

LE CARATTERISTICHE DEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA E GLI STRUMENTI DI TUTELA A DISPOSIZIONE DEL DEBITORE.

SOMMARIO: 1. Introduzione, 2. Il contratto autonomo di garanzia e differenze con la fideiussione, 3. Tutele a disposizione del debitore, 3. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Il concetto stesso di garanzia richiama alla mente una serie di strumenti e di meccanismi predisposti dalla legge o creati dalla autonomia negoziale per eliminare o quantomeno ridurre il rischio in cui il creditore potrebbe incorrere nelle ipotesi di inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore. In particolare, il codice civile positivizza tre tipologie di garanzie personali: mandato di credito, anticresi e fideiussione. Quest'ultima rappresenta il prototipo sulla cui struttura, apportando modifiche più o meno significative, è stato possibile, nella prassi, creare forme atipiche di garanzia personale, caratterizzate da maggiore efficienza e minori formalità e nondimeno rispondenti a scopi meritevoli di tutela.

Nell'ultimo decennio si è addirittura parlato di "fuga dalle garanzie tipiche per insufficienza del modello positivo"¹, quest'ultimo, invero, presenta alcuni limiti che lo rendono uno strumento rigido e mal rispondente alla nuova economia di mercato costantemente impegnata nella ricerca di meccanismi rapidi e flessibili.

Tuttavia, c'è da chiedersi se tale fuga sia effettiva o solo apparente: la giurisprudenza, infatti, con riferimento al contratto autonomo di garanzia ha assunto, su diversi fronti, una posizione mediana, riflesso, forse, del timore di discostarsi eccessivamente dal modello scolpito dal codice del 1942.

2. IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA E DIFFERENZE CON LA FIDEIUSSIONE.

¹ F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Dike, 2019, 205.

L'analisi relativa al contratto autonomo di garanzia deve necessariamente esordire con una breve disamina dell'istituto a partire dal quale, come già detto, è stato possibile sviluppare nella prassi contratti atipici che presidiano articolate operazioni negoziali².

Il contratto di fideiussione, in effetti, se da un lato rappresenta l'ostacolo da oltrepassare per poter accedere a una disciplina più flessibile e efficiente in campo di garanzie personali dall'altro, senza dubbio, costituisce il punto di partenza dal quale poter evincere le carenze del sistema e, dunque, le relative risposte della prassi.

Il codice civile non definisce la fideiussione ma qualifica il fideiussore come colui che garantisce l'adempimento di una obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore (art. 1936 c.c.). La *ratio* di tale negozio è quella di determinare un ampliamento della garanzia patrimoniale generica del debitore, offrendo, in tal modo, al creditore un altro patrimonio su cui rivalersi in caso di inadempimento, quello del garante. La garanzia personale in esame si contraddistingue per alcuni elementi tipici: la necessaria alterità tra debitore e garante e la natura accessoria. La fideiussione, difatti, è propriamente caratterizzata dal principio di accessorietà che trova espressione in tre corollari che rappresentano le fondamenta dell'istituto in esame: la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni opponibili dal debitore principale e la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore né può essere prestata a condizioni più onerose³. Sono questi i principi sconfessati dalla disciplina, elaborata nella prassi, del contratto autonomo di garanzia, oggetto di attento studio da parte della dottrina italiana e di aperti scontri pretori.

Con il contratto autonomo di garanzia il garante, per effetto di un mandato con il debitore, si impegna nei riguardi del creditore ad effettuare una determinata prestazione nell'evenienza in cui il debitore non adempia alle proprie obbligazioni. Il pagamento da parte del primo deve avvenire "a prima richiesta" del garantito e presuppone la rinuncia del garante a far valere qualunque eccezione inerente al rapporto di valuta.

In particolare, l'istituto in esame implica l'esistenza di, almeno, tre rapporti⁴: il debitore, invero, incarica con un mandato (ex art. 1705 c.c.) il garante (solitamente una banca o una compagnia assicurativa) di stipulare un contratto di garanzia con il creditore e di assumere l'obbligo di pagare "a prima richiesta" una somma di denaro a vantaggio di quest'ultimo, con

² A. GEMMA, *La fideiussione bancaria a prima richiesta nei rapporti bancari in Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti di Adolfo Di Majo*, Jovene, di MAZZAMUTO, 2012, 716.

³ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 5 *La responsabilità*, Giuffrè, 2012, 488.

⁴ La garanzia autonoma, infatti, può realizzarsi, come spesso accade, con una operazione trilaterale ma ciò non implica che siano escluse fattispecie quadrangolari, si tratta delle ipotesi di c.d. controgaranzia, ovvero quando il garante è a sua volta garantito da un diverso soggetto.

lo scopo di garantire l'adempimento da parte del debitore del principale contratto intercorrente tra i due.

Le prime due questioni, affrontate da dottrina e giurisprudenza, attengono alla meritevolezza di una fattispecie atipica di garanzia nonché alla validità della stessa sotto il profilo causale, risolte le quali è stato possibile individuare le differenze rispetto alla fideiussione nonché i tratti essenziali della disciplina applicabile.

In realtà, il profilo della meritevolezza è stato affrontato dagli operatori del diritto in modo poco incisivo, spesso infatti ci si è limitati a riconoscerne esclusivamente il frequente uso nella prassi bancaria e assicurativa, confondendo, in tal modo, due piani che dovrebbero rimanere indubbiamente distinti: l'esistenza di fatto e la rilevanza giuridica⁵. Il percorso seguito dalla evoluzione giurisprudenziale non è stato lineare ed immediato, ciò è ben evidente se si considera che le Sezioni Unite del 1987⁶ nell'affermare l'ammissibilità e la validità del contratto in esame l'abbiano ricondotto alla fattispecie della fideiussione munita di clausola "*solve et repete*". Argomentando dalla natura relativa dell'autonomia caratterizzante il contratto autonomo e individuando la relativa funzione in una tutela del creditore rispetto alle lungaggini della legislazione nazionale, si ammetteva, pertanto, una accessorietà "ritardata" operante solo dopo l'adempimento della prestazione ed in sede processuale. La clausola in discorso, dunque, obbliga il fideiussore a pagare a "prima richiesta" senza poter eccepire le questioni relative al rapporto di valuta, salva restando la possibilità di sollevare le stesse successivamente in giudizio, ai fini della ripetizione dell'indebito. Diversamente, con il contratto autonomo di garanzia l'accessorietà manca anche sul piano processuale in quanto il garante non può eccepire le questioni attinenti al rapporto di valuta non solo per evitare il pagamento ma anche per ottenerne la ripetizione.

Tuttavia, a partire dalla pronuncia del 1989⁷ si è invece riconosciuta piena dignità giuridica a questo contratto, senonché il Collegio lasciava, comunque, al "sistema delle rivalse" il compito di correggere eventuali patologie sostanziali in cui si poteva incorrere, per cui ciò che veniva proclamato in via di principio in realtà trovava negazione sul piano degli effetti. Difatti, non si può ignorare che la fattispecie in esame soddisfa interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento (ex art. 1322 c.c.) rispondendo ad almeno tre necessità: liquidità immediata a beneficio del creditore principale, esclusione dall'immobilizzazione di ingenti capitali del

⁵ A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* n. 9 settembre 2010, 436.

⁶ Cass., Sez. Un., 1° ottobre 1987, n. 7341.

⁷ Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006.

debitore/mandante ed infine creazione di una posizione di assoluta terzietà del garante rispetto alle controversie intercorrenti tra debitore e creditore⁸.

La questione della meritevolezza del negozio in esame per un primo momento sembrava aver assorbito quella relativa al requisito causale di cui all'art. 1325 n.2 c.c., sebbene un simile approccio sembri ormai inaccettabile dal momento che la discussione circa l'effettiva portata dell'autonomia si collega strettamente al concetto di causa del contratto, pur operando su piani differenti.

Più in particolare, un primo orientamento, ormai risalente, riteneva il contratto autonomo di garanzia inammissibile perché nullo per difetto di causa ex art. 1325, n.2 e 1418 c.c.: era lo stesso carattere di autonomia che scindendo il negozio in esame dal rapporto di valuta lo rendeva astratto e dunque nullo. Tra coloro che in dottrina si sono occupati di tale problematica c'è chi ha ritenuto soddisfatto il requisito in esame dal semplice richiamo dello scopo perseguito dalle parti e, dunque, menzionando il rapporto di valuta, altri, invece, hanno individuato la causa sufficiente dell'obbligazione del garante nella relazione intercorrente, attraverso il mandato, tra debitore e garante⁹. Gli approdi giurisprudenziali non sono stati meno variegati e nonostante si sia accolta, ormai, una nozione di causa quale funzione concreta, ancora non si è giunti ad un approdo pienamente soddisfacente. Le pronunce in materia sono, infatti, spesso sintetiche se non addirittura criptiche e spesso confondono il piano della causa con quello delle eccezioni opponibili. Spicca, tuttavia, per chiarezza espressiva una pronuncia delle Sezioni Unite del 2010¹⁰, in materia di polizza fideiussoria. Con tale sentenza il Supremo Collegio, oltre a chiarire la differente funzione svolta dal contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione tipica, individua la causa concreta del negozio in esame nel trasferimento *“da un soggetto ad un altro del rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no”*. È evidente, dunque, il carattere indennitario di tale garanzia in forza della quale il garante esegue una prestazione non necessariamente sovrapponibile a quella richiesta al debitore principale, essendo indirizzata non all'adempimento del debito principale ma a tenere indenne il beneficiario nell'ipotesi di mancata o inesatta esecuzione della prestazione. Dunque, la deviazione dal tipo legale si coglie ancora più nettamente se si considera la differente funzione perseguita dai due istituti: il contratto autonomo di garanzia, infatti, appartiene alla categoria delle c.d. garanzie di tipo indennitario o reintegratorio, mentre la fideiussione è una garanzia di tipo satisfattorio.

⁸ A. GEMMA, *La fideiussione*, cit., 720.

⁹ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 5 *La responsabilità*, Milano, 2012, 528.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

Posta tale funzione, nonostante i profili dogmatici di maggiore interesse siano quelli attinenti all'elemento causale e al carattere della accessorietà con tutte le ricadute pratiche che non si mancherà di affrontare, molte pronunce si sono concentrate sulla problematica della distinzione tra garanzia atipica e fideiussione, questione preliminare alla individuazione della relativa disciplina. A tale scopo, assume un ruolo preminente il dibattito relativo al valore assunto dalle clausole di "pagamento a prima richiesta" che di frequente si incontrano nei contratti di garanzia. A proposito di ciò, la giurisprudenza, nel tempo, si è pronunciata più volte senza però raggiungere esiti coerenti, tuttavia l'orientamento pretorio prevalente sembra essere, ormai, quello seguito dalle Sezioni Unite del 2010 che si sono pronunciate sul punto per via di un *obiter dictum*. Il Supremo Consesso ha, in tale occasione, enucleato un importante principio di diritto, più volte confermato anche recentemente, in virtù del quale l'inserimento in un contratto di fideiussione della clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale essa stessa a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, perché incompatibile con il principio di accessorietà che connota il tipo legale¹¹, salva l'evidente discrasia con il residuo contenuto del contratto. Nonostante l'orientamento sposato dall'organo nomofilattico non sono mancate pronunce di senso opposto, volte a ridimensionare il ruolo qualificatorio delle clausole in esame la cui presenza, dunque, non escluderebbe di per sé il principio di accessorietà tipico della fideiussione. Tuttavia, l'indirizzo sposato dalle Sezioni Unite appare preferibile anche nell'ottica della prevedibilità, *ex ante*, della decisione giudiziaria in caso di controversia, così da restringere l'arbitrio dell'interprete e da evitare disparità di trattamento¹². Eppure, la differenza tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione si apprezza maggiormente in relazione al regime delle rivalse e in particolare a quello delle eccezioni proponibili da garante e debitore nei confronti del creditore principale.

Ebbene, la carenza di accessorietà si traduce nell'impossibilità per il garante di opporre le eccezioni relative al rapporto di valuta, in deroga, pertanto, all'art. 1945 c.c. Tuttavia, la giurisprudenza, in più occasioni, ha attenuato la portata dell'autonomia che contraddistingue il negozio in esame ammettendo la proponibilità di determinate eccezioni inerenti al rapporto principale. In particolare, se la conclusione di un contratto autonomo di garanzia implica la rinuncia da parte del garante a opporre le eccezioni concernenti il rapporto base, comunque non si tratta di una regola che non soffre eccezioni. In diverse pronunce, infatti, la Cassazione ha ammesso la possibilità che il garante opponga le eccezioni in discussione se relative all'inesistenza del contratto principale ovvero alla nullità di quest'ultimo per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa nella eventualità in cui mediante la garanzia si miri

¹¹ Cass., Sez. Un. 18 ottobre 2010, n. 3947; Cass. civ., 27 settembre 2011, n. 19735; Cass. civ., 20 ottobre 2014, n. 22233; Cass. civ., 14 giugno 2016, n. 12152.

¹² A. GEMMA, *La fideiussione*, cit., p. 730.

a conseguire il risultato vietato dall'ordinamento¹³. Oltre alle eccezioni esperibili con riferimento al rapporto garantito è pacifico che il garante possa opporre le eccezioni personali nonché quelle espressamente previste dal contratto di garanzia (c.d. eccezioni letterali) e quelle relative alla invalidità di quest'ultimo.

Una particolare menzione, in tale contesto, merita il rimedio dell'*exceptio doli generalis*, una forma di tutela non recepita in alcuna disposizione normativa ma accolta da dottrina e giurisprudenza tutte le volte in cui si palesa l'esigenza di una più duttile applicazione delle regole formali. Per come strutturato e in ragione delle sue caratteristiche, invero, il contratto autonomo di garanzia può generare il rischio che il beneficiario della garanzia ne abusi pretendendo il pagamento nonostante manchino i presupposti sostanziali che lo legittimerebbero, approfittando, dunque, della impossibilità di opporre eccezioni relativamente al rapporto base. In tale quadro si inserisce l'eccezione di cui si discorre che, evidentemente fondata sul principio di buona fede oggettiva (art. 1175 e 1375 c.c.), è destinata a paralizzare pretese formalmente legittime ma certamente inique. L'*exceptio doli*, esperibile dal garante nei casi di escussione con dolo, mala fede e abuso, rischia, di certo, di mettere a repentaglio la rapidità e la certezza dei traffici internazionali tutte le volte in cui dello stesso se ne faccia un abuso. Per tale ragione gli operatori del diritto si sono concentrati nell'individuare dei correttivi, circoscrivendo le possibilità di azionare il rimedio in oggetto. La dottrina, invero, intervenendo su un terreno squisitamente processuale, ha circoscritto, fin da subito, la possibilità di azionare l'*exceptio* al caso di frode manifesta, ovvero tutte le volte in cui il garante sia in grado di fornire una prova "pronta e liquida" dell'abuso perpetrato dal beneficiario.

Anche la giurisprudenza non ha mancato di pronunciarsi sull'argomento in esame, esprimendo la sua adesione alla dottrina prevalente sopra richiamata¹⁴. Il comportamento del creditore tale da giustificare l'*exceptio doli* del garante deve, dunque, risultare *prima facie* abusivo, doloso o fraudolento¹⁵ sulla base di prove "pronte e liquide"¹⁶.

Il carattere relativo dell'autonomia che caratterizza la garanzia in questione è stato sostenuto principalmente da quella giurisprudenza che ha visto nella esperibilità dell'*exceptio doli generalis* un *escamotage* per permettere al garante di sollevare eccezioni relative al rapporto garantito. È chiaro che un simile approccio finisce per negare l'autonomia che il contratto di

¹³ A. GEMMA, *La fideiussione*, cit., p. 731.

¹⁴ Cass. civ., sez. I, ord. 01 ottobre 2018, n. 23927; Tribunale Roma, Sezione 17 civile Sentenza 1° marzo 2019, n. 4669.

¹⁵ F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, cit., 211.

¹⁶ Sono tre gli orientamenti giurisprudenziali sorti con riferimento alle prove c.d. "pronte e liquide": le Corti ambrosiane hanno per lo più identificato il requisito in esame con la "prova documentale", il secondo orientamento privilegia, invece, il concetto di "prova preconstituata", da ultimo, l'orientamento più recente tende a sposare un approccio meno rigoroso e ad ammettere l'*exceptio* basata su ogni mezzo istruttorio compatibile con la natura sommaria del procedimento di urgenza.

garanzia vanta rispetto alla fideiussione legale, appiattendo il primo strumento sul secondo e compiendo un pericoloso passo indietro rispetto agli approdi pretori ormai raggiunti in materia. Riconosciuta l'esperibilità dell'eccezione in questione si è posto, soprattutto in dottrina, il problema relativo al profilo della doverosità della stessa per il garante, pena l'impossibilità di agire in rivalsa per il recupero delle somme nei confronti del debitore-ordinante. La dottrina che si è pronunciata sulla questione ha ravvisato l'esistenza di un obbligo a carico del garante tutte le volte in cui si trovi in possesso di una prova liquida della frodolenza. L'obbligo in discussione troverebbe fondamento nel più generale dovere di protezione che origina dal mandato e incoraggia le parti dello stesso a raggiungere, mediante una collaborazione, l'equilibrio delle diverse posizioni contrattuali. Tuttavia, quello in discussione si è rivelato un espediente del tutto inutile considerato che i garanti, per di più banche e compagnie assicurative, preferiscono dare corso alle richieste dei beneficiari, seppure fraudolente, a costo di non pregiudicare il loro buon nome (*credit standing*)¹⁷.

Alla luce di quanto appena esposto appare evidente che l'istituto in esame altro non è che una delle molteplici manifestazioni del principio di divieto di abuso del diritto, non espressamente recepito nel nostro ordinamento ma immanente tanto nel codice civile (art. 1175 e 1375 c.c.) che in Costituzione (art. 2 e 41 c.c.).

“A prima richiesta” il garante sarà tenuto, dunque, a pagare quanto dovuto al beneficiario con il rischio, pertanto, di sopportare definitivamente il peso economico dell'operazione principale. Tuttavia, a parere di alcuni, le strade percorribili per ristabilire un equilibrio delle posizioni contrattuali sono più di una.

Anche con riferimento a tale profilo sembra necessario un rapido confronto con la fattispecie legale della fideiussione, al fine di poter cogliere meglio i punti di contatto, in particolare gli articoli di riferimento sono il 1949 e 1950 c.c. Il fideiussore che paghi il debito garantito vanterebbe due rimedi che secondo la dottrina sarebbero concorrenti ma non cumulabili. Stando alla lettera delle summenzionate disposizioni, pertanto, il garante viene immediatamente surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore ed ha regresso contro quest'ultimo.

Tornando alla fattispecie in esame, è necessario, preliminarmente, rammentare che tra il debitore principale ed il garante autonomo viene a costituirsi un rapporto di mandato senza rappresentanza ex art. 1705 c.c., in virtù del quale, il garante che ha adempiuto all'obbligo assunto con il contratto autonomo avrà diritto a essere ripagato dal suo mandante per effetto degli art. 1719 e 1720 c.c., oltre eventualmente, la corresponsione del compenso se pattuito.

¹⁷ A. GEMMA, *La fideiussione*, cit., 739.

L'azione di regresso del garante autonomo, dunque, altro non è che l'esercizio del suo credito di mandatario in base agli articoli summenzionati.

Una volta ammessa la legittimazione del garante ad agire in regresso in forza dei diritti che sono sorti dal mandato è necessario interrogarsi sulla possibilità che quest'ultimo possa surrogarsi, come accade nella fideiussione, nei diritti che il creditore poteva vantare nei confronti del debitore principale, potendo in tal modo beneficiare anche delle ulteriori garanzie reali e personali da questo ottenute. L'orientamento prevalente facendo perno sulla natura autonoma della garanzia, nega tale possibilità: il garante, invero, adempie un debito proprio, al contrario il presupposto legale della surroga è che oggetto del pagamento sia stato un debito altrui. Tuttavia, se è vero che il garante adempie un debito proprio è vero anche che al contempo paga il debito del mandante, di conseguenza l'adempimento del primo determina la liberazione del secondo. Se, dunque, la *ratio* della surroga è ravvisabile nella circostanza che l'adempimento non determina l'estinzione dell'obbligazione principale ma solo un mutamento del soggetto attivo del rapporto non si vede perché tali considerazioni non possano essere estese anche alla fattispecie del contratto autonomo di garanzia. Anche in tali ipotesi, il creditore non è soddisfatto per effetto dell'esecuzione della obbligazione principale ma in ragione dell'adempimento compiuto dal garante, di conseguenza non è sbagliato ritenere che il debitore sia ancora tenuto ad adempiere alla sua obbligazione ma, questa volta, nei confronti del *solvens* che si è sostituito al creditore¹⁸.

Per di più, ammettere la surrogazione del garante nei diritti del creditore significherebbe anche assicurare una più corretta allocazione del rischio da inadempimento e, dunque, una più ampia diffusione delle garanzie autonome per di più ponendo un freno ad eventuali comportamenti abusivi dei debitori.

3. TUTELE A DISPOSIZIONE DEL DEBITORE.

Dottrina e giurisprudenza negli anni hanno affrontato anche un ulteriore problema relativo alla figura del contratto autonomo di garanzia: la tutela del debitore a fronte di comportamenti abusivi del creditore incoraggiati da una inerzia del garante.

Come già detto, non si può parlare di un obbligo, a carico del garante, di opporre l'*exceptio doli generalis* al sussistere dei presupposti richiesti, di conseguenza se quello anzidetto risulta essere un meccanismo di tutela non solo della posizione del garante ma anche di quella del debitore a fronte di comportamenti abusivi del creditore, non rappresenta sicuramente lo strumento più efficiente dal punto di vista del mandante. Si è dunque reso necessario offrire un ulteriore mezzo di protezione della posizione del debitore principale il quale, quindi, potrà

¹⁸ F. MACARIO, *La fideiussione*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, 2009, 246 ss.

richiedere in via di urgenza (art. 700 c.p.c.) un ordine del giudice che impedisca il pagamento da parte del garante. Il mandante non potrà opporre personalmente l'*exceptio doli* che, invece, spetta esclusivamente al mandatario, tuttavia avrà la possibilità di ottenere un provvedimento giudiziale che inibisca al garante di pagare o di agire, successivamente, in rivalsa a fronte di una escussione fraudolenta. Autorevole dottrina limita le ipotesi in cui il debitore è ammesso a esperire l'inibitoria ai soli casi di illiceità del rapporto principale e di mala fede del beneficiario, disapprovando il diverso orientamento che autorizza tale rimedio sulla base di eccezioni relative al rapporto principale, realizzando una inopportuna sovrapposizione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia. Lo strumento in questione potrebbe, effettivamente, rispondere a una duplice esigenza: evitare che il debitore rimanga "stritolato" dal sistema delle rivalse¹⁹ e agevolare la banca-mandataria, da un lato evitando di compromettere il proprio *credit standing* e dall'altro sottraendola al rischio di perdere la legittimazione ad agire in rivalsa verso il debitore per aver dato corso a una escussione abusiva. Perché il debitore possa agire ex art. 700 c.p.c. è necessario che quest'ultimo dimostri il *fumus boni iuris*, ovvero la consapevolezza da parte del garante del carattere abusivo della richiesta di pagamento e il *periculum in mora*, ovvero l'inevitabilità del pregiudizio che deriverebbe dalla relativa escussione. In ordine a quest'ultimo requisito la casistica selezionata dalla giurisprudenza è molto variegata, in particolare, è stato individuato nella complessità di recuperare la somma in ragione della sua entità, nelle problematiche connesse a dimostrare i danni che l'ordinante avrebbe potuto subire o, ancora, nella difficoltà per quest'ultimo di sopportare il peso economico del pagamento nel corso del giudizio. Tuttavia, non sono mancate opinioni contrarie, seppur minoritarie, che non riconoscono questa tutela al debitore il quale non potrebbe intromettersi nei rapporti tra beneficiario e garante che, dunque, dovrebbe rimanere libero di onorare o meno la garanzia assunta, anche nella consapevolezza di una escussione abusiva. Ciononostante, è obiettabile che nella situazione appena descritta l'intrusione non si realizza direttamente ma per effetto di una decisione cautelare adottata tra altri soggetti titolari di situazioni meritevoli di tutela e, pertanto, interessati all'emissione del provvedimento di cui sopra. Fermo restando che il beneficiario potrà, a sua volta, tutelare la propria posizione chiedendo l'emanazione di un ulteriore provvedimento che modifichi o ponga nel nulla quello precedentemente adottato.

È evidente, dunque, che pur dovendo registrare una evoluzione in tale ambito, la tutela del debitore rimane in ogni caso affidata a strumenti apparentemente poco efficienti o comunque

¹⁹ A. GEMMA, *La fideiussione, cit.*, 740.

difficilmente esperibili, in quanto il debitore stesso dovrà allegare le prove che dimostrino la sussistenza dei due requisiti sopra richiamati.

4. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto appena detto è possibile, adesso, rispondere, quantomeno con riferimento allo stato dell'arte, alla domanda posta in apertura, ovvero se gli interpreti con il contratto autonomo di garanzia tentano realmente di realizzare una fuga dal modello legale. Di certo, è doveroso considerare il ruolo svolto dalla dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza più recente nel tentativo di affrancarsi dalla fideiussione ex art. 1936 e ss. I versanti su cui si è maggiormente insistito sono stati quello della struttura, che se per certi versi richiama il modello legale per altri, forse quelli essenziali, se ne discosta e quello della disciplina, attraverso la quale è stato possibile valorizzare il negozio in oggetto fino a renderlo uno strumento essenziale per non rimanere esclusi dai traffici internazionali.

Dall'altro lato è innegabile e palese l'atteggiamento dell'interprete che di fronte le incertezze tende ad appiattare il modello di cui si discute su quello positivizzato, negando sul piano degli effetti ciò che si è affermato in via di principio.

L'esigenza di certezza, pertanto, nella materia in esame, appare incontestabile, allora delle due l'una: o si procede ad una positivizzazione del contratto autonomo di garanzia che riduca l'arbitrarietà degli interpreti e le disparità di trattamento, o in alternativa si accetta che le potenzialità applicative dello stesso, ben più alte di quelle al momento prospettabili, rimangano tali e, di conseguenza, ci si rassegni a rimanere esclusi dai traffici internazionali.