

Avv. CARLO F. GALANTINI
Avv. CRISTINA FORTE

Milano, 3.4.2020

Avv. VIRGINIA COCCO-ORDINI
Avv. LUCIA VALVO
Avv. C. ALESSANDRA CANIGLIA
Avv. ROBERTO LAZZARONI
Avv. ELISABETTA DEL CARLO
Avv. MATTEO GADIA
Avv. CARLOTTA MONTANO

Spett.le
Forum Cauzioni e Credito
Via Felice Cavallotti, 15
20122 Milano

alla c.a del Signor

Dott. Giovanni Brambilla Pisoni

trasmessa via e-mail

Ns. Rif. n.7318/20 = Forum Cauzioni – parere sull’intervento del Segretario Generale dell’IVASS in sede di commissione parlamentare di inchiesta sulle garanzie finanziarie ed assicurative occorrenti nell’ambito delle attività connesse al c.d. ‘ciclo dei rifiuti’.

Egregio Dott. Brambilla Pisoni,

facendo seguito alle intese intercorse, fornisco di seguito il richiesto parere rispetto al merito delle considerazioni espresse dal Segretario Generale dell’IVASS in sede di commissione parlamentare di inchiesta in materia di cauzioni nel settore del ciclo dei rifiuti, ed in particolare alle pagine da 13 a 15 della relazione datata 3.2.2020 trasmessami.

Come primo rilievo generale, osservo che il documento è permeato dal *mantra* secondo il quale l’ente pubblico beneficiario di una polizza fidejussoria debba “*conseguire una*



garanzia da parte delle imprese assicuratrici tempestiva, pronta e piena”, e che in fondo tale obiettivo possa essere conseguito solamente mediante il rilascio di contratti autonomi di garanzia.

Tale visione, a mio parere, è miope e non può essere accolta, sia in quanto le polizze fidejussorie rilasciate da imprese di assicurazione non possono essere inquadrate nello schema del ‘contratto autonomo di garanzia’ sia perché, in ogni caso, 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 c.d. *‘solve et repete’*.

Il tutto nella consapevolezza che, se così non fosse, e cioè, se le Compagnie fidejubenti fossero costrette a trattare le proprie polizze fidejussorie come veri e propri contratti autonomi di garanzia ai sensi dei quali è in ogni caso preclusa la possibilità di esperire l’azione di ripetizione nei confronti dell’Ente garantito, tali Imprese sarebbero indotte a non prestare più cauzioni verso gli enti pubblici.

Più nel dettaglio, entrando nel merito degli *‘interventi sullo schema tipo di polizza’* relativi al settore dei rifiuti auspicati nel documento IVASS in esame, osservo che:

- a. in relazione alla proposta di potenziare l’operatività e l’ambito oggettivo della clausola a prima richiesta per chiarire e sottolineare, anche da un punto di vista convenzionale, l’autonomia dell’obbligazione dell’assicuratore rispetto ad ogni altra vicenda comunque connessa al contratto, non posso che esprimere un radicale disaccordo, in quanto le polizze fidejussorie prestate da Compagnie di assicurazione NON sono e NON possono essere veri e propri contratti autonomi di garanzia, non foss’altro che per l’incompatibilità tra tali tipi di contratti e la gestione di un ramo assicurativo secondo i principi della tecnica assicurativa, nonché con l’esigenza di rispettare il principio indennitario. Sicché questo approccio è da respingere già nelle fasi preliminari alla discussione.

Tali conclusioni, del resto, non solo sono in linea con l’impostazione dell’IVASS (all’epoca ISVAP), espressa nella nota circolare n.172 del 24.10.1991, secondo la quale *“le assicurazioni cauzionali devono essere prestate quale garanzia accessoria rispetto all’obbligo principale”*, con esclusione, quindi, delle garanzie prive del requisito dell’accessorietà, ma anche con alcune significative sentenze della Corte di Cassazione (la n. 21247/2010, la n.10007/2011 e la n.9475/2014, le ultime due successive alla decisione delle S.U. n. 3947/2010) con le quali il Supremo Collegio ha avuto modo di precisare che le imprese di assicurazione non possono prestare garanzie autonome in modo ricorrente e nell’ambito dello svolgimento di un ramo assicurativo (credito-cauzioni), giacché tali tipi di contratti sono incompatibili con una gestione tecnico-assicurativa del rischio.

- b. con riguardo alla richiesta da parte di IVASS *“dell’eliminazione, nel testo di polizza, di qualsiasi riferimento all’operatività dell’art. 1462 c.c. o al suo contenuto”*, in quanto il riferimento alla predetta disposizione codicistica avrebbe l’effetto di attenuare l’efficacia della clausola a ‘prima richiesta’, ritengo viceversa che l’inserimento di una clausola di c.d. *‘solve et repete’* di cui all’art. 1462 c.c. contemperisca sia le necessità di effettività ed efficacia delle garanzie sentite dagli enti appaltanti che le esigenze tecniche delle società cauzionanti.

Ed invero, mediante una siffatta fidejussione atipica, connotata, appunto, dalla presenza di una clausola del *solve et repete* regolata dall’art.1462 c.c., nonostante la natura della garanzia rimanga ‘causale’, tuttavia si prevede che il garante, a fronte della richiesta di escussione, non possa opporre eccezioni (se non nei limiti di cui alla richiamata disposizione dell’art.1462 c.c.) circa la debenza del debito principale, salvo poter ripetere la prestazione a seguito del pagamento delle somme garantite, in base a tutte le eccezioni che competevano al debitore principale.

Si potrebbe poi ipotizzare di modulare la condizione di escutibilità secondo criteri più o meno automatici e letterali (ad esempio, si potrebbe subordinare il pagamento alla semplice richiesta “documentata” e con l’indicazione dell’inadempimento imputato all’appaltatore), ma permettendo la ripetizione (art.2033 c.c.) dall’ente beneficiario degli importi in ipotesi non dovuti, ma già riscossi (cosa che già si prevede nei formulari tipo delle cauzioni per gli appalti pubblici). Ciò consentirebbe all’assicuratore almeno di ristabilire o comunque perseguire (anche se a posteriori) un riequilibrio finanziario del ramo.

- c. IVASS chiede di eliminare la possibilità per l’Impresa assicuratrice di introdurre previsioni normative che le consentano di proporre eccezioni concernenti *‘le patologie invalidanti nonché le sopravvenienze estintive dell’attività sottostante i cui rischi sono garantiti’*. Mi sembra una pretesa vessatoria e francamente inaccettabile, giacché, anche secondo la nota sentenza n. 3947/10 Cass. Sez. Un., l’astrazione del carattere autonomo della garanzia trova comunque un limite quando le eccezioni dell’assicuratore attengono alla inesistenza od invalidità del rapporto garantito od all’estinzione dello stesso.
- d. Ancora, IVASS chiede di impedire che l’Impresa assicuratrice possa introdurre previsioni che le consentano di proporre eccezioni concernenti *“2) la non imputabilità al contraente del sinistro occorso (c.d. eccezione di inadempimento giustificato”, e “3) l’imputabilità dell’adempimento (n.b. ma con ogni probabilità si intendeva dire inadempimento) in tutto o in parte all’ente pubblico beneficiario”*. Sul punto osservo che la previsione di una clausola *‘solve et repete’* impedirebbe comunque all’assicuratore di poter negare il pagamento opponendo la c.d. *‘exceptio inadimpleti contractus’* di cui all’art. 1460 c.c., per lo meno sotto il profilo dell’inesatto adempimento da parte dell’ente pubblico. Più in generale, ritengo che la condizione di escutibilità potrebbe essere modulata nel senso di favorire il pagamento dell’assicuratore ‘a semplice

richiesta', magari disciplinando ipotesi specifiche e limitate in cui l'assicuratore può rifiutare la prestazione, in aggiunta ai casi già contemplati dall'art. 1462 c.c.

- e. IVASS propone, inoltre, che l'unica deroga all'operatività della cauzione 'a prima richiesta' sia costituita dall'*exceptio doli*. In realtà, come si è detto sopra, un grado sufficiente di effettività della garanzia può raggiungersi anche nelle polizze causali connotate dalla presenza di una clausola del *solve et repete*, ove il garante - in prima istanza - non può opporre eccezioni, se non in relazione alle limitate fattispecie previste dall'art. 1462 c.c., restando invece libero di sollevare ogni eccezione che sarebbe spettata al contraente una volta effettuato il pagamento degli importi garantiti.
- f. Con riguardo ai *desiderata* di IVASS aventi ad oggetto la richiesta esclusione della facoltà dell'impresa assicuratrice di subordinare il pagamento '*alla previa valutazione di deduzioni, eccezioni o riserve formulate dall'assicurato in merito alla vicenda che ha generato il sinistro*', ritengo che nell'ottica dell'inquadramento delle polizze fidejussorie nell'ambito delle fidejussioni atipiche con clausola del *solve et repete* l'escussione della garanzia potrebbe in effetti ben avvenire in seguito ad una semplice richiesta da parte dell'ente garantito, che però deve essere almeno documentata, oltre che contenere l'esatta indicazione dell'inadempimento imputato all'appaltatore. Ciò per consentire all'Impresa di verificare che l'escussione medesima non sia abusiva o pretestuosa. A queste condizioni la richiesta di IVASS potrebbe forse essere accolta.
- g. Quale ultimo punto del documento in esame, IVASS ritiene opportuno che nel clausolario di polizza venga inserita una pattuizione che stabilisca che la mancata opposizione di eccezioni non preclude l'esercizio della rivalsa da parte dell'Impresa nei confronti del '*soggetto assicurato*' (*rectius*: soggetto contraente).

In realtà, osservo che una tale tipologia di clausola è solitamente già prevista nelle polizze fidejussorie sul mercato, nella sezione che disciplina i rapporti fra contraente e garante.

Sotto altro profilo, si deve osservare che il riconoscimento alla Compagnia dell'azione in rivalsa nei confronti del contraente di polizza e obbligato principale è un rimedio del tutto insufficiente nell'ottica di un corretto riequilibrio delle posizioni, posto che:

- in ogni caso, rimane la criticità costituita dal fatto che, interpretando la polizza fidejussoria come contratto autonomo di garanzia, si induce a violare il principio indennitario (il beneficiario può percepire somme di gran lunga superiori all'entità del pregiudizio subito) e l'impresa si trova 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);

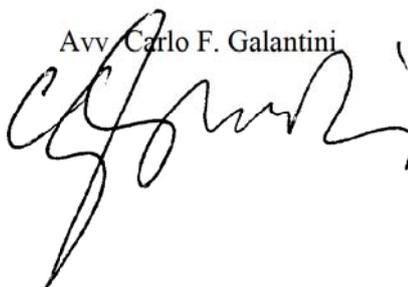
- non viene consentito all'impresa di assicurazioni di ribilanciare il ramo attraverso l'esercizio della rivalsa, giacché l'unica azione permessa sarebbe il regresso verso il contraente di polizza, che, molto spesso, è un soggetto con scarsa solidità patrimoniale quando non insolvente, laddove, invece, qualora venisse concesso al garante di ottenere la ripetizione dal beneficiario – ente pubblico – di quanto a questi versato in sede di escussione nel caso in cui le eccezioni della Compagnia fossero fondate, il recupero avrebbe di certo maggiori probabilità di successo.

In conclusione, ad ulteriore dimostrazione della necessità di un ripensamento circa la concreta interpretazione e funzione delle polizze fidejussorie, va ricordato che l'ultima sentenza della Cassazione (v. sentenza n. 4717/2019) ha chiarito come i formulari più diffusi nella pratica del ramo cauzioni sono suscettibili di condurre alla qualificazione delle polizze fidejussorie come garanzie di natura causale, ossia aventi un "*contenuto altro*" rispetto ad un contratto autonomo di garanzia.

* * *

Resto a disposizione per qualsiasi supplemento di analisi occorresse e, con l'occasione, porgo molti cordiali saluti.

Avv. Carlo F. Galantini



CG/RL/as