

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

Lettere di patronage

Funzione della lettera di *patronage* e norme ad essa applicabili

TRIBUNALE DI ROMA 18 dicembre 2002

Pres. Grimaldi - ReL. Baccarini - Banca Nazionale dell'Agricoltura c. Fallimento Sogesco s.p.a.

Lettere di patronage - Natura - Obbligazione - Disciplina - Art. 1398 c.c. in tema di fideiussione - Applicabilità

(Art. 1938, codice civile)

I. La norma dell'art. 1938 c.c., seppur pertinente al differente istituto delle fideiussioni *omnibus*, è riferibile anche alle lettere di *patronage* cd. «forti», quali obbligazioni a carico del solo proponente ex art. 1333 c.c., stante l'applicabilità per analogia e la non derogabilità della norma ex art. 1938 c.c. quale vera norma di ordine pubblico economico.

Il Tribunale (omissis).

Appare logicamente e giuridicamente preliminare verificare se la Sogesco abbia assunto alcun impegno a garanzia delle obbligazioni della s.r.l. S. Paolo Nuove Frontiere e se tale eventuale impegno sia valido. Solo successivamente si dovrà esaminare la esistenza di un credito a favore della società opponente.

Con lettera del 5-8 luglio 1993, destinata alla BNA e acquisita in atti, la Sogesco dichiarava di essere proprietaria del 100% del capitale della s.r.l. S. Paolo Nuove Frontiere e si impegnava a rimborsare «a Vs., semplice richiesta, ogni eventuale Vs. credito verso la predetta, in dipendenza delle linee di credito accordate, qualora la società stessa venisse sottoposta a procedura concorsuale o messa in liquidazione». La società garantita è stata dichiarata fallita dal Tribunale di Foggia con sentenza n. 18 del 20 marzo 1998, per cui la BNA ritiene verificatasi la condizione prevista per l'escussione della garanzia prestata dalla Sogesco.

Occorre verificare il valore giuridico di questa dichiarazione.

Come noto, le lettere di *patronage* costituiscono fattispecie giuridica non espressamente prevista nel nostro sistema giuridico, ma largamente utilizzate nella prassi bancaria. Secondo tale prassi, con la c.d. lettera di «gradimento» o di *patronage*, il dichiarante, normalmente una società controllante, presenta all'istituto di credito un aspirante cliente (di regola, una propria società controllata) al fine di rafforzare la convinzione della banca che lo stesso farà fronte agli impegni conseguenti alla concessione di un contratto bancario di finanziamento. È evidente che una generica «raccomandazione» non avrebbe alcuna utilità, non costituendo impegno per il

dichiarante e non valendo, quindi, a indurre la banca a concedere credito. Per cui la lettera di *patronage* contiene, come nel caso, dichiarazioni vincolanti per il patrocinante. Si è ritenuto che queste dichiarazioni non siano assimilabili al contratto di fideiussione, mancando un vero contratto, poiché si tratta di obbligo assunto unilateralmente da una parte e non oggetto di accordo bilaterale. Per cui è stata spesso inquadrata nella previsione ex art. 1333 c.c. come impegno assunto da una parte, senza espressa accettazione dall'altra parte.

Il fallimento sostiene che la lettera andrebbe qualificata tra quelle c.d. «deboli», avente valore meramente informativo e di cortesia e non costituente un impegno diretto di garanzia dell'obbligazione principale che ha avuto luogo tra Banca e società garantita. In tale ottica, non ci sarebbe stato un formale impegno a garanzia del pagamento del debito, ma solamente l'impegno personale del *patronant*, quale proprietario del 100% delle quote della società affidata, a vigilare che la società rimanga in grado di assolvere pienamente agli impegni assunti. Per cui la lettera si risolverebbe in una mera comunicazione, che si limiterebbe a rafforzare la responsabilità della proprietaria del 100% delle quote affinché l'altra società venga amministrata nel modo migliore.

Simile tesi appare limitativa di un preciso impegno assunto. La Sogesco, infatti, non si è limitata ad un generico impegno circa la buona gestione amministrativa della S. Paolo Nuove Frontiere ma ha dichiarato *expressis verbis* di impegnarsi a soddisfare eventuali crediti della BNA lasciati insoluti dall'altra società, in caso di fallimento.

Non appare possibile attribuire altro significato alla clausola riportata, che non solamente indica un preciso e definito impegno, ma altresì utilizza le formule proprie dei contratti di fideiussione, chiarendo che l'impegno

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

viene assunto dietro «semplice richiesta» del creditore, ovvero garantendo di non voler muovere possibili eccezioni. La circostanza, poi, che l'impegno sia circoscritto a ipotesi precise e limitate («qualora la società stessa venisse sottoposta a procedura concorsuale o posta in liquidazione»), ne conferma il carattere di garanzia: infatti, se si volesse ritenere trattarsi di un semplice impegno alla corretta gestione dell'altra società, non avrebbe significato limitare l'impegno a tali ipotesi, che, peraltro, costituiscono serio pericolo che la debitrice non possa più adempiere i propri impegni. Mentre assume sicuro significato che in questi casi, ovvero quando la debitrice diventi insolvente (per definizione nel fallimento, mentre per il caso di liquidazione è evidente come il divieto di nuove attività e le modalità per il pagamento dei debiti limitino la possibilità della BNA per la pronta riscossione del debito), e solo in questi, esiste la responsabilità concorsuale della Sogesco.

Si può ritenere, quindi, che la Sogesco abbia qui assunto un impegno con obbligazioni a carico del solo proponente ex art. 1333 c.c. (Trib. Bologna 14 settembre 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 190, II, 252 ss.; Trib. Milano 22 giugno 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 259 ss.; Cass. 27 settembre 1985, n. 10235; *contra* Cass. 3 maggio 1985, n. 2979), che la BNA ha accettato concedendo il finanziamento alla società controllata S. Paolo, fra l'altro per un importo notevole, di cui, essendosi verificata la condizione indicata nell'impegno la Sogesco sarà tenuta a rispondere solidalmente per i debiti impegnati della controllata.

Si conclude, quindi, che la lettera dimostra una sicura volontà, da parte della Sogesco, di costituirsi garante a favore della BNA, per i debiti della società garantita.

Si tratta di impegno diretto a rafforzare le garanzie del creditore, quindi a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 1322, secondo comma, c.c.; Cass. n. 10235/1995).

Il fallimento contesta, peraltro, la invalidità della assunzione di garanzia in quanto *omnibus*. Ovvero, la Sogesco si è impegnata a pagare i debiti della S. Paolo senza limite, e simile accollo risulterebbe in contrasto con la previsione dell'art. 1938 c.c. che richiede, per la valida assunzione di obbligazione futura, che sia indicato l'importo massimo garantito (art. 1938 come novellato dalla L. 17 febbraio 1992, n. 154, come noto entrata in vigore nel luglio 1992, ovvero prima delle lettere di *patronage* in esame).

L'obiezione appare fondata, considerata anche la applicabilità per analogia e la non derogabilità della norma ex art. 1938 c.c. quale vera norma di ordine pubblico economico.

Invero se la legge ritiene non possibile la cd. *fidejussione omnibus*, ovvero l'assunzione da parte di un terzo di tutti i debiti del garantito, senza limite, deve ritenersi che tale divieto valga anche per le promesse unilaterali ex art. 1333. Non si vede, infatti, ragione per derogarvi, mentre la stessa funzione della lettera di *patronage* come so-

pra descritta (garantire una maggiore tutela dei diritti del terzo) implica che il rafforzamento della garanzia per i diritti del terzo non possa giungere a risultati inibiti dall'ordinamento. Sarebbe, altrimenti, facile aggirare tale divieto chiedendo ai garanti di impegnarsi ex art. 1333, piuttosto che con fidejussione. Per cui deve ritenersi che la norma dell'art. 1938, seppure diretta a differente istituto, costituisca principio generale della materia applicabile anche ad impegni di natura ed esiti analoghi, seppure fondati su differenti fattispecie negoziali. Non è dubbio, poi, che la norma appartenga all'ordine pubblico economico della disciplina, sancendo principi non derogabili dalle parti e che si debbono imporre persino sulla diversa volontà dell'una delle parti o di entrambe.

Né in questo modo viene meno la garanzia, poiché le banche potranno ben chiedere lettere di *patronage* con indicazione di garanzia limitata, oppure dichiarare *ab origine* il limite di simile garanzia.

Si potrebbe discutere circa la possibilità di applicare per analogia i correttivi posti in materia di fidejussione ex art. 1938 c.c., per evitare la declaratoria di invalidità della garanzia. Cosicché la indeterminatezza della garanzia unilateralmente assunta con la lettera di *patronage* non costituirebbe di per sé nullità nei casi e nei limiti in cui sia individuabile *ex origine* l'entità dell'indebitamento che si vuole garantire. Ma nel caso in esame non appare possibile tale individuazione, dato il contenuto generico della lettera di *patronage* e non risultando diverse comunicazioni tra le parti, nemmeno puramente ricognitive.

Si deve concludere per la invalidità delle lettere di *patronage*, non essendo determinato il limite di concessione di garanzia, sia pure assunta ex art. 1333 c.c. Né si tratta di questione formale, considerata l'entità dell'indebitamento della società garantita, come in atti. In atti nemmeno si ravvisano, infine, elementi che possano far ritenere l'entità di un previsto indebitamento desumibile *altrunde*.

Di fronte a tale contestazione, l'attrice eccepisce che mantengono vigore le fidejussioni *omnibus* sottoscritte prima dell'entrata in vigore della L. n. 154/1992. Ma la lettera di *patronage* è del luglio 1993, ovvero successiva alla vigenza dell'art. 10, L. n. 154, entrata in vigore il 9 luglio 1992. Né viene indicata alcuna ragione per una retrodatazione della sua efficacia.

Si deve ritenere, quindi, invalida l'assunzione di impegno esistente nella lettera di *patronage*, in quanto operante in contrasto con norma di ordine pubblico. Non è poi dubbio che la curatela debba eccepire la invalidità, come ha fatto, per la tutela degli altri creditori.

Per mera completezza ed amore di discussione si nota che, seppure si fosse ritenuta la lettera di *patronage* valida, ugualmente si sarebbe dovuto giungere al rigetto della domanda per mancanza di alcun idoneo calcolo del preteso debito del soggetto falli-

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

to. Infatti, gli estratti conto e gli estratti di saldo conto non valgono a dimostrare e quantificare l'esatta ampiezza del debito; né sono stati prodotti altri elementi idonei per determinare il debito (...).

Come noto, gli estratti di saldo conto, o gli estratti conto, costituiscono documenti adeguati per ottenere l'emissione di un decreto ingiuntivo (art. 635 c.p.c.), mentre per l'ammissione allo stato passivo del credito occorre fornire migliore prova del credito, quali: la produzione dei contratti regolanti i rapporti e la documentazione completa dimostrane l'andamento degli stessi sino alla data di maturazione del credito invocato.

Quindi, seppure si fosse ritenuto l'impegno di garanzia valido, ugualmente si sarebbe dovuto rigettare la domanda, in mancanza di adeguata prova del credito. Circonstanza, peraltro, già rilevata dalla curatela e dal c.d. nel provvedimento di non ammissione del credito allo stato passivo, in sede di verifica tempestiva dei crediti.

È vero che la BNA aveva chiesto l'eventuale svolgimento di perizia per l'esatta determinazione dei crediti (ovvero per verificare il corretto andamento dei rapporti

di conto corrente e di finanziamento), ma tale richiesta è stata tardiva, ovvero successiva alle richieste ex art. 184 c.p.c. e dopo che il G.I., con ordinanza riservata del 9-13 marzo 2001, aveva ribadito la insufficienza della prodotta documentazione a dimostrare i crediti invocati. Peraltro, come premesso, il Tribunale non ha dovuto valutare se ammetterla comunque, dato che il rigetto della domanda deriva dalla invalidità del prestato impegno di garanzia.

È appena il caso di evidenziare come, nella domanda di insinuazione del credito del 13 maggio 1999, la BNA, pur dando atto di avere ricevuto parziale rimborso del credito da altri fidejussori (Agricola e altri), per oltre 4.355 milioni, non appare avere detratto le somme dalla odierna richiesta (così risulterebbe da un facile calcolo aritmetico e, comunque, non ha indicato di averlo fatto e in quale modo). Per cui l'eventuale ammissione sarebbe potuta avvenire solamente per il credito residuo.

Si conferma il rigetto della domanda di ammissione. (omissis).

IL COMMENTO

di Florestano Funari

I. Un ente creditizio ricorre ex art. 98 l. fall. in seguito al rigetto dell'istanza di ammissione al passivo di un fallimento per un credito derivante dalla garanzia rilasciata dalla fallita all'istituto di credito ricorrente attraverso una lettera di *patronage*. La procedura, costituitasi, eccepisce la mancata prova del credito e contesta la capacità del documento di costituire valida garanzia.

La sentenza in esame offre lo spunto per una breve analisi sulla funzione della lettera di *patronage* e sulle problematiche ad essa connesse; la possibilità, ammessa dal Tribunale di Roma, di applicare alla figura in esame i limiti previsti per la fideiussione *omnibus*, permette di prendere in considerazione, in parallelo, anche altre forme di garanzia del credito normalmente utilizzate nella prassi commerciale.

Lettere di *patronage*: efficacia e tipologie

In difetto di una espressa disciplina legislativa, con la denominazione di lettere di *patronage* vengono comunemente individuati quei documenti rilasciati, ad una banca od ad altro creditore, da un soggetto (detto *patronnant*) al fine di ottenere un finanziamento a favore di altra società (il più delle volte una società controllata dalla stessa). Normalmente il *patronnant* - dopo aver chiarito la propria posizione e la propria influenza (in quanto, per esempio, titolare di un pacchetto azionario) rispetto ad una società, in favore della quale si chiede di concedere, mantenere in essere, prorogare un finanziamento - rilascia dichiarazioni di diversa natura. Il

contenuto della lettera di *patronage* può esser il più vario, dalla mera dichiarazione di scienza alla vera e propria assunzione di un obbligo giuridico.

Nella prassi questo strumento viene adoperato prevalentemente da gruppi di società e multinazionali, in cui la capogruppo adotta tale forma di garanzia al fine di ottenere assistenza finanziaria per la propria controllata, senza dover ricorrere alle usuali forme di garanzia disciplinate dal codice civile.

È evidente che l'efficacia della lettera di *patronage* risiede innanzitutto nella autorevolezza e solidità patrimoniale del *patronnant*. Il credito è così accordato sulla base del rapporto di fiducia già sussistente con la società garante, determinato assai spesso dalla preesistenza di rapporti tra l'istituto di credito ed il *patronnant*; poggia, poi, su una serie di informazioni approfondite circa la capacità imprenditoriale della richiedente a cui si aggiunge l'ampio credito goduto dalla controllante in termini di solidità finanziaria ed economica.

Di norma il *patronnant* preferisce il ricorso a questa forma atipica di garanzia, spesso caratterizzata dal ricorso ad espressioni volutamente generiche e sfumate (1), per ottenere una serie di vantaggi inesistenti nelle garanzie

Nota:

(1) Alcuni autori hanno inquadrato le lettere di *patronage* nell'ambito dei rapporti di cortesia, privi quindi di impegnatività giuridica. Cfr. Chiomenti, *Le lettere di conforto*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 346 ss.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

legalmente disciplinate. Per esempio: la stipulazione di garanzie è normalmente riservata dall'atto costitutivo della società al consiglio di amministrazione della società, mentre nel caso del *patronage* è possibile che la sottoscrizione della lettera avvenga anche ad opera di un amministratore delegato. Inoltre, secondo l'art. 2424, secondo comma, c.c. è obbligatorio iscrivere in bilancio le obbligazioni di garanzia prestate, intendendosi con ciò le forme di garanzia previste dalla legge: la lettera di *patronage*, nei casi in cui assuma una determinata connotazione non propriamente obbligatoria, rimane estranea all'obbligo previsto dalla citata disposizione, evitando così un appesantimento del passivo o, comunque, i disagi collegati ad una scomoda pubblicità di un rapporto di fiducia che non influisce sul bilancio sociale. In ogni caso, è interessante tenere presente anche che per il sistema bancario le lettere di *patronage* rientrano nella cd. «area di censimento» della centrale dei rischi laddove siano redatte in forma impegnativa (2). Restano, invece, escluse dalla rilevazione le lettere di *patronage* che abbiano natura meramente dichiarativa del rapporto di partecipazione della società controllante.

Il giudice di legittimità in una sentenza (3) destinata a rappresentare un punto di svolta in materia, ha elaborato la distinzione fra lettere di *patronage* cd. «impegnative» o «forti» e lettere di *patronage* cd. «informativa» o «deboli», specie affine al cd. *patto d'onore* (4).

Chiarisce il giudice di legittimità che «sono considerate lettere «deboli» quelle con le quali il *patronnant* informa l'istituto finanziatore a riguardo del controllo e dell'influenza esercitata sulla patrocinata; a tale contenuto spesso si accompagna un impegno del *patronnant* di informare l'ente finanziatore delle eventuali modifiche di tali rapporti, nonché la dichiarazione avente per oggetto le politiche di assistenza o controllo normalmente svolte a favore della patrocinata.

Tali lettere tendono a garantire il beneficiario contro i rischi dipendenti da mutamenti della sfera organizzativa interna del soggetto finanziato. Sono considerate lettere «forti» quelle con le quali il *patrocinante* assume nei confronti del beneficiario una o più obbligazioni volte a trasferire sul *patronnant* il rischio dell'insolvenza della società finanziata. Le lettere dichiarative dello status di unico azionista hanno come contenuto una dichiarazione con la quale il *patronnant* afferma di essere unico azionista della società patrocinata al fine di dare certezza alla banca circa l'esistenza di una sua responsabilità totalitaria per l'ipotesi di insolvenza della controllata.»

La dottrina (5) ha sviluppato ulteriormente le varie ipotesi di lettera di *patronage*, diversificando a seconda che si tratti di:

1) *dichiarazione di consapevolezza*: il *patronnant* attesta di essere al corrente del rapporto di finanziamento in essere o futuro tra banca e società controllata;

2) *dichiarazione di approvazione*: il *patronnant* dichiara di approvare questo rapporto di finanziamento;

3) *dichiarazione cosiddetta confermativa del controllo*: il *patronnant* rende edotta la banca delle percentuali del

pacchetto azionario della controllata possedute dalla società madre, specificando, inoltre, se il controllo sia totalitario, maggioritario o minoritario;

4) *dichiarazioni informative*: il *patronnant* comunica alla banca finanziatrice informazioni utili sul conto della società controllata;

5) *dichiarazioni cosiddette di «policy»*: il *patronnant* rilascia informazioni per lo più generiche e di vario tenore, cercando di non coinvolgere aspetti prettamente contrattualistici (ad esempio «è nostra politica adoperarci perché nessun istituto, in nessun paese, incorra in qualche perdita per essere entrato in rapporto d'affari con una nostra controllata o collegata»); può riguardare anche aspetti quali assicurazioni di continuità di assistenza gestionale, finanziaria, tecnologica prestata a favore della società controllata;

6) *dichiarazione di futuro mantenimento della partecipazione*: il contenuto di tale lettera può essere eterogeneo: il *patronnant* si impegna a) ad avvisare la banca di eventuale cessione, totale o parziale, della propria partecipazione; oppure b) a subordinare detta cessione al consenso della banca; oppure infine c) a non cedere affatto il pacchetto azionario detenuto;

7) *dichiarazione di obblighi*: il *patronnant* assume specifici obblighi nel caso in cui avvenga appunto la cessione della partecipazione nella società controllata (per esempio l'assicurazione che in detta ipotesi verranno concordate delle normali garanzie legalmente previste oppure l'impegno a rifondere all'istituto di credito la somma da questo erogata, in caso di cessione del pacchetto azionario);

8) *dichiarazione di influenza*: il *patronnant* si impegna ad esercitare la propria influenza o un controllo sulla società controllata, in maniera tale che quest'ultima sia in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni;

9) *dichiarazione di cosiddetto divieto di svuotamento*: il *patronnant* si impegna a non compromettere la situazione finanziaria della controllata, tramite sottrazione di risorse o con particolari politiche gestionali;

10) *dichiarazione di generale mantenimento della solvibi-*

Note:

(2) Già con lettera circolare del 27 aprile 1973, n. 66, la Banca d'Italia aveva stabilito che l'obbligo di segnalazione, alla voce «garanzie ricevute» sussiste quando le lettere di *patronage* sono redatte «secondo un testo di concreta efficacia obbligatoria» che assume la forma di «vera e propria garanzia personale» perché in tal caso «pur non identificandosi con alcuna delle tipiche forme di garanzia a favore di terzi espressamente previste dalla legge, sono egualmente produttive di effetti giuridici e possono nella sostanza ricondursi allo schema fideiussorio - pur differenziandosi nei presupposti».

(3) Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1683 e ss.; la sentenza è stata aspramente criticata da Galgano, *Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche*, in *Contr. impresa*, 1996, 9 ss.

(4) Cfr. Musy, *L'art. 1333 c.c. e le lettere di patronage cosiddette «forti»*, in *Giur. it.*, 2001, 2254.

(5) Atti, *Il patronage e i gruppi di società: la fattispecie e il valore giuridico*, in *Contr. impresa*, 1985, 878 ss.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

lità: il *patronant* si impegna a che la controllata sia sempre in grado di far fronte ai propri obblighi;

11) *dichiarazione di assicurazione dell'adempimento*: il *patronant* assicura all'ente di credito l'adempimento della controllata.

12) *dichiarazioni concernenti la futura disponibilità di mezzi della controllata*: tale gruppo contempla una molteplice casistica di ipotesi, dal caso in cui il *patronant* si impegna a mantenere la controllata in condizioni per cui essa potrà rimborsare la banca (cd. dichiarazioni di solvibilità finalizzata al rimborso), a quello in cui si impegna a mantenere o a procurare una certa disponibilità finanziaria (cd. dichiarazione di mantenimento della consistenza capitalistica o patrimoniale), a quello ancora in cui si impegna ad evitare perdite alla banca in relazione al contratto di finanziamento in oggetto (cd. dichiarazione di assunzione del rischio delle perdite).

13) dichiarazioni che ricalcano modelli legali tipici come la fideiussione o il mandato di credito (anche con riferimento alla terminologia adottata).

La classificazione sopra riportata è stata ricondotta, fondamentalmente, a tre macrogruppi: i primi quattro casi rientrerebbero nell'ambito delle lettere di *patronage* deboli, aventi funzione informativa; un secondo gruppo (6-9), una sorta di *tertium genus* rispetto alla tradizionale bipartizione, includerebbe le ipotesi in cui la società emittente si assume una serie di impegni finalizzati a rassicurare la banca della bontà dell'affare da concludersi; infine l'ultimo gruppo (10-13) abbraccerebbe l'ambito delle dichiarazioni forti, aventi spesso natura contrattuale e riconducibili a specifiche fattispecie. Quanto all'ipotesi *sub* 13), osserva la dottrina che si tratterebbe di una forma ibrida di lettera di *patronage*, atteso che il fenomeno del *patronage* nasce proprio per evitare il ricorso a forme di garanzia tipiche quali la fideiussione e il mandato di credito: di conseguenza le dichiarazioni che ricalcano pedissequamente il modello legale di queste fattispecie non farebbero ontologicamente parte dell'ambito in questione per rientrare nelle diverse fattispecie tipiche previste dal codice civile in tema di garanzie.

Quanto alle ripercussioni in tema di responsabilità, le dichiarazioni contenute in lettere di *patronage* «deboli» riconducono ad un'eventuale responsabilità del *patronant* alla stregua dei principi sanciti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. in tema di responsabilità precontrattuale o, forse, in alcuni casi in termini generali di responsabilità aquiliana. Il garante, infatti, agevolando con il proprio intervento il convincimento del creditore ad erogare il finanziamento, crea ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione.

È senz'altro pacifica (6), invece, la natura contrattuale della responsabilità derivante dall'inadempimento della garanzia assunta attraverso una lettera forte.

Differenze rispetto ad altre forme di garanzia

Può essere utile, al fine di meglio comprendere poi le argomentazioni della sentenza in esame (anche per le

perplexità che di seguito si riporteranno circa la classificazione del documento esaminato dal Tribunale romano quale effettiva lettera di *patronage*), valutare le differenze principali che distinguono la lettera di *patronage* dalle altre forme di garanzia personale. In primo luogo, tornando alla già citata sentenza della Cassazione del 1995, la funzione del documento rilasciato dal *patronant* «non è tanto quella di «garantire» l'adempimento altrui, nel senso in cui tale termine viene assunto nella disciplina della fideiussione e delle altre garanzie personali specificamente previste dal legislatore (nelle quali il «garante» assume l'obbligo di eseguire la [stessa] prestazione dovuta dal debitore) quanto quella di rafforzare nel (futuro) creditore, cui la dichiarazione è indirizzata, il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni». Ciò in linea con la previsione dell'art. 1937 c.c. (Manifestazione della volontà) che «la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa».

La lettera di *patronage* va dunque distinta dalla fideiussione, sia dal punto di vista formale che da quello sostanziale: «La fideiussione nel nostro codice non esaurisce tutta l'area dei negozi che hanno causa di garanzia e che sono costitutivi di un vincolo obbligatorio, anziché di carattere reale; inoltre, in base all'art. 1937 c.c. la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa: per esservi fideiussione non è sufficiente la volontà di obbligarsi (questo infatti è requisito necessario di ogni negozio) bensì occorre che tale volontà sia diretta verso un particolare contenuto del negozio, corrispondente a quello legislativamente tipico della fideiussione» (7); inoltre, mentre nella fideiussione il garante assume l'obbligo di eseguire la prestazione dovuta dal debitore principale, la funzione propria della lettera di *patronage* va ravvisata nel tentativo di rafforzare nel creditore il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni (8).

La giurisprudenza (9), peraltro, ha da tempo oramai abbandonato la possibilità di ricondurre la lettera di *patronage* alla ipotesi della promessa del fatto del terzo. Nel caso, infatti, del *patronage* si è di fronte ad un impegno che la controllante si assume in proprio, relativamente ai propri rapporti con la controllata; in proposito si è anche osservato (10) che se si trattasse di promessa del terzo si avrebbe una sorta di trasferimento del ri-

Note:

(6) Cass. 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it.*, 2001, 2254.

(7) Figone, *Obblighi della società patronant*, in questa Rivista, 1996, 289.

(8) Rileva la dottrina che «quello della estraneità delle lettere di *patronage* al campo della fideiussione è uno dei pochi fermi della giurisprudenza in materia» stante la mancata assunzione da parte del garante della obbligazione di adempiere la stessa prestazione dovuta dal debitore principale: Acerbis, in *Contratti*, 1999, 245.

(9) Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 396; Trib. Milano 22 giugno 1995, *ivi*, 1997, II, 396.

(10) Cfr. Mazzoni, *Le dichiarazioni di patronage*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, in *Atti del convegno di Camerino*, 1977, AIDC, a cura di Verucosi, Milano, 1978, 78.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

schio (i.e. l'inadempimento della controllata) dall'ente creditizio al *patronant*.

La decisione del Tribunale di Roma

Val la pena soffermarsi sull'*iter* argomentativo seguito dal Tribunale evidenziando i punti salienti dello stesso.

Inizialmente si richiama il contenuto della lettera di *patronage*, dove il *patronant* comunicava all'ente creditizio di possedere l'intero capitale sociale e s'impegnava a rimborsare «a Vs. semplice richiesta, ogni Vs. eventuale credito verso la predetta, in dipendenza delle linee di credito accordate, qualora la società stessa venisse sottoposta a procedura concorsuale o messa in liquidazione».

Dopo aver brevemente distinto fra lettere di *patronage* a contenuto informativo e dichiarativo, il tribunale sembrerebbe escludere la riconducibilità del documento in questione alla fideiussione, pur non esplicitando le considerazioni di carattere sistematico sottese a tale scelta. Prosegue, poi, inquadrando la lettera di *patronage* in questione nell'ambito delle lettere «forti», posto che la società *patronant* «ha dichiarato expressis verbis di impegnarsi a soddisfare eventuali crediti della BNA lasciati insoluti dall'altra società in caso di fallimento».

Riscontra, però, lo stesso Tribunale che la formulazione adottata dal *patronant* nella redazione della lettera riporta alle formule proprie dei contratti di fideiussione (assunzione dell'impegno dietro semplice richiesta del creditore, impegno a non muovere possibili eccezioni, circoscrizione a casi limitati e specifici della garanzia prestata).

Nella concessione del finanziamento - rileva il Tribunale - starebbe l'accettazione della proposta formulata dalla società garante nella lettera di *patronage*.

Il Tribunale affronta ed accoglie, poi, (ciò costituisce un ulteriore tema affrontato dalla sentenza in esame) la contestazione sollevata dalla procedura per cui la garanzia prestata sarebbe invalida in quanto *omnibus*. Ritiene il Tribunale che la disciplina delle fideiussioni *omnibus* possa essere applicabile per analogia alla fattispecie in esame, attesa l'inderogabilità dell'art. 1938 «quale vera norma di ordine pubblico economico». In caso contrario si ammetterebbe la possibilità di aggirare la preclusione imposta dalla novella della L. n. 154/1992 all'art. 1938 attraverso altra forma di garanzia non codificata.

Da ciò il Tribunale ricava che il divieto di prestare garanzie illimitate debba valere, oltre che per le fideiussioni (come espressamente previsto dal novellato art. 1938 c.c.) anche per le lettere di *patronage* «forte» con contenuto generico, con conseguente invalidità del documento esaminato in corso di giudizio.

La lettera di *patronage* quale contratto con obbligazione del solo proponente

La sentenza del Tribunale romano muove dal principio assiomatico per cui la lettera di *patronage* sia senz'altro applicabile la disposizione dell'art. 1333 c.c.

Del resto, il contratto con obbligazioni del solo pro-

ponente non è certo estraneo, in via generale, alla figura della fideiussione: illustre dottrina (11) cita come esempio di obbligazione del solo proponente proprio la fideiussione sostenendo, quindi, che per la perfezione del contratto sia sufficiente il contegno omissivo del destinatario che non respinga la risposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o degli usi. Nello stesso senso la giurisprudenza (12), unanimemente orientata a riconoscere che «La proposta di un contratto avente ad oggetto l'assunzione di garanzia fideiussoria, a titolo gratuito, da parte del proponente, non rifiutata dal creditore, non richiede per il suo perfezionamento l'accettazione espressa di quest'ultimo, essendo diretta a concludere un contratto dal quale derivano obbligazioni per il solo proponente.».

Tuttavia la sussunzione della lettera di *patronage* nell'alveo degli istituti giuridici tradizionalmente contemplati dal codice civile è stata oggetto, in passato, di vivaci dibattiti.

A parte una corrente giurisprudenziale minoritaria volta a ricondurre la lettera di *patronage* allo schema della promessa del fatto del terzo (13), fondamentalmente tale garanzia atipica è stata alternativamente considerata sia come una promessa unilaterale sia come un contratto vero e proprio (14).

Per certa giurisprudenza, infatti, la lettera di *patronage* costituiva una promessa unilaterale seppur atipica (15): il limite della tipicità delle promesse unilaterali imposto dall'art. 1987 c.c. veniva superato sia richiamando la relazione al progetto del libro del codice civile «Obbligazioni e contratti» in cui si prevede che la disposizione «non va intesa nel senso che i casi nei quali la legge riconosce effetti obbligatori alla promessa unilaterale siano soltanto quelli contemplati nel titolo quarto del libro delle obbligazioni» sia - soprattutto - argomentando che «esiste nel codice civile una disposizione [...] dalla quale è possibile arguire che, nel nostro ordinamento, i rapporti giuridici con obbligazioni a carico di una sola delle parti possono costituirsi per ef-

Note:

(11) Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XII, 1985, 524.

(12) Cass. 26 maggio 1997, n. 4646, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 839. Nello stesso senso Cass. 26 maggio 1997, n. 4646, in *Giur. it.*, 1998, 1135; Cass. 1 ottobre 1993, n. 9777, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1536; Cass. 27 gennaio 1992, n. 863, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, 1.

(13) Cfr. Trib. Monza 12 ottobre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2979; Trib. Milano 30 maggio 1983, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 333; Trib. Milano 10 maggio 1979, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 780.

(14) Così App. Roma 15 giugno 1998, in *Contratti*, 1999, 234 ss. dove si afferma che «la promessa contenuta nella lettera a contenuto «impegnativo» è stata inquadrata sia tra i contratti con obbligazioni per il solo proponente, che si conclude per il solo fatto del mancato rifiuto della proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, che tra le promesse unilaterali, che a questi fanno da contraltare, nel campo degli «atti idonei» a produrre obbligazioni, previsti dall'art. 1173 c.c.».

(15) Cass. 3 aprile 2001, n. 4888, citata. Autorevole dottrina, pur aperta ad una lettura in chiave innovativa dell'art. 1987 c.c., ha condivisibilmente ritenuto uno «pseudo - problema» la qualificazione della lettera di *patronage* quale «promessa unilaterale atipica» o «contratto (unilaterale) atipico»: Mazzoni, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986, 122.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

fetto della sola volontà dell'obligato, salvo il potere di rifiuto del beneficiario (art. 1333)».

Senza spiegare l'applicabilità dell'art. 1333 c.c., previsto per i contratti, alla fattispecie delle promesse unilaterali, comunque la giurisprudenza aderiva alla tesi per cui la portata del menzionato articolo dovesse trovare applicazione nell'ambito della lettera di *patronage* intesa quale promessa unilaterale (seppur atipica).

Altra autorevole dottrina (16) ha invece qualificato esplicitamente la lettera di *patronage* come contratto (17) con causa di garanzia e struttura e tipo diversi dalla fideiussione, con applicazione conseguente dell'art. 1333 c.c. in forza del quale sono ammissibili «*modi di formazione diversi e concomitanti rispetto al classico schema di consenso positivamente manifestato con l'accettazione della proposta*».

A prescindere dalle suddette considerazioni sistematiche in ordine alla lettera di *patronage*, ciò che ora risulta utile, al fine di valutare appropriatamente la sentenza in esame, è il pacifico richiamo all'operatività dell'art. 1333 c.c. quando si considerino questo genere di garanzie atipiche.

Il convincimento del Tribunale poggia oggi sulle pronunce di una giurisprudenza oramai unanimemente orientata nell'ammettere l'estensibilità dello schema negoziale dell'art. 1333 c.c., anche ad ogni promessa gratuita, con obbligazioni a carico del solo proponente come accade nella lettera di *patronage*, in quanto nella particolare ipotesi contemplata dall'articolo in esame, il rapporto può costituirsi senza bisogno di accettazione espressa e quindi anche per effetto di un atto unilaterale; si riconosce oramai pacificamente, quindi, che «*la lettera di patronage con la quale il patrocinante assume degli impegni nei confronti del creditore, rientrando nello schema negoziale delineato dall'art. 1333 c.c., non richiede per il suo perfezionamento l'accettazione espressa dell'oblatore. Pertanto, una volta intervenuta la proposta (irrevocabile quando sia giunta a conoscenza del destinatario), la conclusione del negozio è impedita solo dal rifiuto*» (18).

La fideiussione *omnibus*

Appare, poi, interessante evidenziare il fatto che la sentenza in esame, ha ritenuto applicabile la disciplina delle fideiussioni *omnibus* alla lettera di *patronage*.

Com'è noto, con il termine di fideiussione *omnibus* s'intendono quelle garanzie personali prestate generalmente ad una banca in relazione ad una o più obbligazioni di qualsiasi natura, dirette o indirette, presenti e future che gravano (o graveranno) sul debitore principale o su chi gli sia successivamente subentrato.

La figura in questione è stata creata dalla prassi bancaria e si è affermata per la possibilità di fornire una massima garanzia al creditore.

Prima dell'entrata in vigore della L. n. 154/1992 (al cui art. 10, come di seguito meglio si chiarirà, è dovuta la riforma dell'istituto), l'importo per cui il fideiussore si obbligava poteva essere illimitato, né occorre la detta-

gliata identificazione delle operazioni bancarie da cui derivava l'esposizione garantita. Il fideiussore rispondeva, pertanto, in maniera illimitata senza che fosse previsto un *plafond* massimo e senza che venissero preventivamente determinate le operazioni da cui si sarebbe potuto creare o quanto meno incrementare il debito garantito dalla fideiussione. Detta prassi esponeva il garante a rischi non prevedibili al momento del rilascio della garanzia.

Una prima scossa all'ampio ricorso alla figura delle fideiussioni *omnibus* provenne proprio dall'A.B.I che, con la circolare n. 20 del 17 giugno 1987 relativa all'opportunità di inserire negli schemi contrattuali l'indicazione dell'importo massimo garantito, realizzò delle modifiche agli schemi contrattuali della fideiussione, fissandoli in cinque modelli-tipo:

- a) a garanzia delle obbligazioni bancarie (con determinazione dell'importo massimo garantito);
- b) a garanzia delle operazioni bancarie (senza limitazione di importo);
- c) a garanzia di apertura di credito per importo determinato;
- d) a garanzia dello sconto o della negoziazione in effetti cambiari;
- e) a garanzia di operazioni varie comportanti rischi.

Sul finire degli anni ottanta, l'orientamento del giudice di legittimità, emerso attraverso alcune pronunce (19) volte a salvaguardare la buona fede nell'esecuzione del contratto, spianò la strada per un successivo ridimensionamento dell'ambito di applicazione delle fideiussioni *omnibus*; in particolare, statui il Supremo Collegio, sul creditore incombeva un obbligo di salvaguardia, concretizzantesi nel dovere di tutelare la posizione del fideiussore evitando di aggravare l'esposizione debitoria nelle ipotesi in cui fosse certa l'insolvenza del debitore principale.

Tali pronunce recepivano la diffidenza verso questa figura di garanzia manifestata dalla dottrina (20) per la difficile conciliabilità con la previsione dell'art. 1346 c.c. in ordine alla liceità, determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto. La critica per cui il contratto di fideiussione *omnibus* fosse nullo ex art. 1418,

Note:

(16) Cfr. Mazzoni, *op. cit.*, 123.

(17) Così anche in diritto comparato, cfr. Mazzoni, *op. cit.*, 114.

(18) Cass. 3 aprile 2001, n. 4888, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 680; inoltre, nello stesso senso Cass. 25 settembre 2001, n. 11987, in *Studi in Juris*, 2002, 393; App. Roma 15 giugno 1998, in *Giust. civ.*, 1999, 125; Trib. Palermo 18 gennaio 2000, in *Danno e resp.*, 2002, 643; Trib. Torino 11 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1445; Trib. Milano 22 giugno 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 396.

(19) Cass. 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 275; Cass. 20 luglio 1989, n. 338, in *Foro it.*, 1989, I, 3100 ss.; Cass. 20 luglio 1989, n. 3386, *ib.*; Cass. 20 luglio 1989, n. 3388, in *Giust. civ.*, 1990, I, 395.

(20) Cfr. Stolfi, *In tema di fideiussione generale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 529; Valcavi, *Se ed entro quali limiti la fideiussione omnibus sia invalida*, in *Foro it.*, 1985, I, 507.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

secondo comma, c.c. per indeterminazione o indeterminabilità dell'oggetto della prestazione, veniva tuttavia aggirata da quella corrente di pensiero (21) che riteneva invece superabile tale obiezione attraverso il principio della determinabilità *per relationem* dell'oggetto contrattuale. Sarebbe stato, così, possibile circoscrivere l'oggetto della fideiussione facendo riferimento a parametri oggettivi quali l'attività creditizia normalmente esercitata a favore di quel debitore, che, in quanto regolata da rilevanti e specifiche disposizioni, non sarebbe potuta dipendere dal mero arbitrio della banca o del debitore principale.

A porre fine alla diatriba sulla liceità o meno delle fideiussioni *omnibus* fu la normativa sulla trasparenza bancaria (L. 17 febbraio 1992, n. 154, «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari»), il cui art. 10 novellò sia l'art. 1938 che l'art. 1956 c.c., imponendo così la previsione di un tetto massimo garantito dal fideiussore e negando al tempo stesso la possibilità di preventiva rinuncia da parte di questi ad avvalersi della liberazione per i crediti accordati nonostante sopravvenute difficoltà economiche del debitore.

La fissazione di un massimale fideiussorio oltre il quale il garante non può essere tenuto a rispondere, consente a quest'ultimo di conoscere preventivamente e con esattezza il limite ultimo della sua eventuale responsabilità.

Il carattere imperativo delle norme indicate all'art. 10, L. n. 154/1992 è, poi, sancito dal testo stesso del successivo art. 11, primo comma, a norma del quale «Le disposizioni della presente legge sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente» (22). La novella operata dalla legge sulla trasparenza bancaria ha, così, imposto la necessità, a pena di invalidità (23), di un tetto massimo per la fideiussione.

Successivamente all'entrata in vigore di tale legge si crearono notevoli perplessità circa gli effetti che la novella avrebbe comportato sulle fideiussioni *omnibus* stipulate anteriormente alla nuova disciplina. La problematica riguardava le cd. fideiussioni «aperte», quelle cioè ancora efficaci al momento dell'entrata in vigore della nuova legge. È oramai fermo il principio (24) per cui l'innovazione introdotta dalla L. n. 154/1992, quale *jus superveniens*, non può incidere sugli effetti non ancora esauriti dei rapporti anteriormente costituiti. Conseguentemente «è legittima ed efficace la fideiussione prestata per un'obbligazione condizionale e futura senza la previsione dell'importo massimo garantito, purché contratta in epoca precedente all'entrata in vigore dell'art. 10, L. n. 154/1992 di modifica dell'art. 1938 c.c.» (25).

Non si intende in questa sede addentrarsi oltre nella differente, seppur rilevante, problematica relativa all'ambito del conflitto intertemporale fra norme e alle questioni legate alle cd. fideiussioni *omnibus* aperte e chiuse (26), ciò che interessa, al fine di valutare i passaggi logici che sorreggono la sentenza che si commenta, è,

invece, il rapporto fra la lettera di *patronage* e la normativa vigente in tema di fideiussione *omnibus* (art. 1938 c.c.).

Il Tribunale romano, infatti, una volta affermata l'applicabilità alla lettera di *patronage* dell'art. 1333 c.c. (seppur riferendosi alla stessa quale «promessa unilaterale» e non come «proposta») ha poi ritenuto applicabile anche a questa atipica forma di garanzia la limitazione imposta dall'art. 1938 c.c., ciò sulla base di una condivisibile preoccupazione che detta norma inderogabile potesse essere nei fatti svuotata, attraverso la costruzione di uno strumento analogo alla fideiussione ma privo del vincolo imposto da una «vera norma di ordine pubblico economico» (27). La sentenza classifica come norma di ordine pubblico economico all'art. 1938 c.c., per poi farne derivare l'applicabilità al caso di specie e, quindi, l'invalidità del documento esaminato. Invero, l'iter logico seguito dal giudice non appare del tutto chiaro, seppur condivisibile nei risultati laddove si legittima l'applicabilità della norma in questione alla lettera di *patronage*, sia in virtù del disposto dell'art. 1322 c.c., sia con riferimento alle regole generali sull'analogia.

L'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c. trova, infatti, un ostacolo «nei limiti di confine posti a tutela degli interessi collettivi, limiti costituiti dalla contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume» (28). Così, - ove si riconosca che con la normativa in materia di trasparenza bancaria si è inteso favorire un maggiore equilibrio delle posizioni contrattuali nel rapporto fideiussorio, arginando lo strapotere contrattuale

Note:

(21) Cfr. *ex plurimis*, di Majo, *La fideiussione omnibus e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, 2753.

(22) Cfr. Piazza, *La fideiussione omnibus cinque anni dopo la riforma*, in *Contr. impresa*, 1997, 1083, nota 6.

(23) Osserva lo stesso autore che «dato il carattere inderogabile delle norme di cui all'art. 10, è lecito ritenere che la stipulazione di contratti fideiussori non conformi al dettato legislativo darà luogo alla sanzione di invalidità: in particolare alla nullità ex art. 1418, primo comma, c.c. per contrasto con norma imperativa.»

(24) Cfr. Cass. 2 maggio 2002, n. 6258, in *Contratti*, 2003, 259.

(25) Cfr. Cass. 13 giugno 2002, n. 8442, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1006.

(26) Per un'esauriente trattazione delle problematiche accennate, si veda Vaccaro Belluscio, *Fideiussioni omnibus e jus superveniens*, in *Contratti*, 2003, 259 ss.; Accroglionò, *Fideiussioni omnibus e adeguamento dell'importo garantito*, in *Contratti*, 2002, 165 ss.; Lombardi, *La corte costituzionale si pronuncia sulla dibattuta questione della fideiussione omnibus*, in *Corr. giur.*, 1998, 31 ss.; Piazza, *op. cit.*, 1080 ss.

(27) La teorizzazione del cd. «ordine pubblico economico», dovuta ad autorevole dottrina (Rescigno, *Rivista di diritto civile*, 1966, I, 30) non ha inteso comunque creare un ordine pubblico nel settore economico diverso e distinto da quello che opera in altri settori di diritto: attraverso l'inderogabilità dell'ordine pubblico economico si è voluto garantire l'affermazione della politica economica dello Stato che «per la sua realizzazione, nel perseguimento di un effettivo «bene comune», impone significativi limiti all'autonomia dei privati», così Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 1990, 158.

(28) Cfr. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2003, 764.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

delle banche e riducendo, in tal modo, la potenziale presenza di abusi in danno del garante - si dovrà considerare l'art. 1938 c.c. quale confine alla meritevolezza di tutela di contratto atipico di garanzia.

Quanto, poi, all'ammissibilità dell'applicazione in via analogica del summenzionato limite alla lettera di *patronage*, non vi dovrebbero essere perplessità di sorta circa il ricorso al meccanismo interpretativo offerto dall'art. 12 disp. prel. data l'estraneità dell'art. 1938 c.c. all'ambito di applicazione previsto dall'art. 14 disp. prel. Il brocardo per cui *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, appare, infatti, invocabile nel caso delle lettere di *patronage*, attesa, quanto meno, la natura contrattuale (come illustrato) e la finalità di garanzia delle stesse.

Contratti autonomi di garanzia

Nella lettera di *patronage* in esame, vi è un inciso, l'impegno a rimborsare «a Vs semplice richiesta» ogni eventuale credito, che induce, per amor di completezza, ad analizzare anche un'ulteriore forma di garanzia atipica, astrattamente riconducibile (in alternativa alla lettera di *patronage* ed al contratto di fideiussione) alla fattispecie in esame: il contratto autonomo di garanzia.

Tale figura, detta anche «a prima richiesta», frutto di quell'autonomia patrimoniale riconosciuta dall'art. 1322 c.c., costituisce una garanzia personale, in cui un soggetto garante, normalmente un ente di credito o una compagnia assicurativa, si impegna a pagare, dietro semplice richiesta del beneficiario, un debito altrui rinunciando a qualsiasi eccezione contestazione od opposizione nei confronti del creditore che riguardi la validità (29), l'efficacia ed in ogni caso le vicende del rapporto fra creditore e debitore. I due rapporti giuridici restano autonomi e distinti fra di loro.

Si tratta di una figura non prevista dal codice vigente, oramai recepita tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, consapevoli che il rifiuto di questa forma di garanzia atipica avrebbe avuto notevoli ripercussioni sulla prassi commerciale, stante l'utilizzo senz'altro diffuso di detta garanzia nell'ambito delle contrattazioni internazionali, soprattutto nel settore degli appalti. L'utilità di questa figura contrattuale sta nel fatto che con essa si assicura prontezza e sicurezza nel pagamento dell'obbligazione garantita.

Vi sono ancora notevoli dubbi su quale sia la disciplina applicabile al contratto autonomo di garanzia: secondo certa dottrina (30) al contratto autonomo di garanzia sarebbero applicabili per analogia le norme sulla fideiussione, con esclusione degli articoli che riguardano l'accessorietà della garanzia. Secondo altri (31), invece, la garanzia autonoma andrebbe ricondotta a schemi negoziali tipici caratterizzati da un elevato grado di astrattezza quali la promessa del fatto del terzo, la delegazione o il mandato di credito.

Può assumere varie connotazioni (*bid bond*, qualora l'impegno consista nel mantenimento di un'offerta contrattualistica, per lo più nelle gare di appalti; *repayment*

bond, comportante la restituzione di determinati importi di denaro versati quali anticipo di una determinata prestazione; *performance bond*, con cui si garantisce l'esatta esecuzione del contratto principale).

Il contratto a prima richiesta differisce dal contratto di fideiussione (32) perché deroga al principio dell'accessorietà e al regime delle eccezioni accordate al fideiussore, con la conseguenza che il garante non sarebbe nemmeno ammesso a provare che il debito principale è inesistente al fine di liberarsi dell'impegno accollatosi (33).

Nella fideiussione normalmente il garante si impegna ad eseguire una prestazione dovuta dal debitore principale in caso di inadempimento di quest'ultimo, laddove, invece, il contratto autonomo di garanzia conferisce al garantito una maggiore copertura, poiché il garante si impegna a procurare una sicurezza al soggetto garantito, a prescindere dal fatto che tale protezione sia effettivamente riconducibile ad un effettivo diritto del garantito (34).

Con questa garanzia atipica il garante si impegna a fornire, al soggetto garantito, una sicurezza che prescinde dall'essere determinata da un suo effettivo diritto e che pertanto non è toccata dall'eventuale invalidità del contratto garantito (35).

Il contratto in esame può essere ricondotto, a grandi linee, alla fideiussione contenente una clausola *solue et repete* (36) con cui il fideiussore non può opporre eccezioni prima di aver adempiuto la prestazione di garanzia. Si differenzia tuttavia dalla garanzia tipica poiché, co-

Note:

(29) Ciò nonostante appare opportuno menzionare la posizione di quella dottrina che ritiene che l'illiceità del contratto principale si estenda alla garanzia autonoma. Tale considerazione poggia sul rilievo per cui la garanzia autonoma prestata relativamente ad un contratto principale illecito sarebbe passibile di nullità ai sensi dell'art. 1344 c.c. in quanto darebbe vita ad un contratto in frode alla legge. Cfr. a tal proposito Portale, *Fideiussione e Garantiewertrag nella prassi bancaria*, in Portale, *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 20 ss.

(30) Cfr. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 512 ss.: ritiene l'autore che fra gli articoli applicabili al contratto autonomo di garanzia vi sia anche l'art. 1938 c.c.

(31) Cimatti, *Sull'autonomia della garanzia a prima domanda*, in *Contratti*, 1998, 606 ss.

(32) Cass. 20 luglio 2002, n. 10637, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1299.

(33) Cfr. Ambrosoli, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*, in *Contratti*, 2002, 1089.

(34) Per una disamina dei rischi derivanti dal rapporto fra la garanzia atipica in questione e la preclusione imposta dall'art. 1462 c.c. cfr. Pontiroli, *Garanzia (i contratti autonomi di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VI, Torino, 1991, 372.

(35) Ambrosoli *op. cit.*, 1090, osserva che l'escussione del garante «è legittima anche in caso di nullità del contratto principale, anche cioè nel caso in cui il credito non esista».

(36) Utile ai fini della distinzione fra contratto di fideiussione con clausola *solue et repete* e contratto autonomo di garanzia è il commento alla sentenza del Trib. Alba 22 giugno 1998, di Massironi, in *Giur. it.*, 1999, 1004.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

munque, garantisce la possibilità di opporre le eccezioni alla base dell'azione di ripetizione, una volta adempiuta la prestazione: soltanto dopo l'avvenuto pagamento da parte del garante, quest'ultimo potrà agire in ripetizione verso il beneficiario, facendo valere tutti i diritti spettanti al debitore in base al rapporto principale (37) senza con questo violare le caratteristiche di accessorietà tipiche del negozio fideiussorio. Viceversa, nel caso del contratto autonomo di garanzia quest'ultimo resta autonomo rispetto al rapporto principale sottostante, con la conseguenza che il garante non può opporre eccezioni attinenti a tale rapporto garantito, né può su di esse fondare l'azione di ripetizione. La figura del contratto autonomo di garanzia ha suscitato dubbi in relazione al contenuto dell'art. 1462 c.c. (clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni) anche se si è osservato (38) che il garante autonomo non rinuncia a far valere l'invalidità della propria promessa ma a far valere «le patologie del negozio» evitando così di impattare nel divieto posto dal citato articolo.

Con riferimento, anche, a quanto si dirà nel paragrafo conclusivo, si deve tenere presente che l'autonomia di un contratto di garanzia non dipende dalla terminologia utilizzata dalle parti (39); ciò che rileva ai fini della riconducibilità della garanzia atipica nell'alveo dei contratti autonomi di garanzia è che la prestazione del garante sia supportata da una propria originale e particolare giustificazione causale. Vi deve essere, in altre parole, un interesse personale del promittente nell'operazione negoziale col risultato che «l'oggetto promesso [...] in obbligazione è sostanzialmente distinto dalla prestazione dedotta nel sottostante rapporto principale» (40). Non solo, pertanto, anche nel caso del contratto autonomo di garanzia vi è spazio per configurare l'applicazione dell'art. 1333 c.c. ma sembrerebbe anche ragionevole ritenere applicabile per analogia la disciplina delle fideiussioni *omnibus* e quindi il limite dell'art. 1938 c.c. Già in passato certa giurisprudenza (41) riconosceva, infatti che la *fideiussione omnibus*, per effetto delle clausole di deroga al regime legale della fideiussione, dovesse essere ricondotta alla figura del contratto autonomo di garanzia.

Considerazioni conclusive

La rassegna ora svolta in merito alle lettere di *patronage*, ai contratti di fideiussione e ai contratti autonomi di garanzia si è resa necessaria al fine di esprimere alcune riflessioni sulla sentenza in esame.

Vi è il sospetto che il Tribunale di Roma abbia classificato la lettera rilasciata dalla società controllante quale lettera di *patronage* senza vagliare con rigore la sussumibilità del documento in questione in altre fattispecie quali appunto il contratto di fideiussione stesso o il contratto autonomo di garanzia. In ogni caso si ha la sensazione che, in concreto, alla qualificazione come lettera di *patronage* sia poi seguita l'applicazione della disciplina elaborata per alcune delle diverse fattispecie sopra tratteggiate.

La perplessità sulla natura del documento sorge, innanzitutto, dalla sua stessa formulazione, laddove il garante si impegna a rimborsare «a Vs semplice richiesta, ogni Vs. eventuale credito verso la predetta, in dipendenza delle linee di credito accordate». Fermo il carattere *omnibus* di una garanzia prestata con siffatta terminologia e le conseguenze tratte in tema di invalidità, resta il dubbio che proprio l'impegno così «forte» consciamente assunto dal garante possa essere considerato quale ipotesi di fideiussione piuttosto che di lettera di *patronage*. Ciò sulla base della considerazione che nelle lettere di *patronage*, come visto, anche nelle ipotesi in cui maggiormente si manifesti l'impegno del *patronnant*, non vi è mai una vera e propria sostituzione del garante nella realizzazione di quanto dovuto dalla società controllata: il *patronnant* può arrivare a garantire la solvibilità del garantito ma non si obbliga a rifondere personalmente quanto da questi dovuto.

Del resto è il Tribunale stesso che - forse contraddittoriamente - dopo aver escluso la presenza nel caso che ne interessa di un contratto di fideiussione, ammette che la lettera «utilizza le formule proprie dei contratti di fideiussione».

Vi è poi un ulteriore dato, e cioè l'inserimento della clausola a prima richiesta, che indurrebbe a propendere per la tesi del contratto autonomo di garanzia. A rigor del vero, la giurisprudenza (42) ha sottolineato che «Ai fini della configurabilità di un contratto come contratto autonomo di garanzia ovvero come fideiussione non è decisivo l'impiego di espressioni quali «dietro semplice richiesta», ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Infatti la caratteristica principale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza del riferimento all'elemento della 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 c.c. La interpretazione della effettiva volontà della parti alla luce dei sopra in-

Note:

(37) Cass. 1° luglio 1995, n. 7345, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 289.

(38) Pontiroli, *op. cit.*, 350.

(39) Afferma Lamanuzzi che «la inserzione della clausola di pagamento senza eccezioni non può essere indice, da sola, di quella che è la volontà delle parti, così come non può da sola, essere significativa la qualifica di fideiussione che le parti hanno dato al contratto; ciò che occorre è interpretare il contratto alla luce del tenore letterale di tutte le clausole in esso contenute per ricostruire la volontà effettiva delle parti», in *Contratti*, 2000, 147.

(40) Cimatti, *op. cit.*, 612; nello stesso senso la giurisprudenza Cass. 10 marzo 1980, n. 602, in *Riv. not.*, 1980, 842.

(41) Trib. Milano 14 gennaio 1985, in *Riv. it. leasing*, 1986, 387; Trib. Milano 16 settembre 1985, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, II, 171.

(42) Cass. 31 luglio 2002, n. 11368, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1416; conf. Cass. 25 febbraio 2002, n. 2742, *iv*, 2002, 306; Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, *iv*, 1995, 1683.

GIURISPRUDENZA • SOCIETÀ DI CAPITALI

dicati criteri costituisce compito demandato istituzionalmente al giudice di merito.».

Risulta sensibile alla questione quella giurisprudenza (43) che riconosce che «*pertanto, nell'ipotesi del cd. patronage impegnativo, nella ricerca dell'effettivo contenuto della dichiarazione del patrocinante devono trovare applicazione i criteri normativi di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e 1366 c.c., e, in particolare, il principio fondato sul criterio di reciproca lealtà cui debbono ispirarsi le relazioni sociali, in forza del quale la dichiarazione non può essere intesa nel senso che le ha attribuito l'autore, se questo senso non è quello in cui può essere intesa dal destinatario o dai terzi, quand'anche costoro siano interessati dalla dichiarazione medesima.*».

La questione, pertanto, non può essere risolta se non in termini di interpretazione dell'effettiva volontà delle

parti, non solo sulla base degli elementi forniti dal dato letterale del documento, ma anche del comportamento dei soggetti interessati, delle finalità perseguite, degli impegni assunti, circostanze tutte non evidenziate nelle motivazioni della sentenza e che, forse, avrebbero meritato migliore attenzione del giudicante.

Quanto detto, invero, non inficia le conclusioni tratte dal tribunale che, relativamente all'invalidità del documento, non sarebbero state probabilmente diverse anche in caso di differente qualificazione giuridica della garanzia, laddove avesse trovato conferma l'applicazione dell'art. 1938 c.c.

Nota:

(43) Cass. 25 settembre 2001, n. 11987. in *Stadium Iuris*, 2002, 393.