

Le garanzie bancarie a prima domanda



Prof. Avv. Francesco Caputo Nassetti
Corso di *Diritto Bancario*
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Ferrara

Avvertenza

- ❖ Il contenuto di questo documento presuppone la lettura e lo studio della materia trattata ed ha il solo scopo di riassumere i principali temi di analisi.
- ❖ Le informazioni contenute sono necessariamente sommarie e incomplete.

Indice

- ❖ I differenti tipi di garanzie
- ❖ Garanzie accessorie e garanzie autonome
- ❖ Garanzie bancarie a prima domanda
- ❖ Il regime delle eccezioni opponibili
- ❖ Aspetti processuali

I differenti tipi di garanzie (1/4)

Vengono tradizionalmente classificate in base alla funzione:

- garanzie di offerta (bid bond o tender bond);
- garanzia di buona esecuzione (performance bond);
- garanzia di rimborso (repayment bond, advance payment bond);
- garanzia per pagamento della ritenuta (retention money bond);
- garanzia di pagamento (payment guarantee);
- garanzia di manutenzione (maintenance guarantee);
- stand-by letter of credit.

...segue →

I differenti tipi di garanzie (2/4)

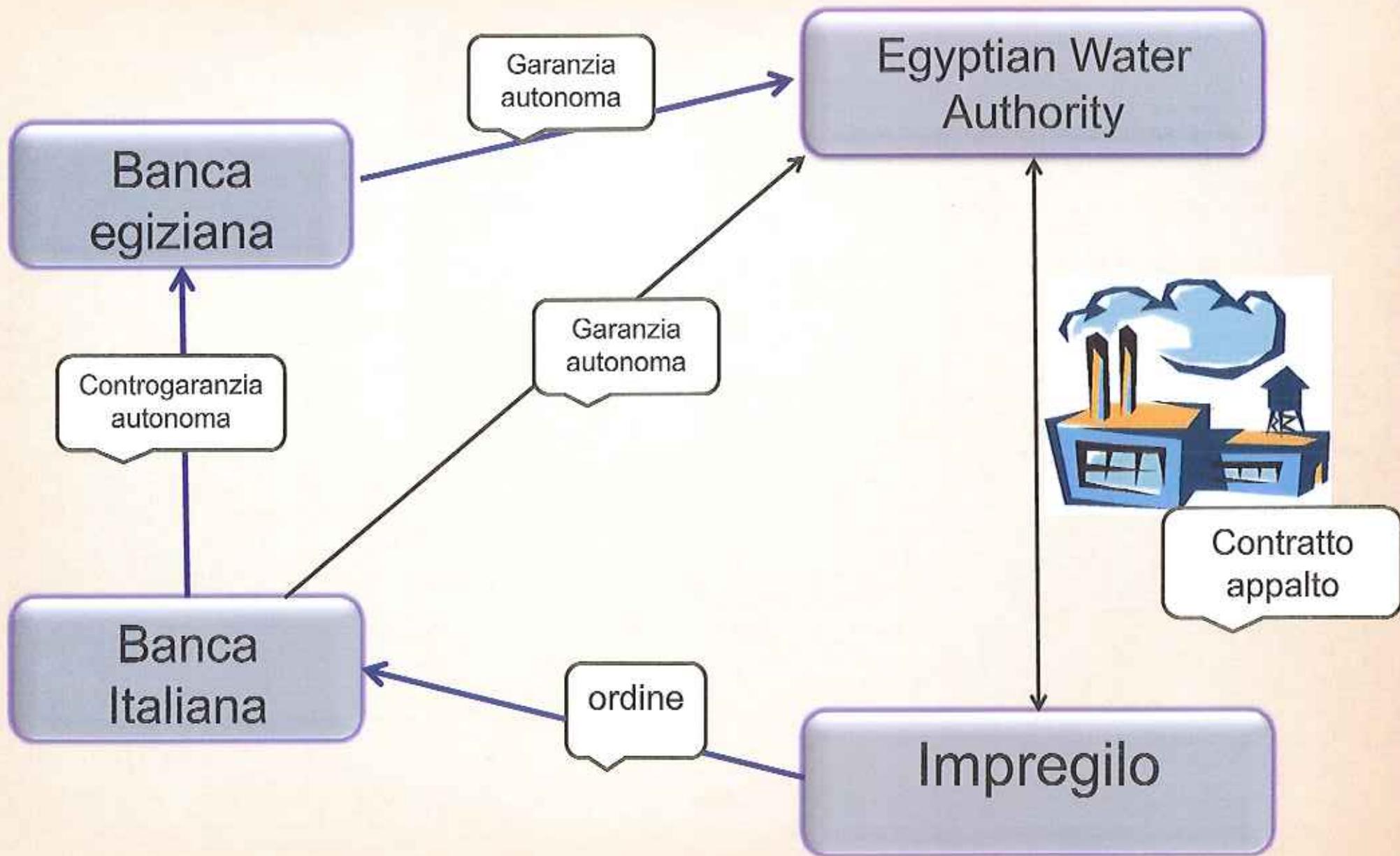
Le descrizioni delle fattispecie sono offerte dalla Camera di Commercio Internazionale CCI (pubblicazione n. 325 del 1978). Le tre principali sono le seguenti:

- **Garanzia di offerta** (*bid bond o tender bond*) significa un impegno rilasciato da una banca, da una compagnia di assicurazione o da un'altra parte (il garante) a richiesta di chi ha presentato l'offerta (l'ordinante) ...ad una parte che invita all'offerta (il beneficiario) per mezzo del quale il garante si impegna - in caso di inadempienza dell'ordinante agli obblighi derivanti dalla presentazione dell'offerta - ad effettuare un pagamento al beneficiario nei limiti di denaro indicata.
- **Garanzia di buona esecuzione** (*performance bond*) significa un impegno rilasciato da una banca ... per mezzo del quale il garante si impegna - nel caso l'ordinante non esegua correttamente un contratto intercorso tra l'ordinante stesso ed il beneficiario - ad effettuare un pagamento al beneficiario nei limiti di una somma di denaro dichiarata oppure, se la garanzia lo prevede, a procurare l'esecuzione del contratto.
- **Garanzia di rimborso** (*repayment bond o advance payment bond*) significa un impegno rilasciato da una banca ... per mezzo del quale il garante si impegna - nel caso l'ordinante ometta di rimborsare, secondo i termini e le condizioni del contratto intercorso tra l'ordinante stesso ed il beneficiario, la somma o le somme anticipate o pagate dal beneficiario all'ordinante e non altrimenti rimborsate - a effettuare un pagamento al beneficiario nei limiti di una somma dichiarata.

...segue

I differenti tipi di garanzie (3/4)

- I testi delle garanzie spesso sono imposti dal beneficiario estero (idem per i testi delle controgaranzie emesse da banca italiana a favore banca estera che emette la garanzia) e contengono clausole molto pesanti (non solo di pagare a prima richiesta, ma nonostante vi sia un ordine giudiziale di non pagare; obbligo di pagare anche in caso di escussione dopo la scadenza o di estendere la durata della garanzia “*extend or pay*”).
- Malgrado tale pesantezza e i dubbi sulla validità di alcune di queste clausole gli ordinanti insistono affinché le banche le accettino. Da qui il rischio di facili escussioni o addirittura indebite o abusive.



I differenti tipi di garanzie (4/4)

- I principali doveri della banca in caso di escussione sono:
 - a) dovere di verificare che l'escussione non sia abusiva e cioè che l'escussione sia conforme alle condizioni letterali previste nella garanzia,
 - b) dovere di preventiva informazione all'ordinante.
- Le banche tendono a proteggersi inserendo nei mandati conferiti dagli ordinanti le seguenti clausole:
 - a) la banca può pagare senza doverne dare preventiva informazione al mandante (si cerca di evitare provvedimenti giudiziari, ma gli ordinanti riescono spesso ad anticiparle). Tale clausola è di dubbia legittimità;
 - b) l'ordinante rinuncia preventivamente a chiedere provvedimenti giudiziari che impediscano il pagamento della garanzia oppure si impegna a pagare alla banca pur in presenza di ordini giudiziari di non pagare. Si tratta di clausole invalide in quanto costituiscono un'inammissibile rinuncia al diritto inderogabile alla difesa (art. 24 Cost.) e la seconda addirittura penalmente sanzionabile (mancata esecuzione ordini di giustizia).

Garanzia accessorie e garanzie autonome (1/2)

- Le garanzie accessorie hanno natura fideiussoria: il patrimonio del fideiussore si aggiunge a quello del debitore principale, il beneficiario è esposto alle stesse eccezioni del rapporto principale, l'invalidità del rapporto principale si estende a quello accessorio.... Per tali motivi non vengono utilizzate nei commerci internazionali non realizzando nè gli interessi del beneficiario (che vuole ottenere un pagamento certo e rapido) nè quello del garante (che non vuole trovarsi coinvolto nelle controversie tra esportatori ed importatori).

...segue



Garanzia accessorie e garanzie autonome (2/3)

- Le garanzie autonome differiscono da quelle accessorie in quanto:
 - a) la banca promette **l'adempimento di un'obbligazione propria**, assume cioè l'impegno di pagare (non un debito altrui, ma) un debito proprio e conseguentemente la banca non può opporre le eccezioni tratte dal rapporto principale;
 - b) la garanzia non si attua mediante la promessa di una prestazione tendenzialmente identica a quella del debitore principale, ma mediante il **pagamento di una determinata somma di denaro al verificarsi di un certo evento**;
 - c) se la banca effettua un pagamento non dovuto in base al rapporto principale l'azione di ripetizione spetta alla banca in caso di garanzia accessoria, spetta al debitore principale che abbia rimborsato la propria banca in caso di garanzia autonoma;
 - d) la cessione del credito principale comporta l'automatico trasferimento solo delle garanzie accessorie.

...segue

Garanzia accessorie e garanzie autonome (3/3)

- **Causa:** non ha la funzione di garantire l'adempimento dell'obbligazione principale, ma di **assicurare la soddisfazione dell'interesse del beneficiario di essere indennizzato nel caso si verificano determinati eventi indicati nella garanzia** (rischio di mancata sottoscrizione del contratto nel bid bond, rischio di mancata restituzione degli anticipi nell'advance payment bond....). Il riferimento al contratto principale è necessario per identificare l'evento che fa scattare l'obbligo di pagamento senza fare diventare accessoria la garanzia. La funzione economica è di coprire, trasferendolo alla banca, un rischio atipico del beneficiario relativo al contratto principale. Si tratta pertanto di un negozio causale (anche se a causa esterna) - e non astratto - **che resta funzionalmente collegato al rapporto di base che ne costituisce il referente necessario perché in questo trova fondamento e misura l'interesse economico alla cui tutela è ordinata la banca.**

...segue →

Garanzie bancarie a prima domanda (1/5)

- La clausola di pagamento a prima domanda del beneficiario, anche nelle garanzie accessorie, ha l'inequivoco scopo di dispensare il beneficiario dalla prova dei presupposti legittimanti la richiesta di pagamento. Equivale al c.d. *solve et repete*.
- La sua presenza da sola non basta a qualificare autonoma una garanzia, ma è presunzione *iuris tantum* della natura autonoma. Essa non toglie alla fideiussione il carattere dell'accessorietà. Ha un valore processuale. **La rilevanza tra accessorietà ed autonomia emerge dopo il pagamento indebito.**
- Interpretazione della garanzia: spesso sono presenti clausole ambigue o contraddittorie.

...segue



Garanzie bancarie a prima domanda (2/5)

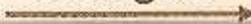
- La banca si impegna “a prima domanda” e “senza contestazioni e/o senza eccezioni” o “a insindacabile giudizio” del beneficiario o “incondizionatamente”: queste clausole staccano la garanzia dal rapporto principale indicando l'autonomia della garanzia.
- L'impegno della banca “a prima domanda giustificata”: cioè indicando il motivo dell'escussione. Formula preferibile per ordinante e garante. Si ritiene rimanga autonoma.
- Impegno “congiunto” o “solidale” (pur “a prima domanda” e “senza eccezioni”) crea dubbi in merito all'autonomia (la solidarietà non esclude l'autonomia, ma è indice di accessorietà).
- Impegno a pagare contro presentazione di “documenti”: certificato di perito di parte o di un soggetto concordato tra le parti (non arbitro) o sentenza o lodo arbitrale. In questo ultimo caso l'escussione della garanzia risulta di fatto sottoposta alle eccezioni del rapporto principale.

...segue →

Garanzie bancarie a prima domanda (3/5)

- Il riferimento al contratto principale funge da discriminare tra autonomia ed accessorietà. Se serve solo per identificare il rischio garantito rimane autonoma; **se costituisce un richiamo alle clausole del contratto principale o queste vengono incorporate per relationem o ne condizionino il pagamento si è in presenza di accessorietà** (la banca è impegnata “to fulfill its contractual obligations”). Altro indice di accessorietà è il richiamo alle norme della fideiussione.
- E' stata ritenuta autonoma la garanzia che subordinava il pagamento a: i) che non intervenisse alcuna modifica del contratto principale senza il consenso della banca, ii) che la banca fosse mensilmente informata del progredire dei lavori, iii) che rappresentanti della banca avessero accesso costante ai cantieri.
- Dubbia la natura se la banca deve pagare “quanto dovuto dalla società per capitale, interessi e spese”.
- In caso di dubbio sulla natura della garanzia bisognerebbe scegliere l'interpretazione più favorevole al debitore. Ma quale debitore?

...segue



Garanzie bancarie a prima domanda (4/5)

- Problematiche relative alla scadenza: se la scadenza è stabilita con riferimento ad un evento (*expiry event*) ci si espone alla controversia in merito al suo accadimento. Peggio se riferita ad una certa data con riferimento ad un evento.
- In diversi paesi la legge locale nega valore alla scadenza (India, Brasile, Thailandia, Siria, Sudan, Afghanistan) oppure consente di esigere unilateralmente una proroga della garanzia (Iran, Libia) oppure fa prevalere la prescrizione legale sul minor termine previsto nella garanzia (Turchia, Grecia e diversi paesi dell'America meridionale).

...segue



Garanzie bancarie a prima domanda (5/5)

- Problematiche relative all'escussione:
 - a) "a semplice richiesta" si presta a maggiori abusi,
 - b) "a richiesta motivata" - cioè con una dichiarazione del beneficiario che indichi i motivi che giustificano l'escussione pur senza obbligo di fornire alcuna prova - consente minori abusi,
 - c) contro presentazione di documenti emessi da terzi.
- Le garanzie autonome dovrebbero essere cedibili da parte del beneficiario, anche prima dell'escussione.
- La cessione del rapporto principale non comporta l'estinzione della garanzia autonoma che rimane in capo al cedente del contratto principale.

Il regime delle eccezioni opponibili (1/8)

- Nelle garanzie **accessorie** la banca può opporre le eccezioni relative al **rapporto principale** e quelle relative al rapporto di garanzia. Se la banca viene escussa, informa l'ordinante il quale potrà sollevare eccezioni (avvenuto adempimento, inadempimento del beneficiario, nullità o annullabilità...) che la banca non potrà ignorare (art. 1952 cc) e pagherà solo dopo sentenza esecutiva. Per tali motivi non si usano di norma garanzie accessorie nel commercio internazionale.
- Se la garanzia **accessoria è a prima domanda**, la banca deve pagare, salva la successiva ripetizione se la garanzia è stata indebitamente escussa (*solve et repete*). La banca per non pagare deve provare: **a)** o che mancano i presupposti letterali di operatività della garanzia, **b)** che il rapporto di garanzia è esso stesso invalido, **c)** che, in base al rapporto principale, il beneficiario non ha alcun diritto nei confronti del debitore.
- Il regime delle eccezioni è sostanzialmente uguale sia nelle garanzie accessorie che quelle autonome. Da qui la tendenza a confondere le garanzie accessorie a prima domanda con quelle autonome.

...segue



Il regime delle eccezioni opponibili (2/8)

- Ipotesi di **eccezioni letterali** nelle garanzie autonome: **a)** mancanza della formale richiesta di escussione entro i termini, o mancanza di formale pretesa di danni, o - nel caso di controgaranzia - mancanza della dichiarazione che la garanzia principale fosse stata escussa, **b)** mancanza dell'indicazione dei motivi nelle garanzie "a prima domanda giustificata", **c)** mancanza della presentazione del documento nelle garanzie "a prima domanda documentata", **d)** escussione oltre i termini di scadenza della garanzia, **e)** escussione per importi maggiori rispetto alle riduzioni automatiche previste nella garanzia, **f)** escussione relativa ad un contratto diverso collegato al principale, **g)** escussione in una moneta convertibile di una garanzia espressa in moneta inconvertibile.
- Ipotesi di **eccezioni relative alla invalidità del contratto di garanzia**: nullità, annullabilità (per errore circa la persona del beneficiario)... La giurisprudenza è nettamente orientata a consentire queste eccezioni anche in presenza di rinuncia, per quanto generica e omnicomprensiva, di opporre eccezioni dato che la rinuncia deve intendersi solo per le eccezioni relative al rapporto principale e non quelle relative al rapporto di garanzia. Inoltre tale rinuncia sarebbe inefficace (art. 1462 cc).
- La banca può anche opporre le **eccezioni personali**, quale la compensazione. Tale credito da compensare deve appartenere originariamente alla banca (cioè non lo può acquistare al fine di compensarlo con il debito ex garanzia).

...segue



Il regime delle eccezioni opponibili (3/8)

- L'eccezione di frode: il problema teorico e pratico consiste nell'individuare in base a quale principio le vicende del rapporto principale (siano esse originarie o sopravvenute) possano incidere e bloccare il pagamento del diverso ed autonomo rapporto di garanzia.
- Incertezza e imprevedibilità dell'uso che i giudici possono fare dell'exceptio doli generalis, incerto il fondamento normativo e confini indeterminati e generici.
- Vediamo alcuni casi individuati in giurisprudenza. Un primo gruppo di precedenti riguarda casi nei quali è stato **provato l'integrale adempimento del debitore principale**: lo stesso creditore aveva riconosciuto l'adempimento con il collaudo; la merce consegnata con ricevuta del rappresentante del creditore; il direttore lavori nominato del creditore aveva certificato l'idoneità degli edifici; corretta ed integrale esecuzione provata da perizia giudiziale o attestazione di un terzo imparziale; in alcuni casi si è provato presuntivamente l'adempimento (navi accettate senza riserve, dato formale scarico delle garanzie ed escussione contemporanea di tutte le garanzie), caso del committente egiziano che non aveva più interesse a ricevere l'impianto alchilbenzolo in quanto era stata emanata una legge egiziana che vietava la produzione di benzolo, senza il quale l'impianto non poteva funzionare; caso di escussione di stand-by letter of credit da parte del committente americano di una nave che era stata pagata al 90% con anticipi in lire, che nel frattempo si erano ampiamente rivalutati sul dollaro, adducendo la rumorosità delle eliche, la cui sostituzione avrebbe comunque avuto un costo irrisorio rispetto alla commessa.

...segue

Il regime delle eccezioni opponibili (4/8)

- Precedenti giurisprudenziali nei quali **non si è ritenuto applicabile l'eccezione di frode in quanto mancava la prova certa dell'esatto adempimento**: il beneficiario aveva formulato 3.200 riserve e il debitore aveva sostenuto che erano state sostanzialmente tutte risolte; il debitore affermava di avere "esattamente o quasi esattamente" eseguito il contratto; nonostante il certificato di completamento dei lavori e quello dell'eliminazione dei difetti emersi nel periodo di garanzia il direttore lavori non aveva emesso il certificato di manutenzione a causa di contestazioni tra le parti.
- Dall'esame della casistica emerge la **necessità di prova "pronta e liquida" dell'adempimento**. L'escussione viene ritenuta dolosa, abusiva o fraudolenta: **a)** quando vi sia stato il riconoscimento da parte dello stesso beneficiario o di un suo incaricato o di un organo imparziale del corretto ed integrale adempimento, **b)** quando risulti che il beneficiario non ha sollevato genuine contestazioni sull'adempimento (da qui l'uso distorto della garanzia). Al contrario, **se esistono genuine controversie** tra debitore principale e beneficiario circa la corretta ed integrale esecuzione l'escussione non è dolosa o fraudolenta e non può essere bloccata dal giudice. Viceversa, se non esistono controversie circa l'adempimento o se le controversie appaiono *ictu oculi* pretestuose l'escussione è ritenuta dolosa e fraudolenta e può essere bloccata dal giudice.

...segue

Il regime delle eccezioni opponibili (5/8)

- Precedenti nei quali sono state ritenute applicabili alle garanzie autonome le **eccezioni relative alla “risoluzione” del rapporto principale per fatto non imputabile al debitore principale**, quali il caso fortuito, la forza maggiore o la sopravvenuta onerosità: l'escussione (e/o la progoga) fu vietata ad una impresa libica privata dopo che una legge libica vietò a tutte le imprese private ogni attività economica; a causa di eventi bellici che hanno distrutto i beni sono venute meno le obbligazioni nascenti del rapporto principale.
- Precedenti nei quali non sono state ritenute applicabili tali eccezioni: il contratto non poteva eseguirsi per guerra civile e sommosse popolari nel luogo di esecuzione o nel caso di condizioni meteorologiche disastrose che avevano ridotto il raccolto della merce da consegnare.
- La contraddittoria giurisprudenza in merito a queste eccezioni scaturisce dal fatto che risulta molto difficile provare in modo certo e incontestabile l'esistenza di un caso fortuito o di forza maggiore che abbia determinato un'impossibilità assoluta della prestazione e che tale rischio sia in capo al beneficiario. Entrambi questi presupposti sono suscettibili di oggettive contestazioni da parte del beneficiario. In presenza di genuine contestazioni non si può considerare fraudolenta l'escussione.

...segue

Il regime delle eccezioni opponibili (6/8)

- Precedenti nei quali sono state ritenute applicabili alle garanzie autonome le **eccezioni relative all'inadempimento del beneficiario**: **i)** una azienda siriana aveva voluto cambiare le condizioni del performance bond già emesso sulla base del contratto firmato. Di fronte al rifiuto di modificarle aveva escusso la garanzia e tale escussione fu ritenuta abusiva e bloccata dal giudice; **ii)** il beneficiario non aveva contestato le numerose affermazioni di inadempimento da parte del fornitore e la Sace aveva pagato a quest'ultimo un importante indennizzo a comprova dell'inadempimento del beneficiario. L'escussione da parte di quest'ultimo fu considerata abusiva; **iii)** una società francese, che aveva costruito immobili in Iran e aveva risolto il contratto per inadempimento della committente, risultava creditrice in base ad una perizia del tribunale di Teheran. L'autorità iraniana aveva creato una società locale con lo stesso nome di quella francese a cui furono sottratti tutti i beni in loco e allo scopo di ultimare i lavori. Il beneficiario aveva escusso la garanzia e tale escussione fu ritenuta fraudolenta; **iv)** contratto principale risolto per inadempienza del beneficiario che aveva voluto modificare i termini convenuti e - di fronte al rifiuto - aveva sospeso i pagamenti dei lavori eseguiti; **v)** il contratto principale prevedeva che il pagamento delle imposte locali dovute dall'appaltatore fosse eseguito dall'appaltante/beneficiario. Quest'ultimo non le pagò e le autorità fiscali locali bloccarono i conti dell'appaltatore bloccando i lavori.

...segue

Il regime delle eccezioni opponibili (7/8)

- In sintesi, quando sussistono genuine controversie circa il soggetto inadempiente o che per primo si è reso inadempiente l'escussione non è dolosa o fraudolenta e non può essere bloccata. Se, al contrario risulta **sostanzialmente incontestato che l'inadempimento è del beneficiario** e non del debitore principale o che le **eventuali contestazioni sono strumentali** e non genuine la giurisprudenza ha ordinato alla banca di non pagare essendo **certo e incontestato che il beneficiario non ha alcun diritto nei confronti del debitore principale**.
- Nullità del contratto principale per illiceità: contratto di fornitura papaveri. Solo quando risulta provato in modo certo e sostanzialmente non contestato che il beneficiario non ha alcun diritto nei confronti del debitore principale l'escussione si considera dolosa e può essere rifiutata dalla banca o essere bloccata dal giudice.

...segue →

Il regime delle eccezioni opponibili (8/8)

- Il fondamento giuridico dell'eccezione di frode si trova nel principio generale *fraus omnia corrumpit* presente in tutti gli ordinamenti. Più precisamente *l'exceptio doli generalis*, anche se non prevista da una specifica norma, deriva dal principio di correttezza (art. 1175 cc) e di esecuzione in buona fede dei contratti (art. 1375 cc). Nel caso delle garanzie autonome la frode è una **eccezione alla normale insensibilità della garanzia alle vicende del rapporto principale**. Rimane il limite della assoluta genericità ed indeterminatezza dei concetti di frode o abuso. La giurisprudenza ha riconosciuto in concreto tale eccezione quando il beneficiario chiede il pagamento **senza averne diritto in base al rapporto principale** con la precisazione che deve risultare da **prova certa e sostanzialmente incontestata**. In pratica non serve individuare se vi è frode per poi concedere l'eccezione, ma si verifica prima se vi è la prova certa e sostanzialmente incontestata della mancanza di un diritto del beneficiario ex rapporto principale. Se la prova esiste l'escussione è considerata dolosa ed è consentito di bloccarla.

Aspetti processuali (1/3)

- Le banche hanno interesse a non essere coinvolte nel rapporto principale e preferiscono pagare quando escusse rivalendosi sull'ordinante. Se l'ordinante è fallito ovviamente il quadro muta ed è la stessa banca che cerca di non pagare.
- **Azione inibitoria:** l'ordinante ha il diritto di chiedere alla banca di adempiere agli obblighi del mandato con la diligenza professionale. Tra i doveri della banca vi è quello di verificare che l'escussione non sia abusiva e, nel caso in cui lo sia, di non conteggiare l'ammontare della garanzia all'ordinante e di rifiutare il pagamento. Se la banca ritiene di dover comunque pagare per salvaguardare il proprio ruolo internazionale lo può fare anche in presenza di una azione inibitoria che riguarda il rapporto ordinante/banca e non banca/beneficiario rinunciando a richiedere il pagamento all'ordinante.
- **Provvedimento di urgenza ex art. 700 cpc:** può essere chiesto sia isolatamente che in corso di una causa di merito di accertamento negativo dell'insussistenza di un qualsiasi obbligo della banca di pagare la garanzia. Viene spesso emesso inaudita altera parte "assunte quando occorre sommarie informazioni". Nel caso di garanzia emessa da banca estera controgarantita da banca italiana l'ordinante deve fornire anche la prova che la banca estera è a conoscenza dell'abusività dell'escussione (teoria della doppia frode o, più correttamente, della collusione).
- Il **giudizio di merito** (sia esso autonomo o conseguente un provvedimento di urgenza) con il quale l'ordinante chiede l'accertamento negativo dell'obbligo della banca di pagare la garanzia va tenuto distinto dal giudizio di merito relativo al rapporto principale tra ordinante e beneficiario (diverse sono le parti e diverso è il petitum).

...segue

Aspetti processuali (2/3)

- **Azione inibitoria contro beneficiario estero:** viene raramente chiesta in quanto l'ordinante non ha interesse ad estendere il contraddittorio a soggetti stranieri, che sono i veri danneggiati dell'azione inibitoria, perchè raggiunge il suo risultato bloccando la banca italiana. Inoltre, non è nemmeno interesse del beneficiario straniero nè della banca estera partecipare ad un giudizio con un giudice della nazionalità del debitore preferendo sempre arbitri neutrali. Infine sorgono dubbi sulla legittimazione ad agire nei confronti della banca estera controgarantita con la quale l'ordinante non ha alcun rapporto. Da ultimo un tale provvedimento verso soggetti stranieri necessiterebbe di un procedimento di delibazione all'estero.
- **Azione di accertamento del corretto adempimento da parte dell'ordinante nei confronti del beneficiario:** senz'altro ammissibile, ma rara nella prassi. Dubbio se si possa anche chiedere un provvedimento che inibisca l'escussione al beneficiario in quanto questa riguarda un diverso rapporto (la garanzia a suo favore emessa da una banca). In un precedente il giudice ha dichiarato il corretto adempimento "con conseguente liberazione della banca dalla garanzia prestata".

...segue



Aspetti processuali (3/3)

- **Azione dell'ordinante italiano contro la banca estera controgarantita:** l'ordinante potrebbe agire verso la banca estera ex art. 1705, ii comma, o ex art. 1717, iv comma, o ex art. 2900 cc o in base al dovere di protezione che imporrebbe alla banca estera di proteggere anche la sfera giuridica dell'ordinante contro l'eventuale escussione fraudolenta della garanzia. In tutti questi casi emergono dubbi in merito alla legittimazione in quanto tra le due parti non esiste alcun rapporto contrattuale.
- **Azione della banca mandataria italiana contro il beneficiario estero:** ammissibile sebbene rara nella prassi.
- **Azione di ripetizione dell'indebito pagamento della garanzia:** l'azione è sempre fatta contro il beneficiario, ma la legittimazione ad esercitarla dipende dalla natura della garanzia. **Spetta alla banca nel caso di garanzia accessoria; spetta all'ordinante** che, dopo aver risarcito la propria banca, **può agire contro il beneficiario in base al rapporto principale.** Infatti la banca garante che ha effettuato un pagamento non dovuto in base al rapporto principale non può in genere esercitare l'azione di ripetizione dell'indebito, in quanto essa - proprio perchè la sua obbligazione è autonoma rispetto al rapporto principale - doveva adempiere alla richiesta del beneficiario. In taluni casi l'azione di ripetizione spetta anche alla banca che ha pagato: pagamento non dovuto in base ad una eccezione letterale o di frode.