

LA CONTROVERSA NATURA GIURIDICA DELLE POLIZZE FIDEIUSSORIE

28 Novembre 2024

CAUZIONI

Autore: *Laura Opilio e Luca Cristini*

ASSINEWS 369 – Dicembre 2024

TRA CONTRATTO ACCESSORIO E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

In tema di cauzioni negli appalti pubblici il D.lgs. n. 36/2023 (nuovo codice dei contratti pubblici) prevede che l'appaltatore, ai sensi degli artt. 106 e 117 del codice, debba rilasciare garanzie sotto forma di cauzioni oppure fideiussioni, che possono essere emesse da imprese bancarie o assicurative in qualità di garanti.

Le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste dal nuovo codice dei contratti pubblici devono essere conformi agli schemi tipo approvati con **decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy** di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dell'economia e delle finanze (art. 117, comma 12, D.lgs. n. 36/2023).

In altri termini, i testi delle garanzie fideiussorie adottati ai sensi del codice degli appalti devono essere conformi ai modelli (c.d. schemi-tipo) emanati a livello ministeriale. Tuttavia, in assenza di nuovi interventi correttivi, ad oggi, il richiamo continua ad essere quello agli schemi-tipo approvati con il decreto ministeriale n. 193 del 16 settembre 2022.

Tali garanzie devono prevedere espressamente (i) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, (ii) la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché (iii) l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

A ben vedere, quindi, queste polizze fideiussorie rappresentano un contratto atipico, la cui natura giuridica (contratto accessorio o contratto autonomo di garanzia) rimane oggetto di accesi dibattiti in dottrina e giurisprudenza, i cui esiti portano a conseguenze tra loro molto distanti per quanto attiene alle eccezioni sollevabili dal garante in merito al rapporto garantito.

E infatti, ove la polizza fideiussoria emessa in ambito di appalti pubblici venisse qualificata come contratto autonomo di garanzia, ciò impedirebbe al garante di sollevare eccezioni avverso l'escussione (salvo la c.d. *exceptio doli sui generalis*, che può sempre essere eccepita al beneficiario/stazione-appaltante in ipotesi di escussione abusiva della garanzia).

In caso contrario, ove la polizza fideiussoria venisse qualificata come fideiussione e, quindi, come un contratto accessorio, ciò lascerebbe impregiudicata la possibilità per il garante di sollevare eccezioni avverso l'escussione, anche in riferimento al rapporto garantito.

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi nel lontano 2010 sulla natura della polizza fideiussoria, aveva ritenuto che si trattasse di *"un contratto con il quale una compagnia assicurativa assume l'obbligo di pagare una determinata somma al beneficiario, al fine di garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal debitore, verso il*



pagamento di un premio", individuando in tal modo una *"fattispecie atipica ai sensi dell'art. 1322 c.c. comma 2"* volta a perseguire un interesse meritevole di tutela, identificabile nell'esigenza di assicurare il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario/stazione-appaltante, compromesso dall'inadempimento del contraente/appaltatore (Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947).

Per l'effetto, quindi, la Suprema Corte aveva ritenuto che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento **"a prima richiesta"** e **"senza eccezioni"** potesse valere a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, con la conseguente impossibilità per il garante-impresa assicurativa di sollevare eccezioni fondate sul rapporto garantito.

L'indirizzo che precede è stato abbracciato anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che ha individuato la natura della polizza fideiussoria nell'ambito degli appalti pubblici in quella del contratto autonomo di garanzia, che impedisce al garante di sollevare eccezioni fondate sul rapporto garantito (Determinazione ANAC n. 1 del 29/7/2014, inerente *"Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva"*).

Eppure, risvegliando un dibattito che sembrava ormai sopito, la più attenta giurisprudenza degli ultimi anni, partendo dalla stessa pronuncia a Sezioni Unite della Suprema Corte, è approdata a soluzioni opposte rispetto a quella sopra tracciata, di fatto delineando un panorama rispetto al quale non sembra essere stata ancora raggiunta una soluzione unanime condivisa.

Meritevole di attenzione sul punto è quindi l'orientamento giurisprudenziale assunto dalla Corte di Appello di Ancona, secondo la quale sarebbe configurabile un *"contratto autonomo di garanzia solo nel caso in cui il contratto contenga contemporaneamente sia l'obbligo di pagamento a prima richiesta scritta che la rinuncia ad opporre eccezioni, in quanto solo siffatta combinazione manifesterebbe la volontà di vincolarsi senza quel carattere di accessorietà che caratterizza la fideiussione"*.

In questo senso, **la sola dicitura di pagamento "a prima richiesta" non risulterebbe quindi sufficiente a qualificare un contratto autonomo**, essendo la pattuizione di siffatta clausola incompatibile con l'accessorietà che caratterizza la fideiussione in mancanza dell'ulteriore specificazione "senza eccezioni" (Corte d'Appello Ancona, Sez. I, Sent., 03/07/2024, n. 1039).

O ancora, la più recente giurisprudenza di legittimità, per cui: *"solo la presenza di entrambe le clausole cd. "a prima richiesta" e "senza eccezioni" (e non dunque, solo della prima) vale, di per sé, a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag) [...] incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione"* (Cass. civ., Sez. I, Ord., 29/02/2024, n. 5478); ovvero, ancora, la pronuncia che ha ammesso *"il garante [...] a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative"* (Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 31/03/2023, n. 9071).

Da ultimo, merita di essere qui menzionato anche l'indirizzo assunto dalla Corte di merito di Torino, chiamata a valutare la natura giuridica di una polizza fideiussoria per la cauzione definitiva rilasciata ai sensi dell'art. 103, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 (oggi art. 117 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici), secondo la quale: *"richiamato il principio, enunciato dalla Corte di Cassazione secondo cui «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» (cfr. Cass. S.U. 18/02/2010 n.3947; Cass. 03/12/2020 n.27619), si rileva che nella polizza oggetto del presente giudizio [...] è previsto: – Che la corresponsione dell'importo dovuto da parte del Garante deve avvenire entro 15 giorni dal*

ricevimento della "semplice richiesta scritta" della stazione appaltante; – Che il Garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 c.c. e rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2 c.c.

Tali indici, però, non sono sufficienti ai fini della qualificazione della polizza come contratto autonomo di garanzia, in quanto, non sono accompagnati anche dalla formula "senza eccezioni", non essendo esclusa la facoltà del garante di opporre alla creditrice le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c.

Tale esclusione è infatti indispensabile per la qualificazione del negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto indica l'autonomia dell'impegno del garante rispetto all'obbligazione del debitore principale, in contrapposizione con l'accessorietà dell'obbligo del fideiussore rispetto a quello del debitore principale, tipica del contratto di fideiussione, quale è appunto quello oggetto del presente giudizio".

Si deve pertanto ritenere che la polizza sottoscritta dalle opposenti configura una fideiussione e non già un contratto autonomo di garanzia. Conseguentemente, sulla base di quanto disposto dall'art. 1945 c.c., è possibile per il garante opporre alla creditrice le eccezioni spettanti al debitore principale" (Trib. Torino, Sent., 31/10/2022, n. 4235).

Di conseguenza, atteso che nelle polizze fideiussorie di cui agli schemi-tipo del decreto ministeriale n. 193 del 16 settembre 2022 manca qualsiasi riferimento all'art. 1945 codice civile, i più recenti orientamenti sembrerebbero suggerire che le stesse possano essere qualificate come contratti accessori di fideiussione e non come contratti autonomi di garanzia, con la possibilità per il garante di opporre al beneficiario/stazione-appaltante anche le eccezioni nascenti dal rapporto principale garantito.

Ad oggi, nonostante l'introduzione del nuovo codice dei contratti pubblici, il nostro ordinamento non ha ancora adottato un nuovo decreto ministeriale che vada a sostituire quello utilizzato in vigore del vecchio codice degli appalti (i.e. il decreto ministeriale n. 193 del 16 settembre 2022 citato in apertura).

Pertanto, alla luce di un panorama normativo e giurisprudenziale non univoco, è opportuno auspicare l'avvento di nuovi interventi normativi che, andando anche a modificare il testo degli schemi-tipo adottati *ex lege*, possano definitivamente dirimere la questione attorno alla controversa natura giuridica delle polizze fideiussorie, definitivamente ammettendo la possibilità per il garante di sollevare eccezioni inerenti al rapporto garantito.

© Riproduzione riservata

