

LE GARANZIE BANCARIE INTERNAZIONALI: ANALISI COMPARATA DEI RIMEDI CONTRO L'ESCUSSIONE ABUSIVA NEI VARI ORDINAMENTI

Il contratto autonomo di garanzia costituisce la forma di garanzia bancaria più utilizzata nella prassi commerciale internazionale, salvo nei casi in cui i singoli ordinamenti non consentano o non riconoscano la struttura autonoma, riconducendo così la forma giuridica alla garanzia accessoria di tipo fideiussorio. Il carattere autonomo comporta l'impossibilità, per la banca garante, di poter sollevare eccezioni in merito al rapporto garantito e conseguentemente il rischio che il beneficiario di una garanzia autonoma ne richieda indebitamente l'escussione è elevato, in particolar modo tutte le volte in cui la garanzia prevede l'escussione a prima domanda senza la presentazione di ulteriori documenti (magari previsti con il preciso scopo di fornire la prova dell'inadempimento del garantito). Qualora il beneficiario in malafede, nonostante la consapevolezza che l'evento previsto dalla garanzia non si sia verificato, dolosamente richieda l'escussione della garanzia, il pagamento dovrebbe essere considerato indebito ma ciò non sempre accade per mancanza di conoscenza in merito agli strumenti da utilizzare.

La giurisprudenza italiana, in virtù degli artt. 1175 e 1375 c.c., principi di correttezza e di buona fede nell'esecuzione dei contratti, nel tempo ha individuato molteplici casi di escussione abusiva e/o fraudolenta: l'elemento da individuare affinché una richiesta di escussione possa essere considerata abusiva è dato dall'utilizzo della garanzia con l'intenzione di conseguire un vantaggio diverso da quello per il quale la garanzia è stata rilasciata. Tale elemento consente di poter eccepire che il comportamento del beneficiario (che però deve essere provato) farebbe venir meno la funzione economica del contratto autonomo di garanzia e non, si badi bene, del contratto principale (il rapporto garantito). Secondo la giurisprudenza quindi l'escussione indebita e abusiva, se riconosciuta, consente, in deroga al principio dell'autonomia caratteristico dei contratti autonomi, di poter sollevare eccezioni sia in merito al contratto di garanzia (queste comunque sempre consentite) che in merito al rapporto garantito. Tale protezione è stata ritenuta necessaria al fine di tutelare sia il garante che l'ordinante della garanzia. Per quanto riguarda la tutela riconosciuta ai soggetti coinvolti nel contratto autonomo di garanzia bisogna distinguere tra tutela preventiva riconosciuta al garante in sede di escussione della garanzia e tutela successiva, riconosciuta invece all'ordinante.

Per quanto riguarda la tutela riconosciuta al garante quest'ultimo, oltre alle eccezioni letterali e formali che gli spettano a prescindere dall'arbitrarietà dell'escussione, in virtù di quanto sinora esposto, può rifiutare la prestazione mediante la c.d. *exceptio doli*,

con la quale si contesta la richiesta fraudolenta del beneficiario. A tal proposito si segnala, tra le altre, una pronuncia del tribunale di Roma (22 Marzo 2011) con la quale si afferma che l'autonomia del contratto di garanzia, in armonia con il generale principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione dei contratti, non è assoluta e senza limiti, potendo il garante rifiutare il pagamento della garanzia in caso di escussione abusiva e fraudolenta da parte del beneficiario, purché l'esistenza della frode o dell'uso anormale del diritto siano individuabili attraverso una prova documentale di immediata e sicura documentazione.

La banca garante tuttavia potrebbe decidere di non provvedere a contestare la richiesta del beneficiario e, soddisfatte le condizioni di escussione riportate nella garanzia, provvedere al pagamento per poi procedere all'addebito dell'ordinante. Tale scelta, sicuramente più agevole per la banca garante, comporta dei rischi da non sottovalutare in quanto all'ordinante sarà consentito di poter richiedere la misura cautelare ex art. 700 c.p.c.. Attraverso tale provvedimento d'urgenza l'ordinante potrebbe ottenere l'intimazione alla banca di non addebitare l'ordinante. A tal proposito preme far rilevare che la banca, in funzione del legame intercorrente tra essa e l'ordinante la garanzia, nello specifico riconducibile al mandato da eseguire con la diligenza professionale, sarà tenuta ad eccepire il dolo al beneficiario richiedente qualora siano ad essa fornite le prove dell'inadempimento del beneficiario o dell'avvenuto adempimento dell'ordinante pena la perdita del regresso nei confronti dell'ordinante. La giurisprudenza ha comunque chiarito che la prova deve essere non solo certa, ma soprattutto liquida non ammettendo ad esempio la prova testimoniale. Prova liquida per eccellenza è la prova documentale. Il problema dell'autonomia e dell'escussione abusiva è stato oggetto di discussione anche in altri Paesi e le soluzioni adottate, seppur parzialmente diverse, consentono di bloccare l'escussione arbitraria o fraudolenta in maniera molto simile a quanto avviene in Italia.

La Germania è il paese in cui, ad opera della scuola pandettistica, è stato inventato il contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*). Anche in Germania, nonostante la struttura del BGB (codice civile tedesco) sia fondata sull'astrattezza (elemento tipico della *summenzionata* dottrina), l'autonomia delle garanzie in oggetto trova comunque un limite nella buona fede oggettiva, (*c.d. Treu und Glauben*). Tale istituto, per fare un paragone con il diritto italiano, è molto simile alla tutela dell'affidamento. Ne consegue che l'ordinamento tedesco, affinché il garante possa opporsi al pagamento, richiede anch'esso un comportamento



manifestamente fraudolento del beneficiario che deve essere provato e tale prova, come del resto in Italia deve essere certa e liquida.

Per quanto riguarda invece la soluzione adottata dall'ordinamento francese è necessario premettere che il codice civile francese appare tra i più avversi all'astrazione della causa ed infatti il processo di riconoscimento delle garanzie bancarie come autonome è stato più tortuoso che in Italia. Non a caso molti paesi di cultura giuridica francofona ancora non hanno riconosciuto la natura dei contratti autonomi di garanzia. Ciononostante anche la Francia, in virtù dell'esigenza di adeguarsi alla prassi internazionale ha riconosciuto le garanzie autonome e di conseguenza si è trovata di fronte al problema dell'escussione arbitraria o fraudolenta delle stesse. Gli istituti giuridici utilizzati per bloccare il pagamento sono l'abuso del diritto (*abus de droit*) e la frode manifesta (*fraude manifest*). Anche in questo caso i concetti richiamati dall'ordinamento francese coincidono con quelli utilizzati dalla giurisprudenza italiana ed anche in questo caso bisogna provare l'escussione fraudolenta attraverso l'esibizione di prove liquide e certe. Per quanto riguarda i paesi di Common Law la situazione è più complessa. Secondo il diritto inglese, sia in virtù del principio della vincolatività dei precedenti giudiziari, sia in funzione del fatto che in Common Law il principio dell'autonomia contrattuale (*the Freedom of the Contracts*) sia molto più ampio che in altri ordinamenti, di regola le corti non possono giudicare sull'escussione della garanzia ad opera del beneficiario in quanto ciò pregiudicherebbe il valore attribuito all'autonomia contrattuale. Tuttavia anche l'ordinamento inglese alla fine consente una deroga a quanto sopra nei casi in cui sia provata la sussistenza di una frode certa del beneficiario (*clear fraud*) portata a conoscenza della banca garante. Tuttavia quanto detto vale per l'Inghilterra e non per tutti gli altri paesi di Common Law dove ogni ordinamento ha adottato soluzioni diverse.

Quali dunque le considerazioni conclusive? Al fine di poter prevenire l'escussione abusiva o fraudolenta è consigliabile optare per le garanzie condizionate alla presentazione di documenti che provino l'adempimento del beneficiario evitando quelle a prima richiesta. Si tenga presente che le garanzie disciplinate dalle norme della Camera di Commercio Internazionale (URDG 758) consentono tale possibilità così come le norme in vigore in molti Paesi a prescindere dall'applicazione delle norme CCI. Tale scelta potrebbe risultare tuttavia non sufficiente a tutelare l'ordinante dall'escussione arbitraria. È necessario, durante la fase della redazione del contratto internazionale tra le Parti, provvedere a confezionare clausole ad hoc al fine di preconstituire la prova documentale necessaria per poter opporre, qualora si presenti la necessità, la malafede e l'intento fraudolento del beneficiario.

Alessandro Russo
russo@commercioestero.net