

Local Moot Court Competition 2014 - ELSA Trento

Numero squadra: 589852

25 Marzo 2014

Trento

Memoria difensiva  
a favore di  
*Comune di Terrarossa*  
contro  
istituto bancario *BETA Scarl*

### **IN FATTO**

1) Il Comune di Terrarossa, parte attrice, a seguito di corretto espletamento del procedimento amministrativo, ha concesso all'impresa ALFA srl il permesso di costruire per il restauro conservativo e per il risanamento di un immobile di proprietà.

2) Il rilascio del suddetto permesso di costruire è avvenuto previo versamento del 50% degli oneri concessori dovuti per legge da parte di ALFA srl e contestuale dazione di garanzia rilasciata dall'istituto bancario BETA Scarl, parte convenuta, per il pagamento del residuo.

3) Nel testo del citato contratto di garanzia, rilasciato dalla banca BETA Scarl a beneficio del Comune, è stabilito che: "La banca garantisce l'eventuale inadempimento di ALFA srl, impegnandosi a versare dietro semplice richiesta scritta motivata del Comune, quanto residualmente dovuto *ex lege* a titolo di oneri concessori".

4) ALFA srl ha omesso il versamento del 50% degli oneri concessori garantiti, risultando inadempiente nei confronti del Comune.

5) Il Comune di Terrarossa agisce in via giudiziaria nei confronti di BETA Scarl chiedendo la condanna al pagamento degli oneri concessori residualmente dovuti.

## IN DIRITTO

L'analisi della presente memoria si dipana principalmente su di una sottile linea giuridica riguardante la distinzione fra due figure contrattuali molto simili e di primaria importanza nel commercio internazionale moderno, il c.d. "contratto autonomo di garanzia" e la fideiussione, in particolare con clausola *solve et repete*.

Nel caso oggetto della presente analisi, tale fine distinzione concettuale vede il proprio riflesso pratico nella possibilità o meno per il convenuto, l'istituto bancario BETA Scarl, di opporre, a seguito dell'inadempimento del debitore principale, quell'insieme di eccezioni proprie del regime tipico fideiussorio (artt. 1936 ss c.c.).

### Circa la qualificazione del contratto come garanzia atipica

Al fine di dimostrare come l'istituto bancario BETA Scarl sia tenuto al pagamento della prestazione debitoria principale senza poter opporre alcuna fra le eccezioni tipiche del regime fideiussorio, vale la pena sottolineare come la distinzione cardinale tra l'istituto della fideiussione e la medesima fattispecie atipica si rilevi nell'assoluta carenza in quest'ultima figura contrattuale dell'elemento dell'accessorietà.

Carenza da cui consegue l'obbligo, da parte del garante, di pagare il terzo beneficiario di tale garanzia *illico et immediate* senza poter opporre alcuna eccezione in ordine alla validità e/o all'efficacia del rapporto di valuta o provvista, caratterizzanti, per converso, la garanzia fideiussoria (come ricordato, da ultimo, in Cass. n. 15108/2013).

Queste due caratteristiche distintive rispetto a tali fattispecie astratte emergerebbero nelle pattuizioni contrattuali sotto forma di due clausole ben specifiche, riassunte nelle rispettive formule "a semplice richiesta" e "senza eccezioni".

Si argomenterà, essenzialmente, lungo quattro direttrici al fine di dimostrare come, nel caso

di specie, si possa parlare di contratto autonomo di garanzia, e come, di conseguenza, l'istituto bancario BETA Scarl sia tenuto al pagamento della prestazione principale garantita senza alcuna possibilità di opporre eccezioni dilatorie.

Per converso, le uniche eccezioni opponibili al beneficiario in un contratto autonomo di garanzia, quali l'illiceità della causa del rapporto di valuta da un lato, e la c.d. *exceptio doli generalis seu presentis* dall'altro, saranno poi considerate ed analizzate al termine delle presenti argomentazioni classificatorie.

1) Sulla scorta di autorevole dottrina (Viti, *Polizza fideiussoria: natura giuridica e sua assimilabilità al contratto autonomo di garanzia*) e giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 10486/2004, n. 26262/2007, n. 4446/2008, e Cass. S.U. n. 3947/2010) si può sostenere apertamente che l'apposizione della clausola "a prima richiesta" non comporti una semplice deroga del modello contrattuale fideiussorio ma una vera e propria alterazione del tipo.

A tale approdo si giunge mediante una lettura combinata dei principi di ermeneutica contrattuale classici (1362-1371 c.c.) e delle recenti posizioni della S.C. (Cass. S.U. n. 3947/2010); posizioni aventi ad oggetto:

- il principio di certezza del diritto,
- la facoltà/necessità dei contraenti di prevedere ex ante gli effetti giuridici nascenti dall'apposizione della clausola,
- il principio di uguaglianza (inteso come parità di trattamento).

Il ragionamento della corte, in forza della funzione nomofilattica che esercita in quella sede, segna una svolta epocale facendo cadere ogni dubbio in merito al significato giuridico dell'inserimento di tali clausole, classificandole come elemento inconfondibile del *Garantievertrag*.

2) In aggiunta, vale comunque la pena notare come autorevole giurisprudenza (Cass. n. 10486/2004) abbia connesso le due clausole "a semplice richiesta" e "senza eccezioni" in un rapporto di disgiunzione logica, potendosi attribuire ad ognuna di esse, pure singolarmente considerata, la stessa capacità derogatoria rispetto al contratto tipico di fideiussione, facendolo definitivamente mutare e giungere così entro i confini concettuali di un *Garantievertrag*.

3) Inoltre, a sostegno decisivo della tesi per cui la garanzia rilasciata da BETA scarl sia qualificabile unicamente come contratto autonomo di garanzia, è necessario evidenziare che la stessa viene citata nel testo del caso con il nomen iuris "cauzione fideiussoria".

La cauzione fideiussoria o polizza fideiussoria è correttamente concepita dalla più attenta dottrina e giurisprudenza (a partire da Trib. Torino, 29 Agosto 2002) come un contratto a favore di terzo.

Tale polizza fideiussoria è caratterizzata dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, il promittente, di pagare un determinato importo al beneficiario, il terzo creditore principale, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente, lo stipulante (così, *ex aliis*, Cass. n. 11261/2005).

Il terzo, per converso, non è parte né in senso sostanziale né in senso formale del rapporto negoziale, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicché la sua adesione al comparto contrattuale, e quindi la propria accondiscendenza al voler profittare di un simile impianto giuridico, rivelerebbe, eventualmente, unicamente a fini di certezza giuridica e di definitiva irrevocabilità dello stesso contratto ai sensi dell'articolo 1411 c.c., comma terzo (Cass. n. 23708/2008 e n. 13661/1992).

Di conseguenza, ciò che risulta decisivo è unicamente il rapporto negoziale intercorrente tra ALFA srl e BETA Scarl, cioè, nel caso di specie, la "lettera d'incarico", la quale espressamente prevede che il pagamento del garante debba avvenire "*dietro semplice richiesta scritta motivata del Comune, senza che possa essere ad esso opposta eccezione alcuna*", condensando entro il proprio schema letterale non solo la clausola "a semplice richiesta" ma, *a fortiori*, anche quella "senza eccezioni".

Tali due clausole, enunciate contemporaneamente in combinato disposto, non possono lasciare alcun dubbio all'interprete circa l'ineludibile intento derogatorio della disciplina tipica fideiussoria che le parti hanno realizzato.

4) Da ultimo, le autorevoli Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass. S.U. n. 3947/2010) hanno esplicitamente configurato la polizza fideiussoria come una garanzia avente carattere atipico, e quindi ontologicamente incompatibile con la fideiussione.

In altri termini, la polizza fideiussoria, secondo le Sezioni Unite, derogherebbe necessariamente alla disciplina codicistica in tema di fideiussione, rendendola inapplicabile.

#### Circa l'opponibilità delle eccezioni

Giunti alla conclusione per cui il rapporto negoziale tra le tre parti debba necessariamente essere qualificato come contratto autonomo di garanzia, le uniche eccezioni opponibili dal garante al beneficiario risultano essere:

- l'illiceità della causa del rapporto di valuta
- l'abuso del diritto da parte del creditore (*exceptio doli generalis seu presentis*)

1) La illiceità della causa deve essere esclusa in quanto, ai sensi dell'art. 21-septies l. 241/90,

non integra un'ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo,

2) L' *exceptio doli*, invece, potrebbe trovar unicamente fondamento nella caso in cui il Comune di Terrarossa avesse sottaciuto situazioni sopravvenute ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto di cui chiede tutela, ovvero avesse avanzato richieste di pagamento *prima facie* abusive o fraudolente (Cass. n. 21265/2007).

In altri termini, ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, BETA Scarl potrebbe opporre l'*exceptio doli* solo in presenza di una pretestuosa escussione della garanzia bancaria, e tale stessa sarebbe legittima solo in presenza di prove sicure di malafede del Comune di Terrarossa e del carattere fraudolento della richiesta del beneficiario (Cass. n. 5997/2006).

Il Comune di Terrarossa, per converso, agisce nei confronti dell'istituto bancario BETA Scarl allo scopo di ottenere ciò che residualmente gli spetta a titolo di oneri concessori ex art. 16 d. P.R. n. 380/2001, nel rispetto delle previsioni contrattuali a suo favore e solo in seguito all'evento inadempimento della prestazione principale garantita.

Non incorrono tra le parti altri rapporti giuridici idonei ad estinguere o modificare l'obbligazione garantita né sono presenti elementi in grado di rendere evidente questa estinzione, quali, ad esempio, il già esatto adempimento dell'obbligazione garantita (Cass. n. 23786/2007) od una condotta da parte del beneficiario che avrebbe fatto scaturire l'inadempimento del debitore principale (Trib. Milano, 22 Luglio 1994).

Per tali motivi l'*exceptio doli generalis seu presentis* non è configurabile nel caso di specie.

Da ultimo, una volta constatata l'impossibilità nel caso di specie per l'istituto bancario BETA Scarl di far valere alcuna fra le uniche due eccezioni prospettabili in tema di contratto autonomo di garanzia, resta solo da confutare l'ultima possibile obiezione che a tale ricostruzione dogmatica potrebbe essere prospettata.

Si fa riferimento all'ipotesi in cui le parti, a prescindere dalla qualificazione "cauzione fideiussoria", ne abbiano conservato unicamente il nome dando origine ad un contratto che rientrerebbe a pieno diritto nel regime tipico fideiussorio.

Tale argomentazione non risulta decisiva per quattro ordini di ragioni:

1) Innanzitutto, in virtù del principio di conservazione del contratto(art 1367cc), risulta illogico e in contrasto con il dato normativo, interpretare l'apposizione delle clausole "a prima

richiesta" e "senza eccezioni" nel senso di dar loro un significato differente da quello derogatorio della disciplina tipica della fideiussione.

In aggiunta, si consideri il dato per cui, nel testo della "lettera d'incarico", decisivo al fine di valutare le reali intenzioni dei contraenti trattandosi di un contratto a favore di terzo, non solo compare la clausola a prima richiesta, ma anche quella per cui il pagamento deve essere eseguito "senza eccezioni".

Riassumendo: in entrambi i testi contrattuali vi è una esplicita deroga del regime fideiussorio, deroga altresì rafforzata nel testo della lettera d'incarico mediante l'apposizione della clausola "senza eccezioni".

2) In aggiunta, pur essendo la parte attrice ben consapevole delle diverse funzioni economiche adempiute dal c.d. *Garantievertrag* da un lato, e dalla fideiussione dall'altro, vale la pena evidenziare in questa sede come, secondo le Sezioni Unite (sent n.3947/10), *"la funzione del Garantievertrag è quella di 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, contrariamente a quanto accade per il fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante)"*.

Tale inciso della Suprema Corte è indispensabile per dimostrare come: da un lato, l'istituto della fideiussione verta necessariamente su di un rapporto di dare fungibile, mentre, dall'altro, il contratto autonomo di garanzia possa anche, ma non soltanto, vertere su obbligazioni di dare o su obbligazioni fungibili, pur non perdendo parimenti la propria funzione di indennizzo e pur lo stesso non presentando alcun carattere di solidarietà od accessorietà rispetto al debito principale. Di conseguenza, non decisiva si rivelerebbe la tesi per cui il *nomen iuris* della "cauzione fideiussoria" sarebbe una "scatola vuota" in quanto vi sarebbe perfetta fungibilità tra obbligazione principale di dare e obbligazione garantita nel caso in esame.

In altri termini, la Suprema Corte stabilisce nella propria sentenza (Cass. S.U. n. 3947/2010) il principio per cui ben possa ammissibilmente essere concepita la fattispecie contrattuale del contratto autonomo di garanzia pure qualora lo stesso garantisca un'obbligazione perfettamente sovrapponibile a quella principale, restando, tuttavia, fermo il dato per cui lo scopo di tale contratto è quello di indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

3) In aggiunta, risulta essenziale richiamare la garanzia fideiussoria a beneficio dell'Amministrazione appaltante, ai sensi della l. n. 109/1994, art. 30 comma secondo, la quale ha indubbiamente carattere indennitario, in quanto il fideiussore non sarebbe obbligato ad adempiere in luogo del debitore principale, essendo tenuto a rifondere il creditore degli oneri affrontati in conseguenza del mancato o inesatto adempimento del debitore.

In altri termini, tramite questa qualificazione giuridica operata dalla legge quadro in materia di lavori pubblici, ed avallata dalle Suprema Corte (Cass. S.U. n. 3947/2010), si statuisce, nuovamente, come non necessariamente le fideiussioni abbiano carattere satisfattorio, né come queste stesse debbano garantire prestazioni fungibili.

4) Da ultimo, parti rilevanti della dottrina e della giurisprudenza hanno sottolineato come i concetti stessi di fungibilità e infungibilità della prestazione appaiano come una qualificazione giuridica tra le più sfuggenti, cui, del resto, non sempre è riconosciuto un autonomo significato, trattandosi di un problema di interpretazione in senso lato, in quanto la fungibilità di un'obbligazione non dipenderebbe tanto dal tipo di prestazione o dalla natura del suo oggetto secondo criteri astratti, ma dovrebbe esser valutata in concreto, tenuto conto anche dell'interesse del creditore, ex art. 1173 c.c.

A sostegno di tale è sufficiente citare l'esegesi della moderna giurisprudenza in tema di adempimento delle obbligazioni di fare, la quale è giunta a considerarle di carattere fungibile, superando la tradizionale impostazione del codice del 1865; si pensi altresì ai numerosi riassetamenti della recente giurisprudenza di merito in relazione alla possibilità di applicazione dell'articolo 614bis del c.p.c. anche a prestazioni tradizionalmente sempre considerate a carattere fungibile.

#### *Circa la qualificazione del contratto come fideiussione con clausola solve et repete*

Nell'eventualità in cui il rapporto dedotto in giudizio non venisse qualificato come un contratto autonomo di garanzia ma, viceversa, come fideiussione con clausola *solve et repete* (ex art.1462 cc), questa qualificazione giuridica avrebbe come unica conseguenza il differimento della proposizione delle eccezioni da parte di BETA Scarl.

Esse potrebbero eventualmente essere proposte solo dopo il pagamento della prestazione dovuta e garantita.

Di conseguenza, si limiterebbe la possibilità per l'istituto bancario BETA Scarl di opporre eccezioni dilatorie al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta e garantita, così venendosi a

determinare l'astrazione processuale della causa del negozio intercorrente tra garante e garantito. Ne consegue che l'opponibilità delle eccezioni fideiussorie tipiche è esclusa nella fase antecedente al pagamento.

Il regime instaurato dall'inserimento della clausola *solve et repete* nel comparto negoziale non si applica né all'*exceptio doli generalis*, né alle eccezioni attinenti la validità del rapporto di provvista, né alla rescissione del contratto del contratto di garanzia.

1) Per quanto riguarda la prima fra tali eccezioni, cioè l'*exceptio doli generalis*, si veda quanto già detto *supra* in relazione alla sua non opponibilità al c.d. *Garantievertrag* così come qualificato.

2) Per quanto concerne l'eccezione attinente alla rescissione del contratto di garanzia, va rilevato come manchi nel testo del caso alcun riferimento ad un possibile stato di necessità in cui versava il convenuto BETA Scarl al momento della stipulazione del contratto. Per tale ragione, la presente eccezione non risulta opponibile.

3) Per quanto concerne l'eccezione attinente all'annullabilità del contratto di garanzia, occorre rilevare come, nel caso di specie, manchino elementi idonei per poter individuare vizi del consenso, l'incapacità legale a contrarre dei contraenti. Per tale ragione, la presente eccezione non risulta opponibile.

4) Da ultimo, si consideri l'ipotesi di opponibilità dell'eccezione di nullità del contratto di garanzia. In tal caso, è evidente l'impossibilità di eccepirla in quanto il medesimo contratto di garanzia possiede tutti i requisiti previsti dall'art. 1325 c.c., così come un oggetto determinato ed una causa lecita per i motivi di cui *supra*. Inoltre, il medesimo contratto non contrasta con alcuna norma imperativa considerato che si innesta su di un procedimento amministrativo correttamente espletato e che rispetta tutte le prescrizioni codicistiche in materia di fideiussione con *solve et repete*, così come eventualmente qualificato dal collegio giudicante in questa seconda ipotesi.

### Conclusioni

A motivo delle qualificazioni giuridiche del rapporto negoziale intercorrente tra le parti, la parte attrice Comune di Terrarossa chiede nei confronti della parte convenuta istituto bancario BETA Scarl la condanna al pagamento delle somme garantite e residualmente dovute a titolo di oneri concessori ex art. 16 d. P.R. n. 380/2001. Per converso, nessun tipo di eccezione, per i motivi di cui sopra, pare opponibile.