

**N. R.G. 2014/80750**



**TRIBUNALE ORDINARIO di ROMA**

*SECONDA SEZIONE CIVILE*

Il Giudice dott.ssa Antonella Dell'Orfano,

nella causa civile iscritta al n. r.g. **80750/2014**,

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 21.1.2015,

visto il ricorso proposto, ex art. 700 c.p.c., con atto depositato in data 19.12.2014, da MPS –

SOCIETA' SPORTIVA DILETTANTISTICA A R.L. (Avv.ti A. Cancrini e L. Fioravanti),

con il quale è stato chiesto, in via d'urgenza, di "ordinare a SACE BT S.p.A di non dar seguito alle richieste di escussione inoltrate del Comune di Mariano Comense in data 6.11.2014 e, dunque, di non eseguire il pagamento della polizza N. 1543.00.27.2799634567 emessa in data 27.9.2013 per l'importo di € 225.600,00; in ogni caso, ordinare a SACE BT

S.p.A. di astenersi da qualsivoglia regresso e/o rivalsa nei confronti della ricorrente in relazione alla escussione da parte del Comune di Mariano Comense della detta polizza fideiussoria n. 1543.00.27.2799634567 emessa in data 27.9.2013";

vista la costituzione del Comune di Mariano Comense (G. Ragadali), che si opponeva all'accoglimento delle pretese avversarie in quanto inammissibili ed infondate, eccependo altresì preliminarmente il difetto di competenza territoriale del Tribunale adito;

vista la costituzione della società garante SACE BT S.p.A. (Avv.to G. Iannetti), che si rimetteva all'accertamento del Tribunale in merito ai presupposti e ai limiti di escussione della polizza fideiussoria stipulata da MPS in favore del Comune;

osserva quanto segue.

Con riguardo all'eccezione, sollevata da SACE BT S.p.A., di irrituale costituzione, in forma telematica, del Comune di Mariano Comense sul presupposto della mancata



menzione della comparsa di risposta e dei documenti allegati nei decreti adottati dal Direttore della DGSIA ex art. 35, co. 1 D.M.G 44/2011 relativamente al Tribunale di Roma, si osserva, in conformità con l'orientamento da ultimo assunto da questo Ufficio Giudiziario, che anche a prescindere dall'esistenza del decreto dirigenziale previsto dalla normativa vigente in materia di PCT, la comparsa di costituzione e risposta depositata telematicamente deve essere in ogni caso considerata ammissibile atteso che la DGSIA è priva, per legge o regolamento, del potere di individuare il novero degli atti depositabili telematicamente oppure la tipologia di procedimento rispetto alla quale esercitare la facoltà di deposito digitale, ed in secondo luogo, non è prevista da alcuna norma la sanzione processuale di inammissibilità del deposito dell'atto introduttivo o di costituzione in via telematica, e dunque spetta al Giudice, sulla base della normativa costituzionale, processuale e telematica, verificare l'idoneità del suddetto deposito al raggiungimento dello scopo cui è deputato (cfr. Tribunale Milano, ord. 7.10.2014).

Deve ritenersi quindi ammissibile il deposito telematico di atti e provvedimenti non espressamente contemplati dal decreto autorizzatorio secondo il principio generale contenuto nell'art. 121 c.p.c. per il quale gli atti del processo, per cui la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo ed inoltre, trova applicazione il principio generale di cui all'art.156 c.p.c. per il quale l'atto eventualmente invalido, se ha raggiunto lo scopo cui è destinato, come nel caso di specie, a seguito dell'accettazione dell'atto da parte della Cancelleria, con immediata visibilità per il Giudice e per tutte le altre parti del processo, non può essere dichiarato nullo (cfr. Tribunale Bologna, ord. 16.7.2014).

A seguire, sussiste la competenza territoriale del Tribunale adito non avendo le parti nei cui confronti opera il foro convenzionale esclusivo formulato eccezioni al riguardo (l'Ente garantito, ovvero il Comune, non risulta aver sottoscritto la polizza).

Nel merito, l'azione proposta non può trovare accoglimento sulla base delle seguenti considerazioni.

E' documentalmente provato che l'odierna ricorrente, a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte, come concessionario, nei confronti del Comune con contratto,



stipulato in data 7.10.2013 (cfr. doc. 1 fasc. MPS), avente ad oggetto la “concessione di lavori pubblici del centro sportivo di Via Santa Caterina – lavori di realizzazione nuovo campo di calcio”, affidati alla società ricorrente come società di progetto, aveva stipulato con SACE ed in favore del Comune una garanzia fideiussoria a prima richiesta per un massimale di € 255.600,00 (cfr. doc. 2 fasc. ricorrente).

La MPS ha dunque lamentato che il Comune avrebbe indebitamente comunicato di volere escutere la garanzia deducendo l’inadempimento, da parte della ricorrente, dell’esatta esecuzione del contratto in questione.

Orbene, preliminarmente si osserva che la polizza fideiussoria in questione integra un contratto autonomo di garanzia con clausola di “pagamento a prima richiesta”, ovvero un contratto che consente al creditore di pretendere in ogni caso ed immediatamente la prestazione dal garante, semplicemente affermando che è mancato l’adempimento da parte del debitore principale (ed a questo si riduce la sussidiarietà della fattispecie), anche se il titolo costitutivo sia nullo, annullabile, rescindibile, nonché inesistente, essendo stato espressamente previsto che “il pagamento delle somme dovute in base alla ... polizza ... (sarebbe stato) effettuato dalla società a semplice richiesta dell’ente garantito entro 15 gg. dal ricevimento della denuncia di inadempimento da parte dell’ente garantito, restando inteso che, ai sensi dell’art. 1944 c.c. la società non godrà del beneficio della preventiva escussione della ditta obbligata”.

In particolare, essa consiste in una garanzia avente ad oggetto, come nel caso di specie, l’esatto adempimento (o esecuzione) di un’obbligazione secondo i termini e le condizioni pattuite, offerta da colui che ha assunto nel contratto principale l’obbligo di adempimento.

La garanzia di buona esecuzione si traduce, quindi, nell’obbligo per la parte garante di pagare una somma di denaro nel caso che l’obbligato principale (nella fattispecie la MPS) sia inadempiente rispetto alle obbligazioni assunte nel contratto.

Con riguardo all’eccezione sollevata da parte ricorrente di pretesa invalidità della clausola per mancata sottoscrizione della stessa ai sensi degli art. 1341 e 1342 c.c. si rileva peraltro che la cosiddetta clausola "a prima richiesta", pur inserita nel contratto di



fideiussione tipico, costituisce valida espressione di autonomia negoziale, e non snatura il contratto tipico, salvo la prova - da fornirsi in relazione alla disamina della relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia - della manifestazione di una diversa volontà in ordine al contenuto specifico del contratto, nel caso di specie del tutto mancante; essa, pertanto, non costituisce una clausola vessatoria assoggettata alla disciplina giuridica prevista dall'art. 1341 c.c. (cfr. Cass. nr. 19484/2005). Sul punto è d'uopo inoltre rilevare, secondo l'insegnamento della Suprema Corte (cfr. Cass. 5044/2009, 4661/2007), che costituisce contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta, la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni, onde tale contratto si distingue dalla fideiussione per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, poiché, mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante nel contratto autonomo si obbliga non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta.

Per distinguere le suddette figure contrattuali non si profila decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze, infatti, devono essere ricercate sul piano dell'autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorietà, assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di *solve et repete*, ai sensi dell'art. 1462 cod. civ.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia.

Orbene, nella disciplina legale della fideiussione, il fideiussore ha l'onere di preavvisare il debitore principale che intende procedere al pagamento (art. 1952, 2° comma c.c.) e tale preavviso ha lo scopo di mettere il debitore principale in condizione di fare tempestiva opposizione al pagamento ove sussistano idonee ragioni da eccepire al creditore (ragioni



poi opponibili al fideiussore che abbia pagato senza osservare l'onere del preavviso); secondo le pattuizioni innanzi riportate, invece, il debitore principale, pur avvisato della richiesta di pagamento formulata dal creditore garantito, non può opporre alcuna contestazione in ordine a tale pagamento, poiché il garante non ha bisogno del suo consenso per effettuarlo e per poi pretendere da lui il rimborso delle somme pagate.

Nella polizza esaminata va quindi ravvisata la pattuizione atipica di un contratto autonomo di garanzia, la cui caratteristica fondamentale, che lo distingue dalla fideiussione, è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, onde il garante si impegna a pagare al creditore senza possibilità di opporre le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione posta dall'art. 1945 c.c. (cfr. Cass. nr. 29215/2008).

Tale contratto atipico viene ritenuto ammissibile nel nostro ordinamento (cfr. Cass. n. 3964/1999, 3552/1998; 1420/1998).

La clausola di pagamento per effetto della sola richiesta rivolta dal creditore al soggetto che ha prestato la garanzia autonoma comporta pertanto che, una volta formulata detta richiesta (fondata, come nel caso di specie, sul dedotto inadempimento dell'obligato principale), non debba essere previamente accertato tale inadempimento; questo attiene, infatti, al rapporto principale e la citata clausola contiene una rinuncia del garante a sollevare le eccezioni che traggono la loro origine dal rapporto principale.

Come è stato precisato dalla Suprema Corte (cfr. Cass. nr. 3552/1998), al garante autonomo è consentito comunque opporre - delle eccezioni spettanti al debitore principale - soltanto *l'exceptio doli* del creditore, nel caso in cui la richiesta di pagamento immediato risulti *prima facie* abusiva o fraudolenta; questa affermazione, con riferimento all'ipotesi di richiesta fondata sull'inadempimento dell'obbligazione principale, comporta che il garante debba fornire una prova certa ed incontestata dell'esatto inadempimento, la cui esistenza dimostrerebbe che la detta richiesta è abusiva, perché farebbe conseguire al creditore un'attribuzione patrimoniale priva di giustificazione, avendo la garanzia, per effetto dell'adempimento, esaurito la sua funzione.



La clausola di pagamento per effetto della sola richiesta, rivolta dal creditore al soggetto che ha prestato la garanzia autonoma, contiene quindi una rinuncia del garante a sollevare le eccezioni che traggono la loro origine dal rapporto principale; al garante autonomo è consentito opporre - delle eccezioni spettanti al debitore principale - soltanto *l'exceptio doli* del creditore, nel caso in cui la richiesta di pagamento immediato risulti *prima facie* abusiva o fraudolenta.

E' opportuno allora evidenziare che, nelle garanzie autonome, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, a meno che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, non escludono l'operatività del principio della buona fede, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata, in virtù del quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento, qualora esistano prove evidenti del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta del beneficiario; tale rifiuto non rappresenta una mera facoltà, ma un dovere del garante, il quale è legato al debitore principale da un rapporto di mandato, che è tenuto ad adempiere con diligenza e secondo buona fede, con la conseguenza che l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario in presenza di prove evidenti della sua pretestuosità preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale (cfr. Cass. nr. 5997/2006).

La *exceptio doli generalis seu presentis* ha invero fondamento nella circostanza che l'attore, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, si renda colpevole di frode, in quanto sottace, nella prospettazione della fattispecie controversia, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valer ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto stesso; ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, il garante ha l'obbligo di proporre *l'exceptio doli* - nell'ambito del dovere di protezione del garantito da possibili abusi del beneficiario e pena la perdita del diritto di rivalsa - solo in presenza di una pretestuosa escussione di una garanzia bancaria a prima richiesta e che



l'eccezione è legittima solo in quanto sussistano prove sicure della malafede del beneficiario (cfr. Cass. nr. 10864/1999).

Allorché la Banca paghi al creditore nonostante le sia stata fornita la prova documentale del dolo del beneficiario, non potrebbe dunque più esercitare l'azione di regresso nei confronti del proprio ordinante (cfr. Trib. Milano, 12.10.2005).

Se in ipotesi di escussione, manifestamente abusiva, della garanzia è pertanto indubbio che la parte garante, in tali casi, sia tenuta a rifiutare il pagamento, occorre altresì evidenziare che la nozione di abuso manifesto (o frode manifestata) ricorre allorché l'escussione viola in misura evidente l'assetto di interessi divisato nel contratto tra ordinante e beneficiario.

Sussiste quindi in capo al garante un vero e proprio onere di sollevare tali eccezioni, il cui fondamento risiede nel rispetto dei principi di buona fede e diligenza nell'esecuzione del contratto di mandato.

Il mancato rispetto di tale onere da parte della garante comporta un non esatto adempimento del contratto di mandato che determina il venir meno in capo al mandante dell'obbligo di tenere indenne il mandatario di tutti i costi e le spese sostenuti nell'esecuzione del contratto.

Nel caso di specie, quanto al profilo del *fumus boni iuris*, si osserva dunque che la prova liquida dell'abusività dell'escussione – effettuata dal Comune per il pagamento della somma pari ad € 225.600,00 – risiederebbe, secondo la ricorrente, nell'evidenza, sulla base dei documenti prodotti, dell'indebito recesso dal contratto del Comune ai sensi dell'art. 153, 8° comma, D.P.R. 207/2010, essendo invece la risoluzione del contratto addebitabile unicamente a fatto e colpa della Concedente “(ritardata consegna dei lavori)”.

Occorre allora considerare che il Comune ha contestato le argomentazioni di controparte, rilevando, con riguardo alla pretesa mancata collaborazione prestata per il rilascio, in favore della concessionaria, di un finanziamento bancario destinato all'esecuzione dei lavori, che “l'inizio dei lavori non era subordinato alla concessione della fideiussione, rispetto alla quale ...(era stata)... data in ogni caso disponibilità e apposita certificazione da parte della stazione appaltante, nel rispetto delle clausole contrattuali in essere, e



conseguentemente il palese ritardo nell'inizio dei lavori non trovava alcuna giustificazione" (cfr. nota del 6.11.2014, doc. 9 fasc. ricorrente).

Il Comune ha inoltre dedotto, senza trovare contestazioni da parte della società ricorrente, che MPS aveva richiesto, in relazione alla concessione del suddetto finanziamento con prestazione di garanzia da parte del Comune, "una modifica all'art. 43 c. 3 del capitolato speciale d'appalto, (poiché) in particolare veniva richiesto l'eliminazione di tale previsione, in modo tale che la garanzia potesse operare, anche senza beneficio di preventiva escussione"; si allega, quindi, da parte del Comune che le richieste di MPS avrebbero richiesto con evidenza una modifica delle condizioni contrattuali relative, tuttavia, ad una procedura di gara ad evidenza pubblica.

Orbene deve ritenersi principio noto che ciò comporti anche l'invalidità, per difetto di capacità d'agire della P.A., di accordi con il contraente privato che contemplino diritti od obblighi diversi da quelli sanciti con l'aggiudicazione e la conseguente stipula del contratto, atteso che con la cristallizzazione negli atti di gara delle condizioni del contratto e con la conseguente e coerente conclusione dell'accordo con l'impresa selezionata, l'Ente procedente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già instaurato - che resta inderogabilmente regolato dallo schema approvato con l'indizione della gara - e, quindi, la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale, con conseguente invalidità di accordi di tal fatta (Cfr. Consiglio di Stato nr. 4167/2003).

Sotto il profilo del *fumus boni iuris* appare, quindi, infondata la *exceptio doli* opposta dalla società ricorrente alla richiesta di escussione della garanzia avanzata dal Comune, non sussistendo, pur nei limiti di sommarietà della cognizione che caratterizzano la presente pronuncia, alcuna prova liquida dell'arbitrarietà della pretesa del creditore, ovvero dell'indebito esercizio, da parte del Comune, della facoltà di recesso dal contratto per inadempimento della concessionaria (consistente nel ritardato inizio dei lavori da parte di quest'ultima).

Sulla base di tutte le considerazioni che precedono l'azione proposta dalla società ricorrente sia nei confronti del garante (SACE BT S.p.A.), anche per inibire la richiesta di





regresso da parte di quest'ultimo, che del beneficiario della polizza (il Comune di Mariano Comense) non può pertanto trovare accoglimento.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate, in difetto di notula, come in dispositivo sulla base dei parametri contemplati dal d.m. n. 55/2014, tenendo conto della natura e del valore della controversia, della qualità e quantità delle questioni trattate e dell'attività complessivamente svolta dai difensori.

**P.Q.M.**

visto l'art. 700 c.p.c.,

**rigetta** il ricorso proposto da MPS –SOCIETA' SPORTIVA DILETTANTISTICA A R.L. nei confronti di SACE BT S.p.A e del COMUNE DI MARIANO COMENSE;

**condanna** parte ricorrente al pagamento in favore del COMUNE DI MARIANO COMENSE e di SACE BT S.p.A. delle spese del presente giudizio, che liquida, in favore di ciascuna difesa, in misura pari ad € 7.962,00 per compensi professionali, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge.

Si comunichi.

Roma, li 24/01/2015 .

*Il Giudice*  
*(Antonella Dell'Orfano)*

