

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.

Intervento dell'Avv. Carlo F. Galantini

*“Il Nuovo Codice Dei Contratti Pubblici
Applicazioni ed Effetti sul Sistema delle Fideiussioni”*

Convegno Forum Cauzioni e Credito – Hotel Principe di Savoia

Milano, 6 luglio 2016

1. Introduzione

- *Excursus* sulle caratteristiche salienti delle due fattispecie negoziali:
 - contratto autonomo di garanzia;
 - polizza fidejussoria.
- Evoluzione giurisprudenziale in tema di polizze fideiussorie assicurative rilasciate a garanzia di appalti pubblici.
- Posizione delle autorità di settore e governative: IVASS, ANAC, MISE.
- Motivi di natura giuridica, di gestione tecnico-industriale e di policy legislativa che si oppongono all'inquadramento delle polizze fideiussorie rilasciate da imprese di assicurazione nell'esercizio del ramo cauzioni nella categoria dei "contratti autonomi di garanzia".
- Bilanciamento tra le esigenze di effettività ed efficacia delle garanzie degli enti appaltanti e quelle tecniche degli assicuratori: possibili soluzioni.

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

2.1. Il contratto autonomo di garanzia: elementi caratteristici.

- Nuova fattispecie di garanzia personale, storicamente rilasciata dalle banche, al fine di soddisfare l'esigenza di tutela assoluta ed incondizionata del credito;
- Evoluzione in varie forme di garanzia autonoma:
 - aventi la funzione (causa del contratto) di assicurare la soddisfazione dell'interesse del beneficiario ad essere indennizzato al verificarsi di determinati eventi dedotti nella medesima garanzia (mancata sottoscrizione o mancata corretta esecuzione del contratto principale o mancata restituzione degli anticipi);
 - prestate a garanzia dell'adempimento del debitore con impegno autonomo ad assicurare al creditore il conseguimento della prestazione dedotta nel contratto (pagamento di un importo a soddisfazione, per equivalente, dell'interesse perseguito dal creditore);
 - inopponibilità eccezioni tratte dal rapporto principale, fermo il collegamento funzionale al rapporto base in cui trova fondamento l'interesse economico sotteso alla garanzia.

(segue) 2.1. Il contratto autonomo di garanzia: elementi caratteristici.

In sintesi, la disciplina del contratto autonomo di garanzia prevede che:

- 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 diverso soggetto obbligato;
- la garanzia può essere escussa a discrezione ed in base alla semplice richiesta del beneficiario;
- il garante, se ricorrono le condizioni letterali stabilite nel testo della garanzia, non può sottrarsi ad eseguire il pagamento in favore del beneficiario;
- 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 alle vicende del rapporto sostanziale;
- eseguito il pagamento, il garante non ha azione di ripetizione nei confronti del beneficiario, bensì solamente azione di regresso nei confronti del contraente/debitore principale.

2.2. Le polizze fideiussorie assicurative.

La fideiussione ex art. 1936 c.c. e ss.:

- Il fideiussore 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 o una somma equivalente al pregiudizio subito.
- La fideiussione può essere prestata:
 - con un contratto a struttura trilatera;
 - con un contratto bilaterale;
 - con un negozio con obbligazioni del solo proponente.
- Natura causale della fideiussione: in tutte le predette fattispecie, il garante è tenuto ad adempiere alla propria prestazione in favore del beneficiario se ed in quanto lo sia il debitore principale.
- Il fideiussore, una volta escusso, può:
 - ottenere il rimborso di quanto pagato da parte del debitore in surroga nei diritti del creditore ex art.1949 c.c. (o di altre fattispecie di surroga previste da leggi speciali);
 - ottenere il rimborso dal debitore in via di regresso fideiussorio ex artt.1950 e 1951 c.c.;
 - ripetere dal beneficiario la prestazione (art. 2033 c.c.) qualora essa fosse in tutto o in parte non dovuta.

Evoluzioni della giurisprudenza

Clausola «a prima richiesta e senza eccezioni»

- Corte Cassazione, SS.UU., sentenza n. 7341/1987 :
 - *“è valido il contratto di garanzia che consente al creditore, “a prima richiesta e senza eccezioni”, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito in quanto l’autonomia di tale contratto, rispetto al negozio principale, non è assoluta, ma relativa, essendo possibile, in caso di pagamento ingiusto, il riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse”*;
 - la fidejussione con clausola di rinuncia alle eccezioni relative al rapporto sostanziale è assimilabile ad un *“contratto autonomo di garanzia”*;
 - l’astrattezza della garanzia deve considerarsi meramente temporanea: una volta pagata la somma garantita, la natura causale della garanzia consente la proposizione delle eccezioni sostanziali in base alle quali il garante può agire nei confronti del creditore per ottenere la ripetizione di quanto indebitamente versato.
- A ben vedere, tale fattispecie contrattuale, avrebbe dovuto essere correttamente inquadrata in una forma atipica di fideiussione connotata dalla clausola *“solve et repete”* regolata dall’art.1462 c.c., anziché al contratto autonomo di garanzia.

Nello schema elaborato dalla Suprema Corte, infatti, al garante, dopo il pagamento, spetta l’azione di ripetizione in base a tutte le eccezioni che competono al debitore principale, rimedio del tutto estraneo alla garanzia autonoma.

(segue) Rilevanza indagine ermeneutica.

- Sul tema della qualificazione giuridica delle polizze fideiussorie, si è affermato in giurisprudenza l'orientamento che, negando efficacia dirimente alla presenza della clausola a prima richiesta e senza eccezioni e conferendo preminenza all'indagine sulla relazione con la quale le parti hanno inteso porre l'obbligo del garante rispetto all'obbligazione del debitore principale nel rapporto sottostante alla prestazione della garanzia (v. per tutte Cass., n. 52/2004), ha affermato che le polizze fideiussorie potevano del tutto legittimamente essere inquadrare nello schema del:
 - (i) contratto di fideiussione disciplinato dal codice civile;
 - (ii) contratto di fideiussione atipica, connotata dalla presenza di una clausola del solve et repete;
 - (iii) contratto autonomo di garanzia.

V., in senso analogo, *ex pluris* Cass., n. 5044/2009; n. 903/2008; n. 27333/2005; n. 10486/2004; n. 7502/2004; n. 8324/2001; n. 8540/2000; 3969/1999; n. 3522/1998.

La sentenza delle SS.UU della Cassazione n. 3497/2010

- 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 una somma di denaro a titolo di indennità, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto;
- l'inserimento nel contratto di una clausola "*a prima richiesta e senza eccezioni*" vale di per sé (in via presuntiva) a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia salva "*patente, irrimediabile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale*";
- per effetto di tale inquadramento:
 - il soggetto beneficiario può escutere la garanzia mediante semplice richiesta, senza onere di provare di aver subito alcun danno;
 - l'obbligazione del versamento della somma garantita è un debito proprio ed autonomo del garante avente la funzione di reintegrare, in via sostitutiva, l'interesse del creditore al soddisfacimento della propria pretesa;
 - il garante può opporsi all'escussione sollevando l'*exceptio doli generalis* oppure l'estinzione o l'illiceità dell'obbligazione principale;
 - il garante non ha azione di ripetizione verso il soggetto beneficiario, bensì solo azione di regresso nei confronti del soggetto obbligato e contraente di polizza.

3. La posizione della Pubblica Amministrazione e delle Autorità di Vigilanza

La posizione di IVASS

Parere IVASS sullo schema di polizza richiesto dalle stazioni appaltanti Trenitalia: possibilità o meno per le imprese di assicurazione di stipulare polizze fideiussorie espressamente qualificate in termini di contratto autonomo di garanzia.

- Circolare ISVAP n. 162/1991, punto 3, lett.b): “..... Le assicurazioni cauzionali devono essere prestate quale garanzia accessoria rispetto all’obbligazione principale.”:
 - l’accessorietà deve essere interpretata nel senso che è precluso alle imprese assumere impegni a fronte di operazioni finanziarie pure, cioè assolutamente prive di un qualche collegamento, diretto o indiretto, con obbligazioni derivanti da legge o da un effettivo contratto;
 - il requisito dell’accessorietà nelle polizze fideiussorie con clausole a prima richiesta senza eccezioni e similari si qualifica come effettivo collegamento con obbligazioni derivanti da legge o da contratto la cui funzione sia prossima alla cauzione in denaro, garantendo al creditore di apprendere il bene oggetto della cauzione “ senza che, in prima battuta, il garante possa opporre alcuna eccezione”.

(segue) La posizione di IVASS

- Impatto della sentenza della Cassazione SS.UU. n. 3497/2010 sulle previsioni regolamentari:
 - la sentenza si sarebbe pronunciata sul nomen iuris dell'operazione sottoposta al suo esame non per farne discendere conseguenze in termini di disciplina, ma fotografando la disciplina consolidata i cui tratti essenziali non risultano incisi dalla sentenza;
 - il concetto di accessorietà di cui alla circolare ISVAP n. 162/1991 troverebbe supporto in alcuni passaggi della citata sentenza che riconosce nel contratto autonomo di garanzia una funzione di garanzia “sucedanea e secondaria”, laddove l'accessorietà assume un carattere elastico di semplice collegamento/coordinamento tra obbligazioni, ma non viene a mancare stante la rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano il rapporto sottostante e il meccanismo di riequilibrio delle posizioni contrattuali con il sistema delle rivalse (confermandosi l'autonomia solo temporanea).
- In senso conforme alla pronuncia v. **Regolamento rami n. 29/2009** – art. 13 : *“Polizze fideiussorie a prima richiesta”* : *“...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 posizione dell'ANAC

In direzione analoga si è poi mossa l' ANAC, con la determinazione n.1 in data 29.7.2014, nella quale tale autorità ha 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).

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di Codice dei contratti pubblici

- **ARTICOLO 93 (GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA)**

" Sotto il profilo formale:

- al comma 1 dell'art. 93 (così come anche all'art. 10'), comma 1), vanno soppresse le parole "di natura accessoria, in quanto non giustificate dalla disciplina delle garanzie, che vanno annoverate tra i contratti autonomi di garanzia, con clausola a prima richiesta e senza possibilità di opporre eccezioni"

- **ARTICOLO 103 (GARANZIE PER L'ESECUZIONE)**

" L'art. 103 sostituisce l'art. 113 del previgente codice appalti, lasciando invariata l'entità della garanzia fideiussoria e senza innovare la disciplina sotto il profilo sostanziale.

Sotto il profilo formale:

- al comma 1 ed al comma 6, come segnalato a proposito dell'art. 93, vanno soppresse le parole "di natura accessoria".

Nuovo Codice degli appalti

Art. 93. Garanzie per la partecipazione alla procedura

1. L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.....”

Art. 103. Garanzie definitive

1. L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva" a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale e.....

4. La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 93, comma 3. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.”

Art. 104. Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore

“.....3. La garanzia di buon adempimento è costituita con le modalità di cui all'articolo 103 commi 1 e 2, ed è pari al cinque per cento fisso dell'importo contrattuale come risultante dall'aggiudicazione senza applicazione degli incrementi per ribassi di cui all'articolo 103 comma 1 e permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

4. La garanzia fideiussoria "per la risoluzione" di natura accessoria, opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal presente codice ed è di importo pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, fermo restando che, qualora l'importo in valore assoluto fosse superiore a 100 milioni di euro, la garanzia si intende comunque limitata a 100 milioni di euro...”.

4. Critica alla sentenza SS.UU. n. 3497/2010

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

(segue) Critica alla sentenza SS.UU. n. 3497/2010

a) Profili di natura tecnico giuridica

- Inidoneità della mera presenza di clausole “*a prima richiesta e senza eccezioni?*” a fondare una seria presunzione che il contratto abbia natura di garanzia autonoma;
- omesso esame degli indici ermeneutici di segno opposto di cui alle polizze emesse da imprese di assicurazione:
 - descrizione in premessa del rapporto sottostante (quale presupposto e preconditione impegno del garante);
 - risarcimento danni da inadempimento del soggetto obbligato dedotto nell’oggetto della garanzia;
 - rinvio per relationem al contenuto del contratto di appalto cui accede la garanzia;
 - impegno del garante a costituirsi “fideiussore” del debitore;
 - surroga nei diritti del beneficiario nei confronti del debitore principale/contraente (art.1949 c.c.);
 - compensazione controcrediti vantati dal soggetto obbligato;
 - diritto di ripetizione nei confronti del beneficiario (schema ministeriale).

(segue) Critica alla sentenza SS.UU. n. 3497/2010

- conformità del predetto schema alla fattispecie tipizzata di cui all'art. 1462 c.c. in base alla quale le parti possono prevedere l'obbligo di adempiere alla prestazione senza sollevare eccezioni rinviando in un momento successivo la possibilità di opporle all'altra parte: c.d. clausola del solve et repete ex art. 1462 c.c. (soluzione ritenuta legittima da Cass.Sez.Un. n. 7341/1987);
- inconsistenza dell'argomento della infungibilità della prestazione dell'appaltatore di lavori pubblici per negare la riconducibilità della garanzia al negozio fideiussorio: in realtà, l'oggetto della garanzia prestata nelle polizze fideiussorie non è l'obbligazione primaria consistente nella realizzazione dell'opus, bensì l'obbligazione secondaria dell'appaltatore e consistente nell'obbligo al risarcimento danni (per equivalente) da inadempimento contrattuale.

Obbligazione questa del tutto fungibile e che coincide esattamente con l'impegno che si assume la Compagnia in forza del rilascio della polizza fidejussoria

(segue) Critica alla sentenza SS.UU. n. 3497/2010

b) Aspetti di criticità nella presa di posizione del Regolatore e delle Autorità Pubbliche

- le disposizioni in tema di cauzionamento degli appalti pubblici non prevedono che le polizze fideiussorie debbano avere natura di contratti autonomi di garanzia;
- 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*.
- l'argomento, sovente ribadito da parte delle Autorità di Vigilanza, secondo cui il riequilibrio delle posizioni verrebbe ristabilito mediante il riconoscimento alla Compagnia dell'azione in rivalsa nei confronti del contraente, è infondato in quanto il predetto «rimedio»:
 - (i) non impedisce che si verificano violazioni al principio indennitario (il beneficiario può percepire somme di gran lunga superiori all'entità del pregiudizio subito) né che 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 riequilibrare il ramo attraverso l'esercizio della rivalsa, giacché l'unica azione consentita sarebbe il regresso verso il contraente di polizza, che, molto spesso, è o si rende insolvente, a differenza dell'ente pubblico.

(segue) Critica alla sentenza SS.UU. n. 3497/2010

c) Profili di ordine sistematico/regolamentare

- La prestazione di contratti autonomi di garanzia, se non in casi eccezionali e sporadici, è un'attività incompatibile con l'esercizio dell'impresa assicurativa ed in particolare con una gestione tecnico-assicurativa del rischio del ramo cauzioni in quanto:
 - 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;
 - 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;
 - 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;
- Tali rilievi sono stati condivisi, anche in epoca successiva alla sentenza 3497/2010 delle SS.UU, dalla Suprema Corte, la quale, dopo aver sottolineato *“la necessità di un rigoroso rispetto delle procedure tecniche e finanziarie da parte delle imprese assicuratrici, privilegiando l'accertamento della solvibilità della singola compagnia nei confronti dei propri assicurati”*, ha poi affermato che la prestazione di garanzie autonome a prima domanda, scollegate da eventi tipizzabili e dipendenti solo dalla volontà del creditore, risultano inconciliabili con la gestione del ramo cauzioni assicurativo, riservando addirittura la sanzione della nullità per consimili contratti per contrarietà alle sopracitate norme imperative e comunque stante *“il divieto di compiere operazioni estranee a quelle di assicurazione (...) gravanti sulle compagnie”* (Cass., n. 1007/2011; v. anche, in termini identici, Cass. 21247/2010; n. 9475/2014).

5. Conclusioni e proposte.

- Il quadro attuale è connotato da una situazione di sostanziale incertezza per gli operatori posto che le polizze fideiussorie rilasciate nel mercato (salvo casi speciali) presentano condizioni contrattuali che, se correttamente interpretate, sono inquadrabili nella categoria delle fidejussioni causali, se del caso 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.
- Lo strumento della polizza fideiussoria - come di altri contratti assicurativi anch'essi sempre più oggetto di invasivi interventi da parte dell'Istituto di vigilanza - può funzionare solo se si rispetta la reale sinergia fra tale strumento e le finalità perseguite dalla Pubblica Amministrazione a tutela degli enti beneficiari.
- E' indubbio infatti che lo schema 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.
- In questo contesto, si può pensare ad adottare modalità operative e strumenti che portino a migliorare l'effettività della prestazione delle cauzioni rilasciate da imprese di assicurazione senza snaturarne la causa.

(segue) 5. Conclusioni e proposte.

- A tali fini, le linee guida per orientare il sistema del cauzionamento in materia di appalti pubblici potrebbero essere le seguenti:
 - (i) inquadrare in modo esplicito le polizze nello schema della fidejussione causale 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);
 - (ii) prevedere il diritto del garante alla ripetizione (art.2033 c.c.) nei confronti dell'ente beneficiario degli importi in ipotesi non dovuti, ma già riscossi. Per tale via si consentirebbe (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;
 - (iii) istituire un sistema tramite il quale le Compagnie, in fase di escussione, possano versare le somme garantite 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.