

**IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA:
UNA FIGURA ATIPICA TRA SICUREZZA
DEI TRAFFICI ED ABUSO DI DIRITTO**

di Fabrizio Spagnoli
dottore in legge

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. III, 7 GENNAIO 2004, N. 52

Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Ne consegue che la carenza dell'elemento dell'accessorietà, che caratterizza il contratto autonomo di garanzia (performance bond) e lo differenzia dalla fideiussione, deve necessariamente essere esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto.

Fatto

Con decreto 19 novembre 1994 il presidente del tribunale Pistoia ingiungeva alla C di R. di Pistoia e Pescia il pagamento, in favore della A. C. s.p.a., della somma di lire 300 milioni, in forza di fideiussione prestata dalla detta Cassa nell'interesse di P. V. ed in favore della M. U. s.r.l. e da quest'ultima ceduta (unitamente al credito garantito) alla A.C.s.p.a. Proposta, dalla ingiunta cassa opposizione con atto 6 dicembre 1994 il tribunale di Pistoia, nel contraddittorio anche della P., chiamata in causa, con sentenza 22 ottobre - 11 novembre 1997 revocava il descritto decreto.

Riteneva il tribunale, in particolare, che in occasione di un preliminare di compravendita di bene immobile da costruire a Quercianella la P. aveva promesso di consegnare alla M. U. s.r.l. una fideiussione bancaria per l'intero prezzo residuo (lire 300 milioni) da pagare al rogito definitivo e, comunque, entro il 30 novembre 1993 e che con atto 24 giugno

1992 la C. di P. e Pescia si era costituita garante del puntuale e esatto pagamento da parte della P. delle obbligazioni "al punto primo della premessa che costituisce parte integrante e inscindibile del presente atto". "La presente garanzia, prevedeva il ricordato documento, sarà operante, nonostante eventuali eccezioni od opposizioni del garantito o controversie pendenti sulla sussistenza e/o esigibilità del vostro credito, alla sola condizione che ne facciate richiesta scritta a mezzo lettera raccomandata AR. La sottoscritta Cassa ... dichiara altresì di voler rinunciare al beneficio della preventiva escussione".

Preso atto che il riferito impegno era stato prorogato sino al 30 aprile 1994 e poi al 15 settembre 1994, il tribunale evidenziava che la società M. U. non aveva chiesto se non una comune fideiussione bancaria, da consegnare all'inizio dei lavori e che la banca aveva espressamente richiamato nell'atto di garanzia le obbligazioni assunte dalla P. per il pagamento da effettuarsi alla stipula del rogito.

Quindi, evidenziava ancora il tribunale, condizione per la validità della fideiussione bancaria e per la esecutibilità della stessa era la stipula del rogito notarile, traslativo della proprietà immobiliare .. perché a tal momento si sarebbe potuto verificare o meno il puntuale ed esatto adempimento delle obbligazioni della P. indicate per importo e scadenza al punto uno della premessa dell'atto 24 giugno 1992.

Poiché nessuna consegna del bene immobile risultava essere stata fatta alla P. e non vi era alcun obbligo, per questa, di versare la somma di lire 300 milioni hanno ancora osservato i primi giudici, un pagamento da parte del fideiussore sarebbe stato ingiustificato perché quella garanzia era diretta a coprire la inadempienza della P.

Gravata la riassunta pronunzia dalla soccombente A. C. s.p.a., la corte di appello di Firenze con sentenza 28 gennaio -- 6 marzo 2000 in riforma della sentenza dei primi giudici rigettava l'opposizione proposta dalla C. di R. di Pistoia e Pescia avverso il decreto del presidente del tribunale di Pistoia il 19 novembre 1994.

Per la cassazione di tale ultima pronunzia, notificata il 4 settembre 2000, ha proposto ricorso, affidato a tre motivi, e illustrato da memoria, la C. di R. di Pistoia e Pescia s.p.a.

Resiste con controricorso la A. C. s.p.a. in liquidazione, nonché, con

ricorso incidentale, affidato a tre motivi e illustrato da memoria, P. V. La A. C. resiste con controricorso al ricorso incidentale della P.

Diritto

1. I vari ricorsi avverso la stessa sentenza devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

2. Deduce, in limine, la A. C. s.p.a. che il ricorso incidentale proposto dalla P. è inammissibile per tardività, atteso che il ricorso principale della C. di R. di Pistoia e Pescia è stato ricevuto il 25 ottobre 2000 mentre il ricorso incidentale è stato notificato ad essa concludente unicamente il 5 dicembre 2000 e, quindi il 41° giorno.

3. La deduzione è infondata e da disattendere.

Corte cost. 26 novembre 2002, n. 477 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il combinato disposto dell'art. 149 c.p.c. e dell'art. 43, l. 20 novembre 1982, n. 890 (in tema di notificazione degli atti processuali a mezzo posta) nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario, anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

Pacifico quanto sopra si osserva che nella specie senza ombra di dubbio l'atto contenente il ricorso incidentale della P. avverso la sentenza in questa sede gravata della Corte di appello di Firenze è stato consegnato all'ufficiale giudiziario, per la notifica, il 4 dicembre 2000 (e, quindi, nei termini) come si ricava sia dalla circostanza che l'atto è stato notificato, a mani del procuratore ad litem nel giudizio di appello della C. di R. di Pistoia e Pescia il 4 dicembre 2000, sia dal timbro datario, apposto dall'ufficiale giudiziario sull'originale dell'atto da notificare, per cui è irrilevante e non pertinente che l'ufficiale giudiziario abbia consegnato il piego all'Ufficio postale, per la notifica a mezzo posta unicamente il 5 dicembre 2000 (e che questo sia stato ricevuto dal procuratore della A. C. s.p.a. unicamente il 19 dicembre 2000).

4. I giudici di appello hanno rigettato la opposizione, proposta dalla C. di R. di Pistoia e Pescia s.p.a. avverso il decreto ingiuntivo emesso dal Presidente del tribunale di Pistoia, in forza della fideiussione rilasciata dalla detta Cassa nell'interesse di P. V.

Censurata la diversa soluzione adottata dal tribunale, atteso che la stessa "si concreta nella negazione dei contratti atipici con garanzia autonoma, contro le esigenze dei traffici moderni internazionali che hanno imposto anche al nostro ordinamento la soluzione opposta" e richiamate [da p. 7 alla p. 10 della sentenza] molteplici pronunzie di questa Corte Suprema, i giudici di appello, dopo avere affermato che "l'art. 1322 c.c. imponeva .. al tribunale di esporre un qualunque argomento dimostrativo della ritenuta incompatibilità funzionale della garanzia autonoma coi principi che ispirano il nostro sistema legale" mentre, "invece [il tribunale] non ha ritenuto di spendere una parola sul peso che deve essere dato al testo della lettera di garanzia rimessa dalla C. alla società il 24 giugno 1992, pur avendolo diligentemente riportato in sentenza", hanno concluso la loro indagine affermando che "la garanzia di cui si controverte, dunque, è certamente autonoma, ma questo non vuol dire che è anche astratta, priva di causa".

"Solo, hanno ancora evidenziato quei giudici, che i chiarimenti tra le contrapposte pretese delle parti sulla causa medesima dovranno avvenire non ora, bensì unicamente dopo il pagamento da parte della banca garante. La situazione che si verrà a creare (e che le parti hanno consapevolmente accettato) si sarebbe verificata anche se la P. avesse regolarmente pagato il prezzo e solo dopo di ciò avesse invocato la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte. È quella infatti una partita che resta pienamente impregiudicata. Attualmente però la opposizione della C. è priva di fondamento e la C. stessa, in solido con la intervenuta P. dovranno rimborsare le spese dei due gradi di giudizio...".

5. La ricorrente principale censura la trascritta sentenza con tre motivi con i quali denuncia, nell'ordine:

- da un lato, "violazione degli articoli 1945 e 1362 c.c. e omessa motivazione su un punto decisivo (art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.)", atteso che la garanzia di cui si discute, ancorché "a semplice richiesta" non era "certamente autonoma", come affermato dai giudici di appello, atteso che la stessa era a garanzia del "puntuale ed esatto adempimento dell'obbligazione" assunta dalla P. di pagare il saldo del prezzo, al rogito notarile, da stipularsi entro 30 giorni dalla consegna dell'immobile, trattavasi cioè di garanzia accessoria del contratto preliminare destinata a

garantire al beneficiario l'adempimento di un obbligo contrattuale, cioè il pagamento del saldo del prezzo concordato, come risulta - tra l'altro - dalla circostanza che la fideiussione è stata trasferita dalla M. U. [originaria beneficiaria della garanzia stessa] alla A. C. quale accessorio del credito e non in via autonoma, come sarebbe stato legittimo se si fosse trattato di garanzia autonoma (primo motivo);

- dall'altro "violazione dell'art. 1362 c.c. e omessa motivazione su un punto decisivo (art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.)": anche nell'eventualità si ritenga che si sia a fronte a un contratto di garanzia autonoma (c.d. performance bond) la giurisprudenza di legittimità richiamata nella sentenza gravata (in particolare Cass. 8248 del 1998) afferma che il meccanismo dell'adempimento del garante opera solo a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale, ancorché resti vietato al garante di chiedere la preventiva escussione del debitore principale (secondo motivo);

- da ultimo, "violazione degli articoli 1945, 1462 e 1362 c.c. e contraddittorietà della motivazione su un punto decisivo ([art.] 360, n. 3 e 5 c.p.c.)", per avere la Corte di appello ravvisato nella fideiussione per cui è controversia un patto di solve e repete, sulla premessa che la stessa sarebbe sì autonoma, ma non anche astratta, così incorrendo in un vizio logico oltre che in un error in iudicando (terzo motivo).

6. I riassunti motivi, intimamente connessi e da esaminare congiuntamente, sono fondati e meritevoli di accoglimento, per quanto di ragione. A prescindere da ogni pur puntuale considerazione (alcune delle sentenze richiamate nella motivazione della sentenza ora impugnata, lette in exsteno hanno affermato un principio totalmente diverso rispetto al significato loro attribuito dalla sentenza stessa) si osserva che senza ombra di dubbio i giudici di secondo grado sono incorsi nella denunciata violazione dell'art. 1362 c.c. allorché, al fine di accertare quale sia stata l'intenzione delle parti, e, in particolare, della C. di R. di Pistoia e Pescia, nel rilasciare la fideiussione per cui è controversia, hanno incentrato la loro attenzione su alcune espressioni contenute nel documento, totalmente trascurando altre, senza in alcun modo spiegare i motivi per i quali hanno ritenuto di considerare come non scritte tali espressioni che, ove tenute presenti, avrebbero - senza ombra di dubbio - potuto condurre ad una diversa qualificazione del rapporto inter partes.

Si precisa nella fideiussione per cui è controversia, per quanto rilevante al fine del decidere, che la società M. U. s.r.l. aveva stipulato con la P. un "compromesso per la vendita alla stessa di una unità immobiliare ... nel quale è previsto un pagamento di lire 300 milioni al 30 novembre 1993" e che la promittente venditrice aveva chiesto alla P. "che il puntuale e esatto adempimento dell'obbligazione di cui sopra" fosse garantito "da fideiussione bancaria solidale a semplice richiesta" e che, quindi, la C. di R. di Pistoia e Pescia si costituiva garante, nei confronti della M. U. s.r.l. "del puntuale ed esatto pagamento da parte della ... P. ... delle obbligazioni indicate per importo e scadenza al punto primo della premessa che costituisce parte integrante e inscindibile del presente atto" e che "la presente garanzia sarà operante, nonostante eventuali eccezioni e opposizione del garantito o controversie pendenti sulla sussistenza e/o esigibilità del vostro credito".

Certo quanto precede, si osserva - in termini opposti rispetto a quanto del tutto apoditticamente affermato dalla sentenza in questa sede impugnata - che ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia.

Infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c. (in termini, Cass. 19 giugno 2001, n. 8324. Sempre nel senso che ai fini della qualificazione di un contratto come autonomo di garanzia o di fideiussione non è decisivo l'impiego di espressioni quali quelle "a semplice richiesta" o a "prima richiesta del creditore", Cass. 21 aprile 1999, n. 3964).

Certo, come osservato sopra, che caratteristica fondamentale del contratto di garanzia autonomo, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione, è la carenza dell'elemento dell'accessorietà, per cui il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni né

in ordine alla validità né all'efficacia del rapporto di base, e di palmare evidenza, che detti elementi, che caratterizzano il contratto autonomo di garanzia e lo differenziano dalla fideiussione, devono necessariamente essere esplicitati nel contratto con l'impiego di specifiche clausole idonee ad indicare la esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto (Cass. 23 giugno 2000, n. 8540, ove il rilievo che a fronte della qualificazione della garanzia come fideiussoria, soggetta, in quanto tale, alla sorte del debito principale, la parte che faccia valere la diversa configurazione di detta garanzia come autonoma, e, quindi, svincolata dal debito principale, ha l'onere di dedurre gli elementi oggettivi sui quali tale configurazione si fonda).

Certo quanto sopra sono evidenti le carenze motivazionali della sentenza impugnata, la quale ha ommesso qualsiasi riferimento al contesto della garanzia, pur avendola quasi totalmente trascritta.

La sentenza gravata, in particolare, che non ha indicato le ragioni in forza delle quali ha ritenuto che la creditrice, nonostante i ripetuti riferimenti al preliminare di compravendita intercorso tra la P. e la M. U. s.r.l. e al pagamento da parte della P. del prezzo, potesse pretendere e ottenere il pagamento di quanto garantito senza neppure invocare e dimostrare l'inadempimento della debitrice principale, quanto al contratto preliminare di vendita, nonché non ha in alcun modo precisato i motivi per cui ha ritenuto, dal contesto del documento, che la C. di R. di Pistoia e Pescia abbia rinunciato a far valere le eccezioni che avrebbero potuto essere sollevate dal debitore principale, quindi, deve essere cassata, con rinvio della causa alla stessa la corte di appello di Firenze, altra sezione, perché proceda a nuovo esame e che provvederà, altresì, sulle spese di questo giudizio di legittimità, con assorbimento del ricorso incidentale della P. (volto, in buona sostanza, a sostenere le ragioni spiegate dal ricorrente principale).

P.Q.M.

La Corte

riunisce i ricorsi;

accoglie, per quanto di ragione, il ricorso principale, dichiara assorbi-

to il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, per nuovo esame, alla stessa corte di appello di Firenze, altra sezione, che provvederà, altresì, sulle spese di questo giudizio di legittimità. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della terza sezione civile della Corte di Cassazione, il giorno 20 novembre 2003.

SOMMARIO

1.Introduzione – 2.Autonomia ed accessorietà nelle garanzie personali – 3.Profili ricostruttivi della fattispecie – 4.Collegamento genetico o funzionale: l'invalidità del rapporto di valuta – 5.Vizi ulteriori del negozio base e mezzi di tutela esperibili dal garante – 6.Rapporti tra garante e ordinante, la tutela cautelare.

1. Introduzione.

Lo sviluppo delle possibilità di comunicazione e di relazione tra esseri umani appartenenti a nazionalità diverse ha avuto come fondamentale conseguenza non solo la “contaminazione” culturale tra i popoli, ma anche e soprattutto l'intensificarsi degli scambi economico – commerciali tra di essi. Questa evidenza di per sé positiva ha messo il mercante di fronte ad una serie di problemi del tutto nuovi rispetto a quelli tipici del commercio domestico: si pensi alla inevitabile differenza tra gli ordinamenti giuridici propri dei singoli soggetti che vengono in contatto tra di loro, alla difficoltà di gestire le più comuni ipotesi patologiche che possono sorgere nello svolgimento dei rapporti, e alla grande incertezza che tale situazione può ingenerare.

Ma oltre a questo inevitabile aspetto fisiologico, si deve anche considerare che ogni Stato è sovrano, e al suo interno può tramutare in norma giuridica, secondo i procedimenti previsti dal proprio ordinamento, la volontà politica dei suoi governanti senza che dall'esterno niente e nessuno possa farci nulla sul piano strettamente giuridico.

Da queste premesse, si può comprendere il motivo per il quale la classe mercantile ha cercato di creare degli strumenti giuridici che potessero soddisfare i propri interessi, e che potessero metterla a riparo dagli effetti contingenti negativi derivanti dalla “lontananza” giuridica tra

le varie parti attrici¹.

Questa “attività creativa” genera uno sfasamento tra il concreto assetto di interessi che di volta in volta viene trasposto dalle parti nei regolamenti contrattuali, e gli ordinamenti giuridici dei vari stati, che sono lenti ad adeguarsi ai veloci cambiamenti che si hanno nella prassi degli affari. Tutto questo, inutile dirlo, provoca dei problemi di inquadramento delle nuove fattispecie nei tipi conosciuti e regolati dalla legge. Così la dottrina, ma anche e soprattutto la giurisprudenza, si trovano ad affrontare il difficile compito di offrire un’interpretazione e di dare una disciplina che consenta, con certezza, di risolvere le questioni che sorgono intorno a tali rapporti giuridici².

Tale operazione non è sempre agevole, o per meglio dire non sempre è rispettosa dell’autonomia contrattuale, perché è difficile poter inquadrare un rapporto atipico, costruito intorno ad equilibri economico – contrattuali del tutto peculiari, in un rapporto tipico che non alteri tale assetto di interessi voluto dalle parti.

Questa è la situazione che investe, attualmente, anche il campo delle

¹ Proprio a ridosso della seconda guerra mondiale fiorisce, infatti, la prassi di utilizzare i contratti autonomi di garanzia per assicurarsi dai rischi derivanti da normative valutarie restrittive, da provvedimenti di isolamento nei confronti di determinati Stati (embargo), o più semplicemente da “ostilità commerciali” nei confronti di operatori stranieri (c.d. rischi contrattuali atipici). Questo modus operandi è tuttora molto sviluppato nel commercio internazionale, e molti studiosi hanno parlato, a tale riguardo, di una sorta di *lex mercatoria* che si sarebbe formata anche nel campo delle garanzie autonome. Per *lex mercatoria* si intende un insieme di regole, universalmente riconosciute valide ed operanti dagli operatori commerciali globali, che traggono la loro origine oltre che da prassi consolidate nate nella stessa cerchia ristretta dei soggetti di cui sopra, anche da pronunce giurisprudenziali arbitrali (di corti internazionali) e da convenzioni o leggi uniformi che regolano istituti tipici del commercio internazionale (come ad esempio le convenzioni UNIDROIT). Ovviamente la *lex mercatoria* non è un ordinamento giuridico sovranazionale che si impone sui diritti interni dei singoli Stati per il solo fatto di esistere e di essere espressione di una classe mercantile che, indipendentemente dall’ordinamento al quale va soggetta in ragione della sua nazionalità, ha esigenze ed aspettative comuni. Il riconoscimento interno di tali regole dipende solo dal volere dei singoli Stati, dato che i giudici, nel risolvere le controversie, vanno soggetti esclusivamente all’ordinamento al quale appartengono. Tuttavia il valore giuridico di tale “diritto vivente” non è totalmente ridotto a zero, dato che può ben trasformarsi in clausole contrattuali perfettamente valide se non siano in contrasto con norme imperative, v. A. CALDERALE, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Cacucci Editore, Bari, 1999, p. 153 ss.

² G. VILLANACCI, *Performance bond, caratteri e funzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 5 ss.

garanzie autonome, le quali si caratterizzano per la presenza, all'interno di una garanzia sostanzialmente personale, di clausole che ne consentono l'escussione "a prima domanda" e "senza sollevare eccezioni". Nei rapporti giuridici i negozi di garanzia giocano da sempre un ruolo fondamentale; ma prima ancora che i negozi, lo stesso concetto di garanzia³ sembra essere un pilastro essenziale ed imprescindibile nel nostro ordinamento, come testimoniano alcune norme tra le quali l'art.2740 c.c. in materia di responsabilità patrimoniale⁴, e gli artt. 2745 ss. in materia di privilegi⁵.

Volendo fare una rassegna dei tipi codificati, sembra corretto partire da quelle forme di garanzia che, stante la norma dell'art.2741 c.c., attribuiscono un vero e proprio privilegio processuale su uno o più beni specifici del debitore, ovvero il pegno e l'ipoteca. Questi istituti, largamente utilizzati anche da parte di soggetti che hanno un peculiare ruolo nel finanziamento dell'industria e dei privati⁶, danno la maggiore certezza

³ Intesa come un istituto preordinato a rendere più sicura, in capo al creditore, la realizzazione della sua pretesa.

⁴ Che potremmo considerare come una sorta di garanzia generica, volta ad assicurare l'adempimento di un'obbligazione mediante l'assoggettamento di tutti i beni del debitore, presenti e futuri, al soddisfacimento forzoso delle ragioni creditorie. In tal senso v. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, II ed., Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 58 ss. il quale considera l'art. 2740 c.c. alla stregua di una garanzia nel senso più lato del termine, riscontrando in esso la "premessa remota" di ogni potere processuale, successivo all'inadempimento, di agire in executivis sul patrimonio del debitore mediante la destinazione dei suoi beni alla soddisfazione del creditore con il sorgere stesso dell'obbligazione.

⁵ Il privilegio è una vera e propria garanzia reale in senso tecnico che produce, a differenza dell'art.2740 c.c., una destinazione non meramente potenziale di determinati beni all'esecuzione, v. F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 67 ss. Il privilegio, tuttavia, continua ad essere una garanzia reale debole, rappresentando la forma più affievolita, dopo l'art.2740 c.c., di destinazione dei beni al soddisfacimento del creditore. Infatti, salvo che in alcuni casi specifici (art. 2747 c.c.), il privilegio presuppone l'esistenza del bene nel patrimonio del debitore al momento dell'esecuzione, non essendo ammesso, in linea di massima, alcun diritto di sequela nei confronti dei terzi aventi causa dal debitore.

⁶ Le ipoteche sono utilizzate soprattutto nel credito fondiario; il pegno nella forma "atipica" della cauzione (o pegno irregolare). Pur non risultando alcuna tipizzazione civilistica della cauzione, si può tuttavia fare riferimento alla norma dell'art.1851 c.c. che codifica, sebbene relativamente all'ipotesi marginale alla quale si riferisce, la fattispecie del deposito di denaro vincolato a garanzia di un credito. Da questa norma si deduce che il creditore pignoratizio acquista la proprietà del bene dato in pegno, infatti la banca deve restituire solo la somma che eccede l'ammontare dei crediti garantiti. "L'incameramento" della quota a copertura del suo credito può essere infatti configurabile solo in una situazione di passaggio della proprietà a favore del creditore pignoratizio.

giuridica di poter fronteggiare con buon esito l'eventuale insolvenza del debitore⁷. Ovviamente tale forme di garanzia comportano un'immobilizzazione patrimoniale che potrebbe dare rigidità ad una impresa o che potrebbe tagliare fuori alcune di esse dall'accesso al credito, qualora non avessero un patrimonio sufficiente da assoggettare a garanzia.

Nei rapporti intercorrenti tra soggetti operanti nel campo economico, vengono, quindi, preferite altre forme di garanzia, che poggiano non su uno o più beni particolari, ma sull'intero patrimonio di un terzo (garante) in aggiunta a quello del debitore. È la categoria delle garanzie c.d. personali, e la fideiussione, negozio tipizzato dal nostro legislatore, ne rappresenta il modello principale.

E' soprattutto da tale istituto, infatti, che l'autonomia privata è partita per sviluppare forme nuove di garanzia che ne ampliassero l'oggetto o che ne svincolassero l'escussione dalle vicende del rapporto obbligatorio sottostante⁸.

In particolare è quest'ultima, l'esigenza che traspare in maniera evidente dal tenore letterale dalle clausole che normalmente compongono il contenuto del contratto autonomo di garanzia. Di esso non abbiamo una definizione legale, non è un tipo codificato, ma la prassi degli operatori è ben orientata su tipizzazioni standard, che prevedono obblighi per il garante di pagare, alla controparte – beneficiaria, una somma di denaro a sua semplice richiesta⁹ e senza sollevare eccezioni eventualmente spettanti al debitore, nei confronti del creditore garantito, sulla base del rapporto di valuta¹⁰. Scopo di queste clausole sta nel

⁷ Il creditore, con la fideiussione, in pratica può contare su due garanzie patrimoniali generiche ex art. 2740 c.c., v. F. MASTROPAOLO, op. cit., p.71 – 72. Così anche F. BONELLI, Le garanzie bancarie nel commercio internazionale, in DCI, 1987, p. 141, il quale sottolinea che la funzione della fideiussione è quella di un "rafforzamento del vincolo nascente dall'obbligazione principale ottenuto mediante l'aggiunta del patrimonio del fideiussore a quello del debitore principale, mediante cioè il raddoppio dei soggetti debitori".

⁸ L. BARBIERA, Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942, in BBTC, 1992, I, p. 736 ss.

⁹ In base cioè alla semplice dichiarazione, da parte del beneficiario, con la quale si allega l'inadempimento del debitore, dichiarazione che può essere più o meno qualificata a seconda dell'assetto contrattuale stabilito dalle parti.

¹⁰ L. BARBIERA, op. cit., p.738. ¹¹ Di "distacco" parla in termini espliciti gran parte della dottrina che si è occupata del contratto autonomo di garanzia, si veda M. SESTA, Pagamento a prima richiesta, in CI, 1985, pp. 940 – 941.

“distaccare”¹¹ il rapporto di garanzia dal rapporto fondamentale, per assicurare, in capo al soggetto garantito, una maggiore celerità e sicurezza di realizzo nell’escussione.

2. Autonomia ed accessorietà nelle garanzie personali

La caratteristica fondamentale del negozio di garanzia autonoma è quella di rendere insensibile la prestazione in esso contemplata alle vicende del rapporto principale garantito, ed è proprio questa la differenza sostanziale rispetto alla fideiussione di cui agli artt. 1936 ss. c.c., che è invece una garanzia accessoria dell’obbligazione garantita (art.1936, 1° comma c.c.)¹².

I principi giuridici che esprimono l’accessorietà nel negozio di fideiussione sono raccolti essenzialmente in tre norme:

- Art. 1939 c.c.: la fideiussione non è valida se non è valida l’obbligazione principale garantita.
- Art. 1941 c.c.: la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto al creditore né può essere prestata a condizioni più onerose.
- Art. 1945 c.c.: Il fideiussore può far valere nei confronti del creditore tutte le eccezioni opponibili al debitore principale, salva quella derivante dall’incapacità.

¹¹ Di “distacco” parla in termini espliciti gran parte della dottrina che si è occupata del contratto autonomo di garanzia, si veda M. SESTA, Pagamento a prima richiesta, in CI, 1985, pp. 940 -941.

¹² Con la fideiussione l’obbligato garantisce l’adempimento di una prestazione di contenuto identico a quello dell’obbligazione del debitore principale, v. F. BONELLI, op. loc. ult. cit. Risulta evidente, questa affermazione, dalla lettura dell’art.1936, 1° comma c.c., secondo il quale il garante si obbliga ad eseguire la stessa identica prestazione del debitore principale garantito nel caso in cui questo ometta di adempiervi. Si crea, cioè, una responsabilità solidale nel debito, stante il tenore dell’art. 1944 c.c., senza neanche un beneficio di escussione preventiva che viene vista, semmai, come un’ipotesi eccezionale di natura pattizia (art. 1944, 2° comma c.c.). Nei rapporti con il creditore, quindi, è come se ci fosse una sola obbligazione retta dal principio della solidarietà. Sulla solidarietà e accessorietà, e sui rapporti che legano questi due elementi strutturali della fideiussione, si veda G.B. PETTI, La fideiussione e le garanzie personali del credito, CEDAM, 2000, p. 56 ss. Si potrebbe dire che la solidarietà riguarda l’effetto del contratto nei rapporti tra creditore – garante (la fideiussione fa nascere nei confronti del creditore un’obbligazione solidale ex art.1292 c.c.) e tra garante – debitore principale (per il regime del regresso previsto nel caso in cui sia il fideiussore ad adempiere, e che ricalca il regime generale dell’art.1299 c.c.), mentre l’accessorietà riguarda più propriamente l’aspetto dell’adempimento dell’obbligazione (se i debitori in solido sono tutti obbligati per la medesima obbligazione, vuol dire che le eccezioni opponibili da uno devono essere altresì opponibili, alla stessa stregua, dagli altri).

Alla luce di questi tre principi fondamentali del “tipo” fideiussione, la dottrina tradizionale¹⁴ ha sempre riposto nella accessorietà una funzione caratterizzante la causa stessa del negozio di garanzia. Infatti la causa di garanzia dovrebbe presupporre innanzitutto l’esistenza di una obbligazione e la sua attualità, nel senso che, se per qualche motivo la prestazione principale non dovesse essere più dovuta, la garanzia non avrebbe più ragione di essere¹⁵.

Ovviamente questo punto di vista dà per scontato che non sia possibile configurare, nel nostro ordinamento, un contratto di garanzia diverso dalla fideiussione, cioè “atipico”. Infatti il principio di accessorietà della garanzia del credito non risulta postulato in nessuna norma imperativa di carattere generale, e quelle di cui agli artt. 1936, 1939, 1941 e 1945 c.c., anche ammesso che possano considerarsi imperative e non meramente “descrittive”, attengono esclusivamente al “tipo” fideiussione¹⁶.

¹³ G.B. PETTI, op. ult. cit., p. 72 ss.

¹⁴ Per una rassegna delle principali posizioni si veda G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1 ss. [Nel volume sono raccolti anche due scritti precedenti dell’autore: *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, già pubblicato in *Le operazioni bancarie*, G.B. Portale (a cura di), Giuffrè, Milano, 1978, tomo II, p. 1044 ss., e *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, già pubblicato in *BBTC*, 1985, I, p. 169 ss.].

¹⁵ F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 231. I tre principi di cui sopra sono tutti già racchiusi, in potenza, nell’art. 1936 c.c., il quale evidenzia come la causa del contratto di fideiussione consista nel garantire l’adempimento di un’obbligazione altrui.

¹⁶ G.B. PORTALE, op. cit., pp. 4 – 5, il quale ammonisce contro il rischio di confondere la “causa” negoziale con il “tipo”: le norme che descrivono il tipo sono, appunto, descrittive, e risultano essere inderogabili solo all’interno di questo per coerenza con la fattispecie (come ad esempio l’art. 1939). Se risulta che le parti vi abbiano derogato, allora o la deroga è nulla per violazione di norma imperativa (nullità parziale e sostituzione della clausola con una norma imperativa; art. 1419 c.c.), oppure, se risulta che non avrebbero concluso il contratto senza quella clausola specifica, si pone un problema di qualificazione del tipo contrattuale, visto che questo non rientrerebbe più nella fattispecie codificata. Sulla stessa linea di pensiero F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 185 ss. secondo il quale l’accessorietà è un requisito “tipizzante” la fideiussione e non un principio generale, di ordine pubblico, operante per qualsiasi tipo di garanzia (tipica o atipica) e quindi capace di inficiare il contratto ex art. 1418 c.c. per illiceità della causa. Il problema dell’ammissibilità, nel nostro ordinamento, di contratti di garanzia privi del carattere dell’accessorietà si è posto con una certa veemenza. Sia consentito, per il momento, solamente sottolineare come la giurisprudenza, di merito e di legittimità, abbia ripetutamente confermato che tale negozio è espressione del principio di autonomia contrattuale di cui all’art. 1322 c.c., e la causa dell’attribuzione patrimoniale in esso contemplata è meritevole di tutela. Si vedano: C. Cass., III sez. civ., sent. 10 marzo 1980 n° 1602, in *RN*, 1980, p. 842 ss., secondo la quale il negozio atipico con cui si garantisce non l’adempimento di

Nella prassi, soprattutto per le garanzie rilasciate da banche e assicurazioni (fideiussioni passive, impegni di firma) o a banche (fideiussioni attive), la deroga pattizia alle norme appena citate è una costante. Le clausole fondamentali, che si assumono come caratterizzanti il contratto autonomo di garanzia sono:

- L'impegno del garante di "pagare immediatamente e a semplice richiesta" del beneficiario – creditore, quanto ad esso dovuto dal debitore principale per capitale, interessi e spese, oppure di versare una somma determinata, in termini percentuali, rispetto al valore di un contratto (*bid bond e performance bond*).” Questa richiesta può, poi, essere più o meno articolata, in quanto si va dalla mera dichiarazione del creditore circa l'inadempimento del debitore, alla richiesta giustificata da documentazioni prodotte da terzi che attestino il mancato adempimento, in tutto o in parte, dell'obbligazione¹⁸.
- L'impegno del garante a “non sollevare eccezioni relative al rapporto sottostante tra debitore – creditore”.

Questa clausola, unita alla precedente, è quella che segna in maniera determinante il “distacco” dell'obbligazione di garanzia dall'obbligazione garantita, differenziando il contratto che la contiene dal negozio

un'obbligazione altrui in senso stretto ma un determinato risultato, benché connesso con tale obbligazione, non è soggetto alla norma dell'art. 1941 c.c. né si può dubitare della validità di un tale patto sotto il profilo della sua liceità; C. Cass., sent. 18 novembre 1992, n° 12341, in BBTCC, 1994, II, p. 286 ss., che ritiene ammissibile nel nostro ordinamento il contratto di garanzia con cui il garante si obbliga ad eseguire la prestazione a semplice domanda e senza opporre eccezioni attinenti alla validità, efficacia e alle vicende del rapporto principale. La funzione di tale contratto, prosegue la Corte, non è proprio quella di garantire l'adempimento altrui, quanto quella di far conseguire senza indugio al creditore l'oggetto della prestazione. In sostanza si riversa sul garante il rischio di inadempimento del debitore, colpevole o incolpevole che sia. La causa risiede proprio nella copertura di tale rischio.

¹⁷ G. VILLANACCI, op. cit., p. 20 ss.; il *bid bond* viene rilasciato soprattutto in sede di gara d'appalto per garantire al committente che l'aggiudicatario concluda successivamente il contratto nei termini dell'offerta da esso stesso presentata. L'ammontare della garanzia viene normalmente fissata nella misura dell'1-5 % del valore del contratto, e serve a tenere indenne il committente dalle spese necessarie a rinnovare la gara per procedere a nuova aggiudicazione, oltre a rifondere l'eventuale danno subito per il ritardo. Il *performance bond*, o garanzia di buona esecuzione, serve, invece, a tenere indenne il committente da opere d'appalto non eseguite a regola d'arte. Anche qui il garante si impegna a versare la somma dedotta nel contratto di *performance bond* a semplice richiesta del beneficiario, anche se in questi casi la richiesta è generalmente documentale (certificazioni dell'esito negativo del collaudo proveniente da terzi) e mai automatica in senso stretto.

tipico della fideiussione¹⁹. Infatti la clausola “a prima richiesta”, per larga veduta della dottrina, non è, di per sé, incompatibile con la ratio della fideiussione quale contratto da cui nasce, nei confronti del creditore, un’obbligazione accessoria e solidale per la prestazione dovuta dal debitore principale²⁰.

Una tale clausola inserita nel contratto di fideiussione provoca, più semplicemente, il particolare effetto processuale tipico di una clausola *solvet et repete*, e cioè mette il garante nella situazione di non poter opporre le eccezioni che competono al debitore del rapporto principale finché esso non abbia adempiuto²¹. Dopo tale momento il fideiussore può agire in ripetizione di indebito (ex art. 2033 c.c.) facendo valere tutti i diritti che competono al debitore verso il soggetto garantito²².

Quindi non toglie, tale clausola, il carattere di accessorialità al negozio di garanzia²³.

¹⁸ F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 144 ss.

¹⁹ G.B. PORTALE, op. cit., p. 17; v. anche la recente C. Cass, sez. III civ., sent. 11 febbraio 1998 n° 1420, in CG, 1999, I, p. 219 ss. secondo la quale “ Caratteristica fondamentale e caratterizzante il contratto, che vale a distinguerlo nettamente da quello fideiussorio previsto dagli artt. 1936 ss. c.c., è la carenza dell’elemento dell’accessorialità: il garante si impegna a pagare il beneficiario che esulta la garanzia, “senza opporre eccezioni in ordine né alla validità né all’efficacia del rapporto base”.

²⁰ F. BENATTI, Garanzia (contratto autonomo di), in NDI, App., vol. III, UTET, Torino, 1982, p. 919, dove si legge che “E” ormai pacifico che la denominazione data al contratto non influisce sulla sua natura né è sufficiente l’inserzione della clausola “a prima richiesta” per trasformare la fideiussione in Garantievertrag. La sussistenza di questo contratto si deduce dalla presenza, nel suo testo, di una serie di clausole che sono incompatibili con il carattere accessorio della fideiussione e che lo rendono indipendente dal negozio base”.

²¹ Clausola da ritenersi valida nei limiti dell’art. 1462 c.c., il quale statuisce che la clausola con cui una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o di ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità, e di rescissione del contratto. Le altre eccezioni, implicitamente, possono essere lecitamente ritardate ad un momento successivo all’adempimento. Si veda M. SESTA, op. cit., p. 940.

²² Cfr. C. Cass., I sez. civ., sent. 1 luglio 1995 n° 7345, in GI, 1996, I, 1, col. 626.

²³ Di tale avviso G.B. PORTALE, op. cit., p. 63 ss., il quale parla di “smitizzazione” della clausola a prima richiesta nella sua idoneità a rendere autonomo il contratto di garanzia dal rapporto di valuta. Citando giurisprudenza e dottrina tedesche mette in luce come una simile clausola possa essere un semplice indizio di “autonomia”, che però deve essere accompagnata da altre clausole che facciano concludere per una volontà univoca delle parti di concludere una garanzia priva del nesso di accessorialità. V. anche L. PONTIROLI, Le clausole di “pagamento a prima richiesta” e di “sopravvivenza”: dalla giurisprudenza recente della Corte di Cassazione al Provvedimento della Banca d’Italia sulle N.B.U., in BBTC, 1996, I, pp. 110 – 113, il quale, riprendendo il pensiero di Portale, afferma che la semplice clausola di pagamento a prima richiesta viene apposta anche a contratti di indubbia natura fideiussoria, cosic-

Altra clausola che normalmente è presente nei formulari di tali contratti è quella di deroga all'art. 1939 c.c. La garanzia autonoma risulta, così, pienamente valida anche nel caso in cui il rapporto di base garantito non sia mai venuto ad esistenza o venga dichiarato invalido²⁴. E' sicuramente tale pattuizione quella più problematica sotto il profilo della sua ammissibilità nel nostro ordinamento, ma è anche quella che caratterizza in modo più pregnante il contratto autonomo di garanzia avvicinandolo al concetto di *Garantieverträge* teorizzato circa un secolo fa da Stammler, e al contratto c.d. di *Bankgarantie*²⁵. Scopo di tale

ché la sua presenza risulta insufficiente a qualificare il contratto di garanzia come autonomo. La sua funzione è più propriamente di "liquidità", volendo impedire l'immobilizzazione della pretesa del creditore di fronte alle contestazioni sollevate dal debitore. Contra vedasi, tuttavia, la sentenza del Trib. Napoli 13 febbraio 1997, in BBTC, 1998, II, pp. 462 - 463, secondo la quale, elemento essenziale e sufficiente per la qualificazione del contratto fideiussorio nel senso di una garanzia autonoma è la clausola di pagamento "su semplice richiesta". In buona sostanza tale clausola, nel ragionamento dei giudici napoletani, trasforma un contratto di fideiussione con clausola solve et repete in un contratto autonomo di garanzia. Ambigua appare invece la sentenza del Trib. Roma 27 marzo 1996, id., p.456 ss., la quale nei considerando ritiene che l'espressione a "semplice richiesta", inserita in un contratto di fideiussione, rientra tra quelle tecniche impiegate dalla prassi per tenere indenne il beneficiario dal rischio di una mancata o inesatta esecuzione dell'obbligazione sottostante. Tuttavia nel proseguo, cfr. p. 458 - 459, il collegio, rilevato che non sono presenti nel contratto clausole del tenore "a primo rischio assoluto" o "senza sollevare eccezioni", ammette in capo al garante, una volta adempiuta la sua prestazione, la possibilità di esercitare l'azione di ripetizione direttamente nei confronti del beneficiario qualora risultino insussistenti i presupposti che hanno resa operativa la garanzia. La clausola, quindi, mira solo ad impedire qualsiasi dilazione nell'escussione, rendendo irrilevanti, in questa prima fase, le eccezioni relative al rapporto di valuta (mentre sono possibili eccezioni relative al contratto di garanzia, quali l'invalidità, quelle che risultano dal contesto letterale di esso e l'*exceptio doli generalis*). Il ragionamento del Tribunale di Roma non è, perciò, nel senso di trasformare un contratto di fideiussione in uno di garanzia autonoma, ma è solo quello di considerare la clausola "a prima richiesta" come un indizio di autonomia che tuttavia deve essere supportato dall'esistenza di altre clausole che recidano, in maniera decisa, il vincolo di accessorietà. In tale senso si veda il commento di V. CARIELLO, id., p. 464 ss., alle due sentenze in esame, che riconduce la tesi dei giudici romani nell'alveo della tesi accolta dalla giurisprudenza internazionale e dalla dottrina dominante (Portale).

²⁴ Cfr. G.B. PORTALE, op. cit., p. 2. E' la cosiddetta clausola di "sopravvivenza" della garanzia al rapporto principale, v. L. PONTIROLI, op. cit., p. 113 ss. e A. GUACCERO, Le garanzie internazionali: problematiche relative alla causa ed alla azionabilità in giudizio, in GC, 1993, II, p. 774.

²⁵ Il *Bankgarantie* consiste nell'applicazione dei principi del *Garantieverträge* (secondo Stammler: "una parte assume contrattualmente e ordinariamente, senza corrispettivo, il rischio collegato ad un'impresa, alla cui realizzazione il garante è in qualche modo interessato") alle esigenze di banche e assicurazioni che garantiscono operazioni commerciali con l'estero, diventando lo strumento per garantire una prestazione "indipendentemente dal fatto che essa sia dovuta o meno, sia suscettibile o meno di esecuzione forzata". Cfr. G.B. PORTALE, op. cit., p. 10 ss.

clausola è quello di coprire, con la garanzia, anche il c.d. rischio atipico correlativo alla nullità/annullabilità del rapporto principale, assicurando in ogni caso al beneficiario – creditore una prestazione succedanea ed indennitaria per la “frustrazione” subita dal mancato adempimento del debitore, anche se per causa a questo non imputabile²⁶. Sulla ammissibilità di tale clausola si è variamente pronunciata la nostra giurisprudenza ed interrogata la dottrina (italiana e straniera), giudicandola certamente compatibile, se non con il negozio di fideiussione, con un negozio atipico di garanzia la cui prestazione sia svincolata, cioè indipendente ed autonoma, dall’obbligazione principale²⁷.

²⁶ Cfr. R. CICALA, sul contratto autonomo di garanzia, in RDC, 1991, I, p. 143 e p.145. Il vantaggio che offre tale assetto di interessi è evidente nel commercio internazionale, dove le parti appartengono ad ordinamenti giuridici diversi e non potrebbero né conoscere né prevedere le cause giuridiche che rendono nullo un contratto in un ordinamento straniero, né potrebbero accollarsi i rischi di vedere sfumare i loro diritti per provvedimenti economici restrittivi adottati nel paese della controparte debitrice (l'autore le chiama leggi di “polizia economica”). Il vero scopo di tali clausole dovrebbe proprio essere quello di garantire l'interesse del creditore da tali rischi, che esulano dai normali rischi di inadempimento del debitore ma che possono essere normali nel commercio internazionale.

²⁷ C'è da dire, tuttavia, che tale posizione è espressa con maggiore nettezza dalla dottrina, v. G.B. PORTALE, op. cit., p. 4, dove si qualifica l'art. 1939 c.c. come norma “inderogabile per coerenza con la fattispecie” rivestendo un ruolo primario nella ricostruzione dell'istituto della fideiussione; v. in particolare p. 7, dove si legge “[...] D'altronde, che la clausola con cui si deroga al precetto dell'art.1939 e tutti i patti a questa equivalenti alterino la fisionomia del tipo fideiussorio, per dar luogo ad un contratto atipico con funzione di garanzia, trova ulteriore riprova nelle gravi contraddizioni in cui è costretta a dibattersi la dottrina, la quale, [...], nega che di fronte a quelle pattuizioni sia legittimo parlare di negozio atipico”; e p. 6 “[...] Queste precisazioni consentono di ribadire la correttezza della dottrina tradizionale (non solo italiana), laddove afferma che la nota tipizzante del contratto di fideiussione va ricercata nella struttura dell'obbligazione che assume il fideiussore caratterizzata, oltre che dalla sussidiarietà, dalla sua accessoria rispetto all'obbligazione principale, nel senso che sia per l'esistenza sia per il suo contenuto essa è in rapporto di dipendenza nei confronti di quest'ultima. [...]”. Si veda anche G. BOZZI, Le garanzie atipiche – Garanzie personali, in Il dir. priv. oggi, P. Cendon (a cura di), Giuffrè, Milano, 1999, p.88, “[...] le pattuizioni che intervengono a modificare la disciplina tipica sono intese generalmente come esercizio della libertà contrattuale e sono ritenute valide purché non alterino i caratteri ritenuti fisionomici del tipo legale e siano finalizzate al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.”

La prima sentenza che si occupa della clausola in esame, in relazione ad un contratto qualificato come di fideiussione, è C. Cass., 3 settembre 1966 n° 2310, in GI, 1968, I, 1, col. 83, dove si afferma che il patto di “sopravvivenza” contrasta con il dogma dell'accessoria della fideiussione all'obbligazione principale, e quindi non ha senso parlare di garanzia quando non esiste l'obbligazione su cui questa insiste. D'altra parte però, in maniera contraddittoria, la Suprema Corte, per valutare la liceità di tale clausola, richiama l'art. 1322 c.c. e afferma che tale pattuizione è perfettamente lecita e compatibile con lo schema fideiussorio. In sostanza, la S.C., giudicata la liceità di tale clausola nel contratto pervenuto al suo esame, non effettua una riquilibratura del contratto di fideiussione in termini di contratto autonomo di garanzia, anzi ne ribadisce la sua natura accessoria giudicando operante, nel caso specifico, la norma di cui all'art.1957 c.c., che mira ad assicurare al garante una maggiore certezza nel regresso con-

3. Profili ricostruttivi della fattispecie

Abbiamo visto che il contratto autonomo di garanzia, di cui non esiste una “tipizzazione” nel nostro ordinamento²⁸, si sviluppa essenzialmente sul troncone della garanzia personale per eccellenza, la fideiussione, mediante un sistema di clausole, derogatorie di alcuni istituti caratteristici di questa, che mirano ad assicurare un’autonomia alla prestazione del garante rispetto a quella del soggetto garantito. Volendo cercare di darne una definizione, tirando le fila del discorso precedente, potremmo dire che esso è un contratto con cui una parte (garante) si impegna a pagare un determinato importo al beneficiario (garantito), allo scopo di garantire la prestazione dovuta a quest’ultimo da un terzo (debitore), e ciò a sua semplice richiesta con la rinun-

tro il debitore principale prevista dall’art. 1950 c.c., e che quindi si giustifica nell’ambito di un negozio di fideiussione ma non anche nell’ambito di un negozio autonomo, dove la prestazione dovuta non è la medesima di quella dovuta dal debitore principale, non potendo perciò operare nessun meccanismo legale di surrogazione nei diritti del creditore ai sensi dell’art.1203 n°3 c.c. (del quale l’art. 1949 c.c. dovrebbe costituirne una specificazione). Maggiormente chiara nel senso espresso nel testo è C. Cass., I sez. civ., sent. 31 agosto 1984 n° 4738, in FI, 1985, I, col. 505 ss. in particolare col. 516 – 517 in cui si fissa il discrimen tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia. Assodato che l’accessorietà della fideiussione rispetto all’obbligazione garantita è un elemento logicamente necessario, si deve sempre ricercare l’effettiva volontà contrattuale che emerge da eventuali clausole “atipiche” inserite dalle parti, tra le quali va annoverata quella di “sopravvivenza”. La possibilità concessa dall’art. 1322 c.c. impone all’interprete l’onere di una ricerca volta ad accertare se le parti abbiano voluto concludere un contratto contenente tutti gli obblighi relativi ad una fideiussione, oppure un contratto del tutto diverso da quello di cui agli artt. 1936 ss. c.c. (utilizzando solo erroneamente il termine fideiussione). Qualora si ravvisasse l’esistenza di un negozio atipico privo del requisito dell’accessorietà, dovrebbe concludersi nel senso di una piena validità della clausola di sopravvivenza. Contra si veda, invece, E. NAVARRETTA, Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia, in CI, 1991, p. 292 ss., nel quale l’autrice, partendo da una concezione funzionale di causa, in contrapposizione alla teoria proposta da G.B. Portale, afferma l’incompatibilità di tale clausola con il negozio di garanzia autonoma. In sostanza la clausola sarebbe nulla ex art. 1462, 1° comma c.c. in quanto le eccezioni di nullità e di invalidità del negozio principale si riflettono e coincidono con le eccezioni di nullità ed invalidità del negozio di garanzia. Infatti quest’ultimo deve poter esplicitare la sua funzione (di garanzia) ab initio e quindi quest’ultima non deve essere impossibile quando l’atto viene concluso, cosa che sarebbe, invece, in caso di nullità o inesistenza del rapporto di valuta. V. infra nel testo, par. 4.

²⁸ Si potrebbe ricercare, tuttavia, una sorta di “tipizzazione” del modello in questione facendo riferimento non tanto a norme giuridiche del nostro ordinamento, ma alle “Règles uniformes pour les garanties contractuelles” (R.U.G.) emesse dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi (I.C.C.) nel dicembre 1991 in sostituzione delle precedenti regole dalla stessa emanate nel 1978, le quali avevano sollevato dubbi in ordine al fatto che assicurassero una effettiva autonomia al contratto di garanzia (in tal senso si veda F. BONELLI, op. cit., pp. 127 – 129). Le R.U.G. possono leggersi in appendice ad A. CALDERALE, op. cit.

cia ad opporre qualsiasi eccezione circa l'esistenza e la validità dell'obbligazione sottostante²⁹.

Ne deriva che l'obbligazione a cui è tenuto il garante verso il beneficiario non è la medesima a cui è tenuto il debitore garantito nei confronti del creditore, come invece accade nella fideiussione, ma la sua è una prestazione eterogenea sia da un punto di vista giuridico che economico.

Illuminanti, a tale proposito, sono alcune sentenze, sia di legittimità che di merito³⁰, che qualificano la garanzia autonoma non come una garanzia in senso tecnico, ma come un mezzo per assicurare al beneficiario una prestazione che possa soddisfare il suo interesse economico frustrato dall'inadempimento del debitore; una prestazione, quindi, *latu sensu* indennitaria. Tuttavia bisogna tenere presente che proprio nella sua *ratio* "indennitaria", e non di garanzia in senso stretto, risiede la sua grande versatilità ad essere utilizzata in situazioni nelle quali, forse, il negozio fideiussorio non potrebbe operare come una valida garanzia. E' il caso, ad esempio, della garanzia di un obbligo di fare, il quale è spesso infungibile. L'art. 1936 c.c. dice espressamente che il fideiussore "garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui" senza però specificare ulteriormente di che tipo debba essere tale obbligazione. Questa è solitamente di carattere pecuniario, ma potrebbe anche avere ad oggetto una prestazione diversa dal denaro³¹. Proprio per il carattere di accessoria – solidarietà, tuttavia, deve reputarsi come possibile oggetto di un contratto di fideiussione solamente una presta-

²⁹ L'art. 2 lett. a) delle R.U.G. definisce la demand guarantee come quel "contratto, comunque qualificato, fonte dell'impegno a pagare una somma di denaro su presentazione di una richiesta conforme a quella prevista e dei documenti stabiliti". V. anche M. SESTA, op. cit., pp. 939, 948 – 949 il quale insiste sul fatto che le parti intendono conseguire un fine diverso rispetto a quello raggiungibile con la fideiussione, e F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 124, il quale fa notare come, nel caso in cui la prestazione principale divenga impossibile, l'unico contratto che rimane valido ed efficace è proprio quello di garanzia, che costituirà l'unico meccanismo di soddisfazione del creditore – beneficiario.

³⁰ C. Cass, sent. 18 novembre 1992, n° 12341 cit., p. 284 ss., C. Cass., sez. III, sent. 11 febbraio 1998, n° 1420 cit., p. 219 ss. e Trib. Milano, 30 aprile 1987, in BBTC, 1988, II, p. 3; v. anche M. SESTA, op. loc. ult. cit., F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 179 ss. e R. ROCCUCI in commento alla sentenza 1420/1998 cit.

³¹ Cfr. in G.B. PETTI, op. cit., p. 67.

zione fungibile; al contrario il fideiussore non sarebbe comunque in grado di soddisfare il diritto del creditore alla prestazione, non potendo egli, ad esempio, stipulare un contratto alle cui trattative sia intervenuto un terzo, oppure assicurare alla controparte contrattuale la somministrazione di merci di determinata qualità o realizzare un appalto non eseguito a regola d'arte³². E' evidente, in questi casi, *l'intuitus* che lega il debitore e il creditore della prestazione e ne deriva, di conseguenza, che una garanzia può solo operare nel senso di assicurare un ristoro pecuniario, non potendo comunque assicurare la piena soddisfazione del creditore.

La fattispecie in esame, secondo la dottrina³³, richiede la presenza di almeno tre rapporti giuridici nei quali il contratto di garanzia costituisce un'autonoma fattispecie contrattuale ma contemporaneamente un tassello di un'operazione giuridica più complessa³⁴. In particolare si hanno:

- Contratto base, o rapporto di valuta, intercorrente tra il debitore (che è anche l'ordinante della garanzia) e il creditore (beneficiario del rapporto di garanzia). Questo non è sempre presente, potendo intervenire, la garanzia, anche in una fase precontrattuale (è il caso del bid bond). Tuttavia anche in questo caso ci troviamo in presenza di un interesse del creditore, che pur non nascendo da un contratto si potrebbe considerare come meritevole di tutela. In effetti anche la fase precontrattuale è fonte di obblighi per le parti (art. 1337 c.c.) la cui violazione dà luogo a responsabilità³⁵.
- Contratto di mandato intercorrente tra ordinante e garante: il primo, dietro pagamento di una provvigione, dà incarico al secondo di rilasciare una garanzia autonoma in favore del proprio creditore.
- Contratto autonomo di garanzia, nel quale il garante si obbliga nei confronti del beneficiario ad eseguire la prestazione nei termini sopra descritti.

³² Per tali considerazioni si possono vedere gli spunti di M. SESTA, op. cit., p. 948 e F. MASTROPAOLO, op. cit., pp. 179 – 182.

³³ Cfr. G. BOZZI, op. cit., p. 36 ss.; si veda anche F. BENATTI, op. cit., pp. 918 – 919.

³⁴ E. NAVARRETTA, Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia, in CI, 1991, p. 289.

³⁵ G. BOZZI, op. loc. ult. cit., secondo il quale trattasi anche di mandato irrevocabile in quanto conferito nell'interesse di un terzo (il creditore del rapporto di valuta). Nello stesso senso si veda F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 130.

Qualora il beneficiario escuta la garanzia a cui il garante è tenuto, si ricordi, in via incondizionata e senza poter sollevare eccezione alcuna, quest'ultimo si rivarrà sull'ordinante la garanzia per farsi rimborsare della somma pagata. La legittimazione del garante, in quest'ultimo caso, sarà da rinvenirsi nel rapporto di mandato che lo lega all'ordinante – debitore e nei confronti del quale potrà sempre esercitare l'*actio mandati contrarii*³⁶ contemplata dall'art. 1720, 1° comma c.c., secondo il quale “il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni, con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte, e deve pagargli il compenso che gli spetta³⁷”.

Dato questo meccanismo automatico di escussione della garanzia, che impedisce al garante di opporre qualsiasi tipo di eccezione, e dato che il soggetto ordinante è estraneo al rapporto di garanzia e quindi non può opporsi in prima persona alla richiesta di escussione, è evidente come nella prassi si possano perpetrare degli abusi a danno soprattutto di quest'ultimo soggetto, che ne sopporterà in ultima istanza il pregiudizio.

A questo punto bisogna innanzitutto cercare di capire quand'è che, nell'ambito di un contratto di garanzia autonoma, si possa parlare di abuso o di legittimo esercizio di un proprio diritto considerando il peculiare ambito economico – commerciale nel quale questo si trova ad operare³⁸. I rischi maggiori, per il garante, provengono dalla richiesta del creditore anche quando la prestazione principale sia diventata impossibile, oppure il rapporto di valuta non sia mai venuto ad esistenza o sia nullo per qualsiasi motivo. Inoltre possono darsi dei casi in cui il debitore principale abbia correttamente adempiuto alle proprie obbligazioni, e ciononostante il creditore escuta la garanzia cercando

³⁶ Che “determina la proiezione degli effetti dell'escussione della garanzia sul rapporto principale e, quindi, il sostanziale addebito all'ordinante della garanzia”, cfr. A. DACCÒ, Garanzie “astratte”. Appalti internazionali ed *exceptio doli generalis*, in GI, 1996, I, 2, col. 61.

³⁷ Si consideri che nella stragrande maggioranza dei casi questo “conteggio” a carico dell'ordinante avviene in maniera istantanea ed automatica. Infatti i soggetti che prestano tale tipo di garanzia sono normalmente le banche con le quali l'ordinante intrattiene rapporti come cliente, e nei confronti delle quali ha posizioni di deposito o di fido aperte.

³⁸ Si è detto, v. supra par. 2, che, attraverso il contratto autonomo di garanzia, le parti vogliono raggiungere una maggiore sicurezza nei traffici, rimuovendo non solo la normale alea che avvolge l'esecuzione di un rapporto obbligatorio, ma anche un'alea “atipica”, che si potrebbe ripercuotere in una nullità del contratto o in una sua impossibilità di esecuzione per cause indipendenti dalla volontà del debitore.

di ottenere, in maniera più o meno fraudolenta, un raddoppio della prestazione .

Ci si chiede, in buona sostanza, se il garante possa, in alcuni casi, opporre delle eccezioni al beneficiario che manifesti l'intenzione di valersi della garanzia, o se questa possibilità debba considerarsi comunque preclusa a priori stante il carattere di autonomia e di "incomunicabilità" tra il rapporto valuta e quello di garanzia.

Inoltre, qualora si optasse per una soluzione positiva, si deve verificare se, il promittente della garanzia, sia in qualche modo obbligato ad opporsi alla pretesa del creditore – beneficiario, oppure se la sua sia solo una mera facoltà, e nel primo caso, individuare le conseguenze di una sua eventuale omissione.

Per cercare di rispondere a tali interrogativi, bisogna sicuramente analizzare i rapporti giuridici di collegamento esistenti tra i contratti che strutturano l'operazione (di valuta, di mandato e di garanzia) e i ruoli che in essi svolgono le singole parti.

Risulta certamente evidente, da quanto già detto, una forte connessione economica tra i negozi sopra citati; non a caso l'obbligazione del garante è commisurata, in termini quantitativi – monetari, a quella cui è tenuto il soggetto garantito, anche se manca, nella maggioranza dei casi, un'omogeneità tra le due prestazioni³⁹.

Dal punto di vista giuridico non è invece agevole qualificare il legame che tiene insieme i tre rapporti.

4. Collegamento genetico o funzionale: l'invalidità del rapporto di valuta

Qualora ci troviamo di fronte ad una pluralità di contratti che hanno

³⁹ F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 131. Ci si riferisce sempre ad una omogeneità di tipo economico, avendo già appurato come una omogeneità in senso giuridico non possa mai esistere nel contratto autonomo di garanzia, in quanto non nasce quel nesso di solidarietà nel rapporto debitorio di cui l'accessorietà ne è una conseguenza sul piano esecutivo. Tale contratto, nella normalità dei casi, prende la forma del bid bond o del performance bond, e va a garantire la corretta esecuzione di un appalto oppure l'impegno a tenere ferma una proposta contrattuale già formulata. E' evidente come l'indennizzo versato dal promittente, consistente per l'appunto in una somma di denaro, non è una prestazione omogenea a quella dovuta dall'obbligato principale, sia in senso giuridico che in senso economico.

un nesso di interdipendenza tra di loro, nel senso che l'interesse unitario perseguito dalle parti può essere realizzato solo grazie alla presenza necessaria di più negozi giuridici, possiamo evocare la figura del collegamento negoziale⁴⁰. Tuttavia nel considerare tale figura dobbiamo fare delle precisazioni e distinzioni. Innanzitutto potremmo intendere il collegamento come una semplice relazione voluta dalle parti e riferita al concreto contenuto economico dei negozi; in questo senso è sicuramente presente un collegamento, di tipo funzionale, tra rapporto di valuta e contratto autonomo di garanzia⁴¹. Ma se per collegamento intendessimo un legame giuridicamente più forte, per cui un contratto influisca sulla formazione e sulla validità dell'altro, allora non potremmo più dire con certezza se vi sia o meno, nella fattispecie, questa relazione genetica tra rapporto base e rapporto di garanzia. Comunque, quello che si può affermare già da ora, è che, in presenza di un collegamento genetico, le vicende del rapporto base relative alla sua validità ed esistenza, ben potrebbero riflettersi sul secondo negozio. Il problema, così, deve essere risolto a monte, e dipende dalla concezione che si accoglie circa la causa del contratto autonomo di garanzia; anche qui le posizioni possono oscillare tra una "concezione funzionale" e una "concezione strutturale" di quest'ultima⁴², e la dottrina sembra essere tutt'altro che concorde. Il filone più tradizionalista⁴³, tende ad escludere la liceità di un con-

⁴⁰ F. DEL GIUDICE (a cura di), *Nuovo dizionario giuridico*, Esselibri – Simone, Napoli, III ed., 1995, p.435.

⁴¹ Cfr. F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 134 – 135.

⁴² Cfr. E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 294 ss.: secondo la teoria "funzionale", ai fini della validità del negozio giuridico ai sensi degli artt. 1325 n°2 e 1418, 2° comma c.c., è necessario che questo sia concretamente idoneo, sul piano giuridico, a svolgere ab initio la funzione oggettiva affidatagli dalle parti; secondo la teoria "strutturale", invece, è sufficiente che l'atto menzioni semplicemente l'esistenza di una sua funzione oggettiva, indipendentemente dal fatto che esso sia poi in grado, giuridicamente, di svolgerla. Seguendo questa seconda concezione, il concetto di causalità del contratto si avvicina molto a quello di astrattezza (che si ricorda non essere ammessa nel nostro ordinamento), in quanto la sua validità, ai sensi dell'art. 1418, 2° comma c.c., risulterebbe svincolata dalla presenza e dalla realizzabilità, nel concreto, della sua funzione economica. Ciò è onestamente riconosciuto anche da coloro che accolgono, con riguardo al contratto autonomo di garanzia, una concezione strutturale della sua causa (G.B. Portale, *op. cit.*, p. 39 – 40).

⁴³ Per un'ampia rassegna delle posizioni si veda G.B. PORTALE, *op. cit.*, cap. I.

tratto di garanzia che imponga al garante di adempiere anche in caso di nullità del contratto base o di sua impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, riscontrando, in detta clausola, un elemento di astrattezza. La funzione di garanzia, sia in relazione alla fideiussione che ad una figura atipica di essa, deve sempre risultare originariamente, cioè al momento della conclusione dell'atto, non giuridicamente impossibile. Nel caso di nullità o di inesistenza del rapporto base, tale funzione non può certamente essere giuridicamente possibile *ab initio*⁴⁴, e il negozio di garanzia risulterà così assorbito, anch'esso, nella fattispecie di nullità per difetto dell'elemento causale. Seguendo tale impostazione, la clausola di "sopravvivenza", inserita in un contratto di garanzia, violerebbe l'art. 1462, 1° comma c.c., in quanto con essa non si rinuncerebbe a far valere un vizio afferente ad un diverso rapporto giuridico, ma si rinuncerebbe a sollevare un vizio del negozio stesso⁴⁵. Accogliendo la concezione "funzionale" della causa del contratto, quindi, possiamo individuare un collegamento genetico tra rapporto di valuta e rapporto di garanzia, in cui il vizio del primo travolge anche il secondo. Ne deriva la piena legittimazione, da parte del garante escusso, ad opporre al beneficiario della garanzia la nullità o l'inesistenza del contratto base.

Meno propenso a ravvisare l'esistenza di tale collegamento è chi, come Portale, reputa sufficiente, ai fini della validità del contratto autonomo di garanzia ai sensi degli artt. 1325 e 1418 c.c., la semplice enunciazione dello scopo avuto di mira dalle parti, mentre il fondamento della prestazione va ricercato al di fuori del negozio stesso, nel rapporto di valuta, al quale le parti devono necessariamente fare riferimento

⁴⁴ La nullità è un vizio genetico ed insanabile del negozio giuridico, ha cioè efficacia *ex tunc*, con la conseguenza che il contratto è come se non sia mai venuto ad esistenza. Sebbene in via incidentale, senza che la questione formi materia di decisione, sembra accogliere tale impostazione C. Cass., sent. 6 ottobre 1989 n° 4006, in BBTC, 1990, II, p. 10. Il collegio afferma, infatti, che l'esigenza del collegamento, oltre che a manifestarsi sul piano del giudizio di meritevolezza degli interessi, si impone anche in relazione alla concreta idoneità del rapporto a realizzare la sua funzione (che è quella di coprire il rischio connesso all'oggettivo inadempimento del debitore). Il negozio risulterà così privo di causa se, *ab origine*, non si configura il rischio di inadempimento, sia perché non è mai sorta l'obbligazione principale sia perché questa è nulla.

⁴⁵ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 299

nel contratto di garanzia⁴⁶. Da questo deriva che l'inesistenza *ab origine* del contratto principale, da qualunque causa dovesse discendere, non provocherebbe la nullità del rapporto di garanzia, facendo venire meno il requisito di cui all'art.1325 n° 2, ma farebbe degradare il rimedio ad una mera *condictio indebiti* spettante al soggetto debitore – ordinante la garanzia⁴⁷. In tal caso, quindi, il garante non avrà titolo alcuno per far valere il vizio genetico del rapporto base e, se escusso, dovrà adempiere la sua prestazione anche in caso di nullità o inesistenza del rapporto di valuta, senza che possa addursi violazione alcuna dell'art. 1462 c.c.⁴⁸.

⁴⁶ G.B. PORTALE, op. cit., pp. 19 – 20 dove si legge “[...] per rendere causale questo contratto basta la dichiarazione in esso dello scopo della garanzia e che sia fatto comunque riferimento ad un rapporto fondamentale, che valga a giustificare l’obbligazione del garante.” Sulla stessa lunghezza d’onda F. BONELLI, op. cit., p. 144 secondo il quale il riferimento al contratto principale è necessario sia per individuare l’evento in relazione al quale il garante dovrà eseguire la sua prestazione, sia perché esso trova la sua ragion d’essere nella protezione di un interesse da questo scaturente. Si veda anche G. VILLANACCI, op. cit., p. 99, secondo il quale è indispensabile almeno il richiamo, se non proprio la descrizione, al rapporto di base.

⁴⁷ G.B. PORTALE, op. loc. ult. cit., e pp. 45 – 46, F. BONELLI, op. cit., p. 146 dove si legge che “[...] l’azione di ripetizione spetta al debitore principale che (dopo aver risarcito la propria banca) può agire contro il beneficiario in base al rapporto principale. La banca, sebbene abbia effettuato un pagamento non dovuto in base al rapporto principale, non può esercitare l’azione di ripetizione di indebiti, in quanto essa – proprio perché la sua obbligazione è autonoma rispetto al rapporto principale – doveva adempiere alla richiesta del beneficiario, e non può quindi esercitare l’azione di ripetizione”. La mancanza di accessorialità fa sì che ogni controversia riguardante l’evento garantito ricada esclusivamente sul rapporto di valuta, altrimenti il divieto di sollevare eccezioni ad opera del garante sarebbe aggirato con l’azione di ripetizione, facendosi così rientrare dalla finestra ciò a cui si è negato l’accesso dalla porta.

⁴⁸ Non c’è violazione dell’art. 1462 c.c. in quanto il garante rinuncia ad opporre alla controparte solo le eccezioni relative al contratto base, e non anche quelle riguardanti il rapporto di garanzia. Non essendo, il primo, parte nel rapporto di valuta, può validamente rinunciare ad opporre eccezioni relative a tale rapporto, mentre non può rinunciare, pena l’inefficacia della clausola, ad opporre le eccezioni di nullità, annullabilità, rescissione relative al contratto di garanzia nel quale egli è immediatamente impegnato come parte. In tal senso, oltre a G.B. PORTALE, op. cit., p. 21, si vedano anche F. BONELLI, op. loc. ult. cit. secondo il quale, se il garante non oppone i vizi di nullità, annullabilità, rescissione, l’azione di ripetizione non spetta al debitore del rapporto principale, ma spetta al garante stesso perché con essa si mira a ricomporre uno spostamento patrimoniale tra garante – beneficiario che non sarebbe dovuto avvenire sulla base del rapporto di garanzia. In sostanza la banca non avrebbe dovuto adempiere e perciò ha diritto di richiedere ciò che ha versato; e A. GIUSTI, La fideiussione e il mandato di credito, in Tratt. Dir. civ. e comm., Cicu – Messineo (a cura di), vol. XVII, tomo 3, Giuffrè, Milano, 1998, p. 340 “[...] la rinuncia a sollevare eccezioni, per quanto ampia e generica, riguarda solo le eccezioni che traggono la loro origine dal rapporto principale, non quelle che derivano dallo stesso testo letterale della garanzia”.

Tale costruzione causale del contratto autonomo di garanzia trae origine, nel pensiero di Portale, dal raffronto con l'istituto del pagamento contro documenti a mezzo banca di cui all'art. 1530, 2° comma c.c., secondo il quale la banca che ha confermato il credito al venditore può opporre ad esso solo le eccezioni derivanti dall'incompletezza o irregolarità dei documenti e quelle relative al rapporto di conferma del credito⁴⁹. Diverso, invece, il vizio di nullità del rapporto di valuta derivante da illiceità della causa, dei motivi e dell'oggetto (artt. 1343, 1345, 1346 e 1418 c.c.). Qui Portale⁵⁰, rinviene una comunicabilità di un tale vizio genetico dal contratto base al contratto di garanzia, visto che altrimenti il contratto di garanzia finirebbe per provocare quell'utilità che la legge condanna colpendo la validità del rapporto principale. La causa del contratto di garanzia mirerebbe, in tal caso, ad un risultato che la legge vuole evitare⁵¹. In sostanza questa eccezione, sebbene sia relativa ad una vicenda del contratto base, è riferibile immediatamen-

⁴⁹ G.B. PORTALE, op. cit., p. 20. Cioè la banca può opporre al venditore – creditore solo le eccezioni riguardanti il rapporto diretto con esso (che è quello di conferma del credito) e quelle che attengono alle modalità di esercizio del suo diritto, relative, cioè, alla regolarità e alla completezza dei documenti presentati per ottenere il pagamento così come risulta dalla lettera del titolo. La banca, quindi, accertata la regolarità dei documenti, adempie senza che le situazioni riguardanti il rapporto di valuta possano minimamente inficiare la validità del pagamento né consentire ad essa di opporle al creditore. Tale istituto ha una funzione di pagamento ma, secondo Portale e secondo una importante dottrina tedesca da questo riportata, ha anche una funzione di garanzia dell'adempimento, data la particolare affidabilità e solvibilità della banca intermediaria, avvicinandosi alla figura del Garantievertrag. Dalla disciplina del credito documentario Portale fa discendere, quindi, in via analogica, la disciplina del contratto autonomo di garanzia, op. cit., p. 47.

⁵⁰ Oltre a G.B. PORTALE, op. cit., pp. 21 – 49 ss., si veda in tal senso anche la dottrina successiva che si è rifatta al suo pensiero, tra i quali si ricordano F. BENATTI, op. cit., p. 922, F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 362 e G. VILLANACCI, op. loc. ult. cit.

⁵¹ Cfr. F. MASTROPAOLO, op. loc. ult. cit., A. GIUSTI, op. cit., p. 342. Oltre che sul piano della nullità per illiceità riflessa della causa del contratto di garanzia, si potrebbe operare anche sul piano della nullità per frode alla legge (art. 1344 c.c.), cfr. G.B. PORTALE, op. loc. ult. cit. Infatti il contratto costituirebbe un modo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (illiceità del contratto base), provocando lo stesso spostamento patrimoniale che sarebbe altrimenti illecito. Bisogna prestare, tuttavia, particolare attenzione nel delimitare i confini dell'illiceità del contratto base, soprattutto quando esso è stipulato tra due soggetti appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi. Infatti una delle funzioni del contratto autonomo di garanzia è proprio quella di "difendere" l'interesse del creditore contro tutti i rischi atipici propri del commercio internazionale, tra i quali bisogna sicuramente annoverare quelli

te al contratto di garanzia attraverso la menzione, in esso, del rapporto principale. Quindi l'illiceità del rapporto base provoca un vizio interno allo stesso contratto di garanzia.

Nel caso in cui il contratto di garanzia sia stipulato tra soggetti appartenenti allo stesso ordinamento giuridico, non vi sarà alcun problema di individuazione della ragione di illiceità, visto che questa sarà comune ad entrambi. Maggiori problemi si pongono, tuttavia, nel caso in cui i contratti di garanzia siano stipulati tra due soggetti appartenenti a nazionalità distinte. Nel caso di nullità del contratto base per violazione, ad esempio, di normative valutarie restrittive o di altri provvedimenti interni all'ordinamento del soggetto debitore, la dottrina⁵² reputa non trasferibili tali vizi dal rapporto di valuta a quello di garanzia, sempre che il beneficiario appartenga ad un altro ordinamento. Questo perché, altrimenti, si darebbe rilevanza ad un aspetto che proprio il contratto autonomo di garanzia vuole scongiurare, e cioè quello di coprire anche i rischi "atipici" di un affare che vede coinvolti soggetti appartenenti a nazionalità diverse, i quali non possono né conoscere alla perfezione tutti i vari ordinamenti giuridici con le loro cause di invalidità dei negozi, né prevedere i pericoli connessi a rivolgimenti politici – economici dai quali potrebbero scaturire normative restrittive, protezionistiche, ed ostili, nei confronti degli stranieri⁵³.

Ne deriva, seguendo questo ragionamento, che la nullità del contratto base per illiceità potrebbe riflettersi sulla causa del contratto di garanzia solo qualora ci fosse una violazione dell'ordine pubblico internazionale. Numerosi sono stati i casi di invalidità di contratti di appalto o di somministrazione che sono venuti meno a causa di provvedimenti internazionali di isolamento nei confronti di alcuni paesi.

Ricordando un episodio abbastanza recente, si può riflettere sugli effetti che ha prodotto, sui rapporti commerciali pendenti tra imprenditori occidentali e soggetti irakeni, la crisi del Golfo degli anni '90. Inutile sottolineare come tutti i contratti stipulati con committenti

relativi alla possibilità che il contratto sia considerato illecito nell'ordinamento straniero, e che il creditore potrebbe legittimamente ignorare una tale causa di illiceità.

⁵² G.B. PORTALE, op. cit., pp. 51 – 52, F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 363.

⁵³ A. GIUSTI, op. loc. ult. cit.

irakeni siano stati coperti da garanzie autonome. Ora rimane da stabilire la sorte di queste ultime visto che, a seguito dell'embargo⁵⁴, i contratti commerciali stipulati con i soggetti irakeni sono rimasti ovviamente ineseguiti per ragioni non imputabili ai debitori, ma per un *factum principis* riguardante gli ordinamenti interni occidentali a cui questi vanno soggetti.

Puntualmente, infatti, i creditori penalizzati dall'embargo, hanno richiesto l'escussione delle garanzie bancarie esistenti a loro favore, dato l'inadempimento dei soggetti debitori. Una delle vicende più note è quella della costruzione e fornitura di undici navi da guerra da parte di Fincantieri s.p.a. (oltre che da una moltitudine di imprese subfornitrici) al Ministero della Difesa dell'Iraq. Questo appalto era coperto da un'operazione di garanzia autonoma quadrilaterale nella quale l'ente irakeno era titolare di una fideiussione a prima domanda e senza eccezioni nei confronti di una banca locale, e contemporaneamente quest'ultima era controgarantita, negli stessi termini, da un *pool* di banche italiane che avevano assunto tale impegno su ordine – mandato dei fornitori⁵⁵. Intervenuto l'embargo contro l'Iraq prima della consegna di tutte le navi, e prevedendo il comportamento fraudolento del suo governo, la Fincantieri s.p.a. conveniva quest'ultimo davanti al Tribunale di Genova chiedendo la dichiarazione di risoluzione dei contratti per impossibilità sopravvenuta dovuta a fatto imputabile al creditore (invasione del Kuwait e conseguente embargo) e la contestuale dichiarazione di estinzione delle controgaranzie prestate dalle banche italiane⁵⁶.

⁵⁴ Risoluzione n° 661 del 1990 del Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U. che condanna il comportamento dell'Iraq; ad essa seguono provvedimenti d'urgenza sia a livello sovranazionale che interno ai singoli stati. In Italia vengono emanati i d.l. 4 agosto 1990, n. 216, 6 agosto 1990, n. 220 e 23 agosto 1990, n. 247 con i quali si vietano "gli atti di disposizione, le transazioni, a qualsiasi titolo effettuati, relativi a beni mobili, immobili, aziende, valori o titoli di natura finanziaria e valutaria appartenenti, anche tramite intermediari alla Repubblica dell'Iraq [...]". A tale normativa d'urgenza segue il Regolamento CEE n. 3541/92, che vieta di accogliere le richieste irachene in relazione a contratti e transazioni rimaste ineseguite in seguito alla risoluzione O.N.U. sopra citata.

⁵⁵ Per un riepilogo della vicenda può vedersi Tribunale di Genova, sentenza 9 dicembre 1992, in GC, 1993, II, p. 757 ss.

⁵⁶ Tra l'altro su ricorso ex art. 700 c.p.c. la Fincantieri S.p.a. aveva già chiesto, ed ottenuto, un provvedimento che inibisse alle banche di dare seguito a qualsiasi richiesta in ordine all'escussione delle controgaranzie alle quali erano tenute verso la banca irakena e, comunque sia, che impedisse qualsiasi forma di regresso nei confronti della Fincantieri s.p.a.

Anche se i giudici non hanno utilizzato questo argomento per paralizzare l'escussione ad opera della banca irachena, si potrebbe dire, in questo caso, che la prestazione garantita sia divenuta illecita in quanto contraria ad una norma che mira a ripristinare l'ordine pubblico internazionale, che nella fattispecie è un provvedimento di isolamento nei confronti di uno stato invasore. Proprio questa caratteristica dovrebbe fargli assumere quella peculiare efficacia demolitoria nei confronti del negozio di garanzia, che altrimenti, se eseguito, renderebbe vano il provvedimento di embargo⁵⁷.

5. Vizi ulteriori del negozio base e mezzi di tutela esperibili dal garante

Il problema dell'abusiva⁵⁸ escussione della garanzia può presentarsi,

⁵⁷ Ovviamente non c'è bisogno, nel caso di specie, di fare un discorso tortuoso che vada a toccare aspetti delicati quali l'illiceità del negozio di garanzia nel suo rapporto con il contratto base, aspetti, cioè, che potrebbero rimettere in discussione il rapporto di autonomia esistente tra i due negozi. Infatti la sentenza 9 dicembre 1992 cit. fa riferimento diretto ai provvedimenti che vietano ai cittadini italiani, e quindi anche alle banche, di effettuare trasferimenti di fondi ad enti o persone dell'Iraq. Ne deriva che le banche, anche se si sentissero obbligate, non potrebbero effettuare nessun pagamento senza commettere un illecito, op. loc. cit., p. 761. Se a questo si unisce la considerazione che le norme di embargo, secondo parte della dottrina, danno luogo ad un impedimento di carattere definitivo (v. E. ALLORIO, "embargo" contro l'Iraq e sorte delle garanzie bancarie rilasciate, nell'interesse di un subfornitore italiano, ad un beneficiario straniero non iracheno, in DCI, 1995, p. 250) ne dovrebbe derivare un'estinzione delle garanzie per loro "morte naturale".

Inoltre il Tribunale di Genova, oltre alle argomentazioni relative all'impossibilità di adempimento per via dell'embargo, fa anche riferimento, ad abundantiam, ad un istituto di portata generale quale l'*exceptio doli*, che consiste nella possibilità, per il garante, di sottrarsi al pagamento della prestazione se escusso in maniera fraudolenta dal beneficiario; cfr. in A. GUACCERO, Le garanzie internazionali: problematiche relative alla causa ed alla azionabilità in giudizio, in BBTC, 1993, II, p. 773. Nella fattispecie, infatti, la pretesa del creditore appare *prima facie* abusiva (prova evidente della frode) in quanto l'esecuzione del contratto principale è divenuta impossibile per causa imputabile al creditore stesso; così la sentenza 9 dicembre 1992 cit., p. 764, ma sull'*exceptio doli* si veda infra, par. 5.

⁵⁸ Il termine "abuso", in diritto, è un termine che abbraccia ogni ipotesi in cui una posizione giuridica viene azionata dal suo titolare al di là degli scopi e dei limiti che la legge le attribuisce, e quindi cessa di ricevere la tutela che normalmente le proviene dall'ordinamento giuridico. In particolare, in materia contrattuale, il concetto di abuso è intimamente connesso con quello di buona fede nell'esecuzione del rapporto, concretizzandosi nell'esercizio distorto, da parte di uno dei contraenti, di diritti che gli provengono dalla legge o dal contratto. In sostanza, così facendo, si vuole raggiungere uno scopo ulteriore rispetto a quello previsto dalle parti e consentito dalla legge, oltre che lesivo nei confronti della controparte. Cfr. F. DEL GIUDICE (a cura di), op. cit., p. 18; E. NAVARRETTA, op. cit., p. 306.

oltre che nei casi in cui sia presente un vizio genetico del contratto principale⁵⁹, anche quando si verificano, relativamente a quest'ultimo, vicende successive che possano rendere dubbia la legittimazione del beneficiario ad incamerare la garanzia, nonostante questa sia autonoma rispetto al negozio principale.

A questo punto si pone il problema di stabilire se il garante possa opporre al beneficiario tali vicende del rapporto sottostante al fine di paralizzare la sua pretesa. A ben vedere non è possibile, stante il fatto che il garante non è obbligato alla stessa stregua del debitore principale nei termini di cui agli artt. 1936 e 1944 c.c., potendo solamente opporre, questo, le eccezioni che derivino dal negozio di garanzia.

Così argomentando, la regola dovrebbe essere che, una volta ricevuta la richiesta di pagamento e verificata la sua regolarità formale secondo quanto stabilito nel contratto di garanzia, il garante sia tenuto ad adempiere, salvo rivalersi successivamente nei confronti dell'ordinante per l'ammontare della somma versata. Quest'ultimo, in un secondo momento, potrà con certezza far valere tutte le eccezioni relative al rapporto base che abbiano reso, in tutto o in parte, ingiustificato l'arricchimento in capo al creditore mediante l'escussione della garanzia. Questo è l'assetto degli interessi sottostanti al contratto autonomo di garanzia, e il garante non ha, normalmente, alcun tipo di premura nell'opporci al pagamento⁶⁰. Nella realtà, però, un tale meccanismo

⁵⁹ Anche se qui bisogna essere molto accorti, sulla scorta di quanto detto supra, par. 4, nel pronunciarsi a favore di una invalidità riflessa del negozio di garanzia o di una sua escussione abusiva. Infatti molti dei rischi c.d. "atipici", soprattutto nel commercio internazionale, vengono coperti proprio con tali contratti: è quindi nell'intenzione delle parti, incarnata nella causa del negozio, rendere possibile l'azionamento della garanzia anche nei casi di nullità del rapporto di valuta.

⁶⁰ Il garante infatti è un soggetto qualificato (istituto bancario o assicurativo) che professionalmente rilascia garanzie dietro commissione, e che quindi deve salvaguardare il suo standing e reggere la concorrenza di altri istituti. Inoltre non ha interesse ad ingerirsi nelle questioni di merito sottostanti, né tantomeno in controversie giudiziali che farebbero lievitare il costo stesso della garanzia. Non si dimentichi, infatti, che ottenere un performance bond o un'analoga copertura comporta l'esborso, da parte dell'ordinante, di una commissione sensibilmente inferiore rispetto al rilascio di una garanzia accessoria, questo perché gli obblighi contrattuali previsti si limitano solo all'esame formale dei documenti presentati al momento dell'escussione. L'unico rischio in capo alla banca rimane quello di non riuscire a conteggiare al proprio mandante la somma pagata al creditore, ma questa è un'ipotesi assai remota, visto

potrebbe mettere in pericolo la possibilità di recupero delle somme “indebitamente” versate sulla base del rapporto di garanzia, soprattutto quando la controparte sia un soggetto straniero⁶¹.

La dottrina e la giurisprudenza, quindi, sulla scia della prassi applicativa internazionale, ammettono pacificamente che in caso di abuso da parte del creditore, il garante sia legittimato a rifiutare l'adempimento sempre che tale abuso risulti *prima facie* evidente. L'obbligato del negozio di garanzia sarebbe così in grado, in tali straordinarie e limitate ipotesi di abuso, di opporre al beneficiario le eccezioni riguardanti il negozio sottostante.

Questa affermazione, tuttavia, richiede delle precisazioni, in quanto non è pienamente corretta nella forma, benché nella sostanza sia così.

La stessa dottrina, infatti, per trovare nel nostro ordinamento un fondamento giuridico che salvi il principio di autonomia e le esigenze di equità, non individua, in capo al garante, un potere di opporre direttamente le eccezioni scaturenti dal rapporto sottostante, ma più precisamente quel-

che nel concedere un impegno di firma, la banca si garantisce a sua volta. D'altra parte il debitore, sul quale si trasferiscono tutti i litigation risk visto che sarà lui, eventualmente, a dover esercitare l'azione di ripetizione nel foro del beneficiario, ha già calcolato questo rischio e lo ha riversato sul costo del contratto sottostante almeno nell'ammontare della commissione pagata. Il creditore, dal canto suo, è disposto a pagare la prestazione un po' di più, ma con la sicurezza di poter contare, in ogni caso, su una somma di denaro che soddisfi le sue aspettative. Come si vede, quindi, il contratto autonomo di garanzia è frutto di valutazioni imprenditoriali in cui i vantaggi ci sono per tutti, non da ultimo per il debitore – ordinante in termini di possibilità di concludere l'affare. v. G. VILLANACCI, op. cit., pp. 44 – 47, A. CALDERALE, op. cit., pp. 131 – 137.

⁶¹ L'ordinante, che sopporta i c.d. litigation risks nel foro del beneficiario, visto che normalmente il creditore del rapporto principale tende ad assoggettare la risoluzione delle controversie nel foro a lui più favorevole, avrà delle alte difficoltà di recupero, sia per ragioni di natura “partigiana” (si pensi a contratti di alto valore che coinvolgono, magari, imprese di stato straniere di paesi del terzo mondo o di paesi in cui la certezza del diritto e l'assoggettamento del giudice alla legge sono principi molto relativi) ma anche per ragioni più squisitamente giuridiche. Un esempio per tutti può essere dato dal diritto svizzero il quale conosce, in materia di indebitato, solo l'indebitato soggettivo (art. 63, 1° comma cod. obbl. svizzero secondo il quale “chi ha pagato volontariamente un indebitato può pretendere la restituzione, solo quando provi di aver pagato perché erroneamente di credeva debitore”). In questo caso non sarebbe possibile recuperare presso un foro svizzero una somma pagata nell'ambito di una garanzia autonoma, perché il garante ha eseguito la prestazione conformemente al rapporto suddetto, essendone giustamente debitore. Si veda per tale spunto C. Cass. 6 ottobre 1989, n° 4006, in BBTC, 1990, II, p. 5 ss.

lo di eccepire il dolo o la frode del beneficiario nell'escutere la garanzia, fondato sul principio generale di correttezza e di buona fede di cui agli artt.1175 e 1375 c.c., che deve sempre accompagnare l'esecuzione del contratto⁶². Quindi non c'è contrasto tra l'eccezione di frode e il principio di autonomia della garanzia a prima domanda.

Scopo della creazione dottrina dell'*exceptio dolè* quello di trasformare in eccezione relativa al contratto di garanzia, e quindi validamente opponibile, un evento ad esso estraneo.

La tendenza a tramutare vicende del rapporto di valuta in eccezioni validamente opponibili nel contratto di garanzia, con conseguente riduzione del pericolo di abusi, è un'esigenza a cui la prassi ha cercato di rimediare inserendo, in quest'ultimo, clausole che irrigidiscano dal punto di vista formale la richiesta del beneficiario. Infatti il rischio di escussione fraudolenta varia in rapporto ai singoli tipi di garanzia, e diminuisce nel caso in cui la domanda di pagamento debba essere accompagnata da documenti prodotti da terzi che certifichino l'inadempimento del debitore principale⁶³. La banca, in tal caso, avrà la

⁶² Eloquente in tale senso G.B. PORTALE, op. loc. ult. cit., secondo il quale la frode del garantito "[...] rappresenta un limite intrinseco dell'obbligo della banca che trae origine dal principio di buona fede", v. anche p. 83. È evidente, quindi, come tale eccezione di dolo da parte del garante riguardi lo stesso negozio di garanzia e il rapporto diretto con il beneficiario, e non un rapporto indiretto tra questi due soggetti, mediato dal contratto principale al quale il garante è totalmente estraneo. V. anche F. BENATTI, op. cit., p. 923, F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 374, dove si legge "[...] proprio tale contratto [contratto di garanzia] è la fonte di un dovere di buona fede del beneficiario verso il garante, per cui è inammissibile una abusiva escussione"; E. NAVARRETTA, op. cit., p. 305 ss. secondo la quale le regole giuridiche che consentono di colpire l'abusivo esercizio del diritto di credito verso il garante sono quelle che mirano ad assicurare la buona fede oggettiva nel rapporto obbligatorio. Ne deriva che tale principio "limita il contenuto di un diritto validamente sorto al fine di proteggere esigenze non sussistenti né prevedibili al momento della nascita del diritto stesso"; G. BOZZI, op. cit., pp. 111 - 113. In giurisprudenza C. Cass., sent. 6 ottobre 1989 n° 4006 cit., p. 10, dove si legge "[...] le eccezioni del garante, relative all'inesistenza o alla minore entità del diritto che il beneficiario asserisce in tutto o in parte insoddisfatto, non sono interne al rapporto di base [...] bensì attengono allo stesso rapporto di garanzia, al pari delle eccezioni tratte dal testo del contratto relativo [...]".

⁶³ G. BOZZI, op. cit., p. 108. Anche le R.U.G. esprimono chiaramente la loro preferenza per un modello di garanzia giustificato o documentato. L'art. 20 (a) e (b) statuisce che la domanda di pagamento deve essere corredata da una dichiarazione in cui vi sia una descrizione specifica dell'inadempimento dell'ordinante e dai documenti richiesti. Si lasciano tuttavia libere le parti di derogare tale norma, stabilendo condizioni di escussione diverse, per evitare una eccessiva rigidità del sistema.

possibilità di opporre l'irregolarità dei documenti presentati, o la loro insufficienza, secondo quando stabilito nel contratto, visto che questa è un'eccezione fondata sullo stesso rapporto di garanzia⁶⁴.

Ma torniamo all'eccezione di dolo. Innanzitutto bisogna individuare quali siano le fattispecie di escussione che possano considerarsi abusive, legittimando dunque il garante ad opporsi al pagamento⁶⁵. La questione non si pone in maniera troppo problematica in relazione al regolare adempimento da parte del debitore principale. È l'ipotesi, questa, che rappresenta il caso più estremo di uso anomalo del diritto da parte del beneficiario⁶⁶, il quale, nonostante abbia già ricevuto l'adempimento da parte del suo debitore, pretende comunque il paga-

⁶⁴ Sulla possibilità, da parte del garante, di opporre al beneficiario eccezioni che trovino fondamento sul rapporto di garanzia, la dottrina sembra essere abbastanza pacifica. Certamente Portale, dopo aver avvicinato la garanzia autonoma al credito documentale per giustificare la possibilità, nel nostro ordinamento, di un negozio con causa esterna, non può negare la possibilità in capo al garante di opporre le eccezioni afferenti al contratto di garanzia in quanto attinenti ai rapporti tra parti dirette, similmente a quanto stabilito nell'art. 1530, 2° comma, c.c. (cfr. G.B. PORTALE, op. cit., p. 21). Di tale avviso anche A. GIUSTI, op. cit., p. 340, secondo il quale il garante può opporre al beneficiario tutte le eccezioni derivanti dal testo letterale della garanzia, e quindi non solo quelle attinenti alla regolarità formale del procedimento di escussione, ma anche quelle che riguardano i limiti temporali del contratto oltre, ovviamente, a tutte le eccezioni dirette e personali, derivanti da rapporti diversi da quello di garanzia, quali ad esempio la compensazione. Favorevoli all'esperibilità di quest'ultima risultano essere G.B. PORTALE, op. cit., p. 74 ss., e F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 369 ss., entrambi richiamando il principio codificato all'art. 1993, 1° comma, c.c. Se la disciplina cartolare è quella mira ad assicurare più di tutte l'astrattezza della prestazione a favore del portatore di un titolo, e l'art. 1993 c.c., insieme agli artt. 1992 e 1994, è espressione di tale esigenza (B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 9), non si capisce perché il creditore di una garanzia autonoma dovrebbe ricevere una protezione maggiore.

Diverso è il discorso nel caso in cui, con la formula "senza sollevare eccezioni", il garante rinunci a sollevare tutte le eccezioni e non solo quelle relative al rapporto sottostante. Se non si tratta di eccezioni inderogabili ex art. 1462 c.c. la clausola potrebbe operare come un solve et repete, differendo le eccezioni relative al contratto di garanzia al momento successivo all'adempimento. Resterebbe tuttavia salvo, in caso di abuso manifesto da parte del beneficiario, il potere di sospensiva dell'efficacia di tale clausola ai sensi dell'art. 1462, 2° comma, c.c. rendendo possibile l'opposizione dell'*exceptio doli* (cfr. F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 175).

⁶⁵ Infatti, sebbene sia opinione comune la possibilità di sollevare l'eccezione di dolo in caso di esercizio fraudolento del diritto, non c'è ancora un vero e proprio accordo dottrinario e giurisprudenziale sulle fattispecie concrete che diano luogo ad escussione abusiva. Neanche nelle R.U.G., sebbene si attribuisca un potere di opposizione del garante in caso di escussione abusiva, vi sono norme che tipizzano le relative fattispecie.

⁶⁶ Testualmente A. GUACCERO, op. cit., p. 774.

mento della garanzia. È evidente come in tal caso il creditore non possa ricevere la prestazione di garanzia dopo che abbia già ricevuto l'adempimento del debitore principale, in quanto la finalità della garanzia è quella di assicurare una maggiore protezione e non un raddoppio di utilità⁶⁷.

Vi sono, tuttavia, altri casi nei quali è stata concessa l'*exceptio doli* che possono essere maggiormente dubbi in relazione alla particolare funzione di copertura di rischi "atipici" che assolve il contratto autonomo di garanzia. Uno riguarda l'estensione di quest'ultimo anche a pretese di pagamento riguardanti imposte o dazi doganali in genere. È la fattispecie giunta all'esame della S.C. e decisa con la più volte citata sentenza 6 ottobre 1989 n° 4006⁶⁸. Benché nel caso di specie non si sia

⁶⁷ Vedasi F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 375, secondo il quale il pagamento dell'indennità ha scopo satisfattorio e, se questo sia altrimenti raggiunto, questa non ha ragione di essere anzi, il negozio di garanzia, risulta estinto; G. VILLANACCI, op. cit., p. 112, A. GUACCI, op. cit., p. 774. In giurisprudenza si veda C. Cass., sent. 19 marzo 1993 n° 3291, in CG, 1993, I, p. 692 ss., e il commento di V. MARICONDA, la quale riconosce che la clausola di deroga alla possibilità di opporre eccezioni, non autorizza il garante ad effettuare il pagamento nonostante l'adempimento od altra ragione di estinzione dell'obbligazione garantita. Tale evenienza infatti (pagamento in caso di estinzione per adempimento dell'obbligazione garantita) esula dalla funzione della garanzia e trasformerebbe il contratto autonomo di garanzie, che è causale, in un negozio astratto. Si veda in tal senso anche A. GIUSTI, op. cit., p. 344. Questa sentenza si pone sul sentiero già tracciato da C. Cass., sent., 6 ottobre 1989 n° 4006 cit., in quanto, sebbene la funzione (causa) del negozio autonomo di garanzia è diretta non tanto a garantire il puntuale adempimento dell'obbligazione sottostante ma a coprire il rischio di una mancata o non corretta esecuzione di esso, tale aspetto evidenzia il limite dell'autonomia del contratto e ne rappresenta pur sempre un elemento di collegamento al rapporto base. È l'evento inadempimento che giustifica l'attribuzione patrimoniale, e l'elisione di tale rischio in seguito alla corretta esecuzione del rapporto da parte del debitore principale si traduce in un difetto funzionale della causa che rende ingiustificata l'escussione della garanzia. In maniera decisa, tale collegamento, è riconosciuto anche da C. Cass., sent. 20 agosto 1998 n° 8248 (*), la quale qualifica correttamente il contratto autonomo di garanzia, ma nel chiarire il rapporto esistente tra questo e il contratto principale afferma che la prestazione del garante diviene operativa solo sul presupposto e con il verificarsi dell'inadempimento e non ad libitum del beneficiario. Forse l'affermazione contenuta in questa sentenza risulta essere un po' forte in quanto se non correttamente interpretata rischia di stravolgere il meccanismo della garanzia autonoma. Non bisogna intenderla, infatti, né nel senso di un obbligo di preventiva escussione del debitore principale, né nel senso di una prova rigorosa, in giudizio, dell'avvenuto inadempimento di quest'ultimo, ma semplicemente come un'intenzione di chiarire il rapporto di collegamento tra i due negozi.

⁶⁸ La controversia riguarda un rapporto di finanziamento tra un'impresa italiana e una banca svizzera la cui restituzione era garantita, per capitale ed interessi, da una fideiussione a prima

posto un problema di eccezione di dolo, in quanto il garante ha puntualmente pagato, la decisione del collegio è sicuramente nell'ottica di una sua ammissibilità, visto che la prestazione cui era tenuto il debitore doveva considerarsi al netto delle ritenute d'imposta. Siccome la determinazione dell'obbligo del garante è individuata *per relationem* rispetto a quello del debitore principale, qualsiasi pagamento per un importo eccedente è da considerarsi indebito oggettivo, non realizzando, la mancata percezione della quota imputabile ad imposta, il presupposto della garanzia. Ne deriva che la banca avrebbe potuto contrastare immediatamente la pretesa del beneficiario in quanto non risultava alcun tipo di inadempimento, avendo questo già percepito quanto di sua spettanza⁶⁹. Passando in rassegna un altro caso, il Tribunale di Genova, con sentenza 9 dicembre 1992 (cit.), ha reputato opponibile l'eccezione di dolo anche nel caso di inadempimento per impossibilità sopravvenuta dov-

richiesta e senza eccezioni emessa da una banca italiana. La società beneficiaria del prestito lo aveva restituito, all'istituto svizzero, integralmente salva la deduzione, sugli interessi maturati, della ritenuta d'imposta prevista da disposizione tributarie (art.26, D.P.R. 29 settembre 1973, n° 600) che essa era tenuta a rispettare. A questo punto la banca svizzera ha escusso la garanzia lamentando il pagamento parziale degli interessi, e il soggetto garante ha regolarmente eseguito il pagamento.

⁶⁹ Quindi il collegio reputa fondata la domanda del garante ad esercitare l'actio indebiti direttamente nei confronti del beneficiario dopo avere distinto, con ampia motivazione teorica, i casi in cui questa spetti al garante dai casi in cui questa spetti al debitore principale. Nei primi rientrano i pagamenti non dovuti dalla banca sulla base del negozio di garanzia, in quanto sine causa, e per i quali avrebbe dovuto esperire l'exceptio doli rifiutando la pretesa fraudolenta del creditore. In questo caso non spetta ad essa alcun diritto di rivalsa nei confronti dell'ordinante (si veda, infra, par.6, circa i rapporti tra garante e ordinante). Nei secondi rientrano, invece, i pagamenti che la banca non può rifiutare sulla base del negozio di garanzia in quanto non può eccepire fatti riguardanti il negozio sottostante e per i quali spetta un diritto di regresso verso il debitore principale, essendo quest'ultimo il solo che, in seconda battuta, può far valere tali eccezioni verso il creditore e recuperare la somma conteggiatagli in base all'actio mandati contraria. Cfr. BBTC, 1990, II, pp. 11 - 13, si veda anche il commento di M. RESCIGNO, id., pp. 32 - 33. Forte la critica, nella nota a sentenza, da parte di G.B. PORTALE, Postilla - La nuova sentenza della Cassazione sul Garantievertrag, id., p. 40. È nota la sua posizione, già espressa in *Le garanzie bancarie internazionali cit.*, pp. 51 - 52, secondo la quale la promessa "secca", contenuta nel contratto autonomo di garanzia, deve intendersi come automaticamente idonea a coprire tutti i rischi di mancato avveramento del fatto promesso e in particolare anche tutti i rischi atipici che possono ben consistere, come nel caso analizzato dalla S.C., nell'ignoranza di una norma tributaria straniera. Nel ragionamento della Corte, invece, per conseguire una tale copertura sarebbe necessaria una espressa clausola, inserita nel negozio di garanzia, che copra tale rischio specifico.

ta a causa di forza maggiore⁷⁰. In realtà la motivazione è un po' "tortuosa"⁷¹, in quanto nell'ammettere l'eccezione di dolo si oscilla tra la causa di forza maggiore e la responsabilità dello stesso creditore, che con il suo comportamento ha determinato indirettamente il *factum principis* impeditivo. Se può essere condivisa un'eccezione di frode nel caso di mancata cooperazione del creditore nell'esecuzione del contratto che abbia provocato una condizione per l'inadempimento del debitore⁷², forse è meno condivisibile, sotto questo aspetto, il ragionamento del Tribunale di Genova, che svincola totalmente il comportamento negligente del creditore dal rapporto contrattuale, per ancorarlo a fatti ad esso totalmente estranei, quali l'invasione di uno stato sovrano⁷³. Se, quindi, l'individuazione delle condizioni sostanziali in presenza delle quali si possa dare seguito all'eccezione di dolo presenta notevoli problemi, che si intrecciano anche con l'interpretazione della funzione del negozio di garanzia autonoma, sembra esserci, invece, comunanza di vedute circa il requisito formale che deve sorreggere la richie-

⁷⁰ La fattispecie, giunta all'esame del Trib. di Genova, è quella riguardante, v. supra pp. 18 – 19, il contratto di fornitura da parte di Fincatieri s.p.a. di 11 navi da guerra al Governo dell'Iraq, in pendenza del quale sopravviene l'embargo nei confronti di tale paese con conseguente impossibilità, per l'impresa italiana, di portare a termine il suo impegno per un *factum principis* sopravvenuto.

⁷¹ Così A. GUACCERO, op. cit., p. 776 in commento alla sentenza

⁷² Si ricorda Trib. Milano, ordinanza 22 luglio 1994, in GI, 1996, I, 2, col. 60 ss., dove si riscontra un abuso nel comportamento del creditore che, nonostante la mancata cooperazione all'esecuzione dell'appalto, addossa ogni responsabilità di inadempimento all'impresa incaricata dei lavori manifestando l'intenzione di escutere la garanzia.

⁷³ Così dicendo la responsabilità del creditore nell'inadempimento di un contratto, intesa come nesso causale tra un suo comportamento negligente ed impossibilità sopravvenuta alla sua esecuzione, sarebbe eccessivamente dilatata e difficilmente prevedibile.

Nel caso di specie ci sono sicuramente gli estremi di un'eccezione di dolo il cui presupposto è però da rinvenirsi, non su una causa di forza maggiore o su una responsabilità del committente, semmai sulla mancata produzione dei documenti contrattualmente previsti che dimostrassero l'inadempimento del debitore, fatto che tra l'altro ha accertato la sentenza in esame, v. GC, 1993, II, p. 762. La mancata produzione di tali documenti costituisce una prova liquida dell'abuso del diritto del beneficiario che intende escutere la garanzia anche a prescindere dall'avvenuto inadempimento. Quindi nel caso in questione, a prescindere dalla motivazione circa l'esperibilità dell'*exceptio doli*, che comunque dal testo della sentenza si deduce essere stata data ad *abundantiam*, si deve ritenere corretta la decisione dei giudici. Si veda in tal senso A. GUACCERO, op. loc. cit., che ridimensiona la portata dell'*exceptio doli* nella decisione in commento ma sembra aderire pienamente al dispositivo che giudica come inesistente l'obbligo della banca italiana, come controgarante, di versare la somma richiesta all'istituto irakeno.

sta, e cioè la disponibilità di prove evidenti (liquide) circa l'abuso⁷⁴. Altrimenti non potrebbe essere, visto che il contratto di garanzia ha una funzione di liquidità consistente nell'indennizzare, in tempi ragionevolmente brevi, il creditore che alleghi una perdita dovuta all'inadempimento del suo debitore. Ma a parte questa esigenza di carattere prettamente economico, la necessità che la prova sia evidente ed incontrovertibile discende dallo stesso rapporto di collegamento ravvisabile tra il contratto di garanzia e quello sottostante. Il fatto che il garante sia tenuto alla sua prestazione senza sollevare eccezioni, produce una carenza di legittimazione, in suo capo, a promuovere un giudizio mirante ad accertare la fondatezza o meno della pretesa creditoria sulla base del rapporto sottostante⁷⁵, correndo il rischio, così facendo, di commettere un inadempimento per il ritardo. Come specificato sopra, l'eccezione di dolo che muove il garante, è pur sempre basata sul contratto di garanzia di cui egli è parte, e quindi ne sconta tutti i limiti. Non conta un'eventuale opposizione dell'ordinante, in quanto la banca dovrà adempiere se non è essa stessa in grado di percepire con evidenza la frode⁷⁶.

⁷⁴ Per prova evidente deve intendersi sicuramente quella documentale, di immediata interpretazione, quale il certificato con cui si dichiara che il debitore abbia adempiuto le sue obbligazioni oppure il certificato di sdoganamento merci. Eccessivo risulta essere, secondo la dottrina maggioritaria, l'identificazione di tale prova con una sentenza o un lodo arbitrale definitivi, così G. VILLANACCI, op. cit., pp. 114 - 115 e F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 380, che fa riferimento a "prove precostituite". G.B. PORTALE, op. ult. cit., p. 82, fa rientrare nel concetto di prova liquida anche il fatto notorio. Unica esigenza, secondo questi due studiosi, è che devono essere escluse tutte quelle prove, quali le testimonianze o le presunzioni, che non facciano risultare sicura ed incontrovertibile, prima facie, l'esistenza di una frode, e che richiedano quindi un accertamento giurisdizionale ordinario, troppo complesso e lungo per essere compatibile con lo spirito di una garanzia a prima richiesta.

⁷⁵ Del quale, si ricorda, egli non è parte.

⁷⁶ Così C. Cass., sent. 6 ottobre 1989 n° 4006 cit., e C. Cass., sent. 1 ottobre 1999 n° 10864 (*), ma si veda anche la più recente decisione del Trib. di Lucca, sentenza 14 settembre 1998, in GI, 1999, pp. 1210 - 1211, secondo la quale le prove liquide sono quelle "[...] contraddistinte da un'alta efficacia rappresentativa tale da consentire di apprezzare, con un notevole margine di sicurezza, il fondamento dell'abuso anche a chi, come il garante, è unicamente tenuto al pagamento, salva l'immediata riscontrabilità, rilevante ex art. 1375 c.c., di fatti integratori dell'altrui contegno di frode; altrimenti opinandosi non avrebbe senso la clausola di pagamento a prima richiesta".

6. Rapporti tra garante e ordinante, la tutela cautelare.

Abbiamo visto come sia possibile, per il garante, opporsi alla richiesta fraudolenta del creditore che pretenda di escutere la garanzia, con conseguente danno a carico dell'ordinante, anche quando non ne abbia diritto in base ai canoni della correttezza e della buona fede, ma cercando solo di trarre profitto da clausole contrattuali ad esso particolarmente favorevoli.

Del pari si è detto come il garante non abbia un grande interesse ad opporsi al pagamento, sia per motivi di *standing*, sia per lo stesso meccanismo di operatività del contratto, che gli dà la sicurezza di potersi rivale-
lere sull'ordinante.

Allora, affinché la banca si attivi, bisogna individuare l'esistenza di una norma giuridica che imponga ad essa un obbligo di protezione nei confronti del debitore, e di una correlativa sanzione, quale la perdita del regresso, che scatti in caso di violazione a tale obbligo⁷⁷. Il dovere di protezione deve essere considerato come un'obbligazione accessoria al contratto di mandato, in virtù del quale il debitore ordina alla banca

⁷⁷ Qui la dottrina e la giurisprudenza sembrano essere abbastanza concordi nell'individuazione di un tale obbligo di protezione pena la perdita del regresso. In dottrina, per tutti, si veda G.B. PORTALE, op. cit., p. 45, secondo il quale l'azione di ripetizione, nei casi di escussione totalmente o parzialmente indebita della garanzia da parte del beneficiario, spetta al terzo ordinante salvo i casi marginali in cui il garante abbia pagato sulla base di documenti diversi da quelli stabiliti nel contratto o in presenza di circostanza che legittimavano l'*exceptio doli*. In tali casi la *condictio indebiti* spetta al garante stesso, in quanto ha perso il diritto a rivale-
larsi sul debitore. In giurisprudenza si vedano C.Cass, sent. 6 ottobre 1989 n° 4006, cit. per il cui contenuto in materia si rinvia supra nt. 67 aggiungendosi, qui, solo il rilievo che la decisione non distingue, nell'ambito dell'avvenuto pagamento in presenza di una richiesta abusiva, il caso in cui la banca disponga di prove liquide da quello in cui la banca ne sia priva, e quindi non possa validamente opporsi all'escussione (sebbene la richiesta sia abusiva). In quest'ultimo caso non ci potrà essere, da parte della banca, nessuna violazione del dovere di protezione potendosi così pienamente rivale-
re e perdendo la legittimazione alla *condictio indebiti* che spetterà tutta al debitore (tale appunto è mosso in nota da G.B. PORTALE, Postilla - La nuova sentenza ...cit.); C. Cass., sent. 19 marzo 1993 n° 3291 cit., secondo la quale costituisce il garante ha un "potere - dovere" di opporsi al pagamento e a tale obbligo si ricollega come sanzione la perdita del diritto di regresso; Trib. Crema, sentenza 2 gennaio 1993, FI, 1993, I, col. 2175 e Trib. Bologna, ordinanza 10 gennaio 1994, in BBTC, 1995, II, p. 437, dove si legge che qualora l'escussione si presenti prima facie abusiva il garante ha un preciso obbligo di opporre l'*exceptio doli* che costituisce dovere di protezione di quest'ultimo nei confronti dell'ordinante. In mancanza perde il diritto al regresso nei confronti del debitore principale, trovandosi, quest'ultimo, a dover subire ingiustamente l'onere economico di un comportamento fraudolento dal quale poteva essere sottratto mediante l'eccezione del garante.

di prestare garanzia a favore del suo creditore, e quindi “fuori luogo sembrerebbe, (...) la ricostruzione della posizione soggettiva del garante come di una semplice facoltà di rifiutare il pagamento (...)”⁷⁸.

Ma se il garante è tenuto a sollevare *l’exceptio doli* secondo la stessa dottrina, egli è altresì tenuto ad un obbligo di comunicazione al debitore principale della volontà manifestata dal creditore di valersi della garanzia. Infatti, essendo egli un soggetto normalmente estraneo ai rapporti commerciali che intercorrono tra le parti sottostanti, non può da solo essere in grado di stabilire se la richiesta sia o meno fondata. Salvo sempre il requisito della prova liquida, egli dovrà certamente informare il debitore affinché possa fornirgli gli opportuni mezzi di difesa per contrastare la pretesa del creditore. Anche questo è un obbligo che deriva, secondo alcuni, dall’art. 1710 c.c., ed è estremamente connesso con il precedente, visto che ne è il presupposto materiale⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. A. GUACCERO, op. cit., p. 779 – 780. Nel senso di un vero e proprio obbligo a rifiutare l’adempimento si vedano G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali* cit., p. 83 ss., G. VILLANACCI, op. cit., p. 103 ss., F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 392. Il mandatario è tenuto, secondo l’art.1710 c.c., ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia che, nei confronti della banca, deve essere valutata in relazione alla diligenza di un soggetto che professionalmente rilascia impegni di firma (art.1176, 2° comma c.c., il quale recita: “Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di una attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”). Si reputa quindi che rientri, tra i suoi doveri di mandatario, anche quello di evitare in capo al mandante esborsi evitabili esercitando un suo potere, specialmente quando vi sia un intento di frode (A. GUACCERO, op. loc. ult. cit.). In caso di violazione di un suo specifico dovere, il mandante può opporsi al regresso mediante l’eccezione di inadempimento di cui all’art.1460 c.c. (F. MASTROPAOLO, op. loc. ult. cit.).

⁷⁹ A tale proposito le R.U.G., che prestano una particolare attenzione alla tutela dell’ordinante contro possibili abusi del beneficiario, individuano uno specifico obbligo (art.8.2), in capo al garante, di informare senza ritardo l’ordinante mettendogli a disposizione tutta la documentazione ricevuta dal beneficiario in seguito alla sua richiesta. Anche la dottrina dominante si esprime in senso positivo: F. BONELLI, op. cit., p. 137, F. MASTROPAOLO, op. cit., p. 392, e A. DACCÒ, op. cit., col. 67, individuano come fonte di tale obbligo l’art. 1710 c.c. sulla diligenza del mandatario; F. BENATTI, op. cit., p. 923, si rifà, invece, al principio generale di buona fede nell’esecuzione delle obbligazioni e dei contratti, ritenendo altresì nulla, per violazione di norme inderogabili dell’ordinamento (artt. 1175 e 1375 c.c.), qualsiasi clausola che miri ad escludere un obbligo di comunicazione preventiva. Contra A. CALDERALE, op. cit., p. 140 – 142, secondo il quale, partendo da un’analisi costi/benefici nei vari tipi di garanzie, e individuando l’assetto delle garanzie autonome in un trasferimento dei litigation risk in capo all’ordinante la garanzia, ammettere un obbligo di comunicazione da parte del garante vuol dire alterare tale assetto. Infatti il debitore, a cui sia stata comunicata la prossima escussione della garanzia, immancabilmente si attiverà per ottenere un provvedimento cautelare volto ad impedire alla banca di eseguire il pagamento. Così, questo autore, preferisce escludere un obbligo specifico in capo al garante, il quale valuterà di volta in volta la condotta da seguire in relazione alle circostanze concrete, salva l’assunzione del rischio di perdere l’azione di ripetizione verso il terzo ordinante. Comunque deve escludersi, sempre nel pen-

Ma passiamo all'aspetto della tutela cautelare che può esperire l'ordinario della garanzia, in via d'urgenza. L'esistenza di un dovere di protezione in capo al garante, esperibile mediante l'eccezione di frode, è stato introdotto proprio con l'intento di riconoscere, al terzo ordinario, una situazione giuridica rilevante che può attivare in sede cautelare in caso di inerzia del soggetto tenuto a farla valere. Ovviamente il soggetto potrà far valere la tutela d'urgenza nella stessa misura in cui il suo interesse risulta protetto ad opera del garante, e cioè solo in presenza di un abuso manifesto che risulti *prima facie* inconfutabile⁸⁰.

Il tipo di provvedimento cautelare che normalmente viene richiesto è quello di cui all'art. 700 c.p.c. con il quale il debitore, in presenza del *fumus boni iuris*⁸¹ e del *periculum in mora* inibisce alla banca di effettuare il pagamento, da cui scaturirebbe l'inevitabile regresso nei suoi confronti, nell'attesa che venga definito il giudizio circa l'esistenza del credito del beneficiario nei confronti del garante⁸². A questo punto, però, ci si deve porre un interrogativo fondamentale, e cioè se il debitore sia effettivamente legittimato a promuovere una tale azione e ad ottenere, di conseguenza, un provvedimento che ne assicuri temporaneamente ed in via d'urgenza gli effetti. Non si dimentichi, infatti, che

siero di Calderale, qualsiasi riferimento alla nullità della clausola di deroga a tale obbligo, in quanto la banca, stante l'autonomia della sua obbligazione, deve poter essere libera di pagare per questioni di standing e quindi deve essere considerata una legittima espressione dell'autonomia privata.

⁸⁰ Quindi negli stessi limiti in cui è esperibile l'eccezione di dolo, G.B. PORTALE, op. cit., p. 91.

⁸¹ Che coincide con le condizioni, in presenza delle quali, è ammessa l'opponibilità dell'*exceptio doli*.

⁸² L'esperibilità di una tutela cautelare da parte dell'ordinante, fondata sull'art. 700 c.p.c., è stata fonte di aspri dibattiti dottrinari innanzitutto circa la possibilità di ammettere, per un diritto di credito, l'esistenza di un pregiudizio grave ed irrimediabile. Si tenga conto che la situazione giuridica dell'ordinante tutelata per il mezzo dell'*exceptio doli* non è neanche qualificabile alla stregua di un diritto di credito, posto che quest'ultimo è totalmente estraneo al rapporto di garanzia. G.B. PORTALE, op. cit., p. 97 ss., G. VILLANACCI, op. cit., p. 122 ss. Ma la giurisprudenza ormai ammette, avendo superato tutti i dogmi impeditivi, la possibilità per il debitore di ottenere un provvedimento di inibitoria qualora esista un *periculum in mora*, che viene individuato nel rilevante importo della garanzia, che se escussa verrebbe a creare un forte squilibrio patrimoniale, e nella sostanziale impossibilità di quantificare esattamente i danni, ai quali si troverebbe esposto il debitore in seguito al conteggio automatico, che ne impedisce la loro completa risarcibilità. Ovviamente tale pericolo deve essere imminente, e tale è, ad esempio, la situazione in cui la richiesta di escussione sia già stata avanzata dal beneficiario oppure, anche quando non ancora presentata, è molto probabile che lo sia in tempi brevi. In questo senso Trib. Milano, ordinanza 22 luglio 1994 cit., col. 69, dove il giudice deduce l'imminenza del pericolo di escussione dalla lettera con cui, il committente di un appalto, espelle dal cantiere l'impresa incaricata dei lavori.

il giudice deve sempre rilasciare un provvedimento urgente che abbia lo stesso contenuto di quello ipotizzabile nella decisione di merito⁸³. Dando una risposta positiva circa la possibilità esistente in capo all'ordinante di promuovere un giudizio di accertamento negativo del credito vantato dal beneficiario nei confronti della banca, allora potremmo ben affermare che il debitore possa sicuramente chiedere al giudice un provvedimento che inibisca, a quest'ultima, di adempiere⁸⁴. Tuttavia bisogna effettivamente rilevare come, stante l'autonomia tra il contratto di garanzia e quello sottostante, il debitore non abbia una vera e propria legittimazione ad agire in giudizio, al fine di ottenere una pronuncia che incida su un rapporto giuridico di cui egli non sia parte⁸⁵. In effetti, considerando la struttura trilatera dell'operazione, il terzo ordinario non ha alcun interesse ad opporre un'eccezione di dolo in luogo del garante, semmai ha l'interesse a non vedersi conteggiata la somma che quest'ultimo abbia indebitamente versata. Solo in questo caso egli si troverà pregiudicato dalla condotta negligente, o addirittura di connivenza, tenuta dalla banca nei confronti del suo creditore. Se *l'exceptio dolè* un meccanismo di paralisi della pretesa

⁸³ Trib. Milano, ordinanza 12 ottobre 1985, in BBTC, 1986, II, p. 437.

⁸⁴ In questo senso sembra disporre il Trib. Genova, decreto 31 gennaio 1986, e decreto 2 maggio 1985, in FI, 1987, I, 1, col. 297 ss., in cui il giudice sospende, in entrambi i casi, il pagamento dei performance bond da parte delle banche in attesa che vengano definite le responsabilità dei contraenti dei rapporti sottostanti, e l'esistenza di eventuali diritti di risoluzione di questi ultimi. Si veda anche Trib. Milano, ordinanza 22 luglio 1994 cit., col. 69 – 70, dove il giudice, su ricorso di un'impresa che sta eseguendo un appalto, ed accertato il dolo del committente, che nonostante si sia reso responsabile dell'inadempimento del debitore pretenda ugualmente il pagamento della garanzia, ordina alla banca garante di non effettuare il pagamento qualora ne fosse richiesta. In subordine ordina alla banca di non procedere, in ogni caso, alla rivalsa per un suo eventuale pagamento. Da questo si deduce come il giudice, nonostante la concessione dell'inibitoria di pagamento alla banca, abbia effettivamente considerato gli interessi di quest'ultima a versare la garanzia a tutela del suo standing, stabilendo, in ultima istanza, che il divieto vero e proprio doveva consistere nel conteggio della somma all'ordinante. Favorevole all'inibitoria di pagamento risulta essere anche G.B. PORTALE, op. cit., p. 111 – 113, che critica fortemente la nuova tendenza, sia della giurisprudenza tedesca che di quella italiana, di inibire solamente il regresso a carico dell'ordinante. Così facendo, infatti, si mette il garante nella difficile situazione di dover pagare con "fondi propri", senza poter conteggiare la somma all'ordinante e senza neanche avere un provvedimento giudiziale che gli permetta, di evitare il pagamento. Tuttavia bisogna considerare come il garante, nonostante il divieto giudiziale di pagare, possa comunque adempiere alla stregua dell'art. 1180 c.c. (come terzo adempiente). In questo caso l'unico limite sarebbe il rifiuto della prestazione da parte creditore. Cfr. F. MASTROPAOLO, op. cit., pp. 428 – 429.

⁸⁵ Tale tesi è sostenuta, tra gli altri, da F. MASTROPAOLO, op. cit., pp. 426 – 427.

abusiva del beneficiario, e ad esso il garante vi è tenuto sulla base di un obbligo fondato nell'art. 1710 c.c. pena la perdita del diritto di regresso, allora non si capisce perché, l'ordinatario, già essendo sufficientemente tutelato nel suo rapporto diretto con il mandatario – garante, debba avere interesse a muovere un accertamento negativo del credito nell'ambito di un negozio al quale risulta estraneo. Questa posizione sembra essere bene enunciata dal Tribunale di Genova, sentenza 9 dicembre 1992 (cit.), il quale nega qualunque legittimazione del debitore del rapporto di base a promuovere una declaratoria di estinzione delle garanzie prestate da un terzo, benché su suo ordine⁸⁶. Tale carenza di legittimazione si ripercuote anche sulla richiesta del provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. Infatti, non avendo interesse a rimuovere gli effetti del contratto tra banca e beneficiario della garanzia, il debitore non può richiedere un provvedimento che inibisca a questa il pagamento ma può, se ne ricorrano gli estremi, solo ottenerne uno che impedisca la rivalsa o il conteggio automatico da parte del garante⁸⁷.

Questo consente, infatti, di salvaguardare gli effetti della sentenza, al termine del giudizio ordinario promosso dall'ordinante, che accerti l'inadempimento degli obblighi a cui è tenuto il mandatario⁸⁸.

⁸⁶ Si veda anche la nota adesiva di A. GUACCERO, op. cit., p. 780 – 781.

⁸⁷ Trib. Milano, ordinanza 12 ottobre 1985 cit., e Pret. Roma, 22 marzo 1986, in NGCC, 1986, I, p. 677 ss. secondo la quale unico soggetto legittimato a rifiutare il pagamento è la banca garante, quindi sarà solo quest'ultima a poter agire ex art. 700 c.p.c. e non anche l'ordinante, che semmai potrà solo intervenire nel giudizio.

⁸⁸ In questa prospettiva l'*exceptio doli* risulta essere più un rimedio posto a tutela del garante, il quale potrebbe vedersi contestare di aver pagato indebitamente, che a tutela dell'ordinante, visto che questo può comunque contare sul rapporto di mandato che lo lega alla banca e in base al quale può far valere la negligenza del mandatario. D. LOIACONO, La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze, in BBTCC, 1986, II, p. 436.