

Aprile 2019

Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale

Luigi Mula, Legal Director, DLA Piper

Premessa

Le garanzie autonome a prima richiesta trovano uno dei loro tipici impieghi nell'ambito della realizzazione di opere infrastrutturali e vengono richieste dal committente a garanzia dell'eventuale inadempimento dell'appaltatore rispetto alle obbligazioni previste dai relativi contratti.

Si contrappongono alle garanzie accessorie, denominate nel nostro ordinamento fideiussioni e disciplinate dagli art. 1936 e seguenti del codice civile, fattispecie meno protettiva per il committente.

L'esigenza degli operatori di poter contare sull'escussione delle garanzie in tempi certi e rapidi, particolarmente avvertita proprio nella realizzazione di grandi opere infrastrutturali, troverebbe nelle garanzie accessorie una risposta inadeguata, a causa delle tutele previste a favore dell'appaltatore/debitore nonché per il rischio di natura politica normalmente assente su scala nazionale. Questi fattori finirebbero inevitabilmente per alimentare il contenzioso tra le banche e i creditori ed in ultima istanza per allungare i tempi di realizzazione di opere infrastrutturali che rivestono a volte carattere strategico.

I caratteri che rendono preferibile nella prospettiva del creditore la garanzia autonoma ad una fideiussione sono in particolare (a) l'autonomia dalle vicende dell'obbligazione garantita (in deroga all'art. 1939 c.c.) e (b) il divieto di sollevare eccezioni fondate sul titolo dell'obbligazione garantita (in deroga all'art. 1945 c.c.).

Attraverso l'emissione di una garanzia autonoma a prima richiesta un istituto bancario o assicurativo assumono pertanto un rischio di credito che ha come "sottostante" il rischio di inadempimento dell'appaltatore. Questa funzione è stata sottolineata anche dalla Cassazione che ha recentemente ribadito come le garanzie autonome hanno *"la funzione di tenere indenne, mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, avendo come causa concreta quella di*

trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla detta mancata esecuzione”¹.

Il presente contributo si propone di dare alcuni cenni all’inquadramento giuridico di tali garanzie nel nostro ordinamento e di trattare alcuni degli aspetti più comuni nella prassi internazionale in materia di garanzie autonome a prima richiesta, emesse nell’ambito di opere infrastrutturali, quali la distinzione con le garanzie accessorie, l’*exceptio doli* e il sistema delle manleve.

Cenni alla qualificazione giuridica nel diritto italiano

Nel nostro ordinamento, le garanzie autonome a prima richiesta rappresentano un contratto atipico la cui legittimità è ormai pacificamente ammessa in dottrina e giurisprudenza. La causa del contratto è rappresentata dal soddisfacimento dell’esigenza del creditore più sopra rappresentata di neutralizzare o mitigare il rischio di inadempimento di una sua controparte. Il contratto di garanzia è stato ritenuto nullo esclusivamente in quei casi in cui l’obbligazione principale non è sorta o è nulla². Si è sostenuto in particolare che assolve ad una funzione meritevole di tutela da parte dell’ordinamento (ex art. 1322 c.c.) e sia quindi espressione legittima dell’autonomia privata, nella misura in cui esso - pur considerando le molteplici declinazioni con cui può presentarsi nella prassi - garantisce risultati non dissimili da una cauzione, senza tuttavia comportare l’immobilizzazione di rilevanti risorse economiche trasferendo dall’una all’altra parte i costi dell’iniziativa processuale³.

Dall’esigenza di assicurare il soddisfacimento delle pretese creditorie che la garanzia autonoma tende a soddisfare consegue l’ulteriore esigenza di evitare che la medesima garanzia possa essere “riqualificato” come contratto di fideiussione in quanto si renderebbero automaticamente applicabili al rapporto di garanzia le tutele codicistiche per il debitore principale e per il fideiussore e verrebbe conseguentemente meno l’affidamento del creditore in un incasso rapido del proprio credito.

Dottrina e giurisprudenza si sono quindi interrogate circa i caratteri che distinguono una garanzia autonoma a prima richiesta da una fideiussione⁴.

¹ Cass. 22 novembre 2018, n. 30181. Le Sezioni Unite con la sentenza 18 febbraio 2010, n. 3947, avevano affermato al riguardo che *“Il contratto autonomo di garanzia (c.d. Garantievertrag), espressione dell’autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l’obbligazione dell’appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l’adempimento della medesima obbligazione principale altrui”*.

² Cass. 10 febbraio 2004, n. 2464.

³ Andrea Bertolini, il contratto autonomo di garanzia nell’evoluzione giurisprudenziale in NGCC, 2010, 542, Carbone V. L’evoluzione del contratto autonomo di garanzia in Corr. Giur. 2012 10. 1208, 1215.

⁴ FRIGENI, Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia, in Vita not., 2013, 565 ss.; TARTAGLIA, Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità, in Liber Amicorum per Angelo Luminoso, Contratto e mercato, II, a cura di Corrias, 967 ss.; ID., I negozi atipici di garanzia personale, Milano, 1999;

In tempi meno recenti la nostra giurisprudenza di legittimità aveva negato che la clausola di deroga all'art. 1945 c.c. fosse indice dell'autonomia della garanzia sostenendo in particolare che *“un patto di rinuncia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe, peraltro, il tipo contrattuale, [...] non è in contrasto con l'aspetto essenziale del contratto di fideiussione, aspetto rappresentato dall'accessorietà”* e che la volontà delle parti circa la natura della garanzia deve essere indagata nell'ambito del complesso dell'operazione⁵.

Successivamente invece la giurisprudenza sembra essere più propensa a qualificare *“autonoma”* una garanzia anche ove sia (implicitamente o esplicitamente) presente la sola deroga all'art. 1945 c.c.. Nella sentenza del 18 febbraio 2010, le Sezioni Unite, sancendo il principio di diritto secondo cui il creditore-beneficiario può esigere il pagamento dal garante immediatamente, a prescindere da qualsiasi accertamento di un eventuale inadempimento del debitore, hanno affermato che la presenza di tale clausola sarebbe di per sé sufficiente a definire i connotati del contratto autonomo di garanzia, determinando una data presunzione, superabile laddove dal contenuto della convenzione negoziale risulti una diversa volontà delle parti e una evidente discrasia con la configurazione autonoma della garanzia⁶.

Sullo stesso orientamento si è collocata un'altra sentenza della Corte di Cassazione secondo la quale *“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”*⁷.

Alla luce dei canoni interpretativi appena illustrati, al fine di qualificare la garanzia come autonoma la garanzia di performance rilasciata da un appaltatore il committente dovrà quindi sincerarsi che il garante non possa opporre al committente, in caso di escussione, né quelle eccezioni opponibili dall'appaltatore in base al contratto di appalto né cause di invalidità del contratto di appalto.

Inoltre, alla luce dei medesimi canoni, si può dare una qualificazione anche alla garanzia richiesta ai sensi dell'art. 103 del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (*“Codice Appalti”*). Tale garanzia ha natura fideiussoria e non autonoma. In particolare, dallo schema 1.2 approvato ai sensi del Codice Appalti dal D.M 31/2018, si evince come tale schema

NAVARETTA, Il contratto autonomo di garanzia, in I contratti per l'impresa, I, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, Bologna, 2012, 553 ss.; ID., Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia, in C. impr., 1991, 285 ss.; BOZZI, Le garanzie personali a prima richiesta, in I contratti per l'impresa, I, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, cit., 567 ss.; R. NATOLI, Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria, in Giureta, 2012, vol. X, 1 ss.; STELLA, Fideiussione e garanzie autonome, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 775 ss.

⁵ Cass. 29 marzo 1996, n. 2909. Nello stesso senso, Cass.-3 marzo 2009, n. 5044 .

⁶ Sezioni Unite citate in nota 1.

⁷ Cass. 17 giugno 2013, n. 15108. Nello stesso senso Trib. Roma 7 febbraio 2019 n. 2504 e Trib. Roma 9 febbraio 2017, n. 2562.

contempli una deroga all'art. 1957 c.c. e che il garante sia tenuto al pagamento a “semplice richiesta scritta”, ma non è invece prevista l'autonomia rispetto all'obbligazione principale né la rinuncia a proporre eccezioni ex art. 1945 c.c.. Di conseguenza a tale cauzione si renderebbero applicabili automaticamente ed in via suppletiva quelle protezioni codicistiche per il debitore nella misura in cui non specificamente derogate dal contratto. Anche il *nomen iuris* del documento (“garanzia fideiussoria”) depone a favore di questa interpretazione⁸.

La prassi internazionale

L'esigenza commerciale sottesa alle garanzie autonome si rinviene anche nei rapporti commerciali internazionali con particolare riguardo agli appalti di realizzazione di infrastrutture che vedono spesso coinvolti in qualità di “sponsors” o partners del “consorzio costruttore” soggetti industriali e finanziari di vari paesi. Le garanzie autonome sono quindi particolarmente diffuse nella prassi internazionale e nei paesi occidentali hanno raggiunto un discreto livello di standardizzazione sia a livello di modulistica contrattuale che di regolamentazione e trattamento giurisprudenziale.

Le tipologie più diffuse di garanzie autonome nella prassi internazionale assumono comunemente la denominazione di “*Bid Bond*”, “*Performance Bonds*”, “*Advance Payment Bond*”, “*Retention Bond*”, a seconda del tipo di obbligazione garantita⁹.

Le garanzie autonome rimangono comunque a pieno titolo, istituti di diritto nazionale dal momento che, né a livello di *lex mercatoria* né a livello di legislazione internazionale, è rinvenibile, allo stato, un corpo di regole in grado di sottrarre la relativa disciplina alle fonti di diritto interno.

Un tentativo di introdurre una disciplina internazionale sui rapporti di garanzia era stato compiuto, su impulso dell'UNCITRAL, attraverso l'adozione la Convenzione ONU sulle garanzie autonome e le lettere di credito dell'11 dicembre 1995, ma la adesione alla Convenzione è stata particolarmente limitata¹⁰. La Convenzione in questione si applica

⁸ Nicodemo, Il contratto autonomo di garanzia negli appalti pubblici in *Urbanistica de Appalti* 1/2014, p 32 nota a sentenza

⁹ Più nello specifico, le finalità del performance bond sono quelle di coprire dai danni da inadempimento solitamente consistenti nei costi sostenuti pre procurarsi l'adempimento attraverso canali alternativi o nel mancato guadagno derivante dal ritardo nel completamento ed al quale sono anche connaturate le penali. Nella prassi commerciale, inoltre, queste garanzie rappresentano anche un incentivo all'adempimento per l'appaltatore (o disincentivo all'inadempimento). Advance Payment Bond e Retention Bond sono invece volti ad assicurare rispettivamente la restituzione dell'anticipo corrisposto dal committente all'appaltatore ed il pagamento dell'ammontare delle ritenute sui SAL che, invece di essere trattenute sui SAL, vengono corrisposte all'appaltatore. Infine, il Bid Bond è finalizzato a garantire il committente contro eventuali violazioni della procedura di gara da parte dei concorrenti ed in primis contro il ritiro dalla procedura e la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario, in assenza dei presupposti.

¹⁰ Alla convenzione hanno fino ad oggi aderito soltanto I seguenti paesi: Bielorussia, Equador, El Salvador, Gabon, Kuwait, Liberia. Panama, Tunisia, USA.

solo ove, ai sensi del diritto internazionale applicabile, la garanzia debba essere retta dal paese di uno stato contraente e se la banca garante risiede in uno dei paesi contraenti¹¹.

Non essendo previste normative specifiche nazionali o internazionali in merito ai contenuti di una garanzia autonoma, la relativa disciplina, pertanto, è essenzialmente espressa dai testi contrattuali che vengono solitamente redatti sulla base di uno specifico modello richiesto dal committente all'appaltatore, tanto che si tratti di appalti pubblici quanto che si tratti di appalti privati. Il modello può essere anche allegato al contratto di appalto o di concessione ovvero allo stesso bando di gara, come previsto ad esempio dai modelli di contratti FIDIC o dal nostro codice degli appalti¹².

Redatti su un modello o negoziati tra appaltatore e committente, i testi contrattuali delle garanzie autonome talvolta si limitano a fissare i termini essenziali del rapporto, rinviando, per quanto non previsto, a fonti integrative esterne, tra le quali spiccano le Uniform Rules elaborate dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC).

La più recente raccolta di regole uniformi, vigente dal 1 luglio 2010 (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees - pubblicazione 758), deriva dalla revisione del testo recante la stessa denominazione del 1992 (ICC pubblicazione 458), che a sua volta aveva sostituito la prima raccolta curata nel 1978 (ICC Uniform Rules for Contractual Guarantees – pubblicazione 325) e delinea, con molta chiarezza, un modello di garanzia autonoma e “letterale”¹³.

Il modello di garanzia autonoma fu adottato dall'ICC nell'edizione delle regole pubblicata nel 1992, che abbandonava quindi il modello di garanzia accessoria adottato con le regole pubblicate nel 1978¹⁴.

Il carattere di autonomia è rappresentato nell'art. 5 della raccolta, il quale prevede che la garanzia è per sua natura autonoma indipendentemente da qualunque eventuale riferimento al rapporto sottostante.

¹¹ Il testo della convenzione può essere reperito al seguente link <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf>.

¹² La clausola 4.2 del Contratto FIDIC prevede che la Performance Security debba essere “*issue by a reputable bank or financial institution selected by the Contractor, and shall be in the form annexed to the Particular Conditions, as stipulated by the Employer in the Contract Data, or in another form approved by the Employer.*”

¹³ A. SANTILLI, La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie a Prima Richiesta, in G. it., 2012, 1716 ss., e A. DI MEO, Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio Internazionale, in C. impr. Europa, 2010, 870 ss.

¹⁴ secondo F. CAPPALÀ, Le Garanzie autonome nel commercio internazionale in Nuovo Diritto delle Società, Gappichelli, 2014 “*Sulla diffusione della seconda raccolta influì negativamente la presenza di dati che sembravano contraddire la indipendenza della garanzia dal rapporto sottostante, tra cui l'art. 20 punto ii), il quale prevedeva che la richiesta di pagamento dovesse dichiarare <<rispetto a che cosa>> l'ordinante si fosse reso inadempiente alle obbligazioni relative al contatto sottostante. Da qui la decisione di procedere alla revisione del testo originario.*” http://www.nuovodirittodellesocieta.it/garanzie_autonome_nel_commercio_internazionale#_ftn26

Quanto alla natura letterale e documentale dell'impegno del garante, la stessa si ricava in particolare dagli artt. 6-8 delle regole: l'art. 6 prevede che i garanti operano esclusivamente su documenti; l'art. 7, che la garanzia non deve contenere condizioni, diverse da una data o da un periodo temporale, senza precisare il documento dal quale il garante possa desumerne l'avveramento (pena, in caso contrario, la irrilevanza della condizione che non possa essere appurata sulla base di evidenze proprie del garante); l'art. 8, infine, che le condizioni della garanzia (e delle relative istruzioni di emissione) devono essere chiare, precise ed evitare eccessivi dettagli¹⁵.

In assenza di un rinvio a clausole standard invece si applicheranno le (eventuali) norme suppletive del diritto nazionale applicabile alla garanzia, ove presenti.

In assenza di clausole che indichino la legge applicabile alla garanzia, si dovrà procedere attraverso l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato.

L'articolo 57 della legge 218/1995, in relazione alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, si limita a richiamare l'applicazione della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, oggi sostituita dal Regolamento 593/2008. A sua volta, l'Art. 4 Reg. 593/2008 stabilisce il criterio della residenza abituale della parte che deve effettuare la prestazione caratteristica o, quello del collegamento manifestamente più stretto.

Pertanto, in assenza di una specifica clausola, alla garanzia andrà applicata la legge del paese in cui ha sede il garante in quanto parte che deve effettuare la prestazione di garanzia/pagamento.

Un criterio simile è adottato anche dalla convenzione dell'ONU dell'11 dicembre 2005 già menzionata, secondo la quale *“In mancanza di scelta della legge applicabile, fatte salve le disposizioni dell'articolo 21, l'undertaking è regolato dalla legge dello Stato in cui il fideiussore / emittente ha sede o presso lo Stato in cui è stato rilasciato l'undertaking.”*

Con riferimento alle norme suppletive dettate dall'ordinamento applicabile alla garanzia, anche in alcuni ordinamenti stranieri, come in Italia, troviamo un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale in merito ai caratteri distintivi tra garanzia accessoria e garanzia autonoma a prima richiesta con riferimento alla casistica in cui il debitore o il garante tentano di sostenere che la garanzia emessa non presenta i requisiti minimi per qualificarsi “autonoma” e quindi sia regolata dalle disposizioni normative applicabili alle garanzie accessorie o comunque sia influenzata dalle vicende del rapporto debitorio principale (opponibilità delle eccezioni, beneficio di escussione del debitore principale,

¹⁵ In tema di coordinamento tra le regole URDG e la Convenzione dell'ONU, si veda Illescas-Ortiz R, 'International demand guarantees: the interaction of the UNCITRAL Convention and the URDG Rules of the ICC', 1998 in *New developments in international commercial and consumer law*, Oxford.

etc...). In alcune giurisdizioni, a differenza dell'Italia, tale dibattito ha comportato la codificazione della distinzione tra garanzie autonome ed accessorie.

In Germania è stato da tempo codificata la fattispecie di garanzia autonoma denominata *Garantievertrag*.

Nel diritto austriaco, l'articolo 880 del codice civile disciplina espressamente le garanzie autonome, mentre l'art. 1346 prevede una figura simile a quella della fideiussione, accessoria al rapporto principale ed in giurisprudenza si tende a sostenere che la semplice rinuncia del garante ad opporre eccezioni non faceva mutare la qualifica della garanzia da garanzia accessoria a garanzia autonoma¹⁶.

In Francia, la garanzia autonoma è specificamente definita dall'art. 2321 comma 1 del codice civile e caratterizzata dalla "*premier demande*" rispetto ad una garanzia accessoria¹⁷.

Anche la giurisdizione spagnola, pur non avendo codificato la differenza tra le due garanzie, ha elaborato tale differenza nella prassi e nella giurisprudenza¹⁸.

L'exceptio doli

Il carattere autonomo delle garanzie e quindi l'impossibilità per il garante o il debitore principale di opporsi all'escussione trovano un limite nella c.d. *exception doli*. In Italia la Cassazione ha a tal proposito enucleato una serie di eccezioni che il garante può opporre derogando al carattere autonomo del rapporto al creditore.

Si tratta di eccezioni opponibili nel caso in cui la pretesa del creditore sia fondata su titolo illecito oppure appaia *prima facie* dolosa, abusiva o fraudolenta.

Se la stipula o l'esecuzione del rapporto autonomo di garanzia sia strumentale al perseguimento del medesimo risultato cui è correlato il rapporto garantito vietato dall'ordinamento e se la nullità che segna il rapporto garantito arrivi ad intaccare anche quello autonomo di garanzia, il garante potrà sollevare l'*exceptio doli generalis* relativa. Quest'ultima sarà ravvisabile anche nel caso di escussione della garanzia con dolo, mala

¹⁶ Nella sentenza OGH del 13 settembre 2017, 10 Ob82/16f la Corte ha sostenuto che la rinuncia alle eccezioni non faceva mutare la qualifica della garanzia da garanzia accessoria a garanzia autonoma.

¹⁷ L'art. 2321 primo comma recita "*La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.*"

¹⁸ La sentenza della Corte Suprema del 17 luglio 2015 che a sua volta cita la sentenza della stessa Corte del 17 febbraio 2000 afferma che "*a first demand guarantee is a type of an unusual security characterized by its unconditional, non-ancillary, independent and personal nature*". Ed inoltre che "*the fact that a first demand guarantee is regarded as an independent agreement implies that a first demand guarantee stands in opposition to a joint and several guarantee as its validity and effectiveness is not dependent on the validity and effectiveness of the underlying business. As it provides unconditional security, the guarantor can only raise the defences provided for in the first demand guarantee itself and in its relations with the beneficiary*".

fede o abuso manifestati da parte del creditore della garanzia stessa, in maniera incontrovertibile e documentata da prove certe e non contestate.

Tra le definizioni più recenti di *exceptio doli* enucleate dalla Cassazione vi è quella secondo la quale con l'*exception doli* “*si mira a reprimere l’abuso del diritto da parte del beneficiario della garanzia, che si verifica qualora la richiesta appaia prima facie fraudolenta e manchi del tutto la buona fede del beneficiario. Il rimedio dell’exceptio doli è esperibile in tutti i casi in cui vi sia escussione della garanzia con dolo o mala fede, abuso manifesto da parte del beneficiario (come ad esempio accade nell’ipotesi in cui il soggetto garantito provi in modo certo e immediato di avere già pagato le somme di cui il beneficiario si dichiara essere creditore) o infine nel caso di nullità del contratto principale*”¹⁹.

Ad analogo limite soggiacciono anche le garanzie autonome sottoposte alla legge regolatrice di altri stati. L'*exceptio doli* è infatti conosciuta anche nella prassi internazionale e la necessità di verificare che l'escussione non sia contraria alla buona fede si riscontra anche nelle norme internazionali sulle garanzie nonché negli stessi ordinamenti stranieri.

Anche se le URG 758 non contemplano espressamente l'*exceptio doli*, si ritiene che il garante debba comunque verificare la buona fede del beneficiario sulla base della terminologia utilizzata dall'art. 15 L'*exceptio doli* viene invece espressamente richiamata all'art. 19 della Convenzione dell'ONU sulle garanzie autonome che autorizza espressamente il garante a sospendere il pagamento nel caso di dolo del beneficiario che recita “*if it is manifest and clear that (a) (omissis) (b) (omissis) (c) judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right as against the beneficiary to withhold the payment*”.

A tal riguardo, il diritto francese ha codificato l'eccezione dell'*exceptio doli* all'art. 2321 comma 2²⁰ ed anche la giurisprudenza inglese ha affermato analogo principio²¹. Pertanto, il debitore può essere legittimato ad inibire l'escussione di una garanzia autonoma internazionale almeno nelle principali giurisdizioni europee qualora l'escussione sia effettuata in mala fede.

¹⁹ Cass. 16 gennaio 2019, n. 1006.

²⁰ L'art. 2321 secondo comma recita “*Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.*” Inoltre, secondo la giurisprudenza di legittimità francese l'*exceptio doli* è configurabile quando il beneficiario è consapevole della carenza della propria legittimazione all'escussione (Commercial Chamber of the *Cour de Cassation*, June 4, 2002, n° 99-21.4).

²¹ Lord Denning in *Edward Owen Ltd -v- Barclays Bank* [1978] 1 QB 159, ha sostenuto che una garanzia a prima richiesta (nella specie, un “performance guarantee”) “*stands on a similar footing to a letter of credit. A bank which gives a performance guarantee must honour that guarantee according to its terms [...] The only exception is when there is a clear fraud of which the bank has notice*”.

La sede giurisdizionale tipica nella quale far valere l'*exceptio doli* è quella cautelare. La domanda è articolata come richiesta di inibitoria (a) del garante al creditore dal domandare l'escussione o dall'ottenere il pagamento ovvero (b) del debitore principale al creditore dal domandare l'escussione o al garante dall'effettuare il pagamento. Dal momento che la prassi commerciale nazionale ed internazionale prevede che la dinamica escussione-pagamento si svolga nel giro di qualche giorno, risulta evidente come i provvedimenti giurisdizionali conseguenti a tali domande non possano attendere i tempi del giudizio ordinario.

In Italia si ricorrerà quindi ai provvedimenti cautelari atipici ex art. 700 c.p.c. mentre all'estero si ricorre a figure analoghe quali ad esempio la *procédure de référé d'heure à heure* in Francia e l'*Order for interim injunction* ai sensi dell'art. 37 del Senior Court Act 1981 nel diritto inglese²².

Alla luce di quanto sopra, risulta quindi di fondamentale importanza ai fini di poter far valere tale eccezione prevedere nella stessa garanzia l'obbligo di notifica dell'escussione al debitore principale nonché un congruo termine minimo per effettuare il pagamento.

Ogni valutazione *sull'exceptio doli* presuppone, oltre all'individuazione della legge applicabile al rapporto di garanzia, anche l'individuazione del giudice competente a decidere sulla controversia e delle eventuali difficoltà di far riconoscere la decisione nella giurisdizione nella quale la stessa debba essere eseguita. Accade infatti non di rado che il giudice tenuto a valutare dell'escussione fraudolenta appartenga ad una giurisdizione diversa rispetto a quella che regola la garanzia ed inoltre che l'ordinanza cautelare del giudice debba essere riconosciuta in una giurisdizione diversa dalla quale viene emessa e, magari, nei confronti di una pubblica amministrazione, tutte considerazioni che indirizzano il debitore nei confronti di una scelta strategica invece che di un'altra.

Le suddette considerazioni possono poi essere complicate anche dalla presenza di una clausola arbitrale nei contratti di appalto internazionali e dalla possibile sussistenza di una giurisdizione esclusiva degli arbitri anche nel caso di provvedimenti di urgenza (c.d. "*emergency arbitration*").

La garanzia autonoma come rapporto trilaterale

Solitamente le garanzie autonome sono documenti unilaterali con i quali l'istituto garantisce e regolano esclusivamente il rapporto bilaterale tra committente (beneficiario) ed istituto (garante).

Tuttavia, com'è noto, il rapporto in questione è trilaterale in quanto coinvolge anche l'appaltatore ed in particolare contempla:

²² Tra le più recenti ordinanze in tal senso si veda Tribunale di Roma, Ord. 6 dicembre 2018, Sez. XVII-Imprese, G.U. Alfredo Landi reperibile in <http://www.ddavvocatiassociati.com/novita/escussione-abusiva-della-garanzia-autonoma-ed-exceptio-doli>.

- (a) un rapporto di valuta, tra committente ed appaltatore;
- (b) un rapporto di provvista, tra appaltatore e garante;
- (c) il rapporto che lega garante e committente, che si basa sulla immediata esecuzione della prestazione da parte del primo, in caso di inadempimento del debitore;

Le stesse sono, inoltre, strutturate in modo tale da consentire al garante che abbia effettuato il pagamento, l'immediato addebito delle somme a carico del debitore ordinante, con conseguente ricaduta su quest'ultimo dell'onere di recuperare dal beneficiario le somme che dovessero risultare indebitamente incassate, la cui diretta ripetizione da parte del garante è in linea di principio estranea alla natura del contratto autonomo di garanzia.

Il debitore è legittimato ad opporsi alla rivalsa dell'istituto di credito, soltanto ove quest'ultimo, contravvenendo ai doveri di informazione e di verifica discendenti dal mandato che lo lega al primo, abbia effettuato il pagamento in situazioni che ne avrebbero reso doveroso il rifiuto quale la situazione di escussione in mala fede.

Le banche garanti non sono legittimate a ripetere dal beneficiario le somme dallo stesso illegittimamente escusse e ciò, in quanto al riconoscimento di una diretta azione di ripetizione tra il garante e il creditore si oppone la natura autonoma della garanzia che, come impedisce di trarre dal rapporto di valuta eccezioni di pagamento, così preclude di trarvi una azione per il successivo recupero delle somme erogate. In questo senso, le garanzie "astratte" si distinguono nettamente dalle garanzie accessorie solve et repete, nelle quali la possibilità di ripetizione diretta da parte del garante costituisce naturale corollario della accessorietà della garanzia.

In deroga al fisiologico andamento circolare delle rivalse, si ammette che il garante possa agire in ripetizione contro il garantito, nel caso in cui il pagamento sia avvenuto con modalità tali da precludere il regresso nei confronti del debitore ordinante, né vi sarebbero ragioni per escludere tale possibilità nel caso in cui il vincolo di garanzia sia inficiato da nullità.

Il sistema delle rivalse descritto comporta che le banche garanti, pur non assumendo il rischio giuridico della perdita subita dalle imprese garantite sono esposte al rischio economico di non riuscire a recuperare l'esborso, nell'eventualità in cui il patrimonio del debitore risulti definitivamente incapiante.

Capita di frequente inoltre che il debitore/appaltatore nell'interesse del quale la garanzia è prestata sia un "veicolo" costituita appositamente per costruire ed eventualmente gestire l'asset in costruzione e destinata unicamente a tale scopo. Questa configurazione pone a sua volta due ulteriori ordini di tematiche. In primo luogo, il veicolo è una società priva di patrimonio; in secondo luogo, il veicolo è a sua volta spesso partecipato da più società (c.d. sponsors), ognuna dei quali presta un contributo specifico alla realizzazione del

progetto. A prescindere dalla forma giuridica che il veicolo assume nella prassi internazionale, il garante necessita di ottenere una garanzia patrimoniale dagli sponsors del progetto vista la naturale incapienza del patrimonio del veicolo (almeno nella fase di sviluppo).

Oltre al rapporto di provvista sopra menzionato, pertanto, il garante pretenderà che si instauri un ulteriore rapporto di manleva tra lo stesso garante e gli sponsors, solitamente denominato “*indemnity*”, “*counterguarantee*” o “coobbligazione solidale”. In forza di tale rapporto si instaura quindi una responsabilità solidale tra gli sponsors avente ad oggetto l’obbligo degli sponsors di rimborsare al garante quanto questi sia stato chiamato a pagare a seguito di escussione della garanzia.

A sua volta la suddetta responsabilità solidale darà luogo all’ulteriore esigenza degli sponsors di disciplinare i rapporti “interni” tra gli stessi sponsors in caso di escussione della garanzia. In particolare, gli sponsors tenderanno a neutralizzare gli effetti della responsabilità solidale introducendo negli accordi di partnership un meccanismo secondo il quale gli sponsors che non hanno contribuito all’inadempimento che ha originato l’escussione saranno tenuti indenni dagli effetti dell’escussione dagli altri sponsors. Tale esigenza non sarà naturalmente avvertita nelle remote ipotesi in cui il “veicolo” sia costituito da un unico sponsor.

La possibile casistica di rapporti di controgaranzia non si esaurisce tuttavia nei rapporti appena illustrati. In particolare, negli appalti pubblici internazionali l’istituto finanziario locale che emette la garanzia nell’interesse dell’appaltatore ed a beneficio della pubblica amministrazione locale pretende che l’istituto finanziatore che intrattiene rapporti con l’appaltatore nel paese di origine controgarantisca l’obbligazione di pagamento. Tale rapporto consiste in una particolare forma di internalizzazione dei traffici transfrontalieri di garanzia, al fine di assicurare maggiore certezza all’adempimento dell’obbligazione del debitore e al recupero delle somme versate dal garante, riducendo i costi per la diversa nazionalità di appartenenza delle parti negoziali e neutralizzando il rischio delle plurime discipline applicabili.

In tal modo vengono ridotti al minimo, in sede di escussione, tanto gli oneri procedurali delle imprese garantite, interessate ad acquisire la disponibilità monetaria convenuta senza dilazioni, quanto gli oneri di controllo e di verifica degli istituti di credito, interessati dal canto loro ad essere sgravati dal ruolo di arbitri della regolarità della richiesta di pagamento.