al creditore il conseguimento della prestazione dedotta nel contratto (solitamente il pagamento di un importo in denaro a titolo di soddisfazione per equivalente dell'interesse che il creditore aveva al buon fine di una transazione o di un'operazione commerciale), qualora si avveri il rischio coperto.

L'evento che fa scattare la garanzia consiste nella mancata sottoscrizione o nella mancata corretta esecuzione del contratto principale o nella mancata restituzione degli anticipi previsti nel contratto principale.

Benché il contratto di garanzia resti 'autonomo', nel senso cioè che il garante promette di pagare il creditore in ogni caso, non potendo evitare l'adempimento della propria obbligazione opponendo le eccezioni tratte dal rapporto o contratto principale, lo stesso rimane però pur sempre collegato al rapporto principale, o meglio funzionalmente collegato al rapporto di base, in cui trova fondamento e misura l'interesse economico alla cui tutela è ordinata la garanzia.

In sintesi quindi si può dire che la disciplina del contratto autonomo di garanzia prevede che:

- a. il garante assume un'obbligazione propria a corrispondere una somma di denaro a fronte della richiesta del soggetto garantito, non quindi un'obbligazione altrui contratta da un diverso soggetto obbligato;
- b. la garanzia può venir escussa a discrezione ed in base alla semplice richiesta del beneficiario ed il garante, se ricorrono le condizioni letterali stabilite nel testo della garanzia, non può sottrarsi ad eseguire il pagamento in favore del detto beneficiario;
- c. le uniche eccezioni opponibili da parte del garante sono: l' *exceptio doli generalis*, l'estinzione della garanzia per il venir meno dell'obbligazione cui la garanzia è collegata, l'eventuale annullamento per vizi della volontà attinenti al negozio di garanzia e non a vicende del rapporto sostanziale;
- d. dopo aver eseguito il pagamento il garante non ha azione di ripetizione nei confronti del beneficiario, qualora emergesse che l'obbligazione sostanziale cui la garanzia è collegata non sia valida o sia venuta meno, bensì egli ha solamente l'azione di regresso nei confronti del soggetto obbligato nell'interesse e su istanza del quale la garanzia è stata rilasciata.

2/2. Le polizze fideiussorie assicurative - caratteri principali tipici e le nuove caratterizzazioni derivanti dallo sviluppo della giurisprudenza in materia.

In origine, lo strumento che il mercato assicurativo intendeva offrire a chi volesse garantire un contratto o un debito (sovente contratto con la Pubblica Amministrazione) era quello della fidejussione così come disciplinata dagli artt.1936 e segg. del Codice Civile.

Secondo lo schema codicistico, il fideiussore, mediante il negozio fideiussorio, assume l'obbligo di garantire che, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, il creditore potrà chiedere al medesimo fideiussore l'adempimento in luogo del soggetto obbligato (in caso di obblighi fungibili) o una somma equivalente al pregiudizio subito (in caso di obbligazioni infungibili).

Correlativamente, il fideiussore è tenuto ad adempiere alla propria obbligazione solo se il debitore sia tenuto alla prestazione dedotta in garanzia e potrà eccepire al creditore beneficiario tutte le eccezioni sollevabili dal debitore nella fattispecie concreta.

La fidejussione può essere prestata:

- a) con un contratto a struttura trilatera, dove il debitore diviene il soggetto contraente, il fideiussore è l'altra parte negoziale ed assume la veste di garante, mentre il creditore della prestazione, anch'esso parte della stipulazione, riveste il ruolo di beneficiario della garanzia.
- b) con un contratto bilaterale, ma in favore di terzo, dove il debitore è contraente, il fideiussore è l'altra parte negoziale, mentre il creditore – che non è parte del contratto - è il terzo beneficiario della stipula a favore di terzo.
- c) con un negozio con obbligazioni del solo proponente, ove il fideiussore si impegna a prestare garanzia verso un soggetto terzo senza che la parte nel cui interesse simile garanzia viene prestata sia parte alla stipulazione.

Con riguardo agli interessi del creditore, la caratteristica fondamentale della fidejussione risiede nel fatto che il garante è tenuto ad adempiere alla propria prestazione di garanzia in favore del beneficiario (creditore) se ed in quanto lo sia il debitore principale. Il che equivale a dire che il fideiussore può opporre al beneficiario tutte le eccezioni che il debitore è legittimato a proporre nei confronti del creditore.

L'altra conseguenza importante derivante dalla predetta impostazione è che, nello schema fideiussorio, il fideiussore, una volta escusso, può:

- (i) ottenere il rimborso di quanto pagato da parte del debitore in surroga nei diritti del creditore ex art.1949 c.c. (o in virtù di altre fattispecie di surroga del garante nei confronti dei soggetti obbligati previste da leggi speciali);
- (ii) ottenere il rimborso di quanto pagato da parte del debitore in via di regresso fideiussorio ex art.1950 e 1951 c.c.;
- (iii) ripetere dal beneficiario la prestazione (art.2033 c.c.), qualora essa fosse in tutto o in parte non dovuta.

Convegno Forum Cauzioni e Credito – Hotel Principe di Savoia - Milano 6.7.2016

E' agevole comprendere come attraverso la prestazione di una fidejussione disciplinata dal c.c. il creditore ottiene di poter affiancare al proprio debitore originario un altro soggetto, dotato (evidentemente) di una maggiore solidità patrimoniale, e quindi ha la ragionevole aspettativa di poter soddisfare il proprio credito qualora accertato, ma non ottiene una maggiore sicurezza o speditezza in termini di riconoscimento della fondatezza della propria pretesa rispetto a quanto accade nei rapporti con il debitore originario.

Nella prassi contrattuale, quindi, ormai da tempo si sono andati affermando nuovi tipi di garanzie personali, connotate da un grado sempre maggiore di idoneità a soddisfare l'esigenza di tutela assoluta ed incondizionata dei diritti del creditore beneficiario della garanzia.

Questa evoluzione è stata nel tempo consacrata attraverso più o meno famosi arresti giurisprudenziali delle Corti di merito e di legittimità.

In estrema sintesi si può dire che il negozio fideiussorio, attraverso opportune deroghe pattizie, si è evoluto con l'inserzione di una clausola di pagamento a prima richiesta e/o senza eccezioni, salvo la ripetizione della prestazione non dovuta.

Sono le c.d. **fideiussioni atipiche** connotate dalla presenza di una clausola del *solve et repete* regolata dall'art.1462 c.c. In sostanza in esse, nonostante la natura della garanzia rimanga 'causale', tuttavia si prevede che il garante, a fronte della richiesta di escussione, non possa opporre eccezioni (nei limiti di cui alla richiamata disposizione dell'art.1462 c.c.) circa la debenza del debito principale, salvo poter ripetere la prestazione a seguito del pagamento delle somme garantite, in base a tutte le eccezioni che competevano al debitore principale.

Ad onor del vero, va detto che, nel campo assicurativo, con una risalente e ben nota sentenza, già nel 1987 il Supremo Collegio, decidendo a Sezioni Unite, ebbe a qualificare una polizza fideiussoria come una “garanzia autonoma”.

In particolare, le S.U. giungevano ad affermare che un contratto di fidejussione con clausola di rinuncia alle eccezioni relative al rapporto sostanziale era assimilabile ad un “contratto autonomo di garanzia” ed era, ciò non di meno, una forma di garanzia legittima secondo il nostro ordinamento poiché tale clausola doveva essere qualificata come un patto del *solve et repete*. Sicché la astrattezza della garanzia doveva considerarsi meramente temporanea dal momento che, una volta pagata la somma garantita, la natura causale della garanzia avrebbe ripreso ad essere operante rendendo possibile la proposizione delle eccezioni sostanziali in base alle quali il garante poteva agire nei confronti del creditore per ottenere la ripetizione di quanto indebitamente versato. (Cass.Civ. S.U. 1.10.1987 n.7341).

Senonchè, ad un più attento esame, nonostante il Supremo Collegio avesse affermato di voler riconoscere la legittimità della prestazione di contratti autonomi di garanzia da parte di imprese di assicurazione, si deve ritenere che il contratto così qualificato fosse in realtà una forma atipica di fidejussione connotata dalla presenza di una clausola di *solve et repete*.

Difatti, a differenza di quanto accade per i contratti autonomi di garanzia, nello schema elaborato dalla Cassazione nella sentenza citata, al garante spettava l'azione di ripetizione nei confronti del beneficiario creditore, cosa che, invece, nei contratti autonomi di garanzia propriamente intesi, non è consentita.

Convegno Forum Cauzioni e Credito – Hotel Principe di Savoia - Milano 6.7.2016

Successivamente a tale arresto, la giurisprudenza che si è dovuta confrontare con il tema dell'inquadramento delle polizze fideiussorie nello schema tradizionale della fidejussione codicistica od in quello del contratto autonomo di garanzia vero e proprio – o presunto tale - si è evoluta giungendo a teorizzare una soluzione interpretativa secondo la quale il giudice avrebbe dovuto analizzare attentamente le pattuizioni contrattuali senza attribuire rilevanza dirimente al fatto che fosse presente una clausola di pagamento a semplice richiesta e con rinuncia ad ogni eccezione, ma andando ad indagare in quale relazione le parti avevano inteso porre l'obbligo del garante rispetto alla obbligazione del debitore principale nel rapporto sottostante alla prestazione della garanzia (emblematica sul punto è Cass. 7.1.2004 n.52).

Aggiungeva il supremo Collegio che, all'esito della predetta indagine la polizza fideiussoria poteva essere inquadrata, alternativamente e del tutto legittimamente nello schema del:

- (i) contratto di fidejussione disciplinato dal codice civile;
- (ii) contratto di fidejussione atipica, connotata dalla presenza di una clausola del *solve et repete*;
- (iii) contratto autonomo di garanzia.

Questo indirizzo giurisprudenziale, a mio modo di vedere, è quello più corretto poiché da un lato invita a tener conto della portata concreta delle pattuizioni che di volta in volta le parti hanno inteso sottoscrivere, dall'altro fornisce all'interprete le soluzioni, giuridicamente corrette ed accettabili, che nelle diverse ipotesi il giudice può adottare per risolvere la controversia.

Ebbene, le caratteristiche principali del contratto di fidejussione atipica connotata dalla clausola del *solve et repete*, sono le seguenti:

- si tratta di una garanzia causale, ovvero, si garantisce l'adempimento di una obbligazione altrui prevista dal contratto fra debitore e creditore;
- l'ammontare della prestazione dovuta dal garante coincide con quella in concreto dovuta dal debitore principale;
- nel contratto è inserita una clausola di rinuncia alle eccezioni da parte del garante, la cui portata ed efficacia sono regolate dal disposto dell'art.1462 c.c.

Il passaggio successivo è costituito dalle garanzie atipiche contenenti clausole di pagamento “a prima richiesta” e “senza eccezione alcuna”, che, secondo una recente giurisprudenza, sarebbero equiparabili a veri e propri **contratti autonomi di garanzia**. Con essi la garanzia assume natura autonoma rispetto al rapporto principale e la prestazione del garante diviene un debito proprio dello stesso, quasi interamente estraneo alle sorti dell'obbligazione principale. Con questo tipo di garanzia si intende procurare al creditore la possibilità di ottenere la soddisfazione dell'interesse che egli si riprometteva di conseguire mediante l'esecuzione del contratto assistito da tale garanzia.

Ed invero, le Sezioni Unite della Cassazione, con la nota sentenza n.3947/2010, giungono a teorizzare in modo esplicito e completo l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, del “contratto autonomo di garanzia”, nel cui paradigma devono iscriversi le polizze fideiussorie e tanto più quelle prestate dalle imprese di assicurazione a garanzia di contratti di appalto aventi ad oggetto lavori pubblici.

Le Sezioni Unite, nella predetta sentenza, sottolineano che un contratto può essere qualificato come avente natura di garanzia autonoma se sussistono le seguenti condizioni:

- i. vi sia una clausola di rinuncia alle eccezioni nascenti dal rapporto principale;

- ii. dall’interpretazione complessiva delle clausole del contratto non emerga che lo stesso abbia in realtà un “contenuto altro” rispetto alla figura del contratto autonomo di garanzia.

La causa del contratto è quella di assicurare il pagamento di una somma predeterminata nel caso si verifichi un rischio per il beneficiario in conseguenza di un evento dedotto in garanzia. E dunque, secondo le Sezioni Unite, i caratteri principali del contratto autonomo di garanzia, nel cui ambito possono essere inquadrate le polizze fideiussorie, son i seguenti;

- (i) la funzione della garanzia autonoma è quella di promettere una prestazione che non è identica a quella dell’obbligato (la quale, trattandosi della esecuzione di un appalto ha natura infungibile), ma è “altra” rispetto ad essa e coincide con il versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore;
- (ii) la clausola a prima richiesta e senza eccezioni ha l’effetto derogatorio che permette di incamerare la cauzione a prescindere da qualsiasi accertamento ed alla prova del danno;
- (iii) con la precisazione che il concetto di garanzia autonoma va considerato sotto il profilo “morfologico” nel senso che tale contratto di garanzia è autonomo rispetto all’obbligazione principale, ma è accessorio rispetto all’interesse economico ad esso sottostante;
- (iv) in ogni caso il garante può opporsi all’escussione sollevando l’ *exceptio doli generalis* oppure nei casi in cui l’obbligazione principale sia estinta o illecita;
- (v) la grande differenza rispetto alla disciplina della fidejussione non riguarda il momento del pagamento (che può essere garantito senza eccezioni anche nella fidejussione atipica), ma il momento delle rivalse, poiché nel contratto autonomo di garanzia il garante, nella ipotesi in cui la pretesa del creditore non meritava di essere soddisfatta per ragioni attinenti al rapporto sostanziale, non ha ripetizione dell’indennità nei confronti del beneficiario della garanzia, ma solo diritti di regresso contro il soggetto obbligato e contraente della polizza.

3) *Gli orientamenti espressi in materia della Pubblica Amministrazione e delle Autorità di vigilanza.*

In favore dell’inquadramento delle polizze fideiussorie nella categoria dei contratti autonomi di garanzia si sono in varie occasioni pronunciate la Autorità di vigilanza di settore, nonché, in genere la Pubblica Amministrazione.

Ed invero, l’ISVAP (ora IVASS) già in occasione dell’emanazione del Regolamento n.29/2009 c.d. Regolamento Rami, all’art.13 prevedeva espressamente la possibilità per le imprese di prestare “*polizze fideiussorie “a prima richiesta”* stabilendo che: “*1. Fermo restando il divieto di cui all’articolo 4, comma 2, sono classificate nel ramo 15.Cauzione le garanzie fideiussorie che prevedono clausole di pagamento a “prima richiesta” o con diciture simili, a condizione che le disposizioni contrattuali contengano espressamente anche il diritto di rivalsa dell’impresa nei confronti del contraente debitore.*”

La stessa IVASS, quando nel 2012 si trovò a dover dare risposta all’interpello delle ditte appaltatrici che prestavano servizi di pulizia delle carrozze ferroviarie di Trenitalia, ebbe a sposare l’orientamento appena elaborato dalle Suprema Corte a Sezioni Unite (v. sent. n.3947/2010) affermando che le imprese di assicurazione ben possono prestare garanzie “*a prima richiesta*” qualificate espressamente

come ‘contratti autonomi di garanzia’ *“a condizione che le condizioni contrattuali contengano espressamente anche il diritto di rivalsa dell’impresa nei confronti del contraente debitore”*.

In direzione analoga si è poi mossa l’ ANAC, con la determinazione n.1 in data 29.7.2014, nella quale entrambe tali autorità hanno sostenuto che le polizze fideiussorie prestate a garanzia della esecuzione di appalti pubblici hanno natura di contratti autonomi di garanzia. E ciò in quanto: (a) – a detta di tale Ente – così vuole la legge; (b) è funzionale al soddisfacimento dell’interesse pubblico perché serve a tutelare la fase di esecuzione del contratto; (c) in questo senso si esprimono le Sezioni unite della Cassazione (sent. 2497/2010).

Da ultimo, non possiamo trascurare le lapidarie affermazioni del Consiglio di Stato che, nel rendere il proprio parere circa il nuovo testo del Codice dei Contratti Pubblici, ha sottolineato che le garanzie negli appalti non sono accessorie, bensì autonome, con il risultato che il testo definitivo è stato modificato elidendo l’inciso che precisava la natura accessoria delle cauzioni provvisoria e definitiva che l’appaltatore deve prestare per poter risultare affidatario di lavori pubblici (v. le opinioni del Consiglio di Stato riguardo agli artt.93 e 103 dello schema di Codice dei Contratti Pubblici).

4) Critica all’orientamento espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza n.3497/2010 e dalle pubbliche Autorità che hanno preso posizione in materia.

Nonostante l’autorevolezza del Collegio giudicante che ha emesso la sentenza n.3497/2010 e le istanze di efficienza che hanno espresso le Autorità appartenenti alla Pubblica Amministrazione nell’insistere affinché alle garanzie da prestarsi nell’ambito dei contratti con enti pubblici sia attribuita natura autonoma, sono del parere che una simile soluzione interpretativa:

- a) non sia corretta da un punto di vista ermeneutico, anche facendo applicazione di alcuni principi di fondo affermati dalla Cassazione nella predetta sentenza;
- b) non sia in linea con la lettera e lo spirito delle disposizioni che regolano il cauzionamento dei lavori pubblici;
- c) ma soprattutto, non sia compatibile con le regole tecniche che informano la gestione dell’impresa di assicurazione nell’esercizio del ramo cauzioni.

Quanto all’aspetto di cui alla lettera a), preme ricordare che, come affermano le stesse Sezioni Unite, nella nota sentenza n. 3947/2010, un contratto può essere qualificato come avente natura di garanzia autonoma se sussistono le seguenti condizioni:

- i. nel testo della polizza compaia una clausola di rinuncia alle eccezioni nascenti dal rapporto principale;
- ii. dall’interpretazione complessiva delle clausole del contratto non emerga che lo stesso abbia in realtà un *“contenuto altro”* rispetto alla figura del contratto autonomo,

con la precisazione che, ricorrendo la clausola di cui al punto i. scatterebbe una presunzione circa il carattere autonomo della garanzia.

Senonchè, mi sentirei di dire che il primo requisito non dovrebbe essere di per sé idoneo a far scattare la presunzione che la garanzia abbia natura di contratto autonomo di garanzia, dal momento che il patto

di rinuncia alle eccezioni nascenti dal rapporto principale può essere presente anche in una fidejussione causale atipica caratterizzata dalla clausola del *solve et repete* secondo lo schema dell'art.1462 c.c..

Con riguardo alla condizione sub ii. accade che, per come sono formulate le polizze fidejussorie in conformità agli schemi ministeriali adottati nella pratica degli appalti di lavori pubblici, nella gran parte dei casi sia arduo negare che il contratto abbia un *“contenuto altro”* rispetto al contratto autonomo di garanzia.

Ed invero, nelle polizze di più largo impiego sono infatti presenti numerosi elementi che dimostrano la volontà di mantenere la garanzia collegata agli eventi relativi al rapporto principale. Ad esempio:

- (i) nei frontespizi di polizza si espone chiaramente la situazione relativa al rapporto sottostante e, subito dopo la premessa, si precisa che la Compagnia si costituisce *“fideiussore”* del contraente, richiamando così un ben preciso istituto codicistico avente natura, di regola, accessoria. Anche il *nomen iuris*, quindi, porta a propendere per l'accessorietà delle garanzie;
- (ii) nel testo delle polizze non compare la pattuizione secondo la quale il pagamento debba avvenire *“con rinuncia ad ogni eccezione”*;
- (iii) nel clausolario è sempre ed espressamente previsto che la Compagnia si surroga, ex art.1949 c.c., nei limiti delle somme pagate, nella posizione dell'Ente garantito in tutti i diritti, ragioni ed azioni verso il Contraente, pattuizione, questa, confermativa del fondamento causale della garanzia in ragione del subentro del fideiussore in tutti i diritti del garantito, cosa che non avrebbe senso in un contratto autonomo di garanzia, ove il garante paga un debito proprio verso il beneficiario, completamente scollegato dal rapporto tra questi e il suo debitore sostanziale, con conseguente impossibilità di subentrare in tale rapporto per mezzo della surroga;
- (iv) nello stesso schema ministeriale compare la clausola in virtù della quale la Compagnia si riserva il diritto di ripetere dall'Ente garantito le somme pagate a seguito di escussione, ma che in realtà non erano dovute.

L'altro argomento cui le Sezioni Unite riconnettono un forte valore ermeneutico, ma che, in realtà, si rivela fallace, consiste nel rilievo secondo cui, con le cauzioni da prestarsi a garanzia dell'adempimenti di contratti di appalto il garante non si obbliga ad adempiere alla stessa obbligazione cui è tenuto l'appaltatore, bensì ad una obbligazione di pagamento di una somma di denaro a scopo indennitario, stante la infungibilità della prestazione dell'appaltatore, soprattutto nel campo dei lavori pubblici.

Senonchè anche questo elemento non pare insuperabile posto che, in realtà, non corrisponde al vero che l'impegno assunto dalla Compagnia mediante il rilascio della polizza fidejussoria essa si obblighi a rendere una prestazione diversa rispetto a quella garantita, e che quindi non possa realizzarsi la solidarietà tra il fideiussore ed il debitore principale, come accade nello schema della fidejussione codicistica.

In realtà, se si esamina il testo dell'oggetto del contratto così come descritto nello schema di garanzia fidejussoria per cauzione definitiva predisposto dal Ministero delle Attività Produttive ci si avvede che l'oggetto della garanzia viene così descritto: *“Il Garante si impegna nei confronti della stazione appaltante, nei limiti della somma garantita, al risarcimento dei danni da questa subiti in conseguenza dell'inadempimento da parte del*

In sostanza, l’oggetto della garanzia non è tanto l’obbligazione primaria consistente nella realizzazione dell’opera, bensì l’obbligazione secondaria gravante sull’appaltatore e consistente nel risarcimento (per equivalente) dei danni da inadempimento. Obbligazione questa del tutto fungibile e che coincide esattamente con l’impegno che si assume la Compagnia in forza del rilascio della polizza fidejussoria.

Con il che si dimostra che anche sotto questo profilo non si vedono impedimenti ad inquadrare le polizze prestate a garanzia di contratti di appalto di opere pubbliche nella categoria del contratto di fidejussione.

In merito all’aspetto di cui alla lettera b), è doveroso precisare, innanzitutto, come non sia vero il fatto che le garanzie previste dalla normativa sugli appalti pubblici debbano essere prestate secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia perché in tal senso dispongono gli artt.75 e 113 del Codice degli appalti, come superficialmente sostenuto da ANAC. Si è visto infatti che il testo dello schema di garanzia predisposto dal Ministero Attività Produttive non richiama espressamente il contratto autonomo di garanzia né contiene disposizioni che lo presuppongono, ma al contrario stabilisce che l’oggetto della garanzia coincida proprio con l’obbligo dell’appaltatore al risarcimento dei danni da inadempimento alle prestazioni relative al rapporto sottostante (sul punto vedi la trattazione della lettera a).

Quanto alla necessità di effettività ed efficienza a beneficio delle stazioni appaltanti, lo stesso risultato si può raggiungere mediante l’impiego di polizze fidejussorie causali atipiche connotate dalla presenza di una clausola del *solve et repete*.

Riguardo poi all’argomento, sovente ribadito da parte delle Autorità di Vigilanza, secondo cui non vi sarebbero impedimenti ad ammettere che le imprese di assicurazione rilascino veri e propri contratti autonomi di garanzia dal momento che, in ogni caso, il riequilibrio delle posizioni verrebbe ristabilito mediante il riconoscimento alla Compagnia dell’azione in rivalsa nei confronti del contraente di polizza e obbligato principale, lo stesso è un rimedio che:

- i) non elimina il fatto che, interpretando la polizza fidejussoria come contratto autonomo di garanzia, venga violato il principio indennitario (il beneficiario può percepire somme di gran lunga superiori all’entità del pregiudizio subito) e l’impresa si trovi nell’impossibilità di gestire il ramo secondo corrette tecniche attuariali ed in base al principio mutualistico (l’escussione dipenderebbe dalla mera volontà e discrezionalità del beneficiario);
- ii) non permette all’impresa di assicurazioni di ribilanciare il ramo attraverso l’esercizio della rivalsa, giacché l’unica azione permessa sarebbe il regresso verso il contraente di polizza, che, molto spesso, è un soggetto con scarsa solidità patrimoniale quando non insolvente, laddove, invece, qualora venisse concesso al garante di ottenere la ripetizione di quanto versato in sede di escussione al beneficiario – ente pubblico – qualora le eccezioni della Compagnia fossero fondate, il recupero avrebbe di certo maggiori probabilità di successo.

Con riguardo all’argomento di cui alla lettera c), è mia ferma opinione che le polizze fideiussorie rilasciate da imprese di assicurazione non possano essere inquadrate nello schema del “contratto autonomo

Convegno Forum Cauzioni e Credito – Hotel Principe di Savoia - Milano 6.7.2016
di garanzia” perché, anche tralasciando gli elementi testuali ostativi ad una tale tesi che si rinvengono nei formulari di polizza, un simile schema si rivela incompatibile con il principio indennitario e più in generale con l’esercizio di un ramo assicurativo secondo tecniche attuariali e il ricorso al principio della mutualità (per una disamina più accurata sul punto mi permetto di rinviare ad un mio contributo di qualche anno fa; v. C. GALANTINI, *Le sezioni Unite della Cassazione e le polizze fideiussorie: una decisione discutibile ed inadatta al settore assicurativo*, in *Diritto ed Economia delle Assicurazioni*, 2011, I, pagg. 297 e ss.).

Sorprende, invero, come tanto le Sezioni Unite quanto i soggetti istituzionali sopra nominati non abbiano considerato che la prestazione di contratti autonomi di garanzia (propriamente intesi), se non in casi eccezionali e sporadici, è un’attività incompatibile con l’esercizio dell’impresa assicurativa ed in particolare del ramo cauzioni in quanto:

- i. la previsione della sola richiesta di escussione del beneficiario, slegata dal reale accadimento di un evento attinente al contratto sottostante, rende impossibile la valutazione del rischio secondo corrette tecniche attuariali ed il calcolo del premio, con conseguente pericolo di sbilanciamento dell’intero ramo;
- ii. l’escussione degli importi garantiti a prescindere dal verificarsi di un effettivo ed equivalente pregiudizio patrimoniale per la stazione appaltante confligge con il principio indennitario poiché permette a quest’ultima di conseguire un vantaggio dalla stipula ed esecuzione del contratto assicurativo;
- iii. l’inquadramento della polizza fideiussoria nello schema del contratto autonomo di garanzia comporta l’impossibilità, per il garante, di procedere alla ripetizione, dalla stazione appaltante, degli importi che si rivelassero non dovuti, con ciò violando il sopra richiamato principio indennitario ed impedendo alle imprese di riequilibrare i risultati della gestione del ramo; è notorio infatti che, spesso, l’impresa appaltatrice diviene insolvente.

Il dato rilevante infine è che la predetta impostazione sembra essere in linea con alcune significative sentenze della Corte di Cassazione (la n. 21247/2010, la n.10007/2011 e la n.9475/2014, queste ultime successive alla più volte citata decisione delle S.U.) con le quali il Supremo Collegio ha avuto modo di precisare che le imprese di assicurazione non possono prestare garanzie autonome in modo ricorrente e nell’ambito dello svolgimento di un ramo assicurativo (credito-cauzioni) giacché tali tipi di contratti sono incompatibili con una gestione tecnico-assicurativa del rischio.

Ed è proprio dall’affermazione di tali principi da parte del Supremo Collegio che si può trarre conferma della correttezza della soluzione ermeneutica come sopra suggerita, e ciò in ossequio al principio di conservazione del negozio, secondo il quale *“Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”* (art.1367 c.c.).

5) Conclusioni e proposte.

Da quanto esposto nei precedenti paragrafi, ed in base all’esperienza degli operatori, pare indubbio che già da qualche anno prima (seppur con orientamenti altalenanti), ma sicuramente a far data dal 2010, l’assicuratore si trova a fare i conti con una situazione che si potrebbe definire “schizofrenica”, in cui le polizze fideiussorie (salvo casi speciali) rilasciate nel mercato hanno condizioni contrattuali che, se correttamente interpretate, portano ad attribuire a tali contratti la natura di fidejussioni causali, caso mai – e a seconda dei casi – connotate dalla clausola del *solve et repete*, mentre la giurisprudenza di legittimità tende a qualificare le suddette polizze fideiussorie come veri e propri contratti autonomi di garanzia.

Il quadro si fa ancora più critico se si considera che anche le Autorità di Vigilanza e gli uffici legislativi dei Ministeri competenti sembrano orientati a condividere quest’ultimo orientamento della Corte Suprema.

La ragione per la quale le Compagnie del ramo cauzioni fanno resistenza ad un supino recepimento di tale orientamento giurisprudenziale, risiede nel fatto che esso, oltre a risultare discutibile sotto un profilo strettamente giuridico (per i motivi sopra accennati) si rivela in contrasto con alcuni dei più fondamentali principi e tecniche di gestione del contratto assicurativo.

La diatriba oggi esistente fra i sostenitori dell’uno o dell’altro orientamento sembra frutto di un equivoco di ordine tecnico che, se non risolto in modo virtuoso, potrebbe indurre gli operatori del ramo a diminuire ulteriormente il proprio appetito rispetto alla assunzione dei rischi cauzioni nel comparto dei lavori pubblici.

La mia convinzione è, invece, che lo strumento della polizza fideiussoria - come di altri contratti assicurativi anch’essi sempre più oggetto di invasivi interventi da parte dell’Istituto di vigilanza - possa funzionare solo se si rispetta la reale sinergia fra tale strumento e le finalità perseguite dal Governo a tutela degli enti beneficiari.

E’indubbio infatti che lo strumento della polizza fideiussoria, così come concepito dal mercato assicurativo, è senz’altro più adatto a permettere il rilascio di garanzie anche alle “PMI” in periodi di *credit crunch* poiché simili garanzie, venendo gestite con tecnica assicurativa ed in base al principio mutualistico, non richiedono l’immobilizzo di capitale, mentre il rilascio di garanzie autonome da parte delle banche è condizionato alla preventiva o contestuale costituzione di vincoli sul patrimonio della ditta obbligata per valori pari o superiori a quello del massimale di polizza.

Alla luce di tali considerazioni, invece di forzare la natura del contratto, si può pensare ad adottare modalità operative e strumenti che portino a migliorare la effettività della prestazione delle cauzioni rilasciate da imprese di assicurazione.

Le polizze vanno infatti semmai inquadrare nello schema della fidejussione atipica connotata dalla clausola del *solve et repete* ex art.1462 c.c. semmai modulando la condizione di escutibilità secondo criteri più o meno automatici (si potrebbe pensare a subordinare il pagamento alla semplice richiesta documentata e con l’indicazione dell’inadempimento imputato all’appaltatore).

Deve pertanto prevedersi e permettersi la ripetizione (art.2033 c.c.) dall’ente beneficiario degli importi in ipotesi non dovuti, ma già riscossi.

In questo modo si potrebbe ristabilire o comunque perseguire (anche se a posteriori) un riequilibrio finanziario del ramo allineando i volumi dei sinistri definitivamente pagati ai valori delle indennità che l'assicuratore aveva previsto di dover pagare nel periodo assicurato, secondo appropriate tecniche attuariali, per eventi di reale inadempimento dedotti in garanzia.

Inoltre, stanti le obbiettive difficoltà nel recupero di somme dalla P.A. si potrebbe poi incentivare un uso più agile della garanzia mediante la previsione del versamento su appositi conti *escrow* intrattenuti su primarie banche per conto delle stazioni appaltanti, dai quali le stesse imprese di assicurazione, in esito ai contenziosi e su mandato preventivo della P.A., possano direttamente prelevare liquidità per realizzare le debite restituzioni. La funzionalità di questo sistema potrebbe poi essere agevolata tramite l'intervento della Cassa Depositi e Prestiti previo studio di appositi accordi.

Credo che sia estremamente utile stimolare il dibattito su questi temi in modo da diffonderne la conoscenza, promuovere gli approfondimenti necessari e poi chiarire meglio ai referenti del Governo e delle autorità di Vigilanza di settore a quali condizioni lo strumento delle polizze fidejussorie possono assolvere alla loro funzione senza frustrare le aspettative del creditore garantito, tutto ciò al fine di promuovere le eventuali modifiche legislative o regolamentari che ancora si rendessero opportune o necessarie.

* * *

Milano, 5.7.2016

Avv. Carlo F. Galantini