

**LA CAUZIONE DEFINITIVA ALLA LUCE DELLA
SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE E DEL D.P.R. N. 207/2010**

di *Giovanna Fersurella*¹

Il “nuovo” Regolamento ha mantenuto pressoché inalterato, a carico dell’ “*esecutore*” del contratto di appalto, il sistema di garanzie e coperture assicurative già previsto nella vigenza della Legge n. 109/94 e del relativo Regolamento attuativo contenuto nel D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, apportando solo lievi modifiche e/o integrazioni.

In questa sede si procederà alla disamina della disciplina dettata in tema di cauzione definitiva dall’articolo 123 del Regolamento attuativo del D.lgs. n. 163/206 (cd. Codice dei Contratti).

Premesso che, in armonia con le previsioni del Codice, il nuovo Regolamento ha preferito parlare di “*esecutore*” anziché di “*appaltatore*”, l’articolo 123, 1° comma, dispone che ***“la cauzione definitiva, calcolata sull’importo di contratto, è progressivamente svincolata ai sensi dell’articolo 113 del codice. L’ammontare residuo della cauzione definitiva deve permanere 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”***.

Il legislatore, dunque, nel prevedere espressamente in sede di nuovo Regolamento che la cauzione definitiva “*è progressivamente svincolata ai sensi dell’articolo 113*”, ha voluto deliberatamente rimarcare le modalità di svincolo della cauzione definitiva previste dal menzionato articolo 113, comma 3, del Codice dei Contratti, a mente del quale la cauzione definitiva “*è progressivamente svincolata a misura dell’avanzamento dell’esecuzione, nel limite massimo del 75 per cento dell’iniziale importo garantito*”.

¹ Avvocato dello Studio Legale Associato Gentile Varlaro Sinisi esperta in contrattualistica pubblica.

Questo meccanismo - valevole, *ex* articolo 253, comma 19, del D.lgs. n. 163/06, sia per i contratti di lavoro, anche in corso, che per i contratti di servizi e forniture, affidati anteriormente all'entrata in vigore del codice dei contratti, ove gli stessi abbiano previsto garanzie di esecuzione - se da un lato, consente alle imprese appaltatrici di poter usufruire, durante l'esecuzione del contratto, di una progressiva riduzione degli importi da garantire, con conseguente contenimento dei costi concernenti la stipula e il mantenimento della polizza fideiussoria in esame, dall'altro determina, a carico delle stazioni appaltanti, una sensibile riduzione della somma assicurata in caso di inadempimento da parte del concorrente risultato aggiudicatario degli obblighi assunti con la stipulazione del contratto, specie nel caso in cui l'esecutore abbia usufruito del beneficio della riduzione del 50% dell'importo della cauzione definitiva previsto dall'articolo 75, comma 7, del D.lgs n. 163/06.

Ciò con non pochi disagi per la Stazione appaltante. In tal caso, infatti, la somma garantita potrebbe risultare irrisoria e, comunque, tale da non coprire sufficientemente i danni subiti dalla medesima Stazione appaltante, la quale si troverebbe costretta ad adire l'autorità giudiziaria per essere integralmente risarcita, con conseguente aumento dei tempi e dei costi, nonché con assunzione a carico della stessa degli oneri probatori e dei rischi connessi all'esito del giudizio.

Stante la graduale liberazione in corso d'opera della predetta cauzione, in proporzione allo stato di esecuzione delle opere commissionate, il legislatore, in sede di redazione del nuovo regolamento, ha opportunamente previsto che l'ammontare residuo della cauzione definitiva - quel 25 per cento dell'iniziale importo garantito, che, *ex* articolo 113 del Codice, "*è svincolato secondo la normativa vigente*" - deve permanere "*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*".

In altre parole, l'importo residuo dell'originale fideiussione prestata potrà essere liberato e svincolato solo dopo l'ultimazione delle opere commissionate e il positivo collaudo delle stesse, da effettuarsi nei termini di legge ovvero, laddove detti termini non venissero rispettati, decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione lavori, risultante dal relativo certificato.

Resta in ogni caso fermo, come nella disciplina previgente, l'obbligo per l'appaltatore di provvedere - su richiesta della Stazione appaltante - alla reintegrazione della cauzione ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; è evidente che detto obbligo, superato il 75% dell'importo dei lavori, non riguarderà l'intero importo della cauzione definitiva, ma solo una quota parte di questa, individuata alla luce della disciplina dello svincolo progressivo *ex* articoli 113, comma 3, del Codice dei Contratti e 123, 1° comma, del Regolamento.

Inalterata è rimasta altresì la funzione tradizionale svolta dalla cauzione definitiva che, come innanzi ricordato, è preordinata ad assicurare l'adempimento di tutte le obbligazioni assunte dall'appaltatore con la sottoscrizione del contratto e, prima fra tutte, quella di eseguire l'opera commissionata a perfetta regola d'arte ed in conformità agli elaborati progettuali e ai documenti contrattuali.

Come precisato dall'articolo 123, commi 2 e 3, del nuovo Regolamento, infatti, la cauzione definitiva viene prestata *“a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno. Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori in caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore. Le stazioni appaltanti hanno inoltre il diritto di valersi della cauzione per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi dei regolamenti sulla tutela, protezione assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavori comunque presenti in cantiere”*.

Per quanto concerne le modalità di costituzione, la cauzione definitiva deve essere prestata, ai sensi dell'articolo 113 del Codice, mediante fideiussione *“bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del Dlgs 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze”*, rilasciate rispettivamente, *ex* articolo 127 del Regolamento, da *“banche autorizzate all'esercizio dell'attività bancaria ai sensi del decreto legislativo 1*

settembre 1993, n. 385”, da “*imprese di assicurazione autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l’obbligo di assicurazione*” e dagli “*intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’art. 107 del Dlgs 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell’economia e delle finanze*”.

Rispetto alla pregressa previsione dell’articolo 107 del D.P.R. n. 554/99, il nuovo Regolamento ha, dunque, ammesso la possibilità che la cauzione definitiva possa essere rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’articolo 107 del D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (quelli, per l’appunto, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e a ciò autorizzati dal Ministero dell’economia e delle finanze), oltre che dalle banche e dalle imprese assicurative.

L’articolo 127 del nuovo Regolamento conclude disponendo che “*Le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministero dello sviluppo economico di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti*”.

Tali schemi - che, secondo quanto previsto dall’articolo 252, comma 6, del Codice dei contratti, si sarebbero dovuti approvare “*entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice*” - non sono stati, ad oggi, ancora adottati dai Ministeri competenti; talché, continuano ad applicarsi gli schemi tipo previsti dal D.M. 12 marzo 2004, n. 123², sia pure tra mille dubbi ed riserve, in considerazione della circostanza che il prefato Decreto ministeriale n. 123/2004 è stato adottato in attuazione della Legge n. 415/1998, che a sua volta è stata espressamente abrogata dall’articolo 256, comma 1, del Codice dei contratti.

² In tal senso, cfr. TAR Calabria – Catanzaro, Sez. II, sentenza 15 aprile 2008, n. 416, secondo il quale, “*anche dopo l’entrata in vigore del codice dei contratti, per le polizze di garanzia fideiussoria da presentare in sede di gara continua a trovare applicazione il D.M. 12 marzo 2004, n. 123 – emanato in attuazione dell’art. 9, comma 59 della L. 18 novembre 1998, n. 415 – che contiene in allegato gli schemi di polizza tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previste dall’art. 30 della L. n. 109/94*”. Nello stesso senso si era espressa anche l’Autorità di Vigilanza (Parere n. 18/08), la quale aveva ritenuto che continuasse ad applicarsi il D.M. n. 123/04 fino all’entrata in vigore del regolamento esecutivo del codice, giusto quanto previsto dall’articolo 253, comma 3, del D.lgs. n. 163/06, a mente del quale “*Per i lavori pubblici, fino all’entrata in vigore del regolamento di cui all’art. 5, continuano ad applicarsi il DPR 21 dicembre 1999, n. 554, il DPR 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all’art. 5, nei limiti di compatibilità con il presente codice. Per i lavori pubblici, fino all’adozione del nuovo capitolato generale, continua ad applicarsi il DM 19 aprile 2000, n. 145, se richiamato nel bando, nei limiti di compatibilità con il presente codice*”.

Da ultimo, si richiama una recente sentenza resa dalle Sezioni Unite della Cassazione (3947 del 18 febbraio 2010) in merito alla natura giuridica ed al meccanismo operativo-funzionale della polizza fideiussoria rilasciata a garanzia di un contratto di appalto pubblico.

Il Supremo Collegio - dopo aver analizzato i profili strutturali e funzionali della fideiussione e della garanzia autonoma³ (la cosiddetta *Garantievertrag*) e dopo aver escluso l'applicabilità alle garanzie autonome del meccanismo tipicamente fideiussorio di cui all'articolo 1957 c.c. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, salva diversa previsione delle parti contraenti - ha esaminato i vari e contrastanti orientamenti formati nel tempo in merito alla natura giuridica della polizza fideiussoria, richiamando, per un verso, l'orientamento prevalente che ne afferma la natura fideiussoria, "*con conseguente applicazione della disciplina legale tipica ex art. 1936 ss. c.c., ove non derogata dalle parti*" e, per altro verso, l'indirizzo minoritario che ne esclude l'inquadramento nello schema legale della fideiussione, laddove la polizza sia prestata a garanzia dell'appaltatore. In tal caso la convenzione, non potendo surrogare l'adempimento dell'obbligazione principale assunta dall'appaltatore, integrerebbe gli estremi della garanzia atipica, in quanto avrebbe "*la funzione di assicurare, sic et*

³ Il Supremo Collegio, chiamato a pronunciarsi sull'annosa questione se la polizza fideiussoria a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a fideiussione o a garanzia atipica a causa della insostituibilità dell'obbligazione principale, esamina preliminarmente gli elementi caratterizzanti le due fattispecie della "fideiussione" e della "garanzia autonoma". In particolare, l'elemento caratterizzante della garanzia autonoma viene individuato nell'impegno del garante a pagare villico ed immediate, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative all'obbligazione principale, in deroga alle previsioni di cui agli articoli 1936, 1941 e 1945 Cod. Civ., caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria. Ne consegue che caratteristica precipua e fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fattispecie della fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga, lo si ripete, alla regola (fideiussoria) dell'articolo 1945 Cod. Civ.. Rileva, ancora, la Corte che diversa è anche la funzione, atteso che il fideiussore è chiamato a garantire l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui, stante l'identità tra la prestazione del debitore principale e quella dovuta dal fideiussore; diversamente, il garante (autonomo) è chiamato a tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale - che non sempre consiste in un dare, ma può anche riguardare un *fare* infungibile - mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore. La diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si riflette, infine, anche sulla causa concreta del *Garantievertrag*, la quale risulta essere 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 o no, in ragione della circostanza che la prestazione dovuta dal garante è qualitativamente diversa da quella dovuta dal debitore principale, essendo non già quella di assicurare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto, ma quella di assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento.

simpliciter, il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento".

Il Supremo Consesso, aderendo a quest'ultimo, minoritario orientamento, ha quindi ritenuto che la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore ***“assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto”***.

In altri termini, secondo quanto è dato evincersi dalla lettura offerta dalle Sezioni Unite, l'obbligazione del garante di una polizza fideiussoria è qualitativamente diversa da quella del debitore principale, giacché non è rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore rimasto insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore (trattasi, cioè, di una garanzia di tipo indennitaria, perché il garante si obbliga non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta). In quanto tale, la garanzia autonoma si distingue dalla fideiussione, che appartiene, invece, alle cosiddette garanzie di tipo satisfattorio, atteso che il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere in sua sostituzione.

Ne consegue che, *“in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti”*, rimane preclusa al garante la possibilità di invocare il meccanismo tipicamente accessorio e fideiussorio previsto dall'articolo 1957 c.c., per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno altresì colto l'occasione per affermare che l'inserimento nelle polizze fideiussorie di clausole *“a prima richiesta”* e *“senza eccezioni”* valgono di per sé a qualificare il negozio *de quo* come contratto autonomo di garanzia, essendo (anche) tali clausole incompatibili con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione, *“salva evidente, patente, irrimediabile discrasia con l'intero contenuto altro della convenzione negoziale”*.

Orbene, pur nell'evidenziare il pregevole tentativo della Suprema Corte di risolvere una questione complessa e variegata come quella concernente la natura della

“polizza fideiussoria”, non può non rilevarsi che l’analisi delle polizze fideiussorie in concreto utilizzate offre uno scenario più complesso e articolato di quello offerto dalla Suprema Corte di Cassazione.

Come dalla stessa evidenziato, esistono almeno tre tipi di polizze fideiussorie: 1) *“quelle in cui l’obbligo del garante dipende dall’esistenza dell’obbligo del debitore principale”*; 2) *“quelle in cui l’obbligo del garante è indipendente da quello del debitore principale”*; 3) *“quelle in cui il beneficiario, per ottenere il pagamento della garanzia, deve provare, in genere mediante documenti indicati nella polizza stessa, alcuni fatti attinenti al rapporto principale”*.

Ora, lo schema del contratto autonomo di garanzia sembrerebbe applicabile alle due ultime figure, mentre la prima rientrerebbe nella fattispecie fideiussoria, atteso che il garante è tenuto a fornire la medesima prestazione del debitore principale; è quanto accade, ad esempio, nell’ipotesi in cui la polizza venga concessa a garanzia dell’obbligo dell’appaltatore di restituire somme ricevute a titolo di garanzia⁴.

In tal caso, dunque, viene clamorosamente smentito il principio di diritto formulato dalla Cassazione secondo cui *“la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica a cagione dell’insostituibilità dell’obbligazione principale”*.

⁴ In tal senso, Cass., 31 gennaio 2008, n. 2377; Cass., 2 aprile 2002, n. 4637.