

I limiti degli Istituti bancari in relazione ai  
contratti di garanzia e le iniziative  
processuali in caso di escussione delle  
garanzie



---

Camera Civile degli Avvocati di Udine

3 luglio 2012

Prof. Avv. Matteo De Poli

[www.studiodepoli.it](http://www.studiodepoli.it)

[www.centrostudidepoli.it](http://www.centrostudidepoli.it)



# Introduzione

---

Note generali sulle garanzie nel sistema  
bancario



# Il concetto di garanzia

---

- Garanzia = qualsiasi mezzo, prescritto e/o previsto dalla legge o stabilito dalle parti convenzionalmente, inteso ad accrescere la sicurezza dell'adempimento di una obbligazione o della realizzazione di un diritto in capo al beneficiario.
- Garanzia  $\neq$  assicurazione assoluta.

# Il rapporto tra garante e rapporto garantito



---

- a) Garanzia come elemento complementare del rapporto principale: è riferibile a una delle parti del rapporto garantito;
- b) Garanzia come elemento che si affianca al rapporto principale (es. garanzia prestata da un terzo).



# Continua: il rapporto tra garante e rapporto garantito

---

- Nell'ipotesi sub a) è persino dubbio che si tratti di garanzia: ad esempio si pensi alla garanzia del venditore per vizi della cosa venduta (1476 e 1490 c.c.), o al pagherò sottoscritto dal debitore stesso. In questo caso, si può forse parlare più correttamente di responsabilità.
- In altre parole:
  - non c'è vera e propria garanzia quando si è in presenza di un obbligo che compone, anche in via complementare, il contenuto del rapporto principale;
  - **più correttamente, si può parlare di garanzia quando vi siano elementi che arricchiscono, rafforzandola, la pretesa di una delle parti del rapporto garantito.**



# Un primo punto fermo

---

La garanzia deve comportare, per il soggetto beneficiario, un **miglioramento della propria posizione:**

- a) dal punto di vista **soggettivo**, ad es. con l'aggiunta di un altro soggetto sul patrimonio del quale poter far valere le proprie ragioni;
- b) dal punto di vista **oggettivo**, ad es. con l'ottenimento di un diritto di prelazione su di un bene di cui il debitore è proprietario.



## Distinzione fondamentale: garanzia accessoria vs. garanzia autonoma

---

- **Garanzia accessoria:** è legata quanto alla sua validità ed efficacia all'obbligazione principale (es. fideiussione);
- **Garanzia autonoma:** non si ripercuotono sul rapporto di garanzia le vicende del rapporto garantito (es. avvallo, contratto autonomo di garanzia).



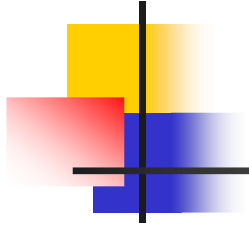
# Le garanzie bancarie

---

Si possono ipotizzare due diverse situazioni:

1. La banca come soggetto **beneficiario** della garanzia (fideiussione e pegno *omnibus*): in questo caso, solitamente, la garanzia ha lo scopo di facilitare l'erogazione del credito da parte della banca;
2. La banca come soggetto **garante** nei confronti di un terzo, su richiesta del debitore principale: siamo in presenza di una vera e propria operazione bancaria (cd. credito di firma).





# Il contratto autonomo di garanzia



# Cos'è

---

È un “*contratto obbligatorio, unilaterale, diffuso nella prassi del commercio internazionale, finalizzato a garantire la prestazione di un terzo a favore del creditore beneficiario, in maniera da assicurargli in ogni caso, la ricezione della prestazione o della somma di denaro contrattualmente stabilita, non solo nell'ipotesi di inadempimento del debitore, ma anche nel caso in cui l'obbligazione di quest'ultimo non sia venuta ad esistenza o sia diventata impossibile*” (*Contratto autonomo di garanzia (voce)*, in *Nuovo Dizionario di Banca Borsa e Finanza*, Milano, 2002, p. 594-595).



# La sua causa

---

Secondo CASS.SS. UU. 18 febbraio 2010, n. 3947, *“il contratto autonomo di garanzia...ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale... la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto a un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale...”*



## Dunque...

---

*... Ne deriva che, mentre il fideiussore è un “vicario” del debitore, l’obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all’obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all’adempimento del debito principale”.*



# I tipi riconosciuti nella prassi

---

Tre sono i tipi più noti di garanzia autonoma

- 1) *Bid bond*
- 2) *Performance bond*
- 3) *Advance payment bond*



# *Bid bond*

---

Il *Bid Bond* - o garanzia dell'offerta - è la garanzia bancaria emessa per consentire a un'impresa la partecipazione alle gare d'appalto internazionali bandite per la fornitura di merci, servizi, impianti o per l'esecuzione di lavori commissionati per lo più da enti pubblici. In tal modo la banca si costituisce come garante della credibilità dell'offerta.

Consiste nella sottoscrizione, da parte della banca garante, dell'impegno irrevocabile a pagare una certa somma - che varia generalmente dall'1% al 5% dell'ammontare dell'offerta - in qualità di indennizzo, nel caso:

- a) di ritiro dell'offerta prima della scadenza;
- b) di non accettazione dell'incarico dopo l'avvenuta aggiudicazione;
- c) di non sostituzione della garanzia dell'offerta - *Bid Bond* - con la garanzia di buona esecuzione - *Performance Bond*.



## *Performance bond*

---

- E' la garanzia emessa dalla banca allo scopo di indennizzare il committente di un'opera o l'acquirente di un bene in caso di inadempimento/inesatto adempimento contrattuale dell'appaltatore o venditore.
- L'impegno della banca rimane efficace fino all'esecuzione totale dei lavori o alla consegna della merce (in genere, fino al collaudo finale o all'accettazione definitiva del bene).
- Ne beneficiano le imprese che partecipano a gare internazionali o che effettuano forniture o installazioni di impianti, macchinari, infrastrutture o altri lavori.



## *Advance Payment Bond*

---

E' una garanzia di restituzione dell'anticipo corrisposto dall'importatore all'esportatore a titolo di pagamento totale o parziale della fornitura al momento della conferma dell'ordine.

Con essa la banca, in caso di inadempimento da parte dell'esportatore, si assume l'impegno irrevocabile, a favore dell'importatore, a restituirgli l'importo anticipato.





## *Stand-by letter of credit*

---

E' l'“*independent commitment [...] given by a bank or other institution or person (‘guarantor/ issuer’) to pay to the beneficiary a certain or determinable amount upon simple demand or upon demand accompanied by other documents, in conformity with the terms and any documentary conditions of the undertaking, indicating, or from which it is to be inferred, that payment is due because of a default in the performance of an obligation, or because of another contingency, or for money borrowed or advanced, or an account of any mature indebtedness undertaken by the principal/ applicant or another person [...]” (l’art. 2 della United Nations Convention on Independent Guarantees and stand-by Letters of Credit).*



## Il carattere dell'autonomia...

---

Art. 3 (*Indipendenza di prestazione*), “For the purposes of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/ issuer’s obligation to the beneficiary is not: (a) Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking [...]; or (b) Subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/ issuer’s sphere of operation”.



...e quello dell'accessorietà

---

Art. 1939 c.c.: *“La fideiussione non è valida se non è valida l’obbligazione principale, salvo che sia stata prestata per un’obbligazione assunta da un incapace”*.



# *Bond* e commercio internazionale

---

Nel commercio internazionale l'operazione è “quadrilaterale”. Pensiamo a un'appalto ove il committente è francese (F) e l'appaltatrice è italiana (I), e a un'*advance payment bond*

- A) I (**debitore ordinante**) ordina a BANCA FRANCESE (**banca garante**) di garantire (F);
- B) BANCA FRANCESE viene controgarantita da BANCA ITALIANA (banca controgarante);
- C) BANCA ITALIANA viene controgarantita da (I).



# La clausola “a prima richiesta” nelle garanzie del commercio internazionale

---

*Article 17. Payment. “(1) Subject to article 19, the guarantor/issuer shall pay against a demand made in accordance with the provisions of article 15. Following a determination that a demand for payment so conforms, payment shall be made promptly, unless the undertaking stipulates payment on a deferred basis, in which case payment shall be made at the stipulated time. (2) Any payment against a demand that is not in accordance with the provisions of article 15 does no prejudice the rights of the principal/ applicant”.*



## Continua...

---

*Article 15. Demand “Any demand for payment under the undertaking shall be made in a form referred to in paragraph (2) of article 7 and in conformity with the terms and conditions of the undertaking. (2) Unless otherwise stipulated in the undertaking, the demand and any certification or other document required by the undertaking shall be presented, within the time that a demand for payment may be made, to the guarantor/ issuer at the place where the undertaking was issued. (3) **The beneficiary, when demanding payment, is deemed to certify that the demand is not in bad faith and that none of the elements referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19 are present”.***

# Un riepilogo sul punto: la posizione del creditore in caso di garanzia a prima domanda e con riserva di eccezioni

- La pagabilità “a prima richiesta” si sostanzia nell’impegno del garante a pagare immediatamente al creditore quanto dovutogli a titolo di capitale, interessi ecc., *a semplice richiesta scritta di questi (unpon simple domand)*.
- Il garante è dunque tenuto a pagare solo dietro mera affermazione del creditore, creandosi così un’**inversione dell’onere della prova dell’inadempimento**, prova ordinariamente spettante al beneficiario.
- Il creditore ottiene, *grazie al rapporto di garanzia*, un miglioramento della propria posizione rispetto a come essa è nei rapporti con il debitore.
- Con un meccanismo simile al *solve et repete* (art. 1462 cod. civ.), diventa più agevole aggredire il garante che il debitore principale. Questi, infatti, potrebbe sollevare immediatamente ogni eccezione o rilievo a lui spettante, ivi compresa quella riguardante l’inesistenza di un inadempimento).

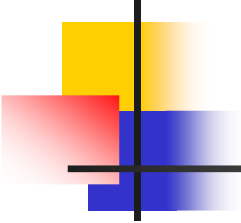


# Continua sul punto

---

- Ovviamente, il garante, una volta effettuato il pagamento, potrà agire in ripetizione di indebito facendo valere tutte le ragioni spettanti al debitore principale e che l'accettazione del *solve et repete* o della clausola “a prima richiesta” gli ha solo imposto di rinviare.
- Quando quella clausola si accompagna a quella di “rinuncia alla proposizione delle eccezioni”, la posizione del creditore acquisterà una sicurezza ulteriore perché il garante non potrà in alcun modo sollevare eccezioni, nemmeno dopo l'avvenuto pagamento.
- Il garante non avrebbe comunque particolare interesse a far ciò, avendo la possibilità di annullare gli effetti del pagamento escutendo la controgaranzia ricevuta dal debitore e scaricando dunque su questi il rischio del pagamento indebito.





# Fideiussione e clausola “a prima richiesta”: l’opinione della giurisprudenza

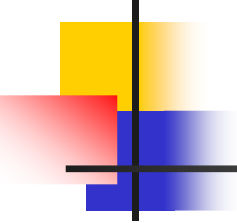
---

A) CASS. CIV., I Sez. 4.7.2003, N. 10574: *“La deroga all’art. 1957 cod. civ. non può ritenersi implicita nell’inserimento, nella fideiussione, di una clausola di pagamento “a prima richiesta” o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un’esigenza di protezione del fideiussore ... sia perché, comunque, la presenza di una clausola siffatta non assume rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come “contratto autonomo di garanzia”, potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito ... sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell’obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, (non dall’esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l’estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall’onere di proporre azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento incompatibile con l’applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola”.*

# Fideiussione e clausola “a prima richiesta”

B) CASS. SS. UU. 18.2.2010, n. 3947: *“L’inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni” vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un’evidente discrasia rispetto all’intero contenuto della convenzione negoziale”.*

# Gli effetti dell'autonomia della garanzia

- 
- 1) Al garante è preclusa la possibilità di opporre le eccezioni derivanti dal rapporto sottostante, oltre che quelle nascenti dal rapporto tra banca e debitore ordinante (rapporto di mandato);
  - 2) Una volta ricevuta la richiesta di pagamento da parte del beneficiario, la banca garante è tenuta ad adempiere senza poter sollevare le eccezioni che potrebbero essere sollevate dal fideiussore;
  - 3) Una volta adempiuto, si rivarrà sul debitore per rimanere indenne;
  - 4) In genere, il debitore avrà rilasciato una (contro) garanzia a favore della banca.



# I poteri del garante

---

In un contratto autonomo di garanzia, il garante può opporre eccezioni al beneficiario dell'accordo solo:

- 1) in caso di inesistenza del contratto principale;
- 2) quando questo è nullo per illiceità della sua causa;
- 3) in caso di esecuzione fraudolenta o abusiva.



## L'escussione abusiva del credito

---

Si ha quando il beneficiario si rivolga al garante per escutere la garanzia autonoma da questi prestata, in violazione del principio di buona fede, perché, ad esempio, ha già ricevuto l'adempimento della prestazione da parte del debitore principale.

# Il caso classico di escussione abusiva

- *“...la richiesta di escussione della garanzia è oggettivamente abusiva laddove vi è la prova certa e incontestata dell’esecuzione soddisfattiva della prestazione a favore del creditore –beneficiario, dal momento che, in tali ipotesi, se il garante chiamato a pagare facesse seguito alla richiesta, farebbe conseguire al creditore un’attribuzione patrimoniale priva di giustificazione, avendo la garanzia, per effetto dell’adempimento, esaurito la sua funzione”*: TRIB. BOLOGNA 20 gennaio 2003

# Un altro caso di escussione abusiva: il *factum principis*

- Trib. Genova 9 dicembre 1992: “L’escussione della garanzia non può dirsi improntata a buona fede se esiste la prova certa che l’inesecuzione dei contratti garantiti è dipesa da forza maggiore e, a maggior ragione, se quest’ultima sia imputabile allo stesso committente. Pertanto, costituisce una vera e propria pretesa dolosa, da parte del beneficiario, il volere escutere la garanzia a suo favore, qualora risulti evidente come l’esecuzione del contratto principale debba ritenersi divenuta impossibile esclusivamente per l’intervento della legislazione di embargo determinata dall’aggressione del Kuwait da parte dell’Iraq”.



## L'*exceptio doli*

---

In caso di escussione fraudolenta, la banca può sottrarsi al pagamento invocando l'*exceptio doli*.

L'*exceptio doli* altro non è che il rilievo che il pagamento viene chiesto dal beneficiario della garanzia in violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione dei contratti.





## Cosa deve fare il debitore – ordinante in caso di tentata escussione fraudolenta della garanzia?

---

Non appena venuto a conoscenza del tentativo di escutere la garanzia, il debitore deve:

- a) informare dettagliatamente il garante e il contro-garante, invitandoli a non effettuare il pagamento;
- b) in caso di assenza di riscontri positivi, agire giudizialmente.



# Banca garante e *exceptio doli*: potere o obbligo?

---

- Secondo Trib. Milano 25 febbraio 2008,  
*“Il garante che presta una garanzia autonoma a prima richiesta è tenuto, in applicazione del dovere di protezione del garantito da abusi del beneficiario e a pena della perdita dell’azione di rivalsa, a sollevare l’exceptio doli ogni qualvolta risulta evidente la pretestuosa escussione della garanzia del beneficiario tanto da risultare fraudolenta e in mala fede”.*

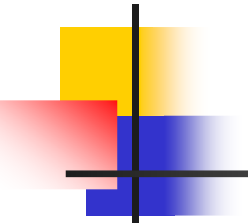


# *Quid iuris* se il garante non la solleva?

---

Il garante inadempie il rapporto gestorio con il debitore perché lo esegue non con la dovuta diligenza (art. 1710 c.c.).

TRIB. BOLOGNA 20 gennaio 2003: *“Di fronte alla prova manifesta della abusiva e fraudolenta domanda di escussione della garanzia da parte del beneficiario, l’eventuale pagamento automatico della banca garante configura di per sé una grave negligenza della stessa, per aver essa ignorato con colpa grave la possibilità di opporre legittimamente l’ “exceptio doli generalis”, con conseguente negazione del diritto di rivalsa nei confronti della banca nazionale controgarante per violazione dei doveri di protezione nei confronti dell’ordinante”.*



# Profili processuali: il blocco della garanzia

---

- E' possibile agire *ex art. 700 c.p.c.* assumendo il pericolo di grave pregiudizio;
- Si chiederà l'inibizione alla banca garante di procedere al pagamento;
- Quale sarà la posizione processuale che assumerà la banca?

# La giurisprudenza del Tribunale di Udine

- TRIB. UDINE 22 giugno 1995, in *B.b.t.c.*, 1997, II, 70: *“Nel contratto autonomo di garanzia il diritto di ottenere l’inibitoria al pagamento sussiste solo in caso di escussione manifestamente fraudolenta, ovvero sia quando il giudice dell’inibitoria sia in grado di conoscere con assoluta evidenza la malafede del beneficiario e dunque di escludere icto oculi l’esistenza di una genuina controversia tra le parti del rapporto principale in funzione del quale fu rilasciata la garanzia”*.



## Sul *periculum in mora*

---

- TRIB. MILANO: il *periculum in mora* può risultare “*dal comportamento stesso della beneficiaria, dall’entità della somma data in garanzia e dall’intrinseca difficoltà di recuperare all’estero le somme in ipotesi abusivamente riscosse*”.



# Grazie ed arrivederci!

*(copia di queste slides in [www.studiodepoli.it](http://www.studiodepoli.it))*

---

**Prof. avv. Matteo De Poli**

**[www.studiodepoli.it](http://www.studiodepoli.it)**

**[direzione@studiodepoli.it](mailto:direzione@studiodepoli.it)**