

Local Moot Court Competition 2014 - ELSA Trento

Numero squadra: 589852

25 Marzo 2014

Trento

Memoria difensiva
a favore di
Istituto Bancario BETA Scarl
contro
il Comune di Terrarossa

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 "cauzione fideiussoria" 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 semplicemente 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.

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 FATTO

Al fine di respingere la domanda di parte attrice risulta necessario articolare le difese in relazione alla natura giuridica del rapporto contrattuale dedotto in giudizio; la qualificazione del contratto di garanzia risulta infatti indispensabile per la delimitazione dei confini entro i quali si dispiega la facoltà del garante Beta di opporre eccezioni nei confronti della controparte.

L'assetto difensivo di seguito prospettato trova fondamento nella differenziazione strutturale tra contratto "di fideiussione" e "contratto autonomo di garanzia" (cd *Garantievertrag*).

Circa la qualificazione giuridica del contratto di garanzia

La premessa ineludibile agli argomenti che seguiranno, premessa che corre quasi sempre strisciante nella produzione scientifica in materia ma che risulta necessaria per dare un fondamento dogmatico alle difese del convenuto, è relativa all'innestarsi del dibattito in merito alla causa del cd *Garantievertrag* all'interno del dibattito sulla causa in generale.

In particolare è necessario (senza soffermarsi in questa sede sui motivi) dare come superata la concezione della causa come utilità sociale del singolo contratto tipico astraendolo dal suo concreto manifestarsi ed è altresì necessario ri-concepirlo, come ormai è uso nella dottrina moderna, come funzione economico-sociale del contratto, non tanto come voluto dalle parti, ma come funzione economico-sociale del contratto in sé (e non dell'ideale o positiva categoria a cui appartiene).

L'analisi della fattispecie trae spunto dalla natura giuridica della c.d. cauzione fideiussoria (o polizza fideiussoria), *nomen iuris* del contratto da quanto risulta dal testo del caso.

Partendo dal dato normativo è utile fare in primis riferimento alla disciplina normativa speciale abrogata, di cui, tra l'altro al D.P.R. n. 1063/62 abrogato dal D.P.R. n. 544/99, alla l. 348/82 abrogata dal d. lgs. 209/05 e in secundis al "nuovo codice dei contratti pubblici" d.lgs. n. 163/06; in particolare all'art.75 di quest'ultimo la garanzia relativa alla conclusione

di un contratto con la PA può essere alternativamente prestata sotto forma di cauzione reale o fideiussoria.

Tale cauzione fideiussoria, se sottoposta al vaglio di un'analisi critica, può agilmente considerarsi uno dei numerosi terreni di scontro del mai sopito dibattito classificatorio che vede contrapporsi il contratto di fideiussione ex 1936ss c.c. e il cd *Garantievertrag* di matrice anglo tedesca.

Seguendo la linea argomentativa di una recente sentenza delle s.u. (Cass. civile Sez. Unite n. 3947/2010) si può fare riferimento alle caratteristiche morfologiche e funzionali delle due fattispecie per provare a dare respiro oggettivo alla insidiosa *actio finium regundorum*.

In particolare, per quanto riguarda il contratto di fideiussione, ciò che rileva è il vincolo di accessorietà che lega le prestazioni e, a questo connesso, la necessaria identità tra la prestazione principale garantita e la prestazione oggetto della garanzia.

In consonanza con un recente dictum di cui a Cass. civile 2008 n. 2377, accessorietà, identità e solidarietà sono gli elementi del negozio fideiussorio che fungono da ponte logico per passare dal profilo morfologico a quello causale, caratterizzato dalla natura soddisfattoria della fideiussione.

Al contrario, sempre secondo la recente sentenza di cui *supra*, il contratto autonomo di garanzia è caratterizzato dalla difformità della prestazione da esso scaturente rispetto a quella principale, e da un taglio funzionale incentrato nel preservare l'interesse economico della parte garantita, assumendo, sotto questo profilo, la funzione della cd *fideiussio indemnitas*. In questo caso cade anche il vincolo della solidarietà spingendo il negozio di garanzia verso l'astrazione sostanziale.

Basandosi su questo breve inciso definitorio, risulta agevole far rientrare la cauzione fideiussoria - esemplificata da quella prevista ex lege nel caso di conclusione di un contratto di appalto con la PA - all'interno della macrocategoria "negozi autonomi di garanzia" ossia "garanzie atipiche", anche e soprattutto sulla scorta di numerosa giurisprudenza di legittimità tra cui, con chiarezza, la già citata Cass. civile Sez. Unite 18/02/10 n. 3947.

1) La garanzia fideiussoria di cui all'art. 30 L. n. 109/94 oggi abrogata dal predetto nuovo codice dei contratti pubblici è stata assimilata ad una vera e propria caparra confirmatoria

(vd. Cons. di Stato 4a sez. n. 1840 del 29 marzo 2001) ove si legge esplicitamente che “*le assicurazioni cauzionali assolvono alla stessa funzione giuridico economica di una cauzione in denaro o in altri beni reali*”;

2) in riferimento alla disciplina attualmente vigente, in particolare all'art.75 del nuovo codice dei contratti pubblici, si rileva che “*la fideiussione può essere bancaria [...] e deve prevedere espressamente tanto la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, quanto la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c comma 2 nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta [...]*”.

Anche in questo caso, attraverso il dato normativo, viene con forza ribadita la puntualità della tesi secondo cui, nel caso in cui la cauzione (reale) sia sostituita da una differente forma di garanzia quantunque qualificata, questa debba necessariamente offrire alla P.A. un risultato assimilabile sotto il profilo funzionale: l'immediata e (pressoché) incondizionata acquisizione della somma in caso di inadempimento dell'aggiudicatario.

3a) A mente della sent. Cass. civile 27.5.2002, n 7712 la polizza fideiussoria, ove prestata a garanzia dell'appaltatore, non è configurabile come fideiussione, bensì come garanzia atipica e ciò in forza dell'argomento per cui l'insostituibilità della prestazione fa cadere il vincolo costituito dalla solidarietà dell'obbligazione del garante. Ciò ha come conseguenza che il beneficiario possa esigere da lui solamente un indennizzo, prestazione funzionalmente differente da quella alla quale aveva diritto in origine.

3b) La diversità di struttura e di effetti che si rinviene rispetto alla fideiussione ha inoltre dei riflessi sulla causa concreta (in tema, *funditus*, Cass. civile 10490/06) del *Garantievertrag* o *Performance bond*, la quale risulta, senza parafrasare vista l'essenzialità della definizione, “*quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale*”.

In base alle considerazioni sin qui svolte e con richiamo specifico di quanto argomentato *supra* nel breve inquadramento sistematico, questa difesa ritiene che la “cauzione fideiussoria”, rilasciata dall' Istituto bancario BETA scarl nei confronti del Comune di Terrarossa, non possa essere ritenuta in realtà tale difettando, ad eccezione del nomen iuris, di tutti gli elementi che identificano e caratterizzano le predette polizze fideiussorie.

Argomentando “a contrario” rispetto ai profili definatori di cui sopra:

1) stante il difetto della assimilabilità automatica della prestazione dedotta in giudizio alla caparra confirmatoria che per la dottrina (Torrente) “*corrisponde alla prassi antichissima di dimostrare la serietà con la quale il contratto viene stipulato*”. In primo luogo nel caso di specie si tratterebbe della medesima prestazione principale e in secondo luogo la presunta caparra confirmatoria difetterebbe della sua causa autonoma vista l'inesistenza di un ulteriore e distinto obbligo a cui adempiere in capo alla società ALFA srl;

2) stante l'identità e la fungibilità tra la prestazione principale e quella di garanzia consistenti entrambe nel pagamento di una somma di denaro;

3) stante la natura puramente satisfattoria della prestazione di garanzia, caratterizzata dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene della vita dovuto, cioè di realizzare specificatamente il soddisfacimento del proprio diritto;

risulta sufficientemente provata, e soprattutto non interpretabile in senso opposto, la natura fideiussoria del negozio contrattuale dedotto in giudizio (ciò anche in forza di una dicotomia logica tra tipico e atipico per cui necessariamente e logicamente *tertium non datur*).

Ad ulteriore argomentazione di quanto sopra, a chiusura di un'indagine dei profili morfologici della figura contrattuale in esame prescindente dalla volontà delle parti storicamente manifestatasi, e con particolare riferimento alla forma che il rapporto contrattuale assume in relazione ai contraenti:

- la polizza fideiussoria è, da un punto di vista genetico, un negozio stipulato dal debitore principale su domanda ed in favore del beneficiario, necessariamente strutturato secondo lo schema del contratto a favore di terzo ex 1411c.c. (*ex multis* Cass. n. 11261/2005); il terzo non può definirsi parte né in senso formale né in senso sostanziale, semplicemente riceve gli effetti di una pattuizione che lo vede titolare di una mera *condicio iuris* potestativa che deve realizzarsi, anche per *facta concludentia*, affinché il contratto risulti efficace (risultando necessaria la dichiarazione espressa solamente per rendere l'adesione irrevocabile ed immodificabile ex art 1411.3) Cass. civile n. 23708/2008 e n. 13661/1992.

- al contrario le convenzioni fideiussorie intercorrono unicamente tra fideiussore e beneficiario creditore (*ex multis* Cass. civile n.1525/1984). Tale sentenza inoltre non si dimentica di sottolineare, per rafforzare questa tesi, come, ai sensi dell'art 1936.2 c.c. la fideiussione sia efficace anche se il debitore non ne abbia conoscenza.

Ciò premesso, nel caso di specie emerge inequivocabilmente la struttura fideiussoria della pattuizione, struttura che si può facilmente dedurre dal succedersi cronologico ma soprattutto logico tra la "lettera d'incarico" intercorrente tra ALFA srl e BETA scarl e il testo della garanzia rilasciata al Comune di Terrarossa. A prescindere dalla qualificazione giuridico normativa della lettera d'incarico come contratto di mandato ex 1703ss c.c. o come contratto atipico di servizio -sub specie concessione di credito- prospettato da risalente dottrina (Garone in Banca Borsa e tit. cred.1978 I), la compresenza di due testi differenti, dei quali, nel primo ALFA dà incarico a BETA di prestare garanzia (contenuta nel secondo), non sarebbe giustificabile qualora le parti di entrambi fossero le medesime, essendo in tal caso sufficiente un'unica e contestuale pattuizione del contratto di garanzia.

Da ultimo in tema di qualificazione del contratto: appurata la natura fideiussoria della garanzia rilasciata da BETA Scarl a favore del Comune, dato il carattere di accessorietà tra garanzia e prestazione principale, conclusa l'analisi che ha avuto ad oggetto il profilo estrinseco della/e figura/e contrattuale/i in esame, è ora d'uopo soffermarsi sul profilo intrinseco della/e stessa/e. Ciò rende necessaria una indagine nel merito della volontà delle parti, così come si è manifestata, in quanto forza in grado di plasmare potenzialmente la tipicità insita nella fattispecie fideiussoria, al fine di mutarla in atipicità, ancorché parziale o relativa.

Specificatamente si deve indagare il significato della clausola c.d. a prima richiesta (*"impegnandosi a versare dietro semplice richiesta scritta motivata"*).

Occorre specificare che la presenza di tale clausola non provoca, di per sé, un *exodus* del contratto di garanzia dal tipo legale della fideiussione per condurlo al modello del cd. *Garantievertrag* (sentenza S.U 3947 /2010).

Va all' uopo doverosamente citata la sentenza della Suprema Corte n. 10574/2003, la quale statuisce che " [...] la presenza di una clausola siffatta non assume rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o come "fideiussione" potendo

tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito, sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell' obbligazione garantita [...]”.

Posto che la natura fideiussoria della garanzia è stata previamente dimostrata, andremo ora a soffermarci sul profilo relativo al grado di accessorietà che lega l'obbligazione principale a quella di garanzia.

La previsione della clausola di pagamento a prima richiesta parrebbe difatti manifestare una deroga alla disciplina legale della fideiussione, deroga che si sostanzia nell'attribuzione al creditore beneficiario del potere di esigere il pagamento in via immediata e a semplice richiesta, senza necessità di dimostrare l'inadempimento del debitore principale, così limitando gravemente il potere del garante di opporre le eccezioni che spetterebbero al debitore principale.

Difatti l'apposizione di siffatta clausola potrebbe far propendere l'interprete meno attento ad una classificazione della stessa come clausola *solve et repete* ex art 1462 c.c. .

Tuttavia, sulla scorta di una recente sentenza (Cass. civile 7.1.2004 n. 52), viene stabilito che l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale ex 1945 c.c., ivi compresa l'estinzione del rapporto, deve essere necessariamente esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica clausola idonea ad indicarla.

Contrapponendo il testo della lettera d'incarico: *“dietro semplice richiesta scritta motivata del Comune, senza che possa essere ad esso opposta eccezione alcuna”* e quello della garanzia *“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”*, si nota come l'esplicita previsione *“senza che possa essere ad esso opposta eccezione alcuna”* di cui alla lettera d'incarico non venga successivamente riprodotta nel testo della garanzia.

Questa discrasia che interviene in senso logico e temporale tra i due documenti è, a prescindere dai rapporti intercorrenti tra ALFA srl e BETA scarl, un elemento interpretativo importante a fini ricognitivi della volontà di BETA in sede di conclusione del contratto di fideiussione con il Comune di Terrarossa.

Elemento interpretativo importante ma non decisivo, poiché parrebbe a prima vista privare di senso l'apposizione della clausola di pagamento a prima richiesta in violazione del principio di conservazione del contratto ex 1367 cc.

Ciò nonostante tale elemento diviene decisivo nel momento in cui il vuoto lasciato in sede di determinazione degli effetti nascenti dalla suddetta clausola venga riempito da un recente *dictum* della Cassazione (Cass. civile 4.7.2003 n. 10574) secondo cui l'inserimento di tali clausole nei contratti di garanzia sarebbe finalizzato ad una deroga parziale della disciplina dettata dall'art. 1957, limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia esonerando così il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria.

Pertanto la clausola di pagamento a prima richiesta, così come prevista dal testo della garanzia ed alla luce delle considerazioni sin qui svolte, ha il significato di escludere l'operatività della decadenza prevista dall'art. 1957 con la sola richiesta scritta di adempimento entro 6 mesi dall'estinzione dell'obbligazione principale, non essendo necessario esperire azione giudiziaria nei confronti del garante.

L'apposizione di questo tipo di clausola rende necessaria l'indagine circa l'effettiva volontà dei contraenti, che in questo caso emerge senza dubbio alcuno attraverso numerosi elementi presuntivi, che interconnessi delineano un profilo perlomeno intellegibile nel senso di escludere la volontà di stipulare un patto limitativo della proponibilità delle eccezioni, patto che tra l'altro non va esente da critiche sotto il profilo di illegittimità costituzionale per violazione dell'art.3 cost. (critiche che permangono in dottrina anche dopo la sent cost. 12.11.1974 n. 256 in senso contrario).

La volontà di configurare il contratto di garanzia come fideiussione *strictu sensu* intesa, emerge chiaramente dai seguenti ulteriori elementi:

A)Primo elemento ricognitivo della volontà risulta essere la presenza della clausola "*La banca garantisce l'eventuale inadempimento di ALFA srl*", clausola assente nella lettera d'incarico, ma soprattutto clausola che fornisce il destro ad un sottile argomento letterale che rinviene nell'apposizione del termine *inadempimento*, invece del più comune *adempimento*, la consonante volontà delle parti del rapporto di garanzia di voler mantenere il massimo grado di accessorietà tra le obbligazioni, connettendo in una relazione di causa-effetto l'obbligazione principale all'obbligazione di garanzia. Ciò nel senso di rinvenire nell'inadempimento (inteso come fatto materialmente manifestatosi), del debitore ALFA srl, una *conditio iuris*, da provarsi come avverata, affinché l'obbligazione fideiussoria possa ritenersi perfetta.

B) Si rileva che la clausola “*impegnandosi a versare dietro semplice richiesta scritta motivata*” non prevede alcun termine entro il quale provvedere all'adempimento .

Se fosse stato fissato un arco temporale strettamente limitato entro il quale adempiere l' obbligazione, si potrebbe ricostruire la volontà delle parti di precludere al garante la possibilità di sollevare eccezioni in ordine al rapporto sottostante; ciò in quanto la ristrettezza dei tempi (dalla richiesta allo scadere del termine) non avrebbe consentito lo svolgimento delle necessarie indagini per verificare l'inadempimento del debitore principale, nonché la legittimità dell'escussione della garanzia (Cass. N. 8324/2001).

Viceversa, la mancata pattuizione di un termine prefissato, dimostra inequivocabilmente la volontà delle parti di non restringere in maniera rilevante i tempi di adempimento dell'obbligazione pecuniaria, e conseguentemente di non limitare l'opponibilità delle eccezioni fideiussorie, nonché di quelle spettanti al debitore principale.

C) Per quanto concerne il significato del termine “*semplice richiesta scritta motivata*”, questa difesa ritiene vi sia un nesso di inscindibilità tra la clausola “*garantisce l'eventuale inadempimento*” e la necessaria motivazione della richiesta, traducendosi nell'onere dell'amministrazione garantita di giustificare la richiesta di pagamento alla luce dell'inadempimento del debitore principale.

L' inadempimento di ALFA s.r.l risulta dunque *condicio iuris* del perfezionamento dell'obbligo fideiussorio (vd. *supra*), da provarsi da parte del Comune mediante la motivazione della richiesta scritta.

Circa la proponibilità delle eccezioni

A) Dimostrata la natura fideiussoria della garanzia, ed esclusa la sussistenza di una clausola limitativa, ai sensi dell'articolo 1462 cc, del potere di opporre le eccezioni spettanti al debitore principale nonché quelle fideiussorie, risulta nella fattispecie applicabile l' intera disciplina legale del rapporto fideiussorio (artt. 1936 e ss. cc.).

L'opposizione della banca BETA scarl alla domanda giudiziale proposta dal Comune di Terrarossa, in particolare l'eccezione di illegittimità del rilascio del provvedimento amministrativo e la non doverosità della prestazione principale garantita (pagamento del residuo), trova fondamento ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1939 e 1945 c.c., in forza dei quali rispettivamente “*la fideiussione non è valida se non è valida l' obbligazione principale*” e “*il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale*”.

B) Nella denegata e non creduta ipotesi in cui si qualificasse il contratto di garanzia dedotto in giudizio come fideiussione con apposizione della clausola c.d. solve et repete, l'esclusione per il garante della facoltà di opporre al creditore, prima del pagamento, le eccezioni che attengono alla validità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale non comprenderebbe il divieto di sollevare:

1- Le eccezioni che attengono alla validità dello stesso contratto di garanzia.

Ai sensi dell' art. 1462 co 1 cc. " *La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto*".

2- L'exceptio doli generalis nonché le eccezioni fondate sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa.

Emerge chiaramente in dottrina e in giurisprudenza che la rinuncia temporanea a far valere le eccezioni scaturenti dal contratto principale non avrebbe carattere assoluto. Ricordiamo in tal senso Cass. civ. Sez. I, 14-12-2007, n. 26262.

Alla luce degli elementi sopra addotti, nella denegata ipotesi in cui si volesse qualificare la garanzia come fideiussione con apposizione della clausola ex art 1462 cc, troverebbero comunque fondamento le eccezioni di illegittimità del rilascio del provvedimento amministrativo e di non doverosità dell'obbligazione principale.

Primariamente si deve ritenere che la Suprema Corte con il termine "*contratto principale*" intenda qualsiasi atto giuridico, sia esso di natura privatistica o amministrativistica, dal quale scaturisce l' obbligazione principale.

Secondariamente, le norme che disciplinano l'emanazione di provvedimenti da parte della pubblica amministrazione, nonché quelle che regolano forma e contenuto degli stessi, hanno necessariamente carattere imperativo, non essendo derogabili nell'esercizio dei poteri di autonomia privata, ed essendo poste a fondamento della tutela dei principi di buon andamento e imparzialità della p.a.

Pertanto l'illegittima emanazione di un provvedimento amministrativo risulta ex sé contraria a norme imperative.

Questa difesa ritiene che nel caso di specie ricorrano i presupposti di cui sopra, che il provvedimento amministrativo sia stato rilasciato in contrarietà alle norme imperative preposte a tal fine, che tale violazione determini di fatto il disconoscimento del nesso tra il venire in essere del provvedimento e gli effetti che gli sono propri, che lo stesso sia pertanto da ritenersi nullo ai sensi e per gli effetti di cui all' art. 21 - septies della Legge n. 241/1990, comportando conseguentemente la non doverosità dell'obbligazione principale garantita.

Pertanto nulla è dovuto da BETA scarl al Comune di Terrarossa.

C) Di seguito si considera anche l'eventualità in cui il collegio giudicante, ritenendo non fondata la qualificazione giuridica come contratto di fideiussione o di una sua sub specie atipica del negozio contrattuale in esame, ritenesse che nel caso di specie ci si trovi ad analizzare una garanzia c.d. autonoma.

Essendo la disciplina del contratto autonomo di garanzia dedotta unicamente come deroga alle norme in tema di fideiussione, è necessario identificare quali siano i limiti che tale deroga deve sopportare una volta immessa nel fluire giuridico-economico dei rapporti tra privati.

A tal proposito dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che nel nostro ordinamento non sia concepibile un'astrazione assoluta della causa del negozio di garanzia rispetto al rapporto di valuta (ex aliis la già citata cass s.u. 2010) e che tale connessione, resiliente alla volontà delle parti, sia dovuta all'intangibilità di un duplice ordine di limiti.

Limiti interni, relativi all'eccezione di nullità dovuta all'illiceità della causa o dell'oggetto del rapporto principale nonché a quella relativa alla contrarietà a norme imperative.

Limiti esterni, relativi alla cd *exceptio doli generalis seu presentis*, figura la cui genesi si perde nelle nebbie del tempo e sulla cui attualità è stato da poco scritto molto e molto attentamente (F. Forlani in Banca Borsa e tit.cred 2010).

Di conseguenza, la caduta dell'elemento dell'accessorietà tra rapporto di valuta e rapporto di provvista non ostacola la proposizione di eccezioni basate sulla nullità del provvedimento di concessione edilizia fondata sulla contrarietà a norme di diritto amministrativo.

Inoltre, si ritiene importante sottolineare un secondo profilo che invece inerisce al carattere non dovuto del rapporto principale; rispetto alla normativa nazionale l'eventuale assenza

dell'inadempimento della società ALFA srl non può essere opposta al Comune di Terrarossa a meno che il carattere illegittimo dell'escussione risulti palese *prima facie* (a ciò si ricollega inoltre l'interessante dibattito dottrinale sulla necessaria *liquidità* o meno della prova del carattere fraudolento della richiesta); tuttavia si pone all'attenzione della corte un dato normativo che ad avviso di chi scrive, pur non essendo vincolante, può essere utile ad orientarsi nell'odierna prassi commerciale, al fine di dare un'interpretazione il più dettagliata possibile dell'inciso "*dietro semplice richiesta scritta motivata*": il dato a cui si fa riferimento è la *Convenzione Uncitral sulle garanzie autonome e lettere di credito* del 1995 e la trasfusione in questo documento delle norme uniformi sulle garanzie a prima richiesta (URDG Uniform Rules for Demand Guarantees ult. Vers. 2010) pubblicate dalla ICC.

In particolare l'art 15 URDG prevede una serie di stretti vincoli formali e sostanziali che la "prima richiesta" deve soddisfare per poter ottenere il pagamento del garante: i.e. "*A demand (Art. 2) under a guarantee must be accompanied by the documents specified in the guarantee and a supporting statement (Art. 2) in what respect the applicant (Art. 2) is in breach of its obligations.*"

Ed in particolare la definizione di *supporting statement*, così come enucleata all'art.2 dello stesso documento, risulta lo specchio non opaco di una linea d'azione dell'ICC che prevede che debba essere fornita la prova dell'inadempimento del debitore principale perché la prestazione di garanzia possa aver legittimamente luogo.

Sullo stesso tenore lessicale e semantico si inserisce la convenzione UNCITRAL del 1995 che agli artt. 15 (Demand), 16 (Examination of demand and accompanying documents) e 17 (Payment), riprende, con la maggior generalità tipica delle convenzioni internazionali, gli stessi temi cari ai compilatori delle URDG.

In forza di queste previsioni normative si potrebbe ritenere fondata la motivazione, che *ex contractu* deve assistere l'escussione, solo nel caso in cui questa abbia ad oggetto la prova piena dell'inadempimento della società ALFA o comunque una sua presunzione seria e fondata.

Tutto ciò premesso si osserva che l'*exceptio doli* è impermeabile alla qualificazione del rapporto di garanzia e che le eccezioni opposte dall'istituto di credito BETA si articolano in forme differenti a seconda di come tale qualificazione operi, senza mai cadere interamente ma semplicemente dilatandosi o ritirandosi in parte.

Conclusioni

Di conseguenza, le ragioni della banca BETA non temono rigetto alcuno dato che trovano solida base normativa e giurisprudenziale in tutte le possibili varianti che l'opera classificatoria di questa corte potrebbe raggiungere: dalla stretta tipicità prevista dal codice fino alla totale atipicità dei contratti di garanzia innominati, passando per tutte le sfumature di atipicità parziale come ad esempio quella ex 1462c.c.