

IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

1. Identificazione della fattispecie.

Con l'espressione "contratto autonomo di garanzia" [\[1\]](#) si fa riferimento ad una fattispecie complessa attraverso cui un soggetto (garante) si obbliga ad eseguire la prestazione garantita a semplice richiesta del creditore, rinunciando così ad opporre ogni eccezione attinente alla validità, all'efficacia ed alle vicende del rapporto sottostante corrente tra beneficiario della garanzia e debitore principale [\[2\]](#).

La peculiarità dello schema negoziale si apprezza proprio nell'estraneità al rapporto di base del garante - generalmente una banca o una compagnia di assicurazioni - il quale, data l'inopponibilità di eccezioni, si assume un impegno di portata così ampia che, in definitiva, più che garantire l'esatto adempimento finisce per assicurare al beneficiario la completa soddisfazione dell'interesse economico pregiudicato dal mancato o inesatto adempimento del debitore principale [\[3\]](#).

Si comprende così il motivo per cui la prassi commerciale, soprattutto internazionale, abbia accolto con estremo favore l'ingresso della figura che, nelle sue diverse accezioni, rappresenta uno strumento di certezza e di celerità in ordine alla soddisfazione degli interessi in giuoco. In particolare, data l'inopponibilità di eccezioni da parte del garante, il beneficiario potrà pretendere immediatamente la prestazione garantita e, allo stesso tempo, fare affidamento su

un soggetto sicuramente solvibile, posto che, di regola, la garanzia viene prestata da un istituto bancario o assicurativo.

Delineati questi aspetti essenziali è possibile tentare, se pur in prima approssimazione, di individuare la posizione di autonomia propria del contratto di garanzia. Risulterà utile, a tal fine, procedere *per differentiam* affiancando la fattispecie ai modelli nominati ad essa assimilabili, *in primis*

al tipico schema fideiussorio. Esso, come è noto, è caratterizzato dallo stretto collegamento con l'obbligazione principale, nel duplice senso che la prestazione del fideiussore è uguale a quella dell'obbligato principale

[4]

(sicché il creditore per la realizzazione del suo diritto è libero di rivolgersi all'uno o all'altro) e che l'obbligazione di garanzia è giuridicamente accessoria a quella garantita, dal cui contenuto e dalle cui vicende è direttamente influenzata, nel momento costitutivo come nel corso del rapporto

[5]

Il contratto autonomo di garanzia, invece, si caratterizza proprio per la mancanza dell'elemento dell'accessorietà nel senso che vi è una netta divergenza qualitativa, ma anche, spesso, quantitativa, tra la prestazione del garante e quella del debitore principale. Il garante, infatti, trovandosi in posizione perfettamente autonoma, indipendente dal rapporto di base, assume un'obbligazione principale e non accessoria [6]. Tale "distacco" dal rapporto sottostante, come si vedrà

[7], potrà essere raggiunto mediante

l'impiego di formule diverse, le quali, pur atte a connotare in modo proprio ciascun tipo di garanzia, sono accomunate dall'esigenza di isolare, per così dire, l'obbligazione di garanzia dal vincolo principale

[8]. In questa ottica, è

stato osservato che, la mancanza di accessorialità funge da dato qualificante della garanzia autonoma in quanto aspetto funzionale all'operazione economica posta in essere dalle parti in vista del perseguimento dei loro interessi. In particolare il beneficiario, data l'inopponibilità di eccezioni da parte del garante, potrà vedere immediatamente soddisfatto il proprio credito; il garante, dal canto suo, non dovrà preoccuparsi di indagare sull'esistenza dei presupposti per l'operatività della garanzia, rimanendo estraneo ad eventuali controversie relative al rapporto di base

[9].

Oltre all'accessorialità vi è un ulteriore aspetto del contratto autonomo di garanzia che contribuisce a meglio identificare la fattispecie e, al tempo stesso, a differenziarla con il tipo fideiussorio. Tale aspetto si sostanzia nel carattere prettamente indennitario della garanzia autonoma. In particolare, mentre il fideiussore esegue una prestazione oggettivamente identica, dal punto di vista economico, a quella dovuta dal debitore principale al creditore, il garante si

impegna a corrispondere al creditore un'indennità che lo ristori per la mancata prestazione del debitore [10]. Conseguenza da ciò che la prestazione del garante ha una funzione "riparatoria" del pregiudizio subito dal creditore a causa dell'inadempimento del debitore principale, laddove nel caso di fideiussione il creditore stesso eviterebbe *in toto* quel danno potendo rivolgersi indifferentemente al debitore o al fideiussore (salvo, ovviamente, che non sia stato convenuto il beneficio di escussione).

Può dunque affermarsi che la finalità indennitaria propria del contratto autonomo di garanzia, escludendo la solidarietà della fideiussore (art. 1944 c.c.), oltre a rendere spesso eterogenea la prestazione del debitore rispetto a quella del garante, configura quest'ultima come corrispettivo "per equivalente" di regola predeterminato alla stipula del contratto [11].

Una parte della dottrina, tra la fine degli anni settanta e gli inizi degli anni ottanta, ha tentato un accostamento tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione *omnibus*. Muovendo dall'affermazione che la fideiussione

omnibus

non sia astrattamente riconducibile alla fattispecie legalmente tipica della fideiussione, sul presupposto che manchi un effettivo collegamento con l'obbligazione garantita, si è sostanzialmente pervenuti ad una identificazione della fideiussione

omnibus

con la garanzia autonoma. Secondo questa tesi non vi sarebbe diversità tra le due figure atteso che in entrambe è venuto meno il vincolo di accessoria con l'obbligazione principale che caratterizza la fideiussione

[12]

. A tale opinione è stato opposto correttamente che la clausola "a prima richiesta", quand'anche inserita nel contratto di fideiussione

omnibus

, non è idonea a configurare una garanzia autonoma poiché essa non prevede alcuna rinuncia da parte del fideiussore ad opporre eccezioni derivanti dal rapporto garantito ed, in particolare, l'eccezione dell'avvenuto adempimento dell'obbligazione da parte del debitore. La clausola rappresenta solo una modalità di esecuzione della prestazione del fideiussore

[13]

. In tal modo la fattispecie rimane legata in rapporto di accessoria con l'obbligazione principale: viene in sostanza meno lo strumento tecnico mediante il quale si perfeziona l'autonomia della garanzia. La giurisprudenza, dopo una serie di oscillazioni e di interpretazioni fortemente criticate in dottrina, sembra essersi attestata su l'opinione da ultimo esposta riconoscendo l'autonomia del contratto rispetto ad uno schema che, se pur corredato dalla clausola

omnibus

, "appartiene al

genus

fideiussorio"

[\[14\]](#)

Comunque la disputa ha perso notevole importanza dal punto di vista pratico a seguito dell'intervento legislativo dei primi anni novanta il quale, innovando la disciplina della fideiussione *omnibus* in senso fortemente limitativo, ha finito per ridurre, sotto il profilo strutturale, la differenza con la fideiussione *tout court* [\[15\]](#) .

La mancanza del vincolo di accessorietà con il contratto di base, se da un lato contribuisce in maniera decisiva a distinguere il contratto autonomo di garanzia dal tipo fideiussorio, non risolve, dall'altro, i problemi circa l'esatto inquadramento del modello. A ben vedere, elidendo il vincolo di accessorietà, il rapporto autonomo viene privato del supporto giustificativo su cui tradizionalmente poggia il sistema tipico delle garanzie. Il problema allora si sposta sul piano diverso, atteso che occorre esaminare con minuzia il contenuto dell'operazione economica posta in essere dalle parti: il problema, in altri termini, deve essere affrontato sotto il profilo causale.

2. (Segue): la causa.

In dottrina si è spesso tentato di ricostruire il contratto autonomo di garanzia mediante un accostamento con uno o più schemi tipici. Il *modus procedendi* generalmente seguito è

consistito dapprima in una selezione dei negozi "nominati" maggiormente corrispondenti al tipo innominato, quindi lo sforzo si è ulteriormente concentrato nel tentativo di adeguamento degli schemi così selezionati alla garanzia autonoma.

Esclusa una riconducibilità alla fideiussione, semplice o *omnibus*, si è prospettato un accostamento con lo schema della delegazione, soprattutto facendo leva sulla disciplina di cui all'art. 1271, 2° comma, c.c., relativa al regime delle eccezioni opponibili dal delegato

[\[16\]](#)

. L'applicazione analogica di tale disposizione, tuttavia, finisce per imporre limiti troppo stretti al regime delle eccezioni opponibili dal garante

[\[17\]](#)

. Lo stesso, infatti, potrebbe eccepire al beneficiario solo l'eventuale nullità del rapporto di provvista (banca delegata-debitore delegante) e di valuta (debitore delegante-creditore beneficiario delegatario), ma non potrebbe opporre eccezioni relative alle vicende del rapporto di garanzia

[\[18\]](#)

. Il che appare contraddire proprio la funzione del sistema "a prima richiesta" che, come precisato, esclude l'opponibilità di ogni eccezione (salvo *l'exceptio doli*

) attinente non solo alla validità, ma anche all'efficacia e più in genere alle vicende del rapporto obbligatorio sottostante.

Altra opinione, facendo leva sul carattere indennitario della garanzia autonoma, ha rinvenuto dei tratti somiglianti con la promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c.. Sul presupposto che il promittente, a differenza del fideiussore ed al pari del garante, non assuma un'obbligazione omogenea a quella promessa, ma assicuri un'utilità solo corrispondente, nel suo ammontare, al valore dell'utilità non conseguita dal promissario

[\[19\]](#)

, si è ammessa da più parti l'utilizzabilità dello schema della promessa per tutte le forme di garanzia autonoma giacché anche qui, mediante l'indennizzo, il beneficiario è al riparo dalla c.d. frustrazione del rapporto di valuta

[\[20\]](#)

. In realtà le due figure paiono distinte sul piano della ricostruzione dell'operazione economica atteso che il contratto autonomo di garanzia rientra in un'operazione trilaterale (garante, beneficiario, debitore), mentre nella promessa il terzo è normalmente estraneo al vincolo contrattuale ed è libero da ogni vincolo nei confronti del promissario

[\[21\]](#)

.

Un diverso approccio nell'individuazione dell'elemento causale del contratto ha preso le mosse dal collegamento con il rapporto sottostante.

Partendo dalla considerazione che esistono nel nostro ordinamento negozi la cui giustificazione deve essere ricercata al di fuori di essi derivando da un negozio causale "esterno", si è operato un accostamento del contratto di garanzia con il credito documentario irrevocabile (art. 1530, 2° comma, c.c.). In entrambi i casi per la validità del negozio sarebbe sufficiente l'enunciazione dello scopo perseguito, mentre qualora l'attribuzione patrimoniale sia erronea o invalida, ciò non determinerebbe la nullità del contratto, ma legittimerebbe la parte che ha eseguito la prestazione ad esperire una *condictio indebiti*. Basterebbe, quindi, per rendere causale il contratto autonomo di garanzia, "la dichiarazione in esso dello scopo di garanzia e che sia fatto riferimento ad un rapporto fondamentale, che valga a giustificare l'obbligazione del garante"

[\[22\]](#)

A questa tesi si è obiettato che ricostruire in termini di "astrattezza" il contratto autonomo di garanzia rischia di pregiudicarne la validità ove si consideri che in un ordinamento sorretto dal principio della causalità negoziale le ipotesi di negozi astratti sono tutte eccezionali e tipiche; di conseguenza i contratti atipici quale quello di garanzia, non possono mai prescindere da un'autonoma, espressa causa che sottenda l'operazione economica posta in essere [\[23\]](#). Né può valere ad eludere tale astrattezza la ricostruzione appena criticata basata su una mera dichiarazione di garanzia.

Non a caso alcuni autori, nel riprendere la tesi, hanno tentato di evitare l'obiezione di astrattezza del negozio

[\[24\]](#)

prospettando una rielaborazione diversa che muovesse da un'analisi dell'intera operazione economica in cui il contratto autonomo si inserisce.

Si è così sostenuto che tale contratto partecipa ad una vicenda determinata da un collegamento giuridico. Tale collegamento può apprezzarsi già nell'obbligo assunto dal debitore del rapporto principale: il contratto base, infatti, comprende spesso la possibilità di ricorrere alla garanzia, di cui vengono specificate forme e modalità; pertanto, è in adempimento di tale obbligo che il debitore conferisce all'istituto garante un mandato a mezzo del quale questi assume su di sé il rischio collegato all'inesatto o mancato adempimento dell'obbligazione garantita [\[25\]](#). In altre parole la conclusione del contratto di garanzia sarebbe un negozio esecutivo di un precedente

obbligo assunto in forza di un mandato: in questo contratto, quindi, dovrebbe rinvenirsi la sua giustificazione causale. Più precisamente il contratto rientrerebbe nei negozi astratti con causa esterna poiché "per essere causalmente qualificato dev'essere inserito nel più ampio contesto della complessiva operazione economica realizzata dalle parti"

[\[26\]](#)

Una tale ricostruzione, se pur ha il pregio di individuare la complessa operazione economica in cui la fattispecie si inserisce, ritenendo il contratto inscindibilmente legato sul piano causale al rapporto di mandato, non supera del tutto il problema della qualificazione astratta di un negozio che, se pur collegato ad operazioni tipizzate dall'ordinamento, resta pur sempre un contratto atipico. In più accogliendo integralmente la tesi criticata si rischierebbe di sminuire oltremodo l'autonomia della fattispecie, finendo, in concreto, per annullarne i contenuti peculiari. L'autonomia, infatti, deve essere relazionata non solo al sottostante rapporto, ma anche e soprattutto rispetto alla funzione svolta dal contratto all'interno dell'ordinamento positivo. L'autonomia, insomma, deve essere riconosciuta anche sul piano causale e può ben identificarsi nella stessa funzione di garanzia che il contratto svolge. Tale *causa cavendi* consiste nel trasferimento in capo al garante del rischio legato all'inadempimento del contratto base in modo di consentire la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario

[\[27\]](#)

. In questo contesto l'operazione appare non solo lecita, ma anche meritevole di tutela sul piano degli interessi in quanto, svincolata dal rapporto principale, favorisce lo sviluppo dei traffici all'interno del mercato comune ed internazionale evitando inutile e dispendiose immobilizzazioni di capitali e fornendo indiscutibili garanzie di speditezza, serietà e solvibilità

[\[28\]](#)

Una volta assimilata dal diritto vivente l'autonomia della fattispecie anche sotto il profilo causale, può dirsi giunto a compimento quel percorso che non può non condurre alla dichiarazione di atipicità del negozio. Per i suoi caratteri, che recidono il vincolo di accessorietà proprio delle garanzie personali, per la sua funzione di garanzia, esplicita dal negozio stesso a prescindere dal collegamento con altri negozi, per la varietà delle forme nelle quali trova esplicazione, è evidente, stante i numerosi tentativi, l'impossibilità di ricondurre il contratto autonomo di garanzia ad alcuno dei tipi "aventi una disciplina particolare [\[29\]](#) .

Comunque l'ammissibilità del contratto autonomo di garanzia quale negozio atipico e meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., non può essere valutata solo come il riconoscimento di una delle tante manifestazioni del principio di autonomia privata. Essa è il portato di un'operazione più complessa radicata in regole e modelli, espressione di principi transnazionali

[\[30\]](#)

, che, recepiti e modellati secondo i principi dell'ordinamento interno, finiscono per diffondersi ed acquisire legittimazione sul piano nazionale anche laddove le esigenze del commercio internazionale non vengono in diretta considerazione

[\[31\]](#)

.

3. La struttura e le tipologie del contratto autonomo di garanzia.

Il contratto autonomo di garanzia presuppone l'esistenza di almeno tre soggetti: l'ordinante, il garante ed il beneficiario.

L'ordinante è il debitore del rapporto principale il quale "ordina" alla banca di emettere la garanzia. Il garante è generalmente una banca o una compagnia di assicurazioni [\[32\]](#) che assume l'obbligo di eseguire la prestazione nei confronti del beneficiario a semplice richiesta di quest'ultimo. Il beneficiario, infine, è il destinatario della prestazione oggetto della garanzia

[\[33\]](#)

.

I predetti soggetti danno vita a tre distinti rapporti giuridici:

a) un rapporto base (rapporto principale) che lega l'ordinante ed il beneficiario. Esso trae origine normalmente da un contratto di vendita, di somministrazione, di appalto etc., ma è possibile che la richiesta di garanzia intervenga anche in una fase precontrattuale;

b) un rapporto che lega l'ordinante (debitore del rapporto principale) al garante (banca o

compagnia di assicurazioni). Esso va qualificato come mandato con il quale il debitore conferisce al garante l'incarico di rilasciare una garanzia autonoma e diretta in favore del proprio creditore [34]. Più precisamente trattasi di mandato irrevocabile senza rappresentanza (art. 1705 c.c.; art. 1723, 2° comma, c.c.) poiché il garante agisce in nome proprio e nell'interesse del beneficiario [35]. Il contratto poi è a titolo oneroso poiché l'ordinante paga un corrispettivo al garante a fronte dell'assunzione della garanzia. Dal punto di vista formale il mandato viene conferito con una "lettera all'ordine" in cui, oltre alla garanzia da prestare, si indicano le condizioni per l'escussione della garanzia e quelle per il rimborso del garante [36].

c) L'ultimo rapporto è quello tra garante e beneficiario e configura propriamente il contratto autonomo di garanzia con il quale il garante si impegna ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia, consistente nell'equivalente delle spese o dei danni subiti a seguito dell'inadempimento ovvero nel pagamento di una somma omogenea al valore della prestazione del debitore principale, a semplice richiesta (o dietro presentazione di documenti) del beneficiario, senza possibilità di opporre eccezioni derivanti dal rapporto sottostante.

Tra questi rapporti vi è solo identità dal punto di vista economico poiché il garante assume un'obbligazione di garanzia che, di regola, è solo quantitativamente uguale a quella che obbliga l'ordinante. Giuridicamente si è tentato di ricostruire il nesso tra i tre fenomeni in alcuni casi, sulla scorta dell'insegnamento pubblicistico, riferendosi alla procedimentalizzazione dei negozi, di cui il contratto di garanzia rappresenterebbe l'atto finale; in altri, richiamando il concetto, più propriamente privatistico di collegamento negoziale [37].

Ciò che più interessa in questa sede, comunque, è scoprire come la prassi commerciale abbia plasmato questi rapporti in una molteplicità di forme, dando vita a schemi molteplici che sono andati distinguendosi sia sotto il profilo funzionale, sia sotto quello strutturale [38].

Tradizionalmente le garanzie autonome vengono distinte in base a tre categorie fondamentali a seconda del contratto base in funzione del quale la garanzia viene prestata: le garanzie di mantenimento dell'offerta (*bid bonds*), accessorie ad una gara di appalto, che assicurano la serietà dell'offerta; le garanzie di buona esecuzione (*performance bonds*), con cui si vuole soddisfare l'interesse all'esatta esecuzione della prestazione dovuta; le garanzie di rimborso (*advance payment bonds*)

che assicurano la restituzione degli importi già versati in caso di mancata esecuzione della prestazione dedotta nel rapporto principale.

In particolare con il *bid bond* (definito anche *garantie de soumission*, *Bietungsgarantie*) l'appaltatore formula una garanzia di sottoscrizione che viene allegata all'offerta di aggiudicazione della gara di appalto. Spesso la presenza della garanzia costituisce requisito di ammissibilità alla partecipazione della gara stessa. Prestando la garanzia l'appaltatore si impegna a stipulare il contratto di appalto alle condizioni di aggiudicazione e a rispettare tutti gli obblighi nascenti dal contratto, compreso quello di assicurarsi una nuova garanzia.

In caso tali impegni non siano rispettati l'ente appaltante, cui la garanzia viene prestata, potrà rivolgersi all'istituto garante, il quale, in adempimento dell'obbligo precedentemente assunto con l'appaltatore, verserà al beneficiario o una somma preventivamente stabilita ovvero una somma pari alla differenza tra il prezzo dell'offerta e quello di aggiudicazione.

Alla garanzia può essere apposto un termine di efficacia, potendo prevedersi che la banca rimanga obbligata alla prestazione di garanzia entro un determinato limite temporale; mentre la garanzia cessa naturalmente a seguito della mancata aggiudicazione della gara da parte dell'appaltatore [\[39\]](#).

Il *performance bond* (*garantie de bonne execution*, *Leistungs o Lieferungs-garantie*), si distingue dalla garanzia di mantenimento dell'offerta poiché interviene in un momento successivo, dopo, cioè, che è avvenuta l'aggiudicazione. Il garante in sostanza pagherà la somma pattuita qualora l'appaltatore non esegua l'opera a regola d'arte ovvero non rispetti i termini di consegna. Tale somma è predeterminata e può variare tra il 5 ed il 10% del valore del contratto [\[](#)

[40\]](#)

. La garanzia, poi, può essere automatica (*performance bond on demand*) o condizionale (*performance bond on default*

): nel primo caso essa interverrà a prescindere dalla prova dell'inadempimento del debitore principale; nel secondo caso sarà necessario l'accertamento dell'inadempimento dell'impresa aggiudicataria.

Rispetto al *bid bond* il contenuto della garanzia è più ampio, potendo riguardare non solo

l'opera appaltata, ma anche tutti i rapporti obbligatori, dipendenti dal contratto di appalto, assunti dall'appaltatore verso terzi. Inoltre l'ambito di applicazione del *performance bond* *perfo*

è più ampio poiché, sebbene di regola sia legato all'esecuzione di un appalto, può essere previsto anche per altri rapporti (ad es. contratti di somministrazione).

L'*advance payment bond* (*garantie de remboursement, Anzahlungsgarantie*) mira ad assicurare al beneficiario il rimborso delle somme versate all'ordinante, quali acconti per l'esecuzione di una determinata prestazione, qualora questi non la esegua o la esegua con inesattezza

[\[41\]](#)

. Pertanto la garanzia ha un ambito limitato a gli acconti già percepiti, anche se è possibile, sebbene sia raro, che investa una parte del prezzo versato anticipatamente.

Per evitare inutili immobilizzazioni di ricchezza e mantenere un'adeguata proporzione tra garanzia prestata e gli acconti versati, è possibile inserire accanto alla garanzia di rimborso un patto di riduzione (*reduction clause*) che permetta di diminuire l'importo della garanzia man mano che le singole prestazioni vengono eseguite.

Accanto alle figure tradizionali la dottrina più recente ha tentato una sistemazione di nuove pattuizioni, emerse soprattutto nelle pratiche del commercio estero, le quali presentano un diverso atteggiarsi dei rapporti giuridici o presentano particolarità sul piano funzionale ovvero ancora si inseriscono negli schemi già esistenti arricchendo il loro contenuto.

Da quest'ultimo punto di vista si è già visto come al *performance bond* sia possibile affiancare una clausola accessoria che renda operativa la garanzia previo accertamento del mancato adempimento dell'obbligazione da parte dell'ordinante. Si è così elaborata la figura delle cc.dd. *garanzie condizionali*

che mirano a tutelare il debitore di fronte alla discrezionalità del beneficiario nell'escussione della banca garante. Esse possono quindi operare solo quando vi siano documenti certi che attestino l'effettività dell'inadempimento

[\[42\]](#)

, la qual cosa ha portato a dubitare dell'appartenenza della figura al novero delle garanzie autonome. A ben vedere, il collegamento tra la prestazione di garanzia e la "certezza" dell'inadempimento, rinsalda parzialmente il vincolo di dipendenza con il rapporto sottostante, proprio delle garanzie accessorie. In secondo luogo, se si considera che i documenti comprovanti l'inadempimento derivano spesso da atti provenienti dall'autorità aventi valore di

cosa giudicata, possono risultare frustrate le esigenze di celerità e speditezza proprie delle garanzie autonome. A tali rilievi si è replicato che l'indipendenza della garanzia è assicurata dal fatto che le condizioni dell'escussione restano comunque autonome: il garante al quale i documenti siano presentati non può sindacare nel merito la fondatezza del contenuto degli atti, ma deve limitarsi solo ad un controllo sulla loro regolarità formale

[\[43\]](#)

. Resta comunque incerta la collocazione della figura sul piano sistematico.

Sicuramente appartenente alla tipologia delle garanzie autonome è, invece, l'ipotesi in cui, per alcuni tipi di contratti (ad. es. contratti di appalto aventi ad oggetto costruzione di impianti industriali ovvero C
contratti di fornitura di materiali ed attrezzature particolarmente sofisticate), venga prestata una garanzia di manutenzione (*maintenance bond*)

). Con tale garanzia si mira ad assicurare il buon funzionamento degli impianti o delle attrezzature per un periodo di tempo (periodo di manutenzione) necessario al beneficiario per operare il collaudo dell'opera o per verificare che i materiali forniti non presentino vizi o difformità tali da pregiudicarne l'utilizzo.

Sul piano dei rapporti giuridici i modelli delineati possono subire delle modifiche quantitative arricchendosi di ulteriori soggetti che partecipano alla più complessa operazione di garanzia.

Ciò avviene di frequente quando il rapporto di base è concluso da soggetti con sede in due diversi paesi. In tale eventualità è evidente che il beneficiario può non ritenere sufficiente la garanzia prestata da un istituto estero, mentre l'ordinante potrebbe ritenere più agevole rivolgersi a soggetti nazionali con i quali normalmente intrattiene rapporti di fiducia. Si giunge così alla *controgaranzia autonoma*

mediante la quale la banca del paese dell'ordinante dà l'incarico alla banca del paese del beneficiario di garantire quest'ultimo, impegnandosi a sua volta a rimborsare l'istituto garante di quanto eventualmente prestato in esecuzione della garanzia

[\[44\]](#)

. L'operazione economica consta, quindi, di quattro rapporti giuridici: "oltre al consueto rapporto fra ordinante e beneficiario, che nasce dal contratto di base, v'è quello derivante dal mandato conferito dall'ordinante alla propria banca di richiedere il rilascio di garanzia autonoma alla banca estera; il rapporto di garanzia nascente dal contratto di garanzia sottoscritto dalla banca del beneficiario in favore di questo e, infine, quello di controgaranzia che lega le due banche"

[\[45\]](#)

.

Un'ipotesi particolare di controgaranzia (*c.d. garanzia raggruppata*) ricorre in operazioni economiche complesse relative alla costruzione di opere di grandi dimensioni che vengono subappaltate dall'appaltatore aggiudicatario ad altre imprese nazionali od estere. In questo caso la banca che garantisce l'appaltatore può chiedere una controgaranzia alle banche cui fanno capo le singole imprese subappaltatrici. Gli istituti di credito, così collegati, presteranno una garanzia pro quota che copra gli importi previsti nella garanzia principale

[\[46\]](#)

Diversamente non si avrà controgaranzia, ma *garanzia subordinata*, qualora l'appaltatore ordini in via principale alla propria banca di garantire l'intera esecuzione dell'opera, salvo esigere contestualmente dalle imprese subappaltatrici una garanzia che, in caso di escussione della garanzia principale, dovrà rimborsare la banca garante o lo stesso appaltatore di somme di importo pari al valore delle opere subappaltate.

4. Le clausole di autonomia: valore e portata.

Si è visto che il dato caratterizzante l'autonomia del contratto di garanzia e che, allo stesso tempo, contribuisce a distinguerlo in via definitiva dalla fideiussione, è costituito dalla mancanza del vincolo di accessorietà. Il garante, infatti, deve eseguire la prestazione senza poter opporre eccezioni derivanti dal rapporto sottostante.

L'esplicazione formale di tale autonomia avviene mediante l'inserimento nel contratto di alcune clausole come "a prima richiesta", "a semplice richiesta", "senza eccezioni", "a prima domanda" o altre formule equivalenti (ad es. "senza contestazioni", "incondizionatamente" etc.) che mirano a rendere operativa la garanzia con la semplice manifestazione di volontà del beneficiario. In tal modo egli potrà ottenere la soddisfazione dei propri interessi mediante il pagamento della somma di denaro o l'esecuzione della prestazione pattuita [\[47\]](#) .

In dottrina si è posta la questione se la presenza di tali clausole sia di per sé sufficiente a connotare in senso autonomo il contratto ovvero se sia necessario compiere una valutazione più ampia che tenga conto dell'intera operazione posta in essere dalle parti.

La questione, come è evidente, non rimane relegata su un piano meramente descrittivo, ma acquista notevole rilevanza pratica ove si consideri che dichiarare, pur in presenza della clausola a prima richiesta, il contratto come accessorio renderebbe sul piano disciplinare inoperanti le deroghe alle previsioni tipiche proprie del contratto autonomo [48]. Inoltre la questione non è di facile soluzione posto che, come si vedrà, la clausola a prima richiesta può figurare anche in semplici contratti di fideiussione.

L'opinione dominante considera le clausole in questione semplici indizi di autonomia e, facendo leva essenzialmente sui criteri generali di ermeneutica contrattuale (art. 1362 ss. c.c.), ritiene che la valutazione non debba limitarsi al dato testuale, essendo altresì necessario tener presente l'intenzione delle parti e il loro comportamento anche successivo alla conclusione del contratto; in più le clausole stesse vanno coordinate alle altre pattuizioni in esso presenti [49].

Si è anche sostenuto che, oltre ai criteri generali, occorre considerare alcuni criteri particolari inerenti, sul piano subbietivo, alla natura del soggetto che presta la garanzia nonché alla figura del beneficiario; sul piano obbiettivo, alla natura degli interessi di cui quest'ultimo è portatore oltre che alla natura, nazionale o internazionale, del rapporto o all'entità della prestazione di garanzia in rapporto al debito principale [50].

La giurisprudenza si è mostrata spesso conforme all'orientamento dominante che non ritiene sufficiente la presenza della clausola ai fini della qualificazione del contratto; tuttavia, in alcuni casi, ci si è spinti sino ad affermare che tali clausole non siano necessarie: basterebbe a qualificare autonomo il rapporto di garanzia individuare il carattere non accessorio delle relazioni tra obbligazione principale ed obbligazione di garanzia [51]. Tale orientamento, peraltro non consolidato, non pare pienamente condivisibile in quanto la volontà dell'interprete rischia di sovrapporsi alla volontà delle parti tutte le volte in cui i contraenti, non esplicando la loro volontà mediante l'uso della clausola a prima richiesta, senza eccezioni etc., hanno inteso concludere una garanzia accessoria, la quale verrebbe (erroneamente) qualificata come automatica. Né in questo caso possono valere i predetti criteri ermeneutici in quanto in questa ipotesi manca l'esplicazione della volontà che recide il vincolo di accessorietà con il rapporto di base [52]. Il problema

interpretativo è maggiormente accentuato quando ci si trovi in presenza di contratti in cui è inserita *sic et simpliciter*

la clausola di pagamento "a prima richiesta". Tale accezione, come accennato, non è esclusiva del contratto autonomo di garanzia, ma può figurare anche nelle fattispecie accessorie, in particolare nella fideiussione

[\[53\]](#)

In quest'ultimo caso, si è affermato, la clausola non trasforma il contratto cui accede in garanzia autonoma, "ma assume la più limitata portata di conferire all'obbligazione del garante un'astrazione processuale, propria di una clausola *solve et repete*, in virtù della quale il garante può agire in ripetizione d'indebito verso il beneficiario, soltanto dopo che abbia pagato"

[\[54\]](#)

. Nel caso di garanzia autonoma, invece, la clausola vale a recidere quel vincolo di accessorialità con il rapporto principale, non consentendo al garante di opporre eccezioni attinenti a quel rapporto

[\[55\]](#)

In questo contesto vi è stato, comunque, chi ha tenuto a precisare che la clausola a prima richiesta non può essere equiparata alla clausola

solve et repete

[\[56\]](#)

, stante la profonda diversità delle due figure sia sotto il profilo strutturale sia sotto quello funzionale. Infatti la clausola

solve et repete

si pone in funzione derogatoria al principio di simultaneità nei contratti a prestazioni corrispettive ed ha un'efficacia meramente processuale. La clausola a prima richiesta, invece, rientra in una fattispecie trilaterale ed è emessa in funzione di tutela del beneficiario nei confronti del garante piuttosto che del debitore. Ne consegue che "se il garante paga in virtù della clausola "a prima richiesta", pur in presenza di una clausola estintiva del credito, il rapporto con il beneficiario si estingue e gli effetti riequilibratori sono assicurati dalla

condictio indebiti

e dal regresso ossia al di fuori del contratto di garanzia per quel che riguarda il loro fondamento che è da individuarsi nel contratto principale (2033 c.c.) o nel principio del divieto di arricchimento, mentre con il patto di "

solve et repete

" l'azione di ripetizione non muta il suo titolo giustificativo dall'esterno, ma rimane fondata sul contratto al quale il patto si inserisce"

[\[57\]](#)

. Per di più, una volta intervenuta la "

solutio

" da parte del garante, questi non sarà legittimato a promuovere azione di rivalsa nei confronti del creditore adducendo la sopravvenuta estinzione del rapporto principale, ma gli spetterà unicamente l'ordinaria azione di regresso contro il debitore principale

[\[58\]](#)

5. (segue): il regime delle eccezioni. In particolare, l'*exceptio doli generalis*.

Si è visto, in linea generale, che la presenza della clausola di pagamento "a prima richiesta" (o altre ad essa assimilate) se contribuisce, sul piano strutturale, ad esplicitare l'atipicità del contratto autonomo di garanzia rispetto alle tipiche garanzie accessorie, elidendo il legame con il rapporto principale, sotto il profilo funzionale impedisce al garante la proposizione di eccezioni attinenti alle vicende del rapporto sottostante.

Il principio della rinuncia del garante "a qualsivoglia eccezione", tuttavia, deve essere temperato con i principi generali dell'autonomia privata, tra cui quello di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei contratti (art. 1175 e 1375 c.c.). In attuazione di questo principio, cui è subordinato il diritto del beneficiario [\[59\]](#), questi non può e non deve abusare della clausola dilatoria delle eccezioni: potrà escutere la garanzia solo quando la richiesta sia legittima, poiché generata, ad esempio, dall'inadempimento del debitore, e sempre che la stessa, pur legittima, non sia affiancata da atteggiamenti fraudolenti o dolosi, tali da renderla obiettivamente abusiva

[\[60\]](#)

. Ove ciò accada l'istituto garante, in deroga al principio dell'inopponibilità, potrà rifiutare l'escussione formulando l'

exceptio doli

[\[61\]](#)

Questa eccezione è stata largamente applicata dalla giurisprudenza [\[62\]](#) in virtù della sua ampia portata che ha consentito di coprire una congerie di ipotesi, in vero non sempre omogenee. Si è così richiamata l'

exceptio

tanto nel caso in cui fosse avvenuto l'adempimento della prestazione principale e il creditore, ciò nonostante, abbia domandato l'escussione del garante, quanto nel caso di inadempimento seguito da una pretesa fraudolenta da parte del beneficiario.

Nel caso dell'adempimento risulta evidente come venga meno il presupposto e la funzione di garanzia propria del contratto, in quanto il creditore che abbia (già) ricevuto la prestazione non subisce alcuna perdita patrimoniale. Un attenta dottrina ha tuttavia precisato che occorre distinguere tra opponibilità dell'adempimento

tout court

ed opponibilità dell'adempimento nel caso di mala fede del beneficiario che abbia taciuto l'esecuzione della prestazione da parte del debitore. Nel primo caso, si è ammessa la possibilità di una semplice eccezione di adempimento in capo al garante, precisando, comunque, che tale eventualità vada limitata in maniera assai rigorosa "altrimenti la qualificazione dell'obbligazione del garante come obbligo di pagamento a prima domanda sarebbe illusoria". Nel secondo caso, essendo la richiesta palesemente abusiva, non sussiste pregiudizio per l'immediatezza della garanzia sicché il garante potrà esperire l'

exceptio

doli

[\[63\]](#)

.

Nel caso di inampimento o di adempimento parziale l'abuso è stato rinvenuto in una serie di comportamenti, censurati indistintamente come fraudolenti, dolosi o abusivi [\[64\]](#), in cui il beneficiario escute la garanzia in mancanza dei presupposti legittimanti

[\[65\]](#)

sia soggettivi (es. escussione al fine di ottenere vantaggi ingiusti) sia oggettivi (es. mancato adempimento dell'obbligazione principale per fatto del beneficiario)

[\[66\]](#)

. Questi comportamenti non sono però ravvisabili allorché, ad esempio, sorgano controversie tra ordinante e beneficiario circa l'esattezza dell'adempimento o sulla sussistenza di fatti che abbiano determinato l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. In questi casi "l'escussione della garanzia non può definirsi fraudolenta e non può quindi essere sospesa".

[\[67\]](#)

D'altra parte la giurisprudenza, per non svuotare di contenuto la portata della clausola a prima richiesta, dilatando oltremodo la portata dell'*exceptio*, e non frustrare le esigenze di celerità e speditezza del contratto autonomo, che potrebbero essere tradite dalla necessità di un accertamento lungo e complesso, pretende che l'abuso emerga da circostanze obbiettivamente inequivocabili [\[68\]](#) . Tradotto in termini

processuali ciò significa che l'

exceptio doli

può essere utilmente invocata dal creditore solo quando sia fondata su prove liquide

[\[69\]](#)

.

Queste sono essenzialmente prove documentali, prove, cioè di assoluta ed immediata percezione dalle quali risulti in modo certo che la pretesa fatta valere dal beneficiario si fonda su un diritto inesistente oppure su un diritto non più attuale. A titolo esemplificativo vengono ritenute prove in tal senso i provvedimenti giudiziali definitivi o stragiudiziali esecutivi che dichiarino la nullità del contratto di base o la sua risoluzione per fatto del beneficiario ovvero la documentazione che dimostri l'impossibilità della prestazione per caso fortuito o forza maggiore

[\[70\]](#)

.

Orbene in tutti questi casi, si è detto, il garante può paralizzare l'escussione della garanzia attraverso l'*exceptio doli*. Tuttavia, secondo un orientamento, non del tutto consolidato, l'esperimento dell'eccezione rappresenta, in alcuni casi, non già una mera facoltà per il garante, bensì un vero e proprio obbligo. Sono queste le ipotesi in cui l'escussione della garanzia sia palesemente abusiva (perché, ad esempio, fondata su documenti che appaiono

ictu oculi

falsi). L'obbligo qui si giustificerebbe quale aspetto peculiare del più generale "dovere di protezione" che incombe al garante nei confronti del terzo ordinante-debitore. Nel caso tale obbligo non venisse adempiuto, perché il garante non si opponga ad una pretesa

prima facie

pretestuosa, questi subirebbe la sanzione della perdita del diritto di regresso nei confronti del garantito

[\[71\]](#)

.

Dall'*exceptio doli* deve essere tenuta distinta la serie di eccezioni che non investono il rapporto di base, ma attengono propriamente al contratto di garanzia. In questo caso il limite della "garanzia a prima richiesta" non può operare sicché saranno ammissibili in capo al garante sia eccezioni formali, sia eccezioni sostanziali, sia eccezioni personali.

Sono *eccezioni formali* quelle che attengono ai presupposti per l'escussione della garanzia e alla sua tempestività. A titolo esemplificativo è stata ritenuta opponibile la contestazione del garante circa la regolarità dei documenti richiesti dal contratto per l'escussione ovvero la tardività della pretesa eccedente il termine di efficacia della garanzia previsto nel contratto.

Sono *eccezioni sostanziali* quelle che attengono alla validità del rapporto di garanzia. Così sarà opponibile la nullità sia diretta, perché relativa a vizi genetici del contratto di garanzia, sia indiretta, perché relativa a vizi del rapporto di base che si riverberano sul contratto di garanzia.

[\[72\]](#)

Inoltre è astrattamente possibile, sebbene nella pratica sia raro, l'eccezione di annullabilità per vizi del consenso. In entrambe le ipotesi l'eventuale rinuncia del garante a proporre le relative eccezioni sarebbe nulla per contrarietà all. art. 1462 c.c.

[\[73\]](#)

Infine vi sono le *eccezioni personali* che attengono ai rapporti tra garante e beneficiario, tra cui spicca l'eccezione di compensazione. Essa può essere sollevata dal garante qualora vanti un credito liquido ed esigibile nei confronti del beneficiario. A tal proposito costituisce "un modo semplice sicuro ed automatico per soddisfare i propri controcrediti" in quanto "riduce (elimina) il rischio da un successivo inadempimento da parte del beneficiario"

[\[74\]](#)

6. La tutela.

a) La posizione del garante.

L'*exceptio doli* rappresenta un valido strumento di tutela in capo al garante perché gli consente di evitare in via preventiva l'escussione della garanzia. Tuttavia, come si è visto, la sua esperibilità ha una portata limitata sul piano sostanziale alle ipotesi di escussione abusiva e su quello processuale alla necessità che l'abuso emerga da prove documentali certe (prove liquide). Peraltro è ben possibile che il pagamento non sia dovuto per vicende relative al rapporto di base, ma il garante non possa dimostrarlo perché sprovvisto della idonea documentazione o in possesso di prove non sufficienti. In questo caso, non potendosi paralizzare l'operatività della garanzia, il garante sarà tenuto ad eseguire la prestazione, ma potrà rivalersi in via successiva sull'ordinante-debitore. La funzione di garanzia propria del contratto autonomo, pertanto, rende l'adempimento del garante dovuto in quanto causalmente giustificato e come tale, non legittima ad un'azione recuperatoria in capo alla banca, ma ad una rivalsa nei confronti del debitore, unico soggetto legittimato a domandare la restituzione.

Ciò non comporta che al garante sia sempre preclusa la *condictio indebiti* nei confronti del beneficiario, una volta effettuato il pagamento: ma ciò è possibile solo quando il pagamento non sia giustificato per ragioni attinenti al contratto di garanzia.

In altri termini, e riassumendo, è possibile per il garante agire non solo in via preventiva con l'*exceptio doli*, ma anche in via successiva, a seguito cioè dell'avvenuto pagamento della garanzia. In questo caso l'azione può essere duplice: un'azione di rivalsa nei confronti dell'ordinante, qualora il pagamento non sia dovuto per ragioni attinenti al rapporto sottostante, inopponibili dal garante al momento della richiesta di escussione; assumerà, invece, la forma di un'azione di ripetizione nei confronti del beneficiario, qualora il pagamento risulti indebitamente prestato per ragioni attinenti al contratto di garanzia.

b) La posizione dell'ordinante.

Molto delicato appare l'aspetto della tutela dell'ordinante all'interno del rapporto di garanzia. Egli è di regola estraneo al contratto autonomo intercorrente tra garante e beneficiario, limitandosi a conferire l'ordine alla banca di pagare "a prima richiesta".

Non è possibile, quindi, ammettere un'ingerenza del debitore circa i tempi e le modalità del pagamento dovuto dal garante al beneficiario. Al contempo è necessario consentire un intervento qualora la richiesta non sia giustificata perché non fondata sull'inadempimento dell'obbligazione principale.

In questo contesto è sempre possibile una tutela successiva, mediante *l'actio indebiti* con la quale il debitore potrà recuperare le somme ingiustamente pagate dal garante (al quale è consentita l'azione di regresso). Tuttavia limitare la tutela del debitore ad un'azione restitutoria pare eccessivamente riduttivo ed, in concreto, può rivelarsi infruttuoso. Infatti l'azione va esperita nel paese del beneficiario, frequentemente diverso da quello del debitore, il cui ordinamento potrebbe non offrire sufficienti garanzie di soddisfazione

[\[75\]](#)

. Si è studiata, allora, la possibilità di ammettere in capo all'ordinante anche una tutela preventiva che impedisca al garante di eseguire il pagamento. In ciò risiede il *punctum prurens*

delle garanzie autonome:

l'ingerenza dei mezzi di tutela preventiva in capo al debitore è inversamente proporzionale all'autonomia del contratto di garanzia. Infatti maggiori possibilità sorgono in capo al debitore di sollevare contestazioni sull'esecuzione del rapporto principale, minore è l'efficacia operativa del contratto autonomo di garanzia, che proprio tali contestazioni è volto a prevenire in una finalità di celere soddisfacimento degli interessi creditori.

Tenendo presente questa esigenza, si devono analizzare gli strumenti giudiziari di cui spesso, nella pratica, fa uso il debitore nel tentativo di inibire al garante il compimento della prestazione di garanzia, evitando allo stesso tempo, di subire un pregiudizio dall'escussione.

Vi è, in primo luogo, la richiesta cautelare volta ad ottenere il *sequestro conservativo* del credito vantato dal beneficiario nei confronti del garante

[\[76\]](#)

. Qui il debitore agisce non quale ordinante-mandante, bensì come creditore del beneficiario, poiché solo in questa veste sarebbe legittimato alla richiesta del sequestro. In questa prospettiva, dunque, sono assai limitate le possibilità di esperire il mezzo di tutela, in quanto è necessario che il credito fatto vantare dal debitore sia attuale e non meramente potenziale

[\[77\]](#)

. Escluso quindi che tale credito possa individuarsi nel diritto alla ripetizione delle somme, che sorge solo in una fase successiva, a seguito dell'avvenuta (indebita) escussione, residuano le ipotesi in cui l'ordinante vanta un credito verso il beneficiario che derivi o dal contratto di base ovvero da un rapporto diverso da quello che nasce con l'operazione garantita

[78]

Con maggiore larghezza si ammette il ricorso al *procedimento d'urgenza* ex art. 700 c.p.c.. Con esso l'ordinante può chiedere al giudice di ordinare al garante di sospendere l'adempimento dovuto a titolo di garanzia

[79]

, ma, in alternativa, potrebbe chiedere di inibire al garante l'azione di rivalsa a seguito del pagamento o di impedire di "conteggiare" a suo carico l'esborso della somma pagata. In caso di accoglimento della domanda cautelare il debitore sarà al riparo dall'azione di rivalsa fino all'esito del giudizio di merito contro il beneficiario.

Ma in quali casi è possibile l'accoglimento? Il problema è delicato poiché, come detto, su di esso ruota la credibilità di tutto il sistema delle garanzie atipiche. Qualora si sostenesse che anche le ragioni attinenti al rapporto di base possano integrare un "pregiudizio imminente ed irreparabile" idoneo a giustificare la concessione dell'inibitoria si finirebbe per contraddire lo "spirito" delle garanzie "a prima richiesta" la cui funzione risiede proprio nell'evitare che le vicende del rapporto principale influiscano sul rapporto di garanzia, ledendo gli interessi del beneficiario [80]. Egli, infatti, dovrebbe attendere l'esito di un lungo giudizio per vedere soddisfatte le proprie ragioni. Inoltre tale circostanza può rivelarsi paralizzante per lo sviluppo dei traffici e compromettente per la credibilità degli operatori internazionali che agiscono sul mercato, in specie le banche. A ciò si aggiunga che il procedimento ex art. 700 c.p.c. mal si attaglia alla verifica di complesse situazioni e vicende attinenti al rapporto di base. Queste, infatti, sono precluse proprio dalla natura sommaria del procedimento cautelare, il cui uso illimitato porterebbe, in sostanza, a ritenere sussistente il

fumus

di fronte a qualsivoglia contestazione

[81]

Di contro bisognerebbe ammettere il ricorso al procedimento d'urgenza solo in quei casi eccezionali per i quali il garante è tenuto a rifiutare l'escussione della garanzia. Sono queste le ipotesi sopra menzionate di escussione abusiva o fraudolenta da parte del beneficiario [82].

Fuori da tali ipotesi "il ricorrente non può vantare alcun diritto, in relazione al quale si profili un pregiudizio imminente ed irreparabile"

[83]

Nonostante i rilievi mossi da gran parte della dottrina, la giurisprudenza si è mostrata molto favorevole, in varie occasioni, ad accordare il provvedimento cautelare all'ordinante, forse preoccupata delle difficoltà di effettiva tutela che l'*actio indebiti* gli garantirebbe [84]. Come per l'*exceptio doli* si è

affermata la necessità che il *fumus*

emerge da prove liquide, certe che attestino l'insussistenza dei presupposti per l'escussione (es. l'inadempimento del beneficiario) ovvero la presenza di circostanze che rendano illegittima la richiesta da parte del beneficiario (ad. es. l'avvenuto adempimento da parte del debitore principale)

[85]

. Quanto al

periculum in mora

rilevanza è stata attribuita alla posizione economica del debitore - pregiudicata dall'addebito dell'esborso effettuato dal garante - ovvero alla difficoltà di recuperare le somme mediante l'*actio indebiti*

[86]

L'atteggiamento rigoroso sul piano probatorio è stato giudicato contraddittorio da chi ha messo in evidenza come "provare l'escussione non giustificata della garanzia ha rilievo giuridico soltanto se, con un'evidente petizione di principio, si dà per dimostrato proprio il *thema demonstrandum*

: ossia che è lecito trarre dal rapporto fondamentale eccezioni destinate a rifluire sul diverso rapporto fra garante e beneficiario"

[87]

. Il che, come ribadito più volte, contraddice la

ratio

del contratto autonomo di garanzia, mettendo in serio rischio la validità concettuale della figura e la sua atipicità

[88]

. L'azione cautelare sarebbe, inoltre, inammissibile per un motivo di ordine processuale: l'ordinante non potrebbe chiedere la tutela in via d'urgenza perché privo di legittimazione attiva. Egli, non essendo parte del contratto di garanzia, non avrebbe il potere di agire nei confronti del garante e, sollevando vizi relativi al contratto di base, inibire la prestazione di garanzia relativa ad un diverso rapporto giuridico

[89]

. Altre volte si è affermato anche il difetto di interesse dell'ordinante perché egli non subirebbe alcun pregiudizio immediato dall'esecuzione di garanzia, ma solo indiretto, dalla successiva

azione di rivalsa del garante alla quale, peraltro, potrebbe contraddire in via ordinaria

[\[90\]](#)

Quest'ultima eventualità si verifica tutte le volte in cui il garante, di fronte ad una pretesa palesemente abusiva, aveva l'obbligo di astenersi dal pagamento e non l'ha fatto [\[91\]](#). Ciò, come visto, integra una violazione del dovere di protezione verso il debitore e, più in generale, del dovere di buona fede ex art. 1375 c.c..

A fortiori

, il garante subirà la perdita del diritto di regresso se esegue la prestazione di garanzia in pendenza del provvedimento cautelare

[\[92\]](#)

. Se poi tale esecuzione ha comportato l'addebito delle somme sul conto dell'ordinante questi potrà agire per ottenere il risarcimento del danno per equivalente.

7. Durata e vicende del contratto autonomo di garanzia.

Il contratto di garanzia è normalmente un contratto temporaneo. Le parti, di regola, appongono un termine al rapporto di garanzia, spirato il quale il garante è liberato dalla propria obbligazione ed il beneficiario non perde il potere di escussione. Non tutti gli ordinamenti internazionali, peraltro, prevedono la necessità di una data: in alcuni il termine viene considerato prorogabile ad istanza del beneficiario, il quale in caso di rifiuto, potrà pretendere immediatamente l'esecuzione della garanzia (clausola

extend or pay

)

[\[93\]](#)

. In altri viene compreso all'interno di pattuizioni elastiche che prevedono la sua estensione. Questa situazione, oltre a comportare non pochi problemi in ordine al coordinamento tra i vari ordinamenti, soprattutto nelle ipotesi di controgaranzie internazionali, finisce per avvantaggiare non poco il creditore, rendendo, di contro, molto onerosa sia la posizione del garante, che rimarrebbe obbligato

sine die

; sia quella dell'ordinante che resterebbe assoggettato al pericolo dell'azione di regresso.

Per restare al nostro ordinamento, la dottrina si è interrogata sulle conseguenze e sui rimedi possibili nel caso le parti abbiano omesso di indicare un termine di durata della garanzia.

Eliminata l'ipotesi di considerare il rapporto di garanzia come contratto a tempo indeterminato, prevedendo di conseguenza un diritto di recesso in capo al garante, sono preferibili le due tesi che mirano alla salvezza del rapporto di garanzia mediante l'integrazione delle pattuizioni private. Così si è invocato l'art. 1183 c.c. per ammettere la fissazione del termine da parte del giudice [94] ovvero, sul presupposto che la garanzia sia sottoposta ad un limite implicito, si è ritenuto il termine desumibile dagli usi commerciali (art. 1340 c.c.) o, in mancanza, determinabile *ope iudicis*, secondo equità (art. 1374 c.c.), in relazione alla natura dell'affare. In questo secondo caso il termine non potrà superare quello di esecuzione del rapporto di base

[95]

Oltre al termine possono esservi delle pattuizioni che modificano, oggettivamente o soggettivamente il rapporto giuridico trilaterale. Occorre allora analizzare la pregnanza di tali modifiche e le loro conseguenze sul contratto di garanzia.

Dal punto di vista oggettivo si ritiene che un'eventuale modifica delle pattuizioni relative al rapporto principale non importi anche modifica degli obblighi del garante. Si è osservato, tuttavia, che, qualora le stesse siano di portata tale da stravolgere il programma negoziale originario o da alterare l'economia dell'affare, il garante potrebbe rifiutare l'adempimento della prestazione di garanzia [96]. D'altra parte si è invece sostenuta la possibilità per il garante di invocare la *reductio ad equitatem* della sua prestazione (art. 1468 c.c.) divenuta eccessivamente onerosa, mentre ha rilevato la scarsa portata pratica della questione chi ha evidenziato come, di regola, al momento della stipula del contratto di garanzia, le parti prevedano una proporzionale riduzione della garanzia in caso di adempimenti inesatti del contratto principale [97].

Da un punto di vista soggettivo si ammette la possibilità della cessione del contratto di base, ma dubbi sorgono in ordine alle sorti della garanzia. Alcuni facendo leva sulla sua autonomia, ammettono che questa perimanga in capo al cedente-beneficiario originario [98]; altri, sostenendo la mancanza di accessorietà col rapporto sottostante, ritengono che la garanzia si

estingua

[\[99\]](#) .

Nel caso in cui venga ceduto il contratto di garanzia, invece, il garante ceduto vedrà inalterata la sua posizione e non potrà opporre al cessionario-beneficiario alcuna eccezione inerente alla validità all'efficacia o alle vicende del rapporto sottostante [\[100\]](#) .

BIBLIOGRAFIA

Il contratto autonomo di garanzia viene introdotto in Italia da Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*

, in

Le operazioni bancarie

, II, Milano, 1978, opera tutt'oggi fondamentale per comprendere le radici e lo sviluppo dell'istituto; del medesimo A. si segnalano, anche:

I contratti autonomi di garanzia

, Torino, 1989, 125;

Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1985, I, 169 ss. Interessanti contributi provengono anche dagli scritti di Bozzi G.,

Le garanzie atipiche

, Milano, 1999;

Bonelli F.,

Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale

, Milano, 1991; Maccarone S.,
Contratto autonomo di garanzia

, in
Dizionario del diritto privato

,
a cura di Irti N.

, Milano, 1981; Sesta M.,

Le garanzie atipiche

, Padova, 1988. Mastropaolo F.,

I contratti autonomi di garanzia

, Torino, 1980. Benatti F.,

Il contratto autonomo di garanzia

, in

Banca Borsa e Tit. Cred

, 1982, I, 171 ss.. Sui rapporti e le differenze tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione,
in giurisprudenza cfr. Cass., 23.6.2000, n. 8540. Per la giurisprudenza di merito: Trib. Venezia
22.9.2000, in

Foro pad

, 2000, I, 380, Trib. Lucca 14.9.1998, in

Giur. it.

, 1999, 1210, con nota di Rimmaudo A. Si veda, altresì, Trib. Alba 22.6.1998, in

Giur. it.

, 1999, 1004, cauzione". Trib. Napoli 13.2.1997, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1998, 456. In dottrina, fra gli altri,

Sesta M., op. cit., 457; Bozzi G.,

Le garanzie atipiche

, cit., 53 ss.; id.

L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali

,
Napoli, 1990; Portale G.B.,

I contratti autonomi di garanzia

,
cit., 211 ss.; Mastropaolo F., op.cit., 86 ss.; Bonelli F., op. cit., 143 ss.; Bozzi G., op. cit., 231;
Benatti F., op. loc. cit. In particolare sostengono le analogie con la

fideiussione omnibus

: Portale G.B.,

Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria

, cit., 1045 ss.; Maccarone S.,

Contratto autonomo di garanzia

, cit., 403 ss.; Bonelli F., op. cit., 44 ss.. Contra: Bozzi G., op.ult.cit., 119 ss.; Sesta M.,

Le garanzie atipiche

, cit., 458 ss., dove l'A. riferisce delle incertezze della giurisprudenza meno recente e delle
critiche mosse dalla dottrina, citando Cass. 31.8.1984, n. 4738, in

Giust. civ.

, 1985, I, 800, con nota di Puntiroli L., ed

ivi
, 1170, con nota di Costanza M., nonché in
Banca Borsa e Tit. Cred.
, 1985, II, 11. Per le contestazioni della dottrina, anche, Lanzillo R.,
Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale,
in
Contratto e impresa
, 1985, 309. Nella giurisprudenza successiva, consapevole dell'autonomia del contratto di
garanzia, vedi, per tutte, Cass. 3.2.1999, in
Riv. Corte Conti
, 1999, II, 232 ss.. Sul problema della causa del contratto di garanzia, accostano l'istituto allo
schema della delegazione: Sesta M.,
Pagamento a prima richiesta
, in
Contratto e Impresa
, 1985, 940. In senso più attenuato Cicala R.,
Sul Contratto autonomo di garanzia
, in
Riv. Dir. Civ.
, 1991, I, 143 ss.. In giurisprudenza: Pret. Roma 22.3.1986, in
Nuova giur. civ. comm.
, 1986, I, 677. Sulla ricostruzione in termini di promessa del fatto del terzo De Sanna P.,
Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzia a prima richiesta
, Milano, 1988, 45 ss. Sul punto anche Mastropalo F., op. cit., 135 ss.; Mazzoni A.,
Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo
, in
Banca Borsa e Tit. Cred.
,
1984, II, 392 ss.; Bozzi G., op cit, 85, ss.. Per la tesi del negozio con causa esterna: Portale
G.B.,
Fideiussione
cit., 1040 ss.; id.,
Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia
, loc. cit.. Cfr., anche, le osservazioni di Benatti F.,
Il contratto autonomo di garanzia
, cit., 178 ss.; In giurisprudenza, favorevoli alla tesi della causa esterna: Trib. Milano,
28.11.1985, in
Banca Borsa e Tit. Cred.
, 1987, II, 56; Corte App. Milano, 4.3.1988, in
Banca Borsa e Tit. Cred.
, 1988, II, 608. Sull'astrattezza del negozio Giardina A. e Villani U.,
Garanzie bancarie, commercio internazionale e diritto internazionale privato
, Padova, 1984, 27; Piazza op.cit., 2019; sul punto cfr. le riflessioni di Bozzi
L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali
, Napoli, 1990, 238 ss.. In giurisprudenza, Trib. Milano 14.9.1987, in
Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1988, II, 5; Trib. Milano 30.4.1987,

ibidem

, 16. Per la tesi del contratto atipico dotato di autonoma causa di garanzia: Mastropaolo F.,
op.cit., 263 ss.; ancora Bonelli F.,

Le garanzie bancarie nel commercio internazionale

, 1987, in

Il comm. internaz.

, 1987, 127. In giurisprudenza Cass. Sez. U. 15.4.1994, n. 3519, in

giur. imp.

, 1994, 807 e in

Giur.it.

, 1995, I, 1, con nota di Chinè e con nota di Turchi; Cass. Sez. U. 1.10.1987, n. 7341, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1988, II, 1 ss.; Cass. 7.6.1991, n.6496,

ibidem

, 1992, II, 514; Trib. Milano 22.9.1986,

ibidem

, 1987, II, 331; Cass. 20.8.1998, n. 8248. Sempre per la giurisprudenza si segnalano: Cass.

11.2.1998, n. 1420, in

Gaz. giur.

It. oggi

, 1998, IV, 42; Cass. 25. 2. 1994, n. 1933, in

Foro it.

, 1994, I, 1757; Cass. 24.4. 1991, n. 4519, in

Arch.

Civ

, 1991, 798; Cass. 7.6.1991, n. 6496, in

Il fisco

, 1991, 5007, con nota di Paolini; Cass. 18.11.1992, n. 12341, in

Giust. civ.

, 1993, I, 1535 (con nota di Costanza M.). Sul recepimento di regole transnazionali: Bonelli F.,

Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto

, in

Giur. comm.

, 1977, I, 479 ss.. Contra: Portale G.B., op. loc. cit., 1063; più in generale Galgano F.,

Diritto civile e commerciale

, II, Padova, 1993, 446. Sulla struttura del contratto, completa la ricostruzione di Bozzi G.,

Le garanzie atipiche

, cit., 35 ss.; si vedano anche: Sesta M.,

Pagamento a prima richiesta

, cit., 939; Benatti F., op. cit., 918; Mastropaolo F., op. cit., 134. Per una ricostruzione completa

delle varie tipologie in cui il contratto si manifesta, oltre a Bozzi G., ult. cit.: Benatti F., op. cit.,

172; Bonelli F., op. cit., 127; Hadding W.,

I contratti di garanzia bancaria

, in

Giust. civ.

, 1979, IV, 132; AA.VV.,

Le operazioni bancarie

, Milano, 1981, 264 ss.. Bonelli F.,

Nuove norme della Camera di Commercio Internazionale

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1993, II, 21; Giardina A. e Villani U.,

Garanzie bancarie

, cit., 45 ss..In particolare, sulla controgaranzia autonoma, da ultimo e per tutti, Cass.

17.5.2001, n. 6757. In dottrina, sul punto: Bozzi G., op., loc. cit; Mastropaolo F., op. cit., 319 ss..

Clarizia,

La legge quadro in materia di lavori pubblici

, Padova, 1994; Brozzetti A.,

Controgaranzia a favore di banca estera

—

ricorso ex art. 700 c.p.c. per vietare il pagamento

, in

Giur. civ.

, 1987, I, 518. Sul valore e la portata della clausola "a prima richiesta", tra gli altri: Bonelli F.,

Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale

, Milano, 1991, 143; Portale G.B., op. cit., 38 ss. Sul punto vedi anche Viale M.,

Sfogliando la margherita: "Garantievertrag" e fideiussione "omnibus"

, in

Foro it.

, 1988, I, 106 ss.;

id.

,

Le garanzie bancarie

, in

Tratt. Dir. Comm.

diretto da Galgano F., XVIII, Padova, 1988, 175 ss.; Meo G.,

Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche

, Milano, 1991, 205. In giurisprudenza: Cass. 19.6.2001, n. 8324; Cass. 32.6.2000, n. 8540;

Cass. 3.2.1999, n. 920, in

Riv. Corte dei Conti

, 1999, II, 232;

Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma 27.3.1996. Si veda, altresì Cass. 14.7.1994, n.

6604, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1995, II, 422. Sul rapporto tra clausola a prima richiesta e

solve et repete

: Bonelli F.,

Le garanzie bancarie

, cit., 150; Benatti F., voce

Garanzia

(contratto autonomo di) in

Noviss. Dig. It.

, Torino, 1982, 918; Portale G.B.,

Nuovi sviluppi

, cit., 169. In particolare l'equiparazione tra le due clausole è fornita da Mastropaolo F., op. cit., 192 ss, e, in giurisprudenza da Cass. 1.7.1995, n. 7345, in

Giur. it.

, 1996, I, 620; critico Bozzi G., op.cit., 95 ss.. In giurisprudenza: Cass. 19.6.2001, cit., relativa all'ipotesi di dichiarazione di fallimento dell'ordinante. Sul regime delle eccezioni, in particolare l'*exceptio doli*

, vastissime le pronuncie in giurisprudenza: Cass. 19.6.2001, cit.; Cass. 17.5.2001, n. 6757; Cass. 1.10.1999, n. 10864; Cass. 21.4.1999, n. 3964, in

Riv. Notar.

, II, 1271; Cass. 25.2.1994, n.1933, in

Foro. It.

, 1994, I, 1757; Cass. 3.2.1999, n. 917, in

Arch. civ.

1999, 856; Cass. 6.10.1989, n. 4006, in

Giur. comm.

, 1990, II, 725; Cass. 7.6.1991, n. 6496; Cass. 6.10.1989, n. 4006,

ed altre. In dottrina, oltre agli AA. sinora cit.,

adde

: Garofalo L.,

Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia

, in

Riv. Dir. civ.

, 1996, I, 629 ss.; Viale M.,

"Performance bond" e contratto autonomo di garanzia. Il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità

, in

Foro it.

, I, 297 ss.. Vedi anche Bozzi, op. cit., 149 e id.,

L'autonomia negoziale

, cit., 209 ss., secondo cui si arriva ad una sovrapposizione tra

exceptio doli generalis

e abuso del diritto. Sull'obbligo di esperimento dell'

exceptio

doli

: Benatti F., op.cit., 183; Bonelli F., op.cit., 16 ss.. In giurisprudenza oltre a Cass. 3.2.1999, cit., cfr. Cass. 3.2.1999, cit.; Cass 3291/1993, in

Foro pad.

, 1995, I, 38; Trib Bologna 19.1.1994, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1995, II, 437; Trib. Roma, 26.5.1995, in

Banca Borsa e Tit. Cred

, 1996, II, 71; Trib. Potenza 12.03.1999, in

Giur. comm.

,
2000, II, 259; Trib. Roma 26.5.1995, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1997, 71. Sulle eccezioni di nullità ed annullabilità, per tutte, Trib. Milano 12.10.1985 (ord.), in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1986, II, 430. In dottrina: Portale G.B.,

Fideiussione e Garantievertrag

, cit., 49. Sulle eccezioni personali: Mastropaolo F., op. cit., 295 ss.; cfr. anche Portale G.B, op.

ult. cit., 73 ss.. Sui problemi relativi alla tutela cfr., in posizione critica circa l'ammissibilità del

sequestro conservativo, Benatti F., op.cit, 185,

sub

nota 10,; Portale G.B.,

Le garanzie bancarie

, cit., 33; Bozzi G., op. cit., 124 ss.. Vedi anche Mastropaolo F.,

I contratti autonomi

, cit., 344 ss., in nota, con riferimenti alla dottrina francese. Per il procedimento ex art. 700 c.p.c.

largamente usato dalla giurisprudenza si segnalano: Trib. Udine 22.6.1995, in

Foro pad.

, 1996, 36, con nota di Santoro R., nonché con nota di Vitale S.; Trib. Cagliari 18.12.1997, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1999, 335, con nota di Cetra A.; Trib. Potenza 12.3.1999, cit., 259; Trib. Lucca 14.9.1998, cit.,

1210; Trib. Torino 4.12.1998,

Giur. mer.

, 1999, 725; Trib. Napoli 2.5.1996, in

Dir. giust.

, 1996, 408; Trib. Roma 06.11.1998, in

Giust. civ.

, 1999, I, 3457, con nota di D'Ottavi L.. Posizioni critiche su l'uso smodato della misura

cautelare si rinvergono in: Maccarone S.,

Le garanzie bancarie a prima richiesta e i provvedimenti del giudice italiano ex art. 700 c.p.c.

, in

Boll

.
ass

.
tecn

.
banche pop

., 1982, 31 ss.; Bozzi G.,

L'autonomia negoziale

, cit., 298 ss.; Bozzi G.,

Il contratto autonomo di garanzia

, cit., 165; Benatti F., op. cit., 187 Sulla legittimazione e l'interesse ad agire: Trib. Bologna

27.11.1997, in

Giur. it.

, 1999, 61;

Trib. Roma 26.1.1996, in

Foro it.

, 1996, 2540. In dottrina: Loiacono D.,

La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze

, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, II, 431 ss.; Mastopaoplo F., op. cit., 353 ss.. Sulla durata e le vicende del contratto autonomo di garanzia: Calderale A.,

Fideiussione e contratto autonomo di garanzia

, cit., 272; Bonelli F.,

Escussione abusiva delle garanzie bancarie a prima domanda

in,

Riv. comm. int.

, 1988, 524;

Mastopaolo F., op. cit., 207; Bozzi G., op. cit., 79; Sciarrone Alibrandi A.,

La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano

, in

Banca Borsa e Tit. Cred

, 1991,

I, 578 ss.; Trib. Roma 26.5.1995, cit..

[1] L'espressione figura per la prima volta, in Italia, nello scritto di Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 1043 dove anche una ricostruzione storica dell'istituto, ripresa dal medesimo A. nel successivo *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, 125, *sub* nota 1, cui si rinvia.

[2] Bozzi G., *Le garanzie atipiche*, Milano, 1999, 49; Bonelli F., *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, 44 ss.; Portale G.B., *op. cit.*, 104 ss.; Maccarone S., *Contratto autonomo di garanzia*, in *Dizionario del diritto privato* a cura di Irti, Milano, 1981, 403 ss.. In giurisprudenza v. per tutte Cass. 17/5/2001, la quale, nel ribadire l'ammissibilità della fattispecie, ne definisce i caratteri principali.

[3] In questi termini, Sesta M., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 456.

[4] In ciò il carattere non sussidiario della garanzia fideiussoria, rispetto al sistema previsto dal codice del 1965. Sul punto cfr. Ravazzoni A., *La fideiussione*, Milano, 1973, 82, 88 ss.; si veda anche Messineo F., *Man. Dir. civ. e comm.*, III, Milano, 1959, 166 ss.; Fragali M., *Fideiussione. Mandato di credito*, Bologna, 1957, 166.

[5] Testualmente Cass. 6.10.1989, n. 4006, in *Giur. comm.*, 1980, II, 729. Sull'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria, e sulla sua attenuazione in caso di annullabilità del negozio giuridico di base vedi Falqui Massidda C., voce *Fideiussione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XIV, Roma, 1989, 1 ss..

[6] Cfr. Cass., 23.6.2000, n. 8540, che, dopo aver dato una definizione della fattispecie, afferma: "caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione, è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni né in ordine alla validità né in ordine all'efficacia del rapporto di base. (*omissis*) Pertanto, 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". Per la giurisprudenza di merito: Trib. Venezia 22.9.2000, in *Foro pad.*, 2000, I, 380, secondo il quale "...caratteristica fondamentale del contratto autonomo di garanzia 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 cod.civ."; Trib.Lucca 14.9.1998, in *Giur. it.*, 1999, 1210, con nota di Rimmaudo A..

[7] *Infra* § 3.

[8] In particolare, osserva Sesta M., cit., 457, la clausola di pagamento "a prima richiesta" non è esclusiva del contratto autonomo di garanzia ben potendo essere compatibile con la fideiussione. Tuttavia, mentre all'interno della fattispecie nominata tale clausola inibisce al

garante la facoltà di proporre eccezioni prima di aver effettuato la prestazione, nel contratto autonomo di garanzia essa assume la diversa funzione di "indicare il distacco del contratto di garanzia dal rapporto principale poiché rende il primo autonomo dal secondo impedendo il formarsi del nesso di accessorietà". Per la giurisprudenza di merito si veda: Trib. Alba 22.6.1998, in *Giur. it.*, 1999, 1004, ove si afferma che "la clausola "a semplice richiesta" pattuita nell'ambito di un contratto di fideiussione ha soltanto lo scopo di costituire un privilegio processuale, limitativo della possibilità, per il garante, di proporre eccezioni ed operativo negli stessi termini di una clausola solve et repete, tale clausola tuttavia non attribuisce al negozio la qualifica di contratto autonomo di garanzia, che, al contrario della fideiussione, è del tutto svincolato dal rapporto principale, essendo provvisto di una causa diversa, ed intende assicurare in ogni caso il pronto soddisfacimento del creditore negli stessi termini di una cauzione". Contra: Trib. Napoli 13.2.1997, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1998, 456, secondo cui "la clausola a prima richiesta contribuisce ad operare una netta cesura tra debito principale e debito di garanzia".

[9] Bozzi G., *Le garanzie atipiche*, cit., 53 ss., dove anche annotazioni giurisprudenziali.

[10] Così Portale G.B., *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 211 ss., il quale fa notare esattamente come l'aspetto indennitario della fattispecie in esame non sempre contribuisca a differirla dalla fideiussione poiché a volte l'indennità corrisposta dal garante può essere omogenea alla prestazione pecuniaria ed originaria del debitore.

[11] Mastropaolo F., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1980, 86 ss.; Bonelli F., op. cit., 143 ss.; Bozzi G., *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*

,
Napoli, 1990, 231; Benatti F.,
Il contratto autonomo di garanzia
, in
Banca Borsa e Tit. Cred
, I, 1982, 171 ss. ed altri.

[12] Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., 1045 ss.; Maccarone S., *Contratto autonomo di garanzia*, cit., 403 ss.; Bonelli F., op. cit., 44 ss..

[13] Bozzi G., op.ult.cit., 119 ss..

[14] Sesta M., *Le garanzie atipiche*, cit., 458 ss., dove l'A. riferisce delle incertezze della giurisprudenza meno recente e delle critiche mosse dalla dottrina, citando Cass. 31.8.1984, n. 4738, in *Giust. civ.*, 1985, I, 800, con nota di Puntiroli L., ed *ivi*, 1170, con nota di Costanza M., nonché in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1985, II, 11. Per le contestazioni della dottrina anche Lanzillo R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1985, 309. Per la giurisprudenza successiva, consapevole dell'autonomia del contratto di garanzia, vedi per tutte Cass. 3.2.1999, in *Riv. Corte Conti*, 1999, II, 232 ss..

15 Legge 17 febbraio 1992, n. 154 che ha innovato la disciplina degli artt. 1938 e 1956 c.c. rispettivamente limitando la validità dell'obbligazione futura o condizionale a quei rapporti ove sia previsto "l'importo massimo" garantito e ritenendo invalida la rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione dall'obbligazione di garanzia.

16 Sesta M., *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 940. L'A. successivamente aderisce all'opinione dominante e rinviene la causa "nel legittimo interesse del beneficiario a trasferire sulla banca una determinata perdita o rischio verificatosi in relazione al contratto principale"; in giurisprudenza cfr. la motivazione di Pret. Roma 22.3.1986, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 677, secondo cui "il riferimento all'istituto della delegazione mentre consente il sicuro

superamento del disposto dell'art. 1462 c.c., da taluno invocato per affermare che la garanzia autonoma nel nostro ordinamento non può avere luogo nel caso di nullità del contratto di base, dall'altro permette di affermare la piena autonomia dei (tre) rapporti correnti tra le parti (garante, debitore, beneficiario) su cui trova fondamento quella insensibilità (che taluno preferisce chiamare astrazione) di cui ciascun rapporto alla sorte degli altri, che è propria della delegazione (*omissis*)".

[17] In senso più attenuato Cicala R., *Sul Contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1991, 143 ss., secondo cui è possibile l'assimilazione tra delegazione e contratto autonomo di garanzia sempre che in questo figura espressamente il vincolo di mandato precedentemente assunto e non sia escluso in capo al garante e al debitore la possibilità di agire in ripetizione delle somme pagate al creditore.

[18] Bozzi G., *Le garanzie atipiche*, cit., 84.

[19] Scalfi G., *La promessa del fatto altrui*, Milano, 1955, 134.

[20] Fra gli altri, Mastropalo F., op. cit., 135 ss.; Mazzoni A., *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, II, 1984, 392 ss.. In particolare De Sanna P., *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 45 ss. opera una ricostruzione che, partendo dalla configurazione dell'obbligazione assunta dal promittente come obbligazione di garanzia, giunge alla conclusione che la promessa del fatto del terzo rientri pienamente tra le garanzie autonome.

[21] Bozzi G., op cit, 85, ss..

[22] Portale G.B., *Fideiussione* cit., 1040 ss.; Portale G.B., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*

, 1985, I, 169 ss.. Tale ricostruzione, osserva Benatti F., op. cit., 178 ss., ebbe successo poiché, sulla scorta dell'orientamento della maggioranza della letteratura giuridica europea, soddisfaceva gli interessi della pratica. Di qui il rilievo di "recepimento acritico" da parte degli scrittori che successivamente si sono occupati del tema. In giurisprudenza, favorevoli alla tesi della causa esterna: Trib. Milano, 28.11.1985, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1987, II, 56; Corte App. Milano, 4.3.1988, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1988, II, 608, ove si afferma che nel credito documentario irrevocabile "...come nel contratto di garanzia autonomo, si ritrova solo l'indicazione dello scopo per le quali le parti hanno contrattato, mentre il fondamento della prestazione è al di fuori del negozio e la presenza di tali elementi appare sufficiente per la sua validità". In senso contrario all'accostamento tra l'art. 1530 c.c. e il contratto autonomo di garanzia Sesta M., op. cit., 507, per l'evidenza che la norma dell'art. 1530 c.c. è disposizione peculiare al contratto di vendita "il che sconsiglia di portarla a fondamento unico e prevalente dell'ammissibilità e della disciplina del contratto autonomo di garanzia".

[23] Mastropaolo F., op.cit., 228 ss. ove una completa ricostruzione delle teorie sulla causa del negozio giuridico e sull'astrazione negoziale.

[24] Benché lo scritto di Portale G.B. facesse riferimento ad un negozio con causa esterna che diventa "causale" a seguito della *expressio causae*, alcuni autori (Giardina A. e Villani U., *Garanzie bancarie, commercio internazionale e diritto internazionale privato*, Padova, 1984, 27; Piazza, op. cit., 2019) lo hanno interpretato come negozio astratto. Conf., in giurisprudenza, Trib. Milano 14.9.1987, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1988, II, 5; Trib. Milano 30.4.1987, *ibidem*, 16.

[25] Sul punto Giardina A. e Villani U., op. ult. cit., 67 ss..

[26] Bozzi G., *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, 238 ss..

[27] Mastropaolo F., op.cit., 263 ss., il quale nell'identificare la *causa cavendi* quale scopo del

contratto di garanzia precisa che, benché il contratto autonomo di garanzia sia "staccato" dall'obbligazione principale, a differenza della fideiussione, non per questo si deve escludere che una funzione di garanzia non trovi giustificazione; Sesta M., op. cit., 505, secondo cui funzione del contratto di garanzia è quella di "assicurare il pagamento di una somma predeterminata (direttamente o

per relationem) nel caso si verifichi un rischio per il beneficiario in conseguenza di un evento indicato nella garanzia bancaria"; ancora Bonelli F.,

Le garanzie bancarie nel commercio internazionale

, 1987, in

Il comm. internaz.

, 1987, 127, il quale ribadisce che il contratto autonomo di garanzia non è astratto poiché "la causa che giustifica l'attribuzione patrimoniale al beneficiario sta nella tutela del legittimo interesse del beneficiario a trasferire sulla banca una determinata perdita o rischio verificatosi in relazione al contratto principale". Sempre sotto il profilo funzionale, in ultimo, si segnala il contributo di Angelici C.,

Le garanzie bancarie

, in

Trattato di Diritto privato

diretto da Rescigno P., XII, 1985, 1033, dove l'A. distingue la garanzia autonoma dalla

fideiussione bancaria poiché la prima, a differenza della seconda, non garantisce

l'adempimento dell'obbligo altrui quanto "crea una disponibilità monetaria a favore di una delle parti del rapporto controverso".

[28] Cass. Sez. U. 15.4.1994, n. 3519, in *Giur. imp.*, 1994, 807 e in *giur.it.*, 1995, I, 1, con nota di Chinè e con nota di Turchi: "L'esigenza che i contratti autonomi di garanzia soddisfano al creditore è quella di assicurare prontezza e sicurezza nel pagamento dell'obbligazione garantita; e l'autonomia si esplica già nel momento causale genetico, elidendo il nesso di accessorietà con l'obbligazione garantita, le cui sorti - per eventi successivi alla richiesta della prestazione di garanzia - non hanno incidenza diretta sull'obbligazione del garante, dovuta in ogni caso, perché indipendente dal rapporto principale, in seguito alla semplice dichiarazione del creditore beneficiario circa il verificarsi dell'evento cui è ricollegata la garanzia". Cfr. anche, Cass. Sez. U. 1.10.1987, n. 7341, in

Banca Borsa e Tit. Cred.

, 1988, II, 1 ss.; Cass. 7.6.1991, n.6496,

ibidem

, 1992, II, 514; Trib. Milano 22.9.1986,

ibidem

, 1987, II, 331.

[29] Merita attenzione la massima in Cass. 20.8.1998, n. 8248: "Ai sensi dell'art.1322 cod. civ. va riconosciuta la validità dei contratti di garanzia autonoma (performance bond) con i quali il

garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia a semplice richiesta del creditore garantito, senza opporre eccezioni attinenti all'validità, all'efficacia ed alle vicende del rapporto principale". Sull'ammissibilità della garanzia autonoma nel nostro ordinamento si vedano altresì: Cass. 11.2.1998, n. 1420, in *Gaz. giur. It. oggi*, 1998, IV, 42, in cui anche una ricostruzione della fattispecie; Cass. 25. 2. 1994, n. 1933, in *Foro it.*, 1994, I, 1757; Cass. 24.4. 1991, n. 4519, in *Arch. Civ.*, 1991, 798; Cass. 7.6.1991, n. 6496, in *Il fisco*, 1991, 5007, con nota di Paolini; Cass. 18.11.1992, n. 12341, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1535 (con nota di Costanza M.), in cui, specificamente, un riferimento all'ammissibilità della controgaranzia autonoma (su cui *infra*).

[30] Sul punto Bonelli F., *Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 479 ss..
Contra: Portale G.B., op. cit., 1063, secondo cui il recepimento del contratto autonomo di garanzia dalle regole dettate dalla prassi internazionale non sia possibile perché "data la novità del contratto di garanzia - quanto meno come tipo del commercio estero - difficilmente sarebbero riscontrabili in questa materia regole oggettive". Inoltre tali regole non sarebbero applicabili al diritto interno. Le obiezioni sono facilmente superabili in quanto proprio l'affermazione sempre più diffusa dello schema in questione (che, ad oggi, non può certo considerarsi "nuovo") ha dimostrato, viceversa, l'esistenza delle criticate regole e principi transnazionali. In secondo luogo tali regole e principi non vengono recepiti asetticamente dagli ordinamenti nazionali, ma vengono modellati in funzione dei diversi interessi la cui meritevolezza viene valutata alla stregua dei principi di diritto interno. Non a caso le odierne garanzie, una volta superato il "giudizio di meritevolezza", hanno avuto uno sviluppo sempre più indipendente, fino a prescendere nella varietà delle forme, dalle regole seguite nei traffici internazionali.

[31] Sul punto vedi Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1993, 446.

[32] Osserva Bozzi G., *Le garanzie atipiche*, cit., 35, che solitamente nel commercio internazionale la posizione di garante viene assunta da un istituto di credito (*Bankgarantie* o garanzia bancaria) poiché le compagnie di assicurazioni preferiscono ricorrere al più comune

sistema delle garanzie accessorie. Ciò è confermato dalla circostanza che le società di assicurazione italiane possono accedere al sistema delle garanzie autonome solo in via indiretta ossia per il tramite di istituti bancari.

[33] E' questa una classificazione che può valere solo in prima approssimazione perché, come si vedrà, nella pratica si assiste spesso ad operazioni maggiormente complesse che involgono la partecipazione di altri soggetti, come, ad esempio, avviene nelle controgaranzie (su cui *infra*)

dove, accanto alle figure tradizionali, si accompagna quella del controgarante, di regola un istituto di credito nazionale che copre la garanzia assunta dalla banca straniera. Cfr., sul punto, Cass. 23.6.2000, n.8540.

[34] Sesta M., *Pagamento a prima richiesta*, cit., 939; Bozzi G., op. ult. cit., 37; Benatti F., op. cit., 918.

[35] Mastropaolo F., op. cit., 134.

[36] Bozzi G., loc. cit..

[37] In posizione critica Mastropaolo F., loc. cit., secondo cui "non può parlarsi di procedimento" poiché "non possono considerarsi atto finale né il contratto autonomo di garanzia (che rafforza semplicemente la posizione del creditore né il negozio da cui l'obbligazione principale trae vita, che è presupposto dell'assunzione di garanzia". Allo stesso modo l'A. è scettico nell'adottare una ricostruzione in termini di collegamento negoziale la quale difficilmente può assurgere a categoria giuridica unitaria.

[38] Per una ricostruzione completa si rimanda a Benatti F., op. cit., 172; Bonelli F., op. cit., 127; Hadding W., *I contratti di garanzia bancaria*, in *Giust. civ.*, 1979, IV, 132; Bozzi G., op. ult. cit.; AA.VV., *Le operazioni bancarie*, Milano, 1981, 264 ss.. Dall'analisi che segue si è preferito omettere la descrizione delle fideiussioni cauzionali e delle polizze fideiussorie che presentano autonomi tratti distintivi sì da meritare una trattazione separata. Dello stesso avviso De Sanna P., op. cit., 3, *sub*

nota 2.

[39] Bonelli F., op. ult. cit.; Portale G.B., *Nuovi sviluppi*, cit., 169; Bozzi G., op. cit., 39.

[40] Ma, osserva Bozzi G., loc. cit., nei paesi anglosassoni può essere prevista, in alternativa al pagamento della somma di denaro, una garanzia in natura che mira a procurare l'esecuzione integrale della prestazione dovuta dal debitore principale. Precisa Mastropaolo F., op.cit., 189, che in questo caso il garante compie una prestazione di *facere* laddove nella prestazione indennitaria questa ha ad oggetto un obbligo di *dare*.

[41] Hadding W., op. ult. cit.

[42] Si osservi un passaggio del testo di Benatti F., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit.: in caso di opposizione del mandante questi "deve promuovere, senza indugio la costituzione di un collegio arbitrale, secondo le modalità previste nel contratto di garanzia, che giudicherà in base a prove documentali, *prima facie*, sulla fondatezza della richiesta del beneficiario. Nell'ipotesi di giudizio positivo il garante dovrà adempiere la sua obbligazione nelle mani del beneficiario con riserva di ripetizione nel caso di eventuale decisione contraria pronunciata dal giudice competente adito dal mandante in conformità al contratto base".

[43] Bonelli F., *Nuove norme della Camera di Commercio Internazionale*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, II, 1993, 21;
Giardina A. e Villani U., *Garanzie bancarie*, cit., 45 ss.;

[44] L'ammissibilità della garanzia è stata ribadita a più riprese dalla giurisprudenza, da ultimo e per tutti, Cass. 17.5.2001, n. 6757, secondo cui: "Ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ. sono ammissibili sia il contratto di garanzia autonoma (performance bond) - con cui il garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia "a semplice o prima domanda" del creditore garantito, senza opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia ed

alla vicenda del rapporto principale (salvo "l'exceptio doli") – sia il contratto di "controgaranzia autonoma" con cui il controgarante garantisce nello stesso modo il garante principale. Il meccanismo dell'adempimento "a prima richiesta" tanto nel caso della "garanzia" che in quello della "controgaranzia", scatta a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale.

[45] Bozzi G., op., loc. cit., il quale, in precedenza, distingue correttamente la controgaranzia dall'ipotesi in cui la garanzia venga emessa dalla banca dell'ordinante la quale si serve della banca del beneficiario solo per inviare i documenti relativi alla garanzia prestata o per mettere a disposizione del beneficiario le somme oggetto della prestazione. Poiché la banca interna svolge qui solo una funzione di "tramite" il rapporto giuridico rimane trilaterale. Sul problema delle eccezioni opponibili al beneficiario in regime di controgaranzia vedi Mastropaolo F., op. cit., 319 ss..

[46] Clarizia, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 1994. Sulla controgaranzia vedi pure Brozzetti A., *Controgaranzia a favore di banca estera*

–
ricorso ex art. 700 c.p.c. per vietare il pagamento
, in
Nuova giur. civ.
, 1987, I, 518.

[47] Cfr. Cass. 3.2.1999, n. 920, in *Riv. Corte dei Conti*, 1999, II, 232: "La categoria dei contratti autonomi di garanzia è composta da figure atipiche che si discostano dalla fideiussione soprattutto perché derogano al principio di accessorietà che connota detta figura negoziale tipica e al regime delle eccezioni consentite al garante. In tali contratti la finalità di garanzia viene perseguita attraverso la clausola di pagamento a prima richiesta o senza eccezioni, con la quale il garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia senza poter opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia o, in genere, alle vicende del rapporto principale". Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma 27.3.1996, a tenore del quale: "l'espressione "a semplice richiesta" rientra tra quelle tipiche impiegate per le garanzie "automatiche", diretta a tenere indenne il beneficiario dal rischio della mancata od inesatta esecuzione dell'obbligazione sottostante".

[48] E' successo, ad es., in Cass. 14.7.1994, n. 6604, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1995, II, 422, ove il giudice di legittimità, nel confermare la decisione del giudice di merito, ha ritenuto la frase a semplice richiesta avulsa dalle altre espressioni contrattuali escludendo così che le parti avessero voluto pattuire un contratto autonomo di garanzia in luogo di quello tipico disciplinato

dal codice civile.

[49] Tra i vari sostenitori della tesi restrittiva, Bonelli F., *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, 143; Portale G.B., op. cit., 38 ss. ed altri. Sul punto vedi anche Viale M., *Sfogliando la margherita: "Garantievertrag" e fideiussione "omnibus"*, in *Foro it.*, I, 1988, 106 ss.; *id.*, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Dir. Comm.* diretto da Galgano F., XVIII, Padova, 175 ss..

[50] Meo G., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, 205.

[51] Testimonia questo orientamento Cass. 19.6.2001, n. 8324: "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".

[52] La necessaria presenza delle clausole all'interno del contratto è affermata in Cass. 32.6.2000, n. 8540, la quale, dopo aver ribadito gli elementi qualificanti il contratto autonomo di garanzia, specifica 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, quali quella "a semplice richiesta" o quella "a prima domanda", o altre analoghe, 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".

[53] Sul punto Bonelli F., *Le garanzie bancarie*, cit., 150; Benatti F., voce *Garanzia* (contratto autonomo di) in *Noviss. Dig. It.*

, Torino, 1982, 918; Portale G.B.,
Nuovi sviluppi
, cit., 169.

[54] Cass. 1.7.1995, n. 7345, in *Giur. it.*, 1996, I, 620, ripresa da Bozzi G., op.cit., 91. Nello stesso senso Mastropaolo F., op. cit., 192 ss., il quale ritiene che, soprattutto nei rapporti internazionali "la clausola del pagamento a prima richiesta, se isolata, non esclude l'accessorietà della garanzia, che si risolve dunque in una fideiussione, con semplice differimento delle eccezioni e facoltà, per il garante, di ripetizione dal creditore principale (*solve et repete*)".

[55] Sesta M., op.cit., 457; Portale G.B., *ibidem*.

[56] Così, invece, Mastropaolo F., op. ult., cit., *ibidem*.

[57] Testualmente Bozzi G., op.cit., 95 ss..

[58] Cass. 19.6.2001, cit., relativa all'ipotesi di dichiarazione di fallimento dell'ordinante.

[59] Giampiccolo G., *Il principio di correttezza*, in *Studi sulla buona fede*, a cura di Busnelli F.D. e Breccia U., Milano, 1965, 73, cit., con altri, da Mastropaolo F., *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 293.

[60] In questi termini Sesta M., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 517 ss.

[61] Non è questa la sede opportuna per un esame approfondito della figura, di cui, peraltro è discussa l'ammissibilità nel nostro ordinamento. Può solamente dirsi, per quel che ci interessa, che l'eccezione rappresenta uno strumento volto a temperare lo *strictum ius*, nel senso di

tutelare chi è privo di specifici mezzi difensivi di fronte all'esercizio, sia pur legittimo, di un proprio diritto, al fine di correggere i risultati distorsivi cui quell'esercizio potrebbe pervenire. Per ulteriori approfondimenti vedi: Natoli U.,

L'attuazione del rapporto obbligatorio

, in

Tratt. Dir. Civ.

diretto da Cicu A. e Messineo F

.

, II, Milano, 1964, 38 ss.; Rescigno P.

L'abuso del diritto

, 1965, 238 ss.. Si rinvia, inoltre, agli studi di Nanni L.,

L'uso giurisprudenziale della exceptio doli generalis

, in

Contr. e imp.

, 1986, 197; più in generale, id.,

La buona fede contrattuale

, Padova, 1988, 545 ss.; id.,

La buona fede contrattuale nella giurisprudenza

, in

Contr. e imp.

, 1986, 501; in riferimento specifico al tema delle garanzie autonome vedi Garofalo L.,

Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia

, in

Riv.

Dir. civ.

, I, 1996, 629 ss..

[62] Cfr. Cass. 19.6.2001, cit.; Cass. 17.5.2001, n. 6757; Cass. 1.10.1999, n. 10864; Cass. 21.4.1999, n. 3964, in *Riv. Notar.*, II, 1271; Cass. 25.2.1994, n.1933, in *Foro. It.*, 1994, I, 1757; Cass. 3.2.1999, n. 917, in

Arch. civ.

1999, 856; Cass. 6.10.1989, n. 4006, in

Giur. comm.

, 1990, II, 725; Cass. 7.6.1991, n. 6496; Cass. 6.10.1989, n. 4006,

ed altre.

[63] Testualmente Mastropaolo F., op. cit., 300 ss..

[64] L'atecnicità con cui le espressioni "abuso del diritto" e "mala fede" vengono usate in

dottrina ed in giurisprudenza, non comporta alcuna conseguenza sul piano operativo poiché, mancando i presupposti per l'escussione, è superflua ogni indagine circa l'elemento soggettivo del beneficiario. Così Viale M., *"Performance bond" e contratto autonomo di garanzia. Il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità*, in *Foro it.*, 1988, I, 1987, 297 ss.. Vedi anche Bozzi, op. cit., 149 e id., *L'autonomia negoziale*, cit., 209 ss., secondo cui si arriva ad una sovrapposizione tra *exceptio doli generalis* e abuso del diritto.

[65] Portale G. B., *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., 2 ss..

[66] Si segnala a titolo esemplificativo Cass. 1.10.1999, n. 10864: "La *exceptio doli generalis* seu praesentis ha fondamento nella circostanza che l'attore, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, si renda colpevole di frode, in quanto sottace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa ed estintiva del diritto stesso".

[67] Bonelli F., *Le garanzie bancarie a prima domanda*, cit., 106 ss.; Viale M., *Le garanzie bancarie*, cit., 194 ss. Entrambi gli AA. sono ripresi da Bozzi G., op. loc. cit..

[68] In questi termini Cass 3.2.1999, n. 917, cit., che, nel caso di estinzione dell'obbligazione principale afferma, che il potere-dovere del garante di rifiutare il pagamento è configurabile esclusivamente in presenza di un evidente, certo e incontestabile venir meno del debito garantito, cioè di fronte ad una pretesa che appaia *prima facie* pretestuosa.

[69] Contra, in dottrina, Bonelli F., *Le garanzie bancarie*, cit., 511, in nota, secondo cui anche elementi non incorporati in una prova documentale possono essere ritenuti ammissibili purché da essi emerga in modo grave, preciso e concordante il dolo del beneficiario.

[70] Una esauriente casistica giurisprudenziale è fornita da Bozzi G., *Le garanzie atipiche*, cit., 143 ss., cui si rinvia.

[71] Questo orientamento, presente in alcune elaborazioni dottrinarie (cfr. Benatti F., op.cit., 183; Bonelli F., op.ult.cit., 16 ss.) ha trovato recente conferma, oltre che in Cass. 3.2.1999 ult. cit. anche in altre pronunce tra cui Cass. 1.10.1999, cit.: "in materia di contratto autonomo di garanzia, il garante ha l'obbligo di proporre l' "exceptio doli" - nell'ambito del dovere di protezione del garantito da possibili abusi del beneficiario e pena la perdita del diritto di rivalsa - solo in presenza di una pretestuosa escussione di una garanzia bancaria "a prima richiesta". Cfr., anche Cass. 3.2.1999, cit.; Cass. n. 3291/1993, in *Foro pad.*, 1995, I, 38; Trib Bologna 19.1.1994, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1995, II, 437; Trib. Roma, 26.5.1995, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1996, II, 71; Trib. Potenza 12.03.1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 259; Trib. Roma 26.5.1995, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1997, 71: "nel contratto autonomo di garanzia la valutazione dell'opponibilità dell'exceptio doli spetta alla banca garante, in base al dovere di protezione cui è tenuta nei confronti del proprio cliente".

[72] La distinzione è ammessa in particolare da quella dottrina che sostiene la natura negoziale astratta del contratto autonomo il quale avrebbe causa esterna nel rapporto di base. Sul punto *supra* § 2.

[73] Così, ad esempio, Trib. Milano 12.10.1985 (ord.), in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, II, 430: "La rinuncia ad opporre eccezioni relative al rapporto principale effettuata dalla banca che ha prestato una garanzia astratta e automatica non ha effetto per le eccezioni di nullità ed annullabilità e non pregiudica il diritto della banca di proporre l'eccezione di dolo contro il creditore garantito". In dottrina Portale G.B., *Fideiussione e Garantievertrag*, cit., 49.

[74] Così Mastropaolo F., op. cit., 295 ss.; cfr. anche Portale G.B, op. ult. cit., 73 ss..

[75] Così Bozzi G., op.cit., 123 ss., il quale rinviene la causa dell'aleatorietà della ripetizione nella mancanza di convenzioni internazionali sui rapporti giudiziari.

[76] Osserva Benatti F., op.cit, 185, *sub* nota 10, che sarebbe nulla per contrarietà all'ordine pubblico ogni clausola contrattuale che, per evitare il pericolo del sequestro, vieti al garante di opporsi all'escussione della garanzia in pendenza del procedimento giudiziale che inibisca di adempiere.

[77] Posizione critiche sull'ammissibilità del sequestro sono state sollevate, tra gli altri, da Portale G.B., *Le garanzie bancarie*, cit., 33; Benatti F., loc.ult.cit.; Bozzi G., op. cit., 124 ss.. Vedi anche Mastropaolo F., *I contratti autonomi*, op., cit., 344 ss., in nota per riferimenti alla dottrina francese.

[78] Ammettendo queste ipotesi residuali Bozzi G., loc. ult. cit., nel caso di credito che derivi dal rapporto principale, porta l'esempio del mancato pagamento del corrispettivo relativo a parte dei lavori già portati a termine, o del prezzo di merci già consegnate. In posizione più critica Benfatti F., loc. ult. cit. e Mastropaolo F., loc. ult. cit.. In particolare, secondo quest'ultimo, anche nell'ipotesi di credito derivante da rapporti col beneficiario il sequestro sarebbe inammissibile "oggetto del sequestro, infatti, non può essere un credito del beneficiario verso il terzo (il garante), di cui l'ordinante contesta l'esistenza, dal momento che, se la richiesta è abusiva, la garanzia non deve essere pagata". Il sequestro, dunque, sarebbe ammissibile solo quando la richiesta non sia abusiva e il credito sia relativo a una situazione diversa dal rapporto di garanzia. Vedi, infine, Bonelli F., op. cit., 137, il quale ammette l'ipotesi del sequestro penale allorché la frode nell'escussione integri gli estremi del reato di truffa, per il quale il beneficiario ha subito un procedimento penale.

[79] Cfr., *amplius*, Maccarone S., *Le garanzie bancarie a prima richiesta e i provvedimenti del giudice italiano ex art. 700 c.p.c.*, in *Boll. ass. tecn. banche pop*, 1982, 31 ss., cit. anche da Benatti F., op. loc. ult. cit.; recentemente, sul punto Corsini F., *accertamento della legge straniera in sede cautelare e presupposti per la concessione di un provvedimento d'urgenza al fine di inibire il pagamento di un performance bond*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1999, II, 596; Meneghini B., *Performance bond e provvedimenti d'urgenza*, in *Giur. merito*, 1998, I, 418.

[80] In questo senso Benatti F., loc. cit..

[81] Bozzi G., *L'autonomia negoziale*, cit., 298 ss..

[82] Trib. Udine 22.6.1995, in *Foro pad.*, 1996, 36, con nota di Santoro R. nonché con nota di Vitale S., :“in sede di procedimento d’urgenza ex art.700 cod. proc. civ. al debitore ordinante di un contratto autonomo di garanzia è riconosciuto il diritto di ottenere l’inibitoria solo in caso di escussione manifestamente fraudolenta da parte del beneficiario, ovverosia quando il giudice dell’inibitoria sia in grado di conoscere con assoluta evidenza la malafede di quest’ultimo e dunque di escludere ictu oculi l’esistenza di una genuina controversia tra le parti del rapporto principale in funzione del quale fu rilasciata la garanzia”.

[83] Testualmente Mastropaolo F., op. cit., 351.

[84] Il Tribunale di Cagliari è giunto addirittura ad affermare che “è nulla la clausola di un contratto autonomo di garanzia con la quale l’ordinante s’impegna a rinunciare al provvedimento d’urgenza ex art.700 c.p.c., poiché consente al beneficiario di conseguire vantaggi patrimoniali non giustificati e non garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti”(Trib. Cagliari 18.12.1997, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1999, 335, con nota di Cetra A.).

[85] Cfr. Trib. Potenza 12.3.1999, cit., 259; Trib. Lucca 14.9.1998, cit., 1210, secondo il quale “nel caso di contratto autonomo di garanzia cosiddetto “a semplice richiesta”, è consentito il ricorso alla tutela cautelare in presenza di prove “liquide” del dolo o della malafede del creditore”; Trib. Torino 4.12.1998, *Giur. mer.*, 1999, 725; Trib. Napoli 2.5.1996, in *Dir. giust.*, 1996, 408.

[86] In proposito si veda, Trib. Roma 06.11.1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3457, con nota di D’Ottavi L., *Garanzie atipiche e tutela cautelare: la natura del contratto autonomo di garanzia non impedisce la misura inibitoria quando sussiste il periculum dell’alterazione del sinallagma contrattuale nell’assetto negoziale globalmente considerato*, ove si afferma che “la richiesta di concessione di un provvedimento cautelare d’urgenza avanzata dal debitore principale, al fine di ottenere nei confronti del proprio garante un’inibitoria di pagamento in relazione ad un contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, è fondata

qualora il contratto principale si sia concluso e sussista il periculum in mora relativo al pregiudizio irreparabile consistente nell'alterazione del sinallagma contrattuale dello schema negoziale globalmente considerato."; Trib. Potenza 12.3.1999, cit., 259.

[87] Così Bozzi G., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 165.

[88] A tal proposito Benatti F., op. cit., 187, nel contestare alcune decisioni di merito che hanno concesso l'inibitoria per eccezioni relative al rapporto di base, afferma come la giurisprudenza confonde a garanzia autonoma e fideiussione "dimostrando di non comprendere la diversa funzione dei due tipi di garanzia".

[89] Per la giurisprudenza di merito: Trib. Roma 6.11.1998, cit., 3457, secondo il quale "in materia di provvedimenti cautelari d'urgenza, aventi ad oggetto la richiesta di inibitoria avanzata dal debitore principale in relazione al pagamento di una garanzia a prima richiesta, sussiste una piena legittimazione ad agire di quest'ultimo, idonea a superare il carattere autonomo della garanzia, nel caso in cui il garante non abbia ottemperato all'obbligo di protezione consistente nel tenere indenne il garantito da escussioni abusive; Trib. Bologna 27.11.1997, in *Giur. it.*, 1999, 61; si spinge oltre il Trib. Roma 26.1.1996, in *Foro it.*, 1996, 2540, secondo cui "nel giudizio cautelare instaurato dal debitore principale per l'inibitoria di una garanzia "a prima richiesta" per exceptio doli, il creditore è litisconsorte necessario in quanto autore del comportamento doloso lamentato". In dottrina: Loiacono D., *La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1996, II, 431 ss.; contra: Mastopaoplo F., op. cit., 353 ss., il quale, fermo restando l'interesse ad agire, ritiene esperibile l'azione tanto nei confronti del garante nell'ambito del rapporto di mandato, quanto nei confronti del beneficiario nell'ambito del rapporto principale.

[90] Ma la giurisprudenza, a volte, ha provveduto in via cautelare ad impedire non già il pagamento della garanzia, bensì la successiva azione di rivalsa. Per tutte, Trib. Bologna 19.1.1994, cit..

[91] Cfr. *supra*, § prec., 20.

[92] Vedi sul punto Mastropaolo F., op.cit., 355 ss..

[93] Si è osservato (Calderale A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 272; Bonelli F., *Escussione abusiva delle garanzie bancarie a prima domanda* in, *Riv. comm. int.*, 1988, 524) che l'istanza di proroga è atto indirizzato dal beneficiario al garante il quale, a sua volta, invia la richiesta all'ordinante il quale deve decidere se acconsentire alla proroga, modificando le condizioni dell'ordine iniziale ovvero pagare. Inoltre secondo Bozzi G., op. cit., qualora il debitore avesse eseguito esattamente la prestazione del rapporto principale la proroga potrebbe essere richiesta dal beneficiario al fine di ottenere abusivamente ed in modo fraudolento un pagamento della garanzia.

[94] Bonelli F., *Le garanzie bancarie a prima domanda*, cit., 619.

[95] Mastropaolo F., op. cit., 207.

[96] Benfatti F., op.cit., 183.

[97] Bozzi G., op. cit., 79.

[98] Bonelli F., op. ult. cit., 71.

[99] Questa è la tesi sostenuta da Portale G.B., *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., 55 ss..

[100] Cfr. Sciarrone Alibrandi A., *La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano*, in *Banca Borsa e Tit. Cred*, 1991, I, 578 ss.; Trib. Roma 26.5.1995, cit..