

# ALTALEX

Quotidiano d'informazione giuridica - n.1336 del 11.03.2006 - Direttore Alessandro Buralli - [Note legali](#) - [Pubblicità](#) - [Aiuto](#)

## Polizza fidejussoria con garanzia “a prima richiesta” nelle gare d’appalto Articolo di Giuseppe Mullano 10.03.2006

[Stampa](#) 

### Polizza fidejussoria con garanzia “a prima richiesta” nelle gare d’appalto

**Dott. Giuseppe Mullano**

#### 1. Definizione.

Il contratto autonomo di garanzia definito in Germania con il nome di *Garantievertrag*, viene denominato in Italia con il nome di *garanzia a prima richiesta*, o *garanzia a semplice richiesta* o *garanzia automatica*.

Sulla scena internazionale si conoscono diverse tipologie di tali contratti ma il più interessante è senz'altro il *performance bond* il cui contenuto essenziale può essere definito nei seguenti termini: il garante – una banca o un'assicurazione – si obbliga a pagare una certa somma di denaro nel caso in cui il debitore non adempia esattamente l'obbligazione principale derivante dal contratto garantito.

Ciò che caratterizza l'istituto in esame è che il garante si impegna a pagare a *prima richiesta*, cioè a seguito della dichiarazione del creditore dell'inadempimento o il che è lo stesso dell'inesatto adempimento del contratto da parte del debitore senza che gli si possa opporre alcuna eccezione sulla validità o sull'efficacia del contratto medesimo.

La polizza fideiussoria deve essere inserita in questo contesto e rappresenta dal punto di vista normativo un contratto atipico che ha acquisito una finalità sociale. L'istituto fideiubente è un'assicurazione che tramite una polizza, in luogo del deposito in numerario, costituisce la *garanzia a prima richiesta* in favore dell'amministrazione per la durata della procedura di gara.

Nella struttura negoziale, si estrinseca quale schema teorico del contratto misto nel quale il tipo prevalente, è quello della fideiussione che è contratto non corrispettivo, con obbligazioni del solo proponente che si conclude ai sensi dell'art. 1333 c.c. appena la proposta giunge a conoscenza della parte cui è destinata.

Pertanto, la polizza fideiussoria non deve essere confusa con l'accordo intercorso tra debitore e fideiussore per mezzo del quale quest'ultimo riceve un corrispettivo per prestare garanzia.

Si è invece in presenza di due distinti negozi, uno esterno di fideiussione a favore dell'amministrazione garantita e l'altro interno fra partecipante alla gara e soggetto garante riconducibile al contratto di assicurazione.

E' conseguente quindi il discernimento del contenuto specifico di ciascuno di essi che possono, ed anzi -il più delle volte- sono, unitariamente documentati nella stessa polizza.

#### 2. Applicabilità dell'istituto

L'art. 30 Legge 109/94, stabilisce che l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare

anche *mediante fideiussione bancaria o assicurativa* o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e dall'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

In relazione alla garanzia fideiussoria per quanto qui interessa, la giurisprudenza ha precisato che la semplice omissione della dizione “*a semplice richiesta*” vizia irrimediabilmente la fideiussione rendendola inidonea a svolgere la sua funzione e, tale rigore non è ingiustificato. Infatti, se si osserva che per un verso la funzione della fideiussione bancaria ovvero assicurativa assolve la funzione di consentire all'impresa di sostituire la cauzione in numerario, per l'altro risultano evidenti i vantaggi che derivano all'imprenditore dal fatto di evitare per un cospicuo lasso di tempo l'immobilizzazione di una somma di denaro che può essere proficuamente utilizzata in altri impieghi.

Ma il vantaggio per l'imprenditore non può portare la Pubblica Amministrazione a vedere diminuita la garanzia *ad libitum* dell'impresa che scelga di avvalersi di un mezzo di garanzia ovvero di un altro. In sostanza tutte le modalità di prestazione della garanzia diverse dalla cauzione devono avere di quest'ultima la stessa efficacia.

Conseguentemente, la presenza della cd clausola “*a prima richiesta*” è indispensabile proprio per garantire alla stazione appaltante la stessa immediata realizzabilità della garanzia costituita dal deposito cauzionale.

In altre parole, tutte le volte in cui la fideiussione assolve la funzione di sostituire il deposito cauzionale, deve necessariamente presentare la clausola “*a prima richiesta*”.

La finalità della fideiussione “a prima richiesta” è quella di trasferire sul garante i cd. “*litigation risks*”, consentendo quindi al garantito l'immediata realizzazione della garanzia. Pertanto, il rischio di eventuali contestazioni ricade sul garante che dovrà *pagare a prima richiesta*, che potrà opporre al creditore garantito soltanto l'estremo rimedio costituito dall'*exceptio doli*, per poi rivalersi eventualmente sul debitore.

Non possono quindi trovare applicazione nell'istituto in esame quelle clausole che prevedono il pagamento al momento del passaggio in giudicato della sentenza. Si tratta infatti di evenienze che potrebbero intervenire dopo molti anni, vanificano quindi la portata della fideiussione, anche in considerazione del fatto che appare sufficiente una contestazione qualsiasi, anche la più pretestuosa purchè azionata per via giudiziaria, per inibire il pagamento della garanzia alla stazione appaltante. A tacere poi del fatto che la presenza di una clausola di tal genere, eliminando del tutto per il garante il rischio giudiziale, verosimilmente potrebbe consentire al soggetto partecipante alla gara di ottenere condizioni migliori che inevitabilmente si riverbererebbero sulla *par condicio*.

### **3. La polizza fideiussoria**

La collocazione tipologica e la definizione della polizza fideiussoria sono frutto dell'autonomia privata che ha avuto come punto di riferimento alcune leggi speciali le quali, avendo previsto l'assunzione di questo tipo di garanzia in relazione a determinate materie, ne ha delineato le principali sfere di incidenza..

Si pensi all'art. 54 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità dello Stato ai sensi del quale “coloro che contraggono obbligazione verso lo Stato debbono prestare reale e valida cauzione in numerario od in titoli di stato o garantiti dallo Stato, al valore di borsa. Può accettarsi una cauzione costituita da fideiussione”, oppure all'art. 5 del r.d.l. 210/1931 e agli artt. 1 e ss. del r.d.l. 1113/1931 che in tema di appalto per la riscossione delle imposte dirette, dispongono che l'appaltatore che assume il servizio deve prestare cauzione, parte della quale può essere data

mediante polizza fideiussoria.

Anche nella prassi commerciale esistono svariate forme di assicurazione fideiussoria la cui fonte è da ricercare nelle c.d. polizze fideiussorie rilasciate da istituti bancari o assicurativi, a garanzia di contratti d’appalto di costruzioni e precisamente dell’adempimento degli obblighi derivanti all’appaltatore dal contratto, per citare uno degli esempi più rilevanti.

La polizza fideiussoria può quindi definirsi come il documento contrattuale rilasciato dall’assicuratore nel quale è contenuta la sua promessa di pagamento al terzo beneficiario.

Tale promessa fa sorgere un rapporto di garanzia che, quantunque venga denominato come fideiussione, svolge, nel caso che qui interessa proprio per via dell’inserimento della clausola “*a prima richiesta*”, la stessa funzione del deposito cauzionale.

Essa si perfeziona, nei confronti del beneficiario, anche unilateralmente per effetto della volontà del soggetto che assume l’obbligo di prestare la garanzia. La fideiussione, infatti, si perfeziona anche in assenza di qualunque intervento del debitore, di cui non si richiede né il consenso preventivo né l’accettazione.

Pertanto, una volta che la stessa viene sottoscritta dal garante, costituisce il documento probatorio mediante il quale si accerta l’esistenza della garanzia per cui, allorchè la volontà del terzo si sia manifestata la mancata sottoscrizione da parte del contraente della polizza non fa venire meno l’effettività della garanzia prestata dal terzo.

Diverso è il caso in cui venga prodotta in una procedura concorsuale una polizza non sottoscritta dall’assicuratore che quindi non assume alcun impegno. In questo caso si è in presenza di un evento che non costituisce una semplice irregolarità o incompletezza documentale, ma rappresenta una violazione tale che trova la sua prevedibile, adeguata e ragionevole sanzione nella esclusione dell’impresa dalla gara.

Un ultimo punto riguarda i soggetti abilitati a rilasciare la polizza fideiussoria per la partecipazione a gare d’appalto. A tale riguardo va evidenziato che le norme sulla disciplina delle cauzioni prevedevano in modo esplicito e tassativo l’esigenza dell’intervento di un istituto bancario o assicurativo e che tale previsione escludeva la possibilità di equiparare, ai fini di cui è causa, tali organismi bancari ed assicurativi agli intermediari finanziari ( C.d S. n.355, V sez. del 31/1/2001; C.d S. n.2463, IV sez. del 28/4/2001). Il legislatore, a fronte della evoluzione normativa che ha riconosciuto e normato, anche attraverso opportuni meccanismi di garanzia del mercato, l’attività degli intermediari finanziari, ha ritenuto di riconoscere in modo esplicito e puntuale tale evoluzione, innovando l’ordinamento ed equiparando, ai fini che ci interessano, intermediari finanziari ed istituti bancari ed assicurativi; ma, nell’operare tale equiparazione, il legislatore ha comunque previsto per questi soggetti economici un regime particolare, che richiede l’intervento ulteriore del Ministero del Tesoro in funzione di certificazione delle caratteristiche funzionali di detti intermediari. E tale intervento dimostra in modo non discutibile il carattere innovativo della disposizione di legge di cui all’art. 30 della legge 109/94.

### **Riferimenti dottrinali**

- Bianca C.M., Diritto civile, V, Milano, Giuffrè, 1994.
- Cassera F., Contratto autonomo di garanzia, escussione fraudolenta del garante ed exceptio doli, in Giust. Civ., 1993, I, pag. 2765 e ss.
- Di Garbo G., Garanzia bancaria a prima richiesta, provvedimento cautelare e “genuina controversia”, in Giust. Civile., 1996, I, pag. 533 e ss.
- Rescino P., Trattato di diritto privato – Obbligazioni e contratti, Vol. 5, Torino, UTET, 1986

## **Riferimenti Giurisprudenziali**

- Consiglio di Stato, N. 3716, Quinta Sezione del 21 maggio 2002
- Consiglio di Stato, N.11340, Quinta Sezione del 27 marzo 2001
- Consiglio di Stato, N. 4967, Quinta Sezione del 20 settembre 2001
- TAR Lombardia, N. 838 del 14 - 09 - 2005
- TAR Puglia, N. 4454 del 10 ottobre 2005
- TAR Campania, N. 1564 del 14 gennaio 2004
- TAR Emilia Romagna, N. 472 del 10 aprile 2003
- TAR Liguria, N. 235 del 19dicembre 2002
- TAR Sicilia N. 1109 del 13 giugno 2003
- TAR Sicilia N. 1189 del 13 giugno 2003

[\(Torna all'inizio\)](#)

[Contatti](#) | [Staff e Comitato scientifico](#)  
| [Pubblicità](#) | [Prodotti d'agenzia](#) | [Servizi Free](#) | [Note legali](#) | [Aiuto](#)

**[Altalex - WebDeveloping & consulting](#)**  
Copyright © 2000-2005 - Tutti i diritti riservati