

**Svincolo progressivo della cauzione definitiva:  
la Cassazione “cambia” la modalità di calcolo**

di *Giovanna Fersurella*<sup>1</sup>

Si segnala un'interessante sentenza della Corte di Cassazione, in tema di svincolo progressivo della garanzia, rilasciata a titolo di cauzione definitiva in relazione ad un contratto di appalto di lavori pubblici.

Come noto, ai fini che qui rilevano, a termini di legge (articolo 103, comma 5, del D.lgs. n. 50/16), la garanzia definitiva “è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80 per cento dell'iniziale importo garantito. 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”.

Sulla scorta di tale disposizione, la prassi seguita dalle Stazioni appaltanti - condivisa anche dalla giurisprudenza di merito - è stata quella di svincolare automaticamente la garanzia definitiva nella stessa percentuale di esecuzione dei lavori, nel limite massimo consentito (oggi, l'80% dell'iniziale importo garantito, in passato il 75%, come previsto dagli artt. 30, comma 2-ter, della Legge n. 109/94 e 113, comma 3, del D.lgs. n. 116/06).

Il residuo importo di polizza (oggi, il 20%, un tempo, il 25% dell'importo originario garantito) si intende, invece, svincolato solo previa emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione ovvero ancora, in mancanza di siffatti documenti, decorsi dodici mesi dalla ultimazione dei lavori, come risultante dal relativo certificato.

La Cassazione, con la pronuncia in commento - la prima, a quanto consta, a esprimersi al riguardo - sembra “sconfessare” tale modalità di calcolo.

Il caso sottoposto alla disamina dei giudici di Palazzo Cavour prende abbrivio dalla richiesta di escussione avanzata giudizialmente da una Stazione appaltante, la quale - a fronte di un avanzamento lavori pari al 77,93% - aveva proceduto a quantificare il residuo 25% della cauzione definitiva (rilasciata ex

---

<sup>1</sup> Studio Legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi - [www.studiogvs.it](http://www.studiogvs.it).

art. 30 della Legge n. 109/94, *ratione temporis* vigente), calcolando dapprima il 75% dell'originario importo garantito e, in immediata successione, applicando la percentuale di lavori eseguiti (77,93%) alla quota del 75% svincolabile, così ottenendo l'importo svincolato. La differenza tra l'importo originario di polizza e l'importo svincolato (la percentuale di lavori applicata al 75%) costituiva, a detta della predetta Stazione appaltante, l'importo residuo della garanzia escutibile.

Tale modalità di calcolo veniva contestata dal garante, secondo il quale l'importo che poteva formare oggetto di escussione - *ex art. 30, comma 2-ter*, della Legge n. 109/94 - doveva, invece, essere pari alla differenza tra l'importo originario di polizza e quello oggetto di svincolo (*id est*, il 75% massimo dell'importo originario di polizza, in ragione dell'avanzamento dei lavori) e, dunque, quel 25% residuo svincolabile nei modi e termini previsti *ex lege*.

La questione - che ha visto il garante soccombente in primo e secondo grado - è, quindi, giunta sino in Cassazione, la quale ha rigettato il ricorso proposto dal garante medesimo, ritenendo che l'interpretazione da questi fornita in ordine alle modalità di svincolo della cauzione definitiva *“non solo non trova alcun addentellato nella lettera della disposizione, ma non pare neanche rispondere a criteri di coerenza rispetto alla ratio della disposizione, perchè comporterebbe da parte del garante sempre il medesimo esborso, indipendentemente dalla percentuale dei lavori eseguiti, esborso peraltro pari alla quota del 25% non suscettibile di svincolo in relazione all'avanzamento dei lavori”*. Ed ancora, *“L'interpretazione proposta dalla ricorrente contraddice l'effetto previsto dalla norma, che è quello dello svincolo in via automatica della garanzia in modo progressivo in relazione all'avanzamento dell'esecuzione, per cui ciò che residua, nel caso di pagamento dovuto in ragione dell'inadempienza da parte dell'esecutore dei lavori, non può non scontare la percentuale svincolata, la quale è dunque diversa in relazione ai diversi stati di avanzamento e non può dileguare nell'indiscriminata ed indifferenziata corresponsione da parte del garante di un importo pari al 25% della garanzia prestata”*.

Così decidendo, la Cassazione ha, quindi, avallato la modalità alternativa - e, invero, alquanto inusuale - di calcolo dello svincolo della garanzia definitiva adottata dalla Stazione appaltante nel caso sottoposto alla sua disamina; modalità questa che, di fatto, consente di svincolare il 75% della garanzia (oggi,

80%) solo in ipotesi di integrale esecuzione dei lavori da parte della impresa appaltatrice.

Una tale lettura è, a (sommesso) parere di chi scrive, alquanto opinabile, in quanto non perfettamente aderente all'interpretazione letterale del dato di legge (oggi, art. 103, comma 5, del D.lgs. n. 50/16, in passato artt. 30, comma 2-ter, della Legge n. 109/94 e 113, comma 3, del D.lgs. n. 116/06), il quale - giova rimarcare - prevede *tout court* che lo svincolo della polizza (nel suo intero ammontare) debba avvenire progressivamente, in ragione dell'avanzamento dei lavori, nel limite massimo (oggi, 80%) dell'originale importo garantito.

A seguire, invece, la diversa posizione della Corte di Cassazione, il garante si trova nella situazione - non contemplata dal legislatore - per la quale, a fronte di un avanzamento lavori superiore al 75%, la garanzia definitiva dallo stesso rilasciata risulta svincolata per una percentuale più contenuta rispetto al limite massimo consentito; ciò in quanto la percentuale di esecuzione lavori va calcolata non già sul 100% dell'importo originario di polizza, ma "solo" sull'80% della stessa (o, come nel caso sottoposto alla disamina della Cassazione, sul 75%), in spregio al dato di legge, che - si ripete - non reca un simile distinguo.

Il che ha evidenti ricadute (negative) tanto per il garante quanto per l'appaltatore, i quali si vedranno entrambi chiamati a rispondere - sia pure sotto profili diversi - per importi maggiori di quelli preventivati sulla scorta delle previsioni di legge.

In attesa di auspicabili chiarimenti del legislatore, le Stazioni appaltanti, in sede di escussione, potrebbero, dunque, valutare di adottare questa singolare - e, per loro, maggiormente conveniente - modalità di calcolo dello svincolo della garanzia definitiva... pur consapevoli del concreto rischio di "opposizione" da parte dei garanti.