



LA GARANZIA AUTONOMA: SPUNTI DAI MODELLI UNIFORMI

MARIO RENNA*

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *Garanzia autonoma e collocazione sistematica delle garanzie personali d'impresa*; 3. *Causa del contratto autonomo di garanzia e ragioni dell'impresa*; 4. *Spunti dal diritto francese: a partire dal dualismo code civil-code de commerce*; 4.1. *Garanzia autonoma: disciplina codicistica e logiche d'impresa*; 5. *La disciplina della garanzia autonoma nel DCFR*; 6. *La convenzione Uncitral in tema di garanzie autonome*; 7. *Le regole della CCI a sostegno delle garanzie autonome*; 8. *Osservazioni conclusive*.

1. Nella storia e nello sviluppo del credito le garanzie personali hanno costantemente accompagnato i rapporti obbligatori derivanti da atti individuali ma anche quelli discendenti da finanziamenti e da operazioni economiche maggiormente complesse¹. Le istanze di sicurezza, prevedibilità e programmazione delle attività economiche hanno favorito la capacità autoregolatrice dei privati².

Tale fenomeno può essere letto come: *i)* tentativo di sopperire alle lacune normative; *ii)* affrancamento dai vecchi modelli e dal dogma dell'accessorietà, stridenti con le esigenze economiche coinvolte³.

A tutta prima, secondo un inquadramento europeo della materia, ciò pare trovare conferma nel *Draft Common Frame of Reference* (da ora, anche, DCFR), ove al libro IV –G

* Assegnista di ricerca in Diritto privato nell'Università di Roma Tre.

¹ *Amplius*, R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, p. 439 ss.; G. MARICONDA, *Le 'garanzie' tra Codice Civile, prassi e nuova legislazione*, in L. VACCA (a cura di), *Il Codice Civile ha 70 anni ma non li dimostra*, Napoli, 2016, p. 139 ss.

² Recentemente, per G. PALERMO, *Sein und Sollen*, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e crisi*, Milano, 2016, p. 32, la genesi delle garanzie atipiche è riconducibile «[...] alle pretese di un ceto creditorio reclamante sicurezza» (p. 33). V. M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, VIII, Torino, 2013, p. 304 ss. a p. 313; G. BOZZI, voce *Garanzie atipiche*, in S. MARTUCCELLI, V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Diz. dir. priv. Irti*, Milano, 2011, p. 817 ss. In tema, v. i lavori monografici di A. CALDERALE, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988; E. BRIGANTI, *Contratti di garanzia e autonomia privata*, Padova, 1988. Per alcuni spunti, E. GINEVRA, *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti dell'impresa*, in L. CAPRIO, G. PRESTI (a cura di), *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Torino, 2001, p. 163 s.

³ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, p. 1053; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 115 ss. G. TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per un codice europeo dei contratti?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 536, parla di complessiva arretratezza normativa in tema di garanzie. Più recentemente, A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, *ivi*, 2011, I, p. 665 ss.



compaiono particolari regole in tema di contratti di garanzia personale⁴. Specificamente, l'art. 1:101 riconosce e *norma* la coesistenza di due distinti modelli di garanzia: la c.d. *dependant security*, informata al principio dell'accessorietà, e la *independant security*, più snella e flessibile⁵.

La scelta sistematica risente della tipica bipartizione continentale⁶: in Italia tra fideiussione e garanzie autonome, in Germania tra *Bürgschaft* e *Garantievertrag*⁷, in Francia - come divisato nel nuovo libro IV "*Des sûretés*" - tra *cautionnement* e *garantie indépendante*⁸.

Al fondo della soluzione adottata, può leggersi l'intento di garantire, nel bilanciamento di valori e istanze pratiche, una ampia flessibilità della regolamentazione che supporti forme snelle e affidanti di garanzia personale e assicuri una tutela agli istituti principianti dalla prassi e dal commercio internazionale⁹.

⁴ A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IX, Torino, 2014, p. 274 ss. a p. 279, rileva che il libro IV -G del DCFR incide in un settore in cui le tradizioni giuridiche degli ordinamenti europei, pur differenziate, presentano indubbi punti di convergenza e, pertanto, si accredita a rappresentare un rilevante punto di riferimento per la futura riflessione della dottrina europea in materia di garanzie personali; EAD., *Diritto europeo dei contratti e disciplina delle garanzie del credito*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, p. 169 ss. Per qualche rilievo critico, L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno del DCFR*, in C. MARCHETTI (a cura di), *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012, p. 279 ss. Cfr. G. TUCCI, *L'armonizzazione del diritto delle garanzie*, in F. MACARIO (a cura di), *Livelli di armonizzazione nel diritto europeo dei contratti. Un'indagine per settori e tipi contrattuali*, Foggia, 2009, p. 193 ss. Da ultimo, v. l'analisi di D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, in AA. VV., *Italian National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law – Vienna 2014*, Milano, 2014, p. 439 ss.

⁵ Per un quadro d'insieme, U. DROBNIG, *Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, Munich, 2007; ID., *Present and Future of Real and Personal Security*, in ERPL, 2003, p. 623 ss.; S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessory - Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, ivi, 2005, p. 309 ss.; A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, in ERCL, 2008, p. 389 ss.; M.E. STORME, *The Harmonisation of the Law of Personal Security*, in *Jur. Int.*, 2009, p. 73 ss.

⁶ Così, F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, X, Torino, 2009, p. 36.

⁷ Per la teorizzazione del *Garantievertrag* v. R. STAMMLER, *Der Garantievertrag: eine civilistische Abhandlung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1886, p. 1 ss. Interessante è, poi, la ricostruzione di W. HADDING, *I contratti di garanzia bancaria*, in *Giust. civ.*, 1979, IV, p. 129 ss. Tra gli studi più recenti, C. FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010; K. KLINGEL, *The Principles of European Law on Personal Security als neutrales Recht für internationale Bürgschaftsverträge. Ein Vergleich mit dem französischen und dem deutschen Recht*, Tübingen, 2009.

Per osservazioni sulla riforma del 2006, PH. SIMLER, *La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil*, in *JCP*, 2006, I, 124 ss. In dottrina, M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, 2006. Per una sintesi teorica, G. TUCCI, voce *Garanzia III) Diritti di garanzia - Dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 10 ss., il quale non manca di rilevare che nei paesi di diritto codificato, il problema più rilevante delle garanzie personali è rappresentato dai rapporti tra la disciplina elaborata per le forme di garanzia accessoria e quella da applicare alle ipotesi contrattuali di garanzia autonoma ed astratta.

⁹ V. le riflessioni di F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 35, secondo cui «[...] se una lezione deve essere recepita dall'evoluzione delle garanzie personali, questa non potrà che essere nella direzione della massima flessibilità delle regole, di natura giuridico-formale (ossia di indole propriamente legislativa) o informale (ad esempio, affidate a raccolte di regole condivise dalla prassi, del tipo "*restatement*"), evitando perciò, almeno in linea di principio, di ricorrere all'inderogabilità delle norme, che finirebbe soltanto per suscitare l'aggiornamento attraverso (nuovi) modelli della prassi in forma di *escamotages* la cui tenuta, in sede giurisdizionale nazionale, non sarebbe affatto garantita».



E sempre volgendo lo sguardo allo scenario internazionale, tramite la convenzione Uncitral del 1995 in tema di garanzie indipendenti e lettere di credito *stand-by* e le *ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, può osservarsi l'importanza che viene assegnata alle forme di garanzia personale d'impresa, reputate idonee a porre al riparo i traffici economici dalle entropie proprie dei sistemi commerciali extranazionali¹⁰.

Il contratto autonomo di garanzia costituisce un epicentro del sistema delle garanzie personali e, al contempo, rappresenta un banco di prova ove misurare le istanze delle imprese e il loro imporsi¹¹. Esso si distingue per la presenza di una regolamentazione di interessi basata sul rilievo delle competenze professionali dei contraenti e del contesto operativo sottostante¹². Inoltre, tale congegno negoziale risulta coerente con la funzione tipicamente assoluta dalla garanzia personale, ovvero l'irrobustimento e la tutela della aspettativa creditoria in forza dell'espansione del lato passivo¹³.

La lettura che vuol offrirsi prova proprio a mettere in esponente come tale contratto si inserisca funzionalmente nell'alveo del *plurale* sistema delle garanzie¹⁴ - concetto teoricamente dibattuto¹⁵ - e assegni una posizione preminente alle peculiarità settoriali¹⁶.

¹⁰ V., anche, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVIII, III, Milano, 1998, pp. 7-16.

¹¹ Cfr. M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, Milano, 1991; ID., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990. Molti rilievi interessanti sono contenuti in G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1999, spec. p. 11 ss., p. 19 ss. Il legame tra attività bancaria e contratti di garanzia personale è efficacemente delineato, *ex multis*, da C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Rescigno*, XII, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 1985, p. 1023 ss.; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. Vassalli*, VIII, III, Torino, 1983, p. 209 ss.

¹² U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, spec. p. 769. Da ultimo, parla di contratto autonomo di garanzia quale contratto stipulato tra parti imprenditrici estremamente versatile E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 553.

¹³ G. BO, voce *Garanzia*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 192 ss.; A. MONTEL, voce *Garanzia*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 742. V. l'indagine di U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 755 ss., volta a ripercorrere gli approcci ermeneutici più significativi in tema di garanzia. V. lo studio di N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 98 ss.

¹⁴ E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 124, ritiene che sul piano nominalistico sia più opportuno discorrere di garanzia e garanzie; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 42, annota che «[...] discorrendo di garanzia al singolare si rischia di non cogliere le diversità esistenti tra gli interessi creditorî che si intendono proteggere». G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974, p. 138 ss., annette la polivalenza della garanzia alla povertà del linguaggio giuridico. Cfr. A. GAMBARO, *Alcuni problemi delle garanzie del credito nella prospettiva comparatistica*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2003, p. 423. Più recentemente, F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009, p. 17 ss.; S. LANDINI, *Polizze fideiussorie, assicurazione e fideiussione ordinaria nella polisemia del termine garanzia del credito*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, 2, p. 83 ss.

¹⁵ G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, VII, Torino, 1992, p. 579 ss.; L. PIAZZA, voce *Garanzia I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1, rileva che «la nozione di garanzia, invero, penetra così profondamente in tutte le sfere dell'attività umana, che non sempre risulta facile spogiarla delle valenze d'ordine morale, sociale ed economico che evoca ed offerne una definizione giuridicamente pura»; M.



Tale configurazione suggerisce di spostare l'attenzione, poi, dall'atto al piano dell'attività, dal contratto nella sua individualità (isolatamente ed occasionalmente inteso) alle dinamiche del mercato in cui esso confluisce¹⁷.

La valutazione in termini di operatività pratica consente di riflettere su come forme contrattuali forgiate dall'inventiva dei privati possano consentire di tutelare assai più efficacemente il credito rispetto alla fideiussione tradizionale, senza che ciò comporti uno snaturamento della funzione di garanzia¹⁸.

Si è dinanzi ad una autentica spersonalizzazione (o neutralità¹⁹) del rapporto di garanzia del credito²⁰, ove, il "mito" della fideiussione sovente gratuita, e spontaneamente rila-

FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss. eloquentemente osserva che «con una sola parola si designano cioè situazioni disparate [...]. Ma possono avervi influito in modo concorrente, da un lato, la tendenza al concettualismo che, non di rado, fa scorgere simiglianze o affinità fra istituti differenti e, dall'altro, la tradizione terminologica della pratica e della legge, dalla quale, sotto vari aspetti riflessi, può convenire non discostarsi. Ne risultano confusioni ed equivoci per quanto chiari possano essere la natura e i caratteri di ciascuna fattispecie, e chiaro il fondamento e il contenuto della disciplina che ognuna riceve».

¹⁶ Seppur in riferimento al sistema delle garanzie reali, v. A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, spec. p. 108 ss.

¹⁷ G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, p. 14 ss.; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1 ss. In tema, v. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 528 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2012, p. 43 ss.

¹⁸ G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, p. 3 ammonisce che «[...] la conoscenza di un istituto giuridico è conoscenza della sua funzione e della sua struttura» e prosegue rilevando che «dal punto di vista della funzione, garantire l'obbligazione, meglio, in senso lato, il dovere, significa assicurare l'adempimento». G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 9, pone subito in allerta dal subire «[...] il fascino esercitato dalla semplificazione, fatalmente indotta dalla tendenza a considerare la garanzia come categoria in sé sfuggente e solo individuabile con nettezza in chiave teleologica». A detta dell'A., la risposta agli interrogativi derivanti dalle esperienze pratiche non deve condurre ad una indulgente considerazione della garanzia e, di conseguenza, ad una cristallizzazione dei vecchi dogmi. Di tal fatta, ne discenderebbe «[...] una rarefazione del concetto di garanzia, il quale, relegato e costretto in un ambito oltremodo circoscritto, serberebbe intatta la sua "purezza", ma finirebbe per smarrire la propria funzione» (p. 12). In termini dubitativi, v., però, A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 105, e O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 866, che nega ammissibilità sistemica al contratto autonomo di garanzia poiché questo presenterebbe, solo, analogie con la funzione assicurativa (e non con quella, appunto, di garanzia). Criticamente, per A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, p. 108, nel contratto autonomo di garanzia sul rango causale accede l'elemento della promozione di un affare (che in ogni altro negozio di garanzia rimane allo stato di motivo o di presupposto di fatto dell'assunzione della garanzia medesima).

¹⁹ Sulla neutralità dell'obbligazione di garanzia, quando correlata alle dinamiche d'impresa, v., *ex multis*, L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995, pp. 66-72 ss.; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 19 ss.

²⁰ Mentre G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 14 ss., rileva l'indebolimento della logica cooperativa nel meccanismo della garanzia, diversamente, G. PIEPOLI, *Le «garanzie negative»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 410, arguisce che le garanzie negative convenzionali contribuiscano in modo significativo al processo di personalizzazione dei rapporti contrattuali, trovando un ambito di applicazione privilegiato nelle operazioni creditizie caratterizzate da un preciso *intuitus personae*. Secondo l'A. (p. 406) «[...] la "clausola negativa" costituisce un elemento peculiare dei finanziamenti concessi a debitori "forti", dotati di specifico potere contrattuale, dai quali non è possibile ottenere le tradizionali garanzie reali». C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorio-*



sciata dal garante-amico o dal garante-familiare - insieme costituenti la cerchia dei garanti profani²¹ - è stato sopraffatto da una ridefinizione in chiave specialistica d'impresa²².

Pertanto, la dilatazione degli schemi di garanzia personale sotto il versante soggettivo e oggettivo mette in primo piano l'incidenza dell'impresa sugli schemi contrattuali e richiede una rimeditazione del sistema delle garanzie personali²³. Parrebbe, quindi, necessitata l'esigenza di definire regole operative che si possano adeguare alla specificità degli interessi presenti e alle identità economiche e professionali delle parti²⁴, superando la mera cristallizzazione concettuale della fideiussione quale negozio fondato e irregimentato su precedenti effetti giuridici²⁵.

Ciò considerato, appare opportuno esaminare quale sia la reazione discendente dall'ordinamento italiano e da quello francese dinanzi all'impetuoso incedere della garanzia autonoma e delle logiche d'impresa che lo contraddistinguono. Se nel primo caso può essere avocata la teoria dell'autonomia d'impresa al fine di consentire l'affermazione e la validazione di nuove forme di garanzia personale del credito²⁶, diametralmente opposta è la soluzione che si radica nel diritto francese.

rie, Milano, 1997, p. 1 parla di spersonalizzazione dei mercati per la crescente esigenza di rafforzare la tutela delle aspettative creditorie. V. D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, Napoli, 1992, p. 13 ss.

²¹ U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 782 ss.; nel diritto francese, *ex multis*, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Paris, 2011, p. 34 ss. Attorno al tema delle c.d. fideiussioni rovinose, S. CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Perugia, 2007. Per spunti dal diritto europeo, v. A. COLOMBI CIACCHI (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007; EAD., S. WEATHERILL (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010. V., per altri spunti, L. DI NELLA, *La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la Mithaftung von Nahbereichspersonen*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1191 ss.

²² M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2014, p. 435 ss. Di fideiussione come contratto, in principio, di beneficenza discorrono A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, in *Traité Ghestin*, Paris, 2010, p. 130 ss.

²³ Criticamente, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 46 s., invita a superare ogni prospettiva eccessivamente generalizzante e di considerare ogni singolo modello al fine di individuarne la funzione complessivamente ad esso sottesa. Dello stesso tenore, L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 11 ss. a p. 51 ss.

²⁴ V. quanto espresso in D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 442 ss. Per una lettura generale del rilievo soggettivo nella contrattazione d'impresa, E. GABRIELLI, *I contraenti* e F.D. BUSNELLI, *Conclusioni*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, rispettivamente a p. 113 ss. e p. 151 ss. Cfr., anche, G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 491 ss.

²⁵ V. lo studio monografico di G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, spec. p. 135, nt. 41, p. 536. L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 727 ss. a pp. 728-729, ha precisato che la pratica negoziale degli affari è riuscita ad erodere progressivamente la disciplina fideiussoria, ampliando l'oggetto della garanzia e svincolando la sicurezza di realizzazione del credito dalle vicende del rapporto obbligatorio garantito.

²⁶ G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16 s.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 33 ss. e, già, ID., *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, 1971. Sul punto, v. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 515 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., spec. p. 37 ss.



Con la consacrazione del contratto autonomo di garanzia avvenuta nel 2006 all'interno del *code civil* si è rimessa al legislatore la capacità di riconoscere un congegno contrattuale a lungo diffuso nella prassi. Ciò, però, non impedisce di apprezzare la flessibilità disciplinare e più, in generale, di ricercare tra le pieghe normative i distinguo posti nell'accesso ai meccanismi di garanzia personale per privati cittadini e imprese. Inoltre, come già accennato, il tema della garanzia autonoma merita di essere problematizzato secondo le soluzioni fornite a livello sovranazionale nel DCFR e nelle regolamentazioni sorte in seno all'Uncitral e alla Camera di commercio internazionale.

2. L'esigenza tipica dell'impresa di dotarsi di forme di garanzia idonee a superare rigidità concettuali e schemi tipizzati nel codice civile ha condotto alla progressiva affermazione del contratto autonomo di garanzia.

Una precisazione s'impone sin da subito. Aver scelto questo contratto non equivale a certificare la limitatezza dell'inventiva d'impresa in tema di garanzie personali del credito²⁷.

Contro la prospettiva di chiusura dei fenomeni di garanzia personale del credito milita quanto disposto all'art. 1179 c.c., ove può leggersi che il soggetto tenuto a fornire una garanzia, senza specificazione di modo e forma, possa prestare a propria scelta un'ideale garanzia reale o personale, ovvero una diversa sufficiente cautela. Questo gancio normativo consente di coonestare senza chiusure pregiudiziali la creazione e la diffusione di garanzie personali atipiche, riconoscendo ai meccanismi di garanzia del credito la capacità di adeguarsi alle costanti mutevolezze indotte dallo sviluppo dei traffici²⁸.

La presenza del contraente impresa nell'ambito delle garanzie personali - estendendo tale apprezzamento anche in riferimento alla fideiussione *omnibus* - si riflette sulle medesime conferendone peculiarità e condizionandone legittimità e meritevolezza, al punto da creare un autentico sottosistema delle garanzie personali²⁹.

Ciò, ad esempio, ha consentito di fugare i dubbi circa la legittimità di clausole a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni quando apposte a garanzie attive³⁰. Dinanzi al rischio che tali meccanismi contrattuali potessero condurre all'indiscriminato sacrificio di diverse classi sociali e polverizzare le ragioni del ciclo produttivo si è tenuto a mente che tali

²⁷ U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 751 ss.

²⁸ Spiega U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 754, nt. 4 che «l'art. 1179 c.c. unisce, nel sistema, la nozione unitaria di garanzia quale possibile oggetto di un obbligo alle singole garanzie comprese nei due generi delle garanzie personali e delle garanzie reali ma non si limita a queste poiché si estende, purché siano idonee, a figure ulteriori non rientranti fra quelle già conosciute, secondo il *principio* implicito, ma unanimemente riconosciuto, dell'equivalenza delle garanzie, a cui deve unirsi il principio di autonoma determinazione delle garanzie secondo articolazioni plurime: il sistema delle garanzie delle obbligazioni, si autopropone, infatti, come sistema aperto, così da presupporre, contro i silenzi e le reticenze tramandate, forme nuove rispetto agli schemi legali».

²⁹ G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 26; A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 514 a p. 516.

³⁰ Sul tema, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1067 s.



garanzie trovavano operatività nella dinamica d'impresa³¹. La banca beneficiaria ricorrerebbe ad efficaci meccanismi di salvaguardia delle proprie ragioni, rimanendo estranea da ogni contestazione rifluente dai rapporti tra debitore e garante; il debitore necessita di siffatta garanzia per lo sviluppo dei propri affari; il garante, sovente impresa, agisce in un'ottica lucrativa e non di tutela disinteressata.

Questo contesto porterebbe ad escludere un contrasto con i principi di ordine pubblico e la conseguente invalidità negoziale³². L'immagine di una diversificata ammissibilità dell'atto in ragione dell'imporsi delle prerogative dell'impresa (*rectius*, delle imprese coinvolte) permette di tracciare una linea di demarcazione rispetto al c.d. contratto del soggetto proprietario.

Altra clausola che ha conosciuto una speculare riflessione in termini di valutazione delle istanze d'impresa e di compatibilità sistematica è stata quella *omnibus* - malgrado nel 1992 la l. 17 febbraio n. 154, all'art. 10, abbia emendato la disciplina codicistica fideiussoria, prescrivendo l'obbligo di previsione dell'importo massimo garantito, *ex art.* 1938 c.c., e sancendo il divieto della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione per obbligazione futura, *ex art.* 1956 c.c.³³, anch'essa predisposta nelle fideiussioni attive a garanzia, come etimologicamente deducibile, di tutti i debiti presenti e futuri di un soggetto, in riferimento a rapporti che si instaurano tra il soggetto medesimo e il creditore (sovente nelle vesti di impresa bancaria)³⁴. La fideiussione *omnibus* - precisiamo, per chiarezza, *ante* correttivo legislativo - sarebbe risultata sì gravosa per il garante da trasferire su di questi l'intero rischio economico dell'operazione, assistendosi di tal fatta a un pressoché totale esonero per l'azienda creditizia da qualsivoglia rischio d'impresa nell'attività di concessione e gestione del credito³⁵.

³¹ Il profilo del finanziamento dell'impresa e l'assistenza ad esso fornita dalle garanzie personali è tratteggiato da A. NERVI, *Forme e tecniche delle garanzie nei finanziamenti*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010, p. 35 ss. Per l'A. «[...] l'articolazione della garanzia, nei suoi profili funzionali e strutturali, non è priva di conseguenze in ordine all'*an* ed al *quomodo* del finanziamento e del suo concreto svolgersi nella prassi dei rapporti socio-economici» (p. 40).

³² Assai condivisibile è l'assunto di F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 189 s. per cui «diversa è la conclusione nelle ipotesi in cui la banca utilizza il patto "a semplice domanda" e "senza eccezioni" per garanzie che non hanno attinenza con attività imprenditoriali». Per l'A., ai fini dell'accertamento della validità, tale patto deve essere valutato, comunemente alle condizioni generali di contratto, alla luce dei canoni di buona fede, buon costume e ordine pubblico.

³³ Cfr. l'ampia riflessione di A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, spec. p. 1 ss., p. 54 ss., p. 210 ss., nonché i commenti puntuali di G.C.M. RIVOLTA, *Le nuove disposizioni sulla fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 673 ss. e A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 375 ss.

³⁴ In generale, tra i primi sforzi ricostruttivi, cfr. V. ANGELONI, *Fideiussioni per obbligazioni indeterminate*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, I, p. 65 ss.; M. FOSCHINI, *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, p. 450 ss.; G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, *ivi*, 1971, I, p. 225 ss.; M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, p. 321 ss.; P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, in AA. VV., *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, II, Milano, 1973, p. 1165 ss.; A. RAVAZZONI, *La fideiussione generale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1980, I, p. 257 ss.

³⁵ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, *cit.*, p. 1068, per il quale la clausola standardizzata *omnibus* costituisce un artificio retorico e classificatorio, in quanto «[...] il contratto che la contiene, nonostante il *nomen iuris* attribuito ancora dalle banche [...] è in realtà un contratto autonomo di ga-



Questo sguardo di disfavore per la clausola di estensione temporale si è protratto anche in tempi più recenti, assumendo che le garanzie così strutturate sarebbero estranee alla programmazione e successiva realizzazione delle operazioni di credito tra debitore garantito e banca³⁶.

La presenza di un'impresa, oltre a quella bancaria garantita, nelle vesti di fideiussore conferirebbe una particolare validazione a questo contratto di garanzia. Esso si modella sulle esigenze della prassi commerciale, funge da moltiplicatore del credito e ratifica il superamento del prestito isolato.³⁷ Le logiche dell'impresa garantita, del garante e del debitore principale si congiungono in un legame circolare tale da porsi in chiara discontinuità con il modello fideiussorio codicistico e con la lettura frazionata del rapporto contrattuale individuale³⁸.

Il garante, si pensi ad un socio³⁹, a una società, a un'impresa interessata agli affari del soggetto finanziato, ha per comunanza la cosciente prefigurazione del rischio e dell'onerosità operativa⁴⁰. Al contempo, possiede interessi specialmente qualificati verso il finanziamento del terzo⁴¹.

La dinamica d'impresa che affiora nella relazione reticolare atto-attività incide sulle garanzie personali del credito, lasciando emergere peculiarità soggettive e oggettive difficil-

ranzia». V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 497. Distintamente, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, Tratt. Buonocore, II, 3. X, Torino, 2006, spec. p. 29 ss. a p. 33 ss.

³⁶ A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, cit., p. 518 s., per cui le clausole omnibus «[...] delineano garanzia di pura aggiunta e di pura casualità (per l'esserci, come per il loro non esserci): richieste fuori da ogni logica di istruttoria dell'affidato, come pure fuori da ogni valutazione del merito di credito» (p. 519). *Contra*, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., spec. p. 34 ss. Antecedentemente alla novella del 1992, v. le riflessioni di E. ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 137 ss. a p. 150 s.

³⁷ P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, cit., p. 1177. Aderisce a queste prospettive G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, in ID., *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, p. 78 s.

³⁸ A. CALDERALE, *La Cassazione e la fideiussione omnibus: tutto quello che avreste voluto sapere sulla fideiussione omnibus e non avete mai osato chiedere*, in *Quadr.*, 1989, p. 574 ss.; F. BENATTI, *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, in A. MUNARI (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992, p. 105 ss.

³⁹ A. BARBA, *Obbligazione sociale e garanzia personale del socio illimitatamente responsabile*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, Milano, 2008, p. 109 ss.

⁴⁰ N. SALANITRO, *Fideiussione omnibus e impresa familiare*, in AA. VV., *Fideiussione omnibus. I rapporti bancari nel nuovo diritto di famiglia e problemi del diritto penale bancario*, Milano, 1978, p. 57; ID., *Le banche e i contratti bancari*, cit., p. 226.

⁴¹ Considerazioni interessanti sono contenute in M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, cit., p. 324, per cui «[...] la fideiussione non poggia sul vuoto: rafforzando l'aspettativa di buon fine delle obbligazioni che potranno rientrare nella garanzia, questa ha aperto, mantenuto o allargato la via di una corrente di affari, che ha un suo valore economico sotto il profilo dell'avviamento dell'impresa del debitore. Per parte sua, il fideiussore ha interesse alla costituzione di una base finanziaria all'attività di impresa di cui per il quale dà la garanzia, ed è per questo che la sua garanzia assume un connotato così generale». Nel lumeggiare le relazioni tra rilievo della personalità d'impresa del garante e *causa cavendi* in riferimento alla fideiussione *omnibus*, precisa L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, 1992, p. 181 s., che «[...] i rischi che la banca affronta accordando assistenza creditizia a tempo indeterminato ad un imprenditore commerciale, trovino adeguata tutela solo nell'obbligazione personale di quei soggetti che possono determinarne l'attività (e quindi aggravare il rischio) o che possono risultare i naturali beneficiari di azioni volte a sottrarre i beni del debitore alla garanzia generica [...]». Per alcuni spunti, v. R. RASCIO, *La fideiussione omnibus: premesse per la discussione del tema e Sulla fideiussione generale bancaria*, in ID., *Studi giuridici*, Napoli, 2011, rispettivamente p. 190 ss. e p. 271.



mente compatibili con la logica dell'individuo proprietario che ha animato i contratti di garanzia personale presenti nel codice civile⁴².

L'elemento della professionalità, la capacità di affrontare e sopportare rischi non isolati alle singole operazioni e la conseguente neutralità rispetto a situazioni contingenti non va a rappresentare un dato descrittivo e ininfluenza quanto, vieppiù, agevola la rivendicazione di un impianto di garanzie personali del credito ispirato alle logiche d'impresa⁴³. Il nesso tra garanzie del credito, ragioni dell'impresa e mercato appare assai stringente: un articolato e idoneo sistema di garanzie commerciali si riverbera sull'accesso delle imprese al finanziamento, svolgendo, di tal fatta, un irriducibile ruolo di rafforzamento delle imprese stesse⁴⁴.

Un sistema di garanzie, pertanto, risulterà compatibile con le finalità di fluida e stabile tutela del credito laddove non frustri, in nome del riferimento ai principi codificati, le esigenze e gli interessi che le imprese intendono soddisfare⁴⁵.

La capacità dell'impresa di creare nuove formule contrattuali, ai fini dell'edificazione di uno specifico statuto di garanzie del credito, consente di giustificare la teoria dell'autonomia d'impresa, idonea a giustificare un peculiare approccio circa le regole della causa del contratto⁴⁶.

⁴² G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 171; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 181 per cui «[...] proprio le qualità professionali di chi esercita un'impresa bancaria e la rete di relazioni che la collegano agli altri operatori del mercato finanziario vengono in considerazione nella scelta del soggetto che deve intervenire nell'affare, assumendo l'impegno di pagare le penali pattuite in contratto: trattandosi di soggetto che professionalmente assume impegni di tale natura e che, normalmente, risulta di gran lunga più solvibile del debitore principale, la garanzia appare per più versi preferibile rispetto ad altri strumenti di tutela del beneficiario».

⁴³ Sul rapporto tra professionalizzazione e nuove forme di garanzia del credito cfr. A. GALASSO, *Perché, come e quando la fideiussione omnibus è valida*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 29. Mutuando alcune riflessioni di D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, cit., p. 38, potrebbe asserirsi che «[...] l'affermazione e l'evoluzione di vari tipi [...] collegati all'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa mostra con tutta evidenza come sia proprio la caratteristica soggettiva di una delle parti (la sua *qualità* di imprenditore) a porsi quale presupposto per l'autonomizzazione e il distacco di una serie di operazioni negoziali da tipi legali contigui [...]». V., anche, C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, in AA. VV., *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, I, Torino, 2015, p. 92.

⁴⁴ Così, E. GABRIELLI, *Garanzie finanziarie, contratti d'impresa e operazione economica*, in ID., *“Operazione economica” e teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013, p. 131. Recentemente, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Assago-Padova, 2015, p. 226 s., per cui «[...] la garanzia compensa un rischio creditizio [...]: la garanzia “paga” (il rischio del) la concessione del credito [...]».

⁴⁵ Sostiene F. ALCARO, *Il soggetto-banca e la fideiussione omnibus*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 13, che, partendo dal tema della fideiussione omnibus (in questo scritto l'A. annota la sentenza Cass., Sez. III, 27 gennaio 1979, n. 615), può arguirsi «[...] il segno di un rinnovato interesse per la riscoperta, quantomeno da un punto di vista metodologico, del canone soggettivo e del suo intrinseco significato, non di meno, statico, termine di riferimento, ma di fonte dell'organizzazione e della funzione e quindi di elemento prefigurante e condizionante lo svolgimento dell'attività».

⁴⁶ Così, G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16 s.; ID., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione del diritto commerciale»*, cit., p. 148 s. Contrari alla categorizzazione dell'autonomia d'impresa, A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 7 e G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 23.



Il valore costruttivo dell'autonomia d'impresa, però, non passa da una rottura del dato normativo o da uno sconvolgimento delle fonti⁴⁷: il contratto esplicativo dell'attività d'impresa dovrà, pur sempre, misurarsi con il rispetto delle norme imperative e dell'utilità sociale, quindi con i valori di interesse generale⁴⁸.

In questo senso, possono osservarsi le diverse statuizioni giurisprudenziali che assoggettano il contratto autonomo di garanzia al rispetto della clausola *omnibus* - direttamente applicabile anche alle garanzie autonome in quanto espressione di un principio di ordine pubblico⁴⁹ - così impedendo che la fuga dal tipo fideiussorio sia un mezzo per eludere norme espressive di valori ordinamentali⁵⁰.

Trattasi, piuttosto, di favorire un'applicazione differenziata delle norme sul contratto: per cui, se l'impresa e l'individuo proprietario rispondono a due visioni e a due realtà fenomeniche distinte nel sistema di principi e valori ordinamentali e, quindi, portatori di interessi ad agire legittimamente diversi⁵¹, altrettanto distinte debbono essere le valenze da attribuire al medesimo testo normativo a seconda, appunto, che debba applicarsi all'attività d'impresa o al singolo individuo⁵².

⁴⁷ M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 32. Da questa prospettiva, però, con molte perplessità, cfr. V. FARINA, *Attività di impresa e profili rimediali nel franchising*, Napoli, 2011, p. 85 s., per cui l'attività d'impresa esplicantesi nella contrattazione di impresa è legata ad una «[...] valutazione della meritevolezza che non potrà essere adottata scindendo "l'autonomia d'impresa" dall'"autonomia contrattuale"».

⁴⁸ Spiega G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 166, che, in riferimento al contratto d'impresa, l'interesse generale vada inteso «[...] non come esterno al contratto [...] ma come componente della sua funzione e, diciamo pure, della sua causa». G.C.M. RIVOLTA, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1291, sottolinea che «l'autonomia privata di fronte all'esercizio dell'impresa non può essere apprezzata di per sé come un valore, indipendentemente dalle modalità con cui si esplica e quindi dai suoi limiti. Si può dire, invece, che quell'autonomia - sia essa configurata o meno come autonomia d'impresa - è apprezzabile come un valore solo se si pone entro corretti limiti e si esplica nel rispetto di essi. Limiti che devono essere ragguagliati ai principi che ispirano l'ordinamento».

⁴⁹ Cass., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1520, con nota di P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, in *Bbt*, 2010, II, p. 665 ss. e di M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche «omnibus»: l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1249 ss.; App. Bari, 6 ottobre 2014, con nota di M. ROBLES, *La fideiussione c.d. omnibus secondo l'ordine pubblico "economico" di Bruxelles*, in *Giur. it.*, 2015, p. 814 ss., di A. CALDERALE, *L'esecutività in Italia della sentenza straniera di condanna del fideiussore omnibus*, *ivi*, 2016, p. 1881 ss. e di G. SALITO, *Garanzie personali e ordine pubblico*, in *Corti sal.*, 2016, p. 227 ss.

⁵⁰ G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in M. GRANIERI, T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, Bologna, 2017, p. 16 ss. V., inoltre, le considerazioni critiche di A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 402 ss.

⁵¹ Secondo P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 269 ss., una definizione stipulativa di interesse può essere declinata nella ragione per agire, risultata dal procedimento di qualificazione giuridica. L'A. spiega che «[...] la ragione giuridica dell'azione in un sistema costituzionale, come il nostro, fondato sul pluralismo [...] non rimuove ma comprende [...] le ragioni individuali e il loro riferimento di valore» (p. 273).

⁵² Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 528 s., ove precisa, però, che sia la prospettiva riguardante la riflessione sulla disciplina del contratto in generale, sia quella che considera le peculiarità dei contratti d'impresa convergono «[...] nel valorizzare e accreditare forme di *typengereche Auslegung*: l'interpretazione orientata al tipo consente, infatti, di utilizzare, quale



3. Osservare il contratto autonomo di garanzia nei suoi aspetti strutturali e funzionali può apparire assai articolato, stante la molteplicità di figure che si radunano attorno a tale prototipo negoziale (*bid bond, performance bond, maintenance bond, advance payment guarantee, retention money bond*)⁵³. Può, però, considerarsi che, nel lungo andare che ha accompagnato il dibattito italiano, a partire dagli anni '70, le riflessioni sistematiche e ricostruttive in materia di contratto autonomo di garanzia hanno diffusamente impegnato dottrina e giurisprudenza e si sono soprattutto appuntate su tre profili: *i*) circa la compatibilità con il sistema civilistico italiano di conio causalista e, pertanto, repulsivo, salvo deroghe legali, di atti astratti; *ii*) circa la compatibilità della confisca al garante di sollevare eccezioni, stante anche quanto divisato dall'art. 1460 c.c.; *iii*) sulla riconducibilità al tipo fideiussorio, e in alternativa, sulla meritevolezza degli interessi trasfusi nel meccanismo contrattuale atipico⁵⁴.

Al fine di evidenziare il rapporto tra requisito causale e teoria dell'autonomia d'impresa, è opportuno muovere dal contratto autonomo come ordine impartito al garante - sovente nelle vesti di un istituto creditizio o assicurativo - di assumere una garanzia nei riguardi del beneficiario e di assicurarne un pronto e indifferibile soddisfacimento⁵⁵.

La garanzia autonoma è connotata dall'indipendenza e dall'ininfluenza verso l'obbligazione principale garantita⁵⁶. Diversi i problemi che attengono al fondamento causa-

criterio selettivo nell'applicazione delle norme, il modello socio-economico che il legislatore ha visualizzato quale antecedente della disciplina storica. Il che concretamente significa autorizzare l'interprete a disapplicare quelle norme, suppletive ma anche *imperative*, tutte le volte che l'assetto d'interessi che reclama una disciplina presenti caratteristiche diverse e incoerenti con il tipo normativo considerato dal legislatore storico». Precisa M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 40 che «la differenza normativa del diritto delle imprese e dei mercati, rispetto al diritto degli individui proprietari, dev'essere accettata come un carattere fondamentale del diritto contemporaneo; la differenza del referente socioeconomico dev'essere sempre tenuta presente nell'interpretazione delle norme che si riferiscono a figure generali come a costruzioni dogmatiche». Recentemente, v. L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 988 ss., nt. 18.

⁵³ Per una ricostruzione delle varie figure contrattuali più frequenti nella prassi, modellate sullo schema delle garanzie autonome, cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 141 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in ID., L. RUGGERI, *Garanzie personali*, in *Tratt. CNN*, Napoli, 2005, p. 203 ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 319 ss.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 107 ss.; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 145 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 433 ss. Recentemente, G.B. BARILLÀ, *Performance bond tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI, T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 117 ss.

⁵⁴ In giurisprudenza notevole importanza riveste la pronuncia resa da Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947. Tra le tante annotazioni, v. M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, p. 453 ss.; G.B. BARILLÀ, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia «storica» fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 279 ss.; F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, *ivi*, II, p. 425 ss.

⁵⁵ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1045 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 169 ss. a p. 175; ID., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 30 ss. p. 43. V., anche, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 339 s.

⁵⁶ G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 30. V. l'approfondita ricerca critica di F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 53 ss., p. 67 ss., p. 85 ss., p. 128 ss.



le, al rinvenimento della ragione giustificativa: ovvero, se essa debba essere ricercata all'interno del regolamento contrattuale oppure esternamente ossia, ancora, all'interno di un più vasto contesto operativo in cui il contratto di garanzia si esplica⁵⁷. Più precisamente, forti dell'ellissi con la disciplina del credito documentario irrevocabile, si è osservato come al sistema civilistico non fosse estranea la situazione in cui la giustificazione dello spostamento patrimoniale dovesse ricercarsi esternamente rispetto al singolo negozio⁵⁸. Il contratto autonomo di garanzia sarebbe causalmente compatibile in virtù dell'enunciazione all'interno del contratto della funzione economica dell'attribuzione, pur rimanendo il rinvenimento del fondamento della prestazione al suo esterno⁵⁹.

Al contempo, non può negarsi una caratterizzante connotazione astratta, quale indipendenza della validità dell'attribuzione dai vizi della sua funzione economica⁶⁰. L'astrazione, però, in caso di ingiustificata escussione del garante, non genera una situazione irrimediabile: anzi, viene fatta salva l'esposizione del creditore all'esperimento di un'azione recuperatoria dell'indebito da parte del debitore⁶¹.

Tale ricostruzione consentirebbe di considerare il contratto autonomo di garanzia nella sua manifestazione globale, impedendo che la conformazione alla regola causalista possa snaturare l'essenza autonoma della garanzia risolvendosi in un rapporto fideiussorio⁶².

⁵⁷ P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 441 s.

⁵⁸ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1063 s.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 170 ss.

⁵⁹ Ricca di spunti è la monografia di M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, spec. p. 201 ss. a p. 206, nt. 27, per cui il contratto autonomo di garanzia «[...] non è allora - e non potrebbe essere - privo di causa né nel senso di essere privo di uno scopo pratico giuridicamente rilevante, né nel senso di dar luogo a spostamenti patrimoniali totalmente astratti da un *Grund*; ciò che lo caratterizza è piuttosto un modo peculiare di regolamentazione delle questioni che il concetto di causa riassume: proponibilità o improponibilità di eccezioni relative al rapporto di valuta nell'ambito del rapporto garante/beneficiario; riequilibrio degli spostamenti patrimoniali ingiustificati». *Contra* la prospettiva elusiva della causa esterna e dell'*expressio causae* si schiera E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 559 ss. a p. 561 ss., la quale invita a considerare il problema causale attraverso la prospettiva rimediabile; v. anche, F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., spec. pp. 98-103 ss.

⁶⁰ Questa configurazione dell'astrattezza è elaborata da P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineeamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 719. Precisa A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 86 s. che «[...] la promessa del garante non è a termine o parte di un contratto causale, del tipo fideiussione, ma attribuzione obbligatoria e solo causalmente condizionata, ma nella permanenza (e non già nella insorgenza) dei suoi effetti, dalla esistenza del debito garantito». *Contra*, P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 125 s., per cui trattasi di «[...] soluzione, sotto il profilo logico, contraddittoria, non potendo essere uno stesso schema essere ad un tempo causale ed astratto».

⁶¹ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1063 s. Per G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005, p. 30, «[...] in un ordinamento causalista come quello italiano, l'astrazione causale non signific(a) ammissibilità della mancanza di causa, ma solo possibilità di dare rilievo al difetto della stessa in un momento successivo a quello dell'attuazione del rapporto». Diversamente, v. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 78 ss. Su questo tema, da ultimo, v. C. ABATANGELO, *Dalla delegazione promissoria al contratto autonomo di garanzia: il problema delle restituzioni*, in AA. VV., *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, p. 1 ss.

⁶² G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 171, spiega che «[...] se una banca assuma, a favore di un proprio cliente, una garanzia "senza eccezioni ed a prima richiesta»



Tenendo in debito riguardo i profili funzionali e il contesto operativo in cui il contratto autonomo di garanzia si innesta, ovvero quello del mercato e delle imprese, coglie nel segno l'osservazione di chi ha conferito all'astrazione il ruolo di causa stessa del contratto⁶³. All'obbligazione del garante di adempiere a richiesta fatta e senza eccezioni si è estesa una valutazione non solo in termini squisitamente effettuali ma, vieppiù, causalmente determinativa⁶⁴.

Ancora diversamente, si è predicato che il referente causale del contratto autonomo di garanzia vada rinvenuto internamente⁶⁵. Esso sarebbe identificabile, quindi, *nella causa cavendi* (ovvero nel rafforzare la sicurezza del credito e garantire un risultato considerato nella sua materialità e vantaggioso per il creditore⁶⁶).

Il riferimento alla causa esterna, alla dinamica dell'astrazione, non coincide, come si è provato a delineare, con lo sdoganamento di un negozio privo di ogni forma di controllo causale. Trattasi, invero, di una tecnica idonea a enucleare i nessi legittimanti e riassumere il senso dell'operazione. Ancora, consente di analizzare come la limitazione dell'efficacia della situazione giuridica originaria intercorrente tra debitore e creditore risulti indispensabile per il funzionamento della garanzia autonoma.

Ma qualora dovessero permanere dubbi sulla compatibilità ordinamentale di un congegno negoziale così strutturato potrebbe la teoria dell'autonomia d'impresa fornire una diversa metodologia interpretativa della colorazione causale. Non si tratta solamente di compensare eventuali guasti causati all'erosione dell'efficacia protettiva del principio causalistico

a beneficio di un terzo contraente, non si dubiterà dell'utilità economica della "purezza" dell'impegno, consistente nel consolidamento dell'immagine internazionale della banca concedente e nella certezza di "rientrare" del pagamento effettuato senza il rischio di coinvolgimento in dispute sostanziali tra cliente o beneficiario». Prosegue l'A. che l'assunzione dell'impegno nell'operazione complessiva «[...] non per questo assurgerà a "causa" in senso giuridico-strutturale dell'impegno, poiché ciò è quanto le parti intendono massimamente evitare: è proprio la "purezza" dell'impegno, infatti, a renderlo capace di servire, all'interno dell'operazione, lo scopo perseguito; reso "causale", se ne spunterebbe l'efficacia, in quanto ne verrebbe sacrificata la *ratio* economica e, in definitiva, l'utilità giuridica». *Contra*, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 561, per cui «l'applicazione della causa, dunque, non può in alcun modo far temere un ritorno all'accessorietà, ma tutt'al più evidenzia una minima limitazione nel concetto di autonomia [...]». Rilievi dubitativi sono esposti anche da P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 450 ss. e da F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 143 ss.

⁶³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2011, p. 378 s.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 128 ss. Diversamente, A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 97 ss.

⁶⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 378 s., precisa che nel contratto autonomo di garanzia «[...] l'astrazione che ricorre qui è, paradossalmente, essa stessa causa del contratto: infatti la ragione giustificativa di questo è proprio dare al creditore una garanzia particolarmente forte e sicura, insensibile alle eccezioni ordinariamente capaci di bloccare una normale garanzia fideiussoria».

⁶⁵ Cfr. L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 179.

⁶⁶ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 354. Per l'A. *l'expressio causae* «[...] non varrebbe a trasformare in causale un negozio, che l'ordinamento prevedesse come astratto, né basterebbe ad elevare il finalismo delle parti al rango di causa; non serve, infatti, per affermare la natura causale del contratto, semplicemente richiamarsi all'autonomia privata, creatrice dei tipi contrattuali. È invece, indispensabile, a tal fine, cercare la risposta dell'ordinamento, verificare, cioè, se lo scopo voluto dalle parti costituisca una funzione pratica in esso inquadrabile e da esso positivamente apprezzabile».



di scambio in forza dei benefici che deriverebbero dall'aumento del finanziamento bancario e parabancario⁶⁷. L'operatività del contratto autonomo di garanzia, quale contratto d'impresa all'interno del mercato, sospinge per una valutazione causale traslata dal piano dell'atto al piano dell'attività, consentendo l'emergere delle ragioni dell'impresa e delle posizioni contrattuali coinvolte⁶⁸.

Il contratto autonomo di garanzia risulterebbe essere un frammento all'interno di una più espansa attività: ciò sottenderebbe la necessità di ripensare le regole della causa tenendo conto dell'orizzonte dell'operazione economica complessiva⁶⁹. Il controllo causale deve tenere in considerazione la scansione degli interessi che si obiettiva e traspare dalle maglie dell'operazione contrattuale⁷⁰. Uno scrutinio che superi le rigidità derivanti dall'intendere la causa quale funzione economico sociale e sia idoneo a evidenziare lo specifico assetto di interessi trasfuso⁷¹.

Da ciò può anche arguirsi che il rischio di spostamenti patrimoniali ingiustificati e di attribuzioni economiche prive di fondamento possa non essere del tutto espunto se operino esclusivamente soggetti comuni. Ciò consente di tracciare un ideale parallelismo, con quanto ritenuto in tema di diritto cartolare, ove l'autonomia d'impresa è stata elevata a

⁶⁷ F. GUERRERA, *Contratto e mercato*, in *Quad. giur. impr.*, 1990, p. 28.

⁶⁸ Cfr. E. MOSCATI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in AA. VV., *Studi per Franco Di Sabato*, I, *Diritto dell'economia*, Napoli, 2009, p. 495; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, spec. p. 131 ss.

⁶⁹ V. il recente studio di D. FARACE, *Appunti sugli elementi costitutivi di un'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 597 ss. a p. 617s. Spiega A. MAZZONI, *Contratti di garanzia e normativa valutaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I, p. 617 che «[...] il fondamento dell'attribuzione va ricercato [...] nel quadro di una vicenda più ampia e complessa di cui l'obbligazione di garanzia costituisce soltanto una parte o "frammento". È dunque il contesto in cui l'obbligo si colloca, anziché il contenuto del rapporto, a svelarne il supporto causale e, quindi, a consentire il controllo della causa sotto il profilo della sua sufficienza, liceità e meritevolezza». Per L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 45 «[...] l'autonomia d'impresa, nel valorizzare l'attività negoziale dell'imprenditore, avrebbe un ruolo infungibile sia per gli atti astratti, siano essi contratti o atti unilaterali, sia per i negozi causali atipici, dei quali configurerebbe la struttura ed i limiti di operatività». In tema, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., spec. p. 52.

⁷⁰ In generale, cfr. lo studio di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 217 ss. a p. 237 s., ove si precisa che «[...] è innegabile che proprio la suaccennata moderna linea evolutiva dimostra che, ove si intende ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto d'autonomia, deve concentrarsi l'indagine sulla causa, in quanto è proprio quest'ultima a racchiudere in sé, fra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili, quello che ha acquisito concreta e specifica consistenza. Ecco perché, nell'indicata più consapevole prospettiva l'analisi degli interessi di cui il negozio è portatore, non può non sfociare in quella della causa; con la conseguenza che estremamente discutibile, se non addirittura dannoso, e certamente infondato apparirebbe, in questa sede, continuare a riconoscere agli interessi penetrati nell'atto d'autoregolamento, una posizione autonoma distinta da quella della causa».

⁷¹ In Cass., Sez. Un, 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. può leggersi che «va inoltre considerato che [...] appaia oggi predicabile una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che la configurava come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)». Per alcuni riferimenti, cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 958; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, ivi, 2014, p. 267. Per più complessi rilievi critici, v. M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., *passim*.



strumento necessitato per la creazione di titoli atipici ma pur sempre soggetta al principio del controllo causale: ne è disceso che un nuovo titolo di credito possa essere ammesso solo se strumento immediato o mediato dell'attività di impresa⁷².

L'incedere e l'insistere del soggetto-impresa, quindi la connessione oggettiva tra garanzia autonoma ed esercizio di un'attività d'impresa, condurrebbe ad una diversa valutazione del causalismo⁷³.

Per il tramite dell'autonomia d'impresa si offre un metodo che supporti un'argomentazione sistematica volta a validare contratti astratti e negozi causali atipici che nascono e si affermano nei rispettivi mercati d'azione delle imprese.

4. Analizzare le garanzie personali d'impresa attraverso la prospettiva francese può apparire complesso. Balza all'occhio come ci si muova attraverso diverse articolazioni normative e, come, al contempo ci si debba confrontare con una specializzazione del diritto delle garanzie personali⁷⁴. Non da ultimo, viene solleticato lo scrutinio dei rapporti tra autonomia contrattuale e consacrazione legislativa (denotandosi così una difficile compenetrazione dell'autonomia d'impresa, secondo la declinazione italiana, nelle maglie del quadro

⁷² M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 316; ID., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 286. Precisa, però, A. PAVONE LA ROSA, *Titoli "atipici" e libertà d'emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, in *Riv. soc.*, 1982, pp. 705-719, che «l'esercizio di un'attività commerciale non può da solo legittimare l'impiego di un qualsiasi (nuovo) strumento cartolare, anche se utile a favorire una sua migliore esplicazione od un'economia di costi. Quel che non è consentito al privato non può essere consentito all'imprenditore commerciale come tale. L'introduzione di nuove figure di titoli di credito individuali, nei ristrettissimi margini segnati dall'ordinamento giuridico (e, tra l'altro, chiaramente desumibili dalle leggi "cambiarie"), potrà dirsi giustificata solo ove concorrano esigenze *obiettive* del particolare settore di attività; e solo dalla disciplina del settore (industria, trasporti, attività bancaria, ecc.) sarà possibile trarre indicazioni utili per una eventuale recezione ed inquadramento delle nuove figure cartolarie». V. i rilievi di F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 50 ss. a p. 64 ss., p. 72 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992, p. 6 ss., p. 31 ss. a p. 54. Cfr., altresì, le considerazioni di L. MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con causa esterna*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, I, p. 385 ss.

⁷³ A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 85, dopo aver parlato di distacco e di abbandono del causalismo contrattuale generato dal moderno *trend* delle forme di garanzia, in riferimento al contratto autonomo di garanzia rileva che l'obbligazione del garante è «[...] contrassegnata da relativa "astrattezza", se per astrattezza si intende il *vigore* dell'obbligazione a prescindere da elementi o circostanze ad essa "esterni" [...]». Per G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 41, non può revocarsi in dubbio che «la prestazione "astratta" sia da considerare una tessera di un più ampio mosaico (variamente articolato) di rapporti che, nelle loro reciproche implicazioni, descrivono i tratti della complessiva operazione entro cui l'operazione è collocata e, nel contempo, rendono percepibile l'obiettivo che, con essa, le parti si sono prefisse di conseguire; è, altresì, chiaro che detta prestazione è voluta con la sua natura astratta e con i profili di (più o meno) spiccata "autonomia" che ne caratterizzano la struttura e la disciplina, in quanto funzionale alla realizzazione del risultato desiderato e parimenti assodato che a questa sua "neutralità" (rispetto alle vicende che possano interessare l'operazione sottostante) le parti assegnano un valore a tal punto essenziale da rendere la prestazione medesima, ove non contrassegnata da quei caratteri, del tutto inutile, perché non più idonea ad assolvere quella funzione strumentale rispetto al risultato da raggiungere che ne costituisce, in buona sostanza, l'intima ragion d'essere». Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 477 ss.

⁷⁴ M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»*, cit. E per una recente rassegna PH. DUPICHOT, *Le nouveau droit français des sûretés: bréviaire à l'attention du juriste étranger*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, 2013, p. 277 ss.



teorico-normativo di riferimento francese). Modulando la riflessione a partire dalla prima considerazione critica, giova rilevare che il dualismo *code civil-code de commerce* conferisce, tuttora, al negozio fideiussorio una doppiezza apprezzabile soprattutto in chiave funzionale.

Al contempo, occorre tenere a mente che l'unica definizione di fideiussione si rinvie all'art. 2288 del *code civil*, salvo deroghe ed accenni contenuti nel *code de la consommation*, e considerato, anche, che il *code de commerce* disciplina solo l'avallo (art. L. 511-21)⁷⁵.

Ne discende che la fideiussione riveste solamente carattere civile, anche quantunque il debito garantito abbia carattere commerciale e i contraenti originari rivestono la qualità di commercianti, e che essa possa divenire commerciale solo eccezionalmente⁷⁶. Le situazioni affermanti la commercialità della fideiussione sono sottratte alla disponibilità delle parti, le quali compirebbero un abuso giuridico nel voler reclamare il carattere di commercialità in difetto di compatibilità legale, e sogliono essere circoscritte a quattro ipotesi⁷⁷.

La prima è connessa all'elemento formale: da qui se ne inferisce l'appartenenza dell'avallo, quale fideiussione di un impegno cambiario, e della fideiussione sottoscritta da società commerciali.

Il secondo momento di commercialità della fideiussione è legato alla natura del contratto medesimo. Si pensi alla previsione legale contenuta all'art. L. 313-1 del *code monétaire et financier* che divisa quali *operations de crédit* le fideiussioni, derivandone da ciò l'immediata ascrizione nel novero dei contratti aventi natura commerciale delle fideiussioni bancarie. Ancora, la fideiussione assume la connotazione commerciale ogni qualvolta essa sia resa da un commerciante a favore di un altro commerciante con l'intento di favorire ed agevolare la sua attività commerciale, inserendosi pertanto in un atto di commercio⁷⁸. Tale profilo, però, non conosce una piena copertura pretoria oltre a dischiudere incertezze ed inconvenienti applicativi⁷⁹.

La quarta situazione legittimante la subordinazione della fideiussione al *code de commerce* origina e si afferma, invece, proprio in seno alla giurisprudenza che, pur mutando un

⁷⁵ In tema, *ex multis*, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 130 ss.; PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Paris, 2015, p. 104 ss.; S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, Paris, 2015, p. 37 ss.

⁷⁶ Già, R. SAVATIER, *Cautionnement*, in *Traité Planiol-Ripert*, XI, *Contrats civils*, Paris, 1954, p. 966 s. Ora, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 130, precisano che «de cautionnement est par nature un contrat civil: ce caractère, qui n'est pas de son essence, découle de ce qu'il est en principe un contrat de bienfaisance, ce qui n'est guère compatible avec l'exercice du commerce».

⁷⁷ Uno studio approfondito sul tema appare essere quello di D. LEGEAIS, *De la distinction des sûretés civiles et commerciales*, in AA. VV. *Études de Droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, 2008, p. 237 ss.

⁷⁸ S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, cit., p. 37 s.; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 132, precisano che «[...] il convient, afin que le cautionnement soit soumis aux règles du droit commercial, non seulement que la dette principale soit de nature commerciale, mais encore que le créancier et la caution soient commerçants et que l'opération soit conclue dans l'exercice ou pour l'intérêt du commerce de cette dernière. Le caractère commercial du cautionnement n'a évidemment pas pour conséquence, à lui seul, de conférer la qualité de commerçant à la caution».

⁷⁹ PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., spec. p. 112. Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 58 precisa che questa teoria dottrinarica «[...] empruntée au gage trouve malheureusement peu d'écho dans la jurisprudence qui fait prevaloir l'idée selon laquelle le cautionnement est un acte civil par nature».



primo momento di chiusura e rigore, ha rinvenuto delle ipotesi di fideiussione commerciale tramite la formula dell'*intérêt personnel d'ordre patrimonial*⁸⁰.

Tramite il prisma dell'interesse personale, patrimonialmente contraddistinto, la giurisprudenza ha inteso assegnare alla fideiussione una connotazione marcatamente commerciale per l'irruzione all'interno della dinamica di garanzia di un interesse retrostante, immediato o mediato, l'operazione principale. Questo criterio, prevalentemente utilizzato per conferire commercialità alle fideiussioni sottoscritte dai dirigenti o dai soci di maggioranza, proprio per i debiti contratti dalle società medesime, è esposto a rischi di arbitrarietà ogni qualvolta - e non infrequentemente - l'interesse personale-patrimoniale, il cui onere dimostrativo grava sul creditore, incontra nel fideiussore la figura di un socio minoritario o di una persona emotivamente legata al debitore⁸¹.

Tutto ciò considerato, e in un'ottica funzionale ai rapporti di garanzia in cui sono coinvolte le istanze d'impresa, appare opportuno rintracciare le peculiarità di siffatta strutturazione e di come possa essere interpretato questo peculiare statuto delle garanzie personali.

In primis, la competenza per la risoluzione di controversie concernenti fideiussioni commerciali spetta alla giurisdizione commerciale; il regime relazionale lascia presumere la solidarietà, con derubricazione del beneficio dell'escussione preventiva e della divisione; il termine di prescrizione per l'esercizio dei diritti sarebbe quinquennale; la libertà di forma quale precipitato del diritto commerciale dovrebbe reputarsi salva.

Il quadro lascerebbe trasparire, quindi, diverse venature acconce alle esigenze proprie della contrattazione d'impresa. Questi dati non vanno, però, assolutizzati; anzi, vi è di più. La dicotomia tra fideiussione civile e commerciale è stata più volte mitigata ed erosa da disposizioni protezionistiche contenute nel *code de la consommation* che ne hanno limitato, sensibilmente, la ragione del distinguo, comportando, di conseguenza, l'assottigliamento delle prerogative d'impresa⁸². Basti pensare alle disposizioni contenute agli artt. L 331-1 a 331-3 con cui vengono apprestate differenti guarentigie concernenti la persona fisica, commerciante o meno, che garantisca un credito nei riguardi di un creditore professionista: riemerge l'obbligo di forma scritta *ad validitatem*, di espressa e preliminare rinuncia ad avvalersi del beneficio di escussione, di invalidità della fideiussione assunta senza predeterminazione del debito globale garantito.

Quanto brevemente tratteggiato induce a riflettere se le garanzie personali d'impresa trovino, quindi, una coerente sistematizzazione all'interno del *code de commerce*. La distinzione con la fideiussione civile appare sfocata, debilitata dall'impetuoso incedere della tutela consumeristica che ha falciato i connotati distinguenti d'un tempo, quali il lasco formalismo, la scarsa protezione offerta al garante, una marcata efficacia in chiave funzionale e di rafforzamento del credito.

⁸⁰ Cass. Com., 21 gennaio 1980.

⁸¹ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 59; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 131 ss., p. 910 ss.

⁸² Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 60. Importanti considerazioni, corredate da una ampia bibliografia cui si rinvia, sono presenti in F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, *I contratti di garanzia*, I, Torino, 2007, pp. 500-507, p. 512 s. Sul rapporto tra istanze consumeristiche e d'impresa cfr. M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»*, cit., p. 435 ss.



I confini della distinzione appaiono sempre più labili, così da mettere in discussione l'utilità stessa del dualismo e del *code de commerce* come sede maggiormente idonea a recepire e proteggere le garanzie personali d'impresa⁸³. La fideiussione commerciale risulta svuotata di senso, deprivata di un nucleo forte, aggregativo delle ragioni di impresa.

Il problema, in realtà, appare più esteso e si riflette sulla tenuta e sulla compatibilità del negozio fideiussorio, informato al criterio angusto della accessorietà, con le istanze d'impresa, ispirate al progressivo rafforzamento del credito, alla celerità e deformalizzazione dei meccanismi costitutivi di garanzia e all'autonomia dell'impegno⁸⁴.

Se il *code de commerce* offre risposte insoddisfacenti alla sistematizzazione giuridica delle garanzie personali d'impresa, dall'altra sponda il *code civil*, per mezzo dell'*Ordonnance* 2006-346 del 23 marzo 2006, ha consacrato nel testo ultrabicentenario forme di garanzie personali discendenti dalla prassi d'impresa, quali il contratto autonomo di garanzia e le lettere di patronage⁸⁵. Ciò conduce a domandarci se si assiste ad un tentativo di assestamento nell'alveo di categorie ordinanti delle garanzie personali d'impresa, ricucendo le distanze tra il vigore della prassi e dell'autonomia dei privati e la regola positiva⁸⁶; ovvero se l'autonomia contrattuale d'impresa possa ancora contendere al diritto positivo degli spazi di affermazione e di propagazione, coincidenti con le istanze *bancarisation* e *professionalisation*⁸⁷.

4.1. La complessiva inadeguatezza delle regole attorno alla fideiussione e il dogma dell'accessorietà hanno spinto le imprese a rinvenire soluzioni operative ispirate a maggiore fluidità e sicurezza, soprattutto reclamate nel comparto degli affari transnazionali⁸⁸. Il con-

⁸³ D. LEGEAIS, *De la distinction des sûretés civiles et commerciales*, cit., p. 242 ss. a p. 244 ss.

⁸⁴ *Amplius*, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 35, precisa che «a l'heure actuelle, le cautionnement, tel qu'il résulte des textes du Code civil, dit cautionnement simple, ne fonctionne donc que là où le cautionnement est légal ou judiciaire; il a, de la sorte, perdu la majeure partie de son intérêt pratique».

⁸⁵ A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, in AA. VV., *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, 2006, p. 409 ss. Per qualche notazione italiana, cfr. G.B. BARILLÀ, *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, p. 217 ss.; F. BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, ivi, 2007, I, p. 226.

⁸⁶ V. le osservazioni critiche di D. LEGEAIS, *De la distinction des sûretés civiles et commerciales*, cit., p. 237 ss. Anche se precedentemente alla riforma del 2006, e limitatamente alle garanzie reali, A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, cit., p. 189 ss., lamentava che il tema delle garanzie nel *Code civil* fosse trattato in modo insoddisfacente, essendo ciò percepibile anche dalla collocazione topografica delle norme. Per un quadro molto dettagliato, anch'esso cronologicamente anteriore alla riforma del 2006, v. PH. SIMLER, *Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles?*, in AA. VV., *Le Code civil. Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, p. 373 ss. a p. 395 ss., per cui il contratto di fideiussione avrebbe dovuto rimanere l'unica garanzia positivistizzata, in modo da rimanere, in termini di politica del diritto, la garanzia personale di diritto comune nell'ordinamento interno. Parallelamente, l'A. appariva contrario all'introduzione codicistica del contratto autonomo di garanzia poiché ne avrebbe minato l'efficacia e ristretto gli spazi operativi, quelli che ne avevano decretato la natura eccezionale (da intendersi in chiave di rapporto sistematico) rispetto alla fideiussione.

⁸⁷ Così, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 35; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 865 ss. In tema, seppur datato, v. C. MOULY, *Pour la liberté des garanties personnelles*, in *Banque*, 1987, p. 1166 ss. V., anche, lo studio monografico di J.-P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire. Le rôle des banques et des établissements financiers*, Paris, 1964.

⁸⁸ Cfr. P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, cit., p. 10 ss. V. M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français. À la recherche d'une légitimité*, in AA. VV.,

tratto autonomo di garanzia, anche nel diritto francese, merita di essere letto, quindi, come esempio della libertà contrattuale protesa all'individuazione di nuove forme di garanzia, affrancate una regolamentazione stringente che risulta inconciliabile con l'esigenza di irrobustimento della sicurezza del credito⁸⁹.

Esso aveva conosciuto un riconoscimento giurisprudenziale già a partire dagli anni '80⁹⁰. Anche in dottrina emergeva che l'assetto negoziale, imperniato sul superamento dell'accessorietà e sull'autonomia dell'impegno assunto dal garante rispetto al contratto originario (con conseguente riduzione di eccezioni opponibili), non alimentasse criticità in tema di causa del contratto⁹¹. Vieppiù, si riconosceva al contratto autonomo una squisita finalità di rafforzamento della garanzia del credito, non animata da scopi elusivi di disposizioni legali in materia di fideiussione⁹².

Il progressivo riconoscimento di questa forma contrattuale è stato esaltato dalla consacrazione legislativa del 2006, attraverso la copertura riconosciuta dall'art. 2321 del *code civil*. Dal tenore normativo possono ricavarsi diverse indicazioni rispetto alla logica contrattuale d'impresa. Il legislatore, con formula incisiva ma non limitativa, ha identificato la garanzia autonoma come "l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues"⁹³. Nel tratteggiare gli elementi costitutivi della fattispecie, in chia-

Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René ROBLOT, Paris, 1984, p. 421 ss. a p. 431. Sottolinea questi aspetti, A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 409 s.

⁸⁹ M. VASSEUR, voce *Garantie indépendante*, in *Enc. Dalloz-Rep. dr. comm.*, III, Paris, 1984, n. 56; P. CROCQ, *L'évolution des garanties du paiement: de la diversité à l'unité*, in AA. VV., *Mélanges Christian Mouly*, Paris, 1998, p. 317 ss.

⁹⁰ Cass., 20 dicembre 1982. Cfr. M. VASSEUR, *La jurisprudence française relative aux garanties indépendantes*, in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 47 ss.

⁹¹ Un'approfondita trattazione si rinviene in J.-L. RIVES-LANGE, *Les engagements abstraits pris par les banquiers. Rapport français*, in *Travaux Capitant*, XXXV, Paris, 1986, p. 301 ss. a p. 303, per cui «pour donner plus de sécurité au créancier et plus de force contraignante à l'engagement du banquier, pour éluder le contrôle du juge ... il faut rompre le lien causal qui unit l'engagement du banquier aux rapports de droit dont il est l'aboutissement, la garantie ou le mode d'exécution». Per un approfondimento sul tema della causa nel contratto autonomo di garanzia cfr. la ricca analisi di PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., p. 1005 ss.

⁹² L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés personnelles. La publicité foncière*, cit., p. 153 s. a p. 155, ove spiegano che «[...] dans les relations d'affaires, spécialement internationales, la garantie se greffe sur une obligation principale souvent complexe, de longue durée, aux multiples intervenants, soumise à des lois étrangères mal connues, relevant d'une compétence juridictionnelle incertaine [...]. Imposer au créancier, d'établir le caractère certain, liquide, exigible de l'obligation principale avant d'agir contre le garant revient souvent à le priver de garantie: le temps - du procès ou de l'arbitrage, des expertises et contre-expertises... - est de l'argent». Ed, ancora, proseguono rilevando che «l'internationalisation des pratiques bancaires permet le développement de garanties insensibles aux lois régissant l'obligation principale, aux conflits de juridictions, détachées de l'obligation garantie, aussi neutres et abstraites que la monnaie. L'efficacité de la garantie implique l'abandon de son caractère accessoire. Il faut donc que le garant s'engage à payer de manière autonome; c'est-à-dire que l'exigibilité de son obligation ne dépende pas de celle de l'obligation de débiteur principal, mais soit indépendante, directement déterminée dans ses relations avec le créancier».

⁹³ Non proprio di questo avviso è G.B. BARILLÀ, *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, cit., p. 223, per cui «quella che salta subito all'occhio dell'interprete è la scelta di ridurre le fattispecie di garanzia autonoma a quelle ove si apresente la calusola "a prima richiesta" che [...] non è di per sé indice di autonomia ma può semplicemente essere interpretata come sinonimo di *solve et repetes*».



ra discontinuità con il modello fideiussorio, si è altresì precisato che “le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l’obligation garantie” e che “sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l’obligation garantie”. La formulazione legislativa delinea i tratti essenziali della garanzia autonoma senza procedere ad una rigida tassonomia.

Ancora, il disancoraggio dall’operazione principale trova un basamento nella previsione, al netto di convenzione contraria, dell’indipendenza della garanzia autonoma dall’obbligazione originaria e nel divieto imposto al garante di sollevare qualsivoglia eccezione che rifluisca dall’obbligazione garantita⁹⁴. L’abdicazione al potere di sollevare eccezioni trova un temperamento nel principio generale di ordine pubblico, così come ratificato all’art. 2321, secondo *alinea*, del *code civil*, consistente nell’esonero del garante dall’adempiere la propria obbligazione in caso di “abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d’ordre”.

Da una prima analisi parrebbe un puntuale recepimento da parte del legislatore francese delle esigenze diffuse all’interno dei traffici commerciali internazionali che hanno generato e plasmato i vari modelli di garanzia autonoma. Il dato testuale lascerebbe apprezzarsi per aver saputo declinare, al suo interno, una flessibilità disciplinare che lascia spazio alle imprese di avvalersi del contratto autonomo e di modularlo secondo le esigenze vicendevolmente coinvolte⁹⁵.

Ciò considerato, due momenti di riflessione possono appuntarsi attorno al fattore impresa nell’ordito negoziale del contratto autonomo di garanzia.

Seppur l’art. 2321 del *code civil* non definisca le posizioni degli effettivi protagonisti né la portata di tale contrattazione, all’interno del *code de la consommation* v’è un presidio normativo a tutela della persona fisica⁹⁶. Il plesso tutorio, espresso all’art. L. 314-19, inibisce il ricorso a una garanzia autonoma per la finalità di copertura di crediti immobiliari o mobiliari al consumo⁹⁷. Il contratto autonomo di garanzia concorre, quindi, alla specializzazione delle garanzie personali, rimarcando un distinguo tra imprese e consumatori, tra enfasi di sicurezza e flessibilità e istanze protezionistiche⁹⁸.

Il criterio regolativo per principi generali, emergente dall’art. 2321 del *code civil*, si accredita a momento centrale nell’ottica di evoluzione delle regole in tema di garanzie personali d’impresa, evitando, al contempo, di rappresentare un modello sì stringente da imbrici-

⁹⁴ Trattasti del terzo e quarto *alinea* dell’art. 2321 del *code civil*. Per approfondimenti, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 887 ss.

⁹⁵ A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 409 ss. a p. 412, per cui «[...] la nouvelle notion laisse une large marge de manœuvre à la pratique puisqu’elle se contente de prévoir que la garantie peut être stipulée payable sur simple demande ou suivant toute autre modalité convenue entre parties. Cette flexibilité permet d’embrasser tout le spectre des garanties autonomes en commençant par la formule la plus simple et la plus fréquente des engagements dits “à première demande” sans négliger toutes les figures des garanties documentaires, sur demande justifiée ou “glissantes”». E, prosegue rilevando icasticamente che «aucune forme de garantie réellement indépendante n’échappe ainsi à la catégorie définie».

⁹⁶ L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés personnelles. La publicité foncière*, cit., p. 166.

⁹⁷ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 872; L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés personnelles. La publicité foncière*, cit., p. 168 s.

⁹⁸ M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»*, cit., p. 458 ss.



gliare l'attitudine pragmatica, consustanziale al mondo degli affari⁹⁹. La riforma ha rappresentato, comunque, un tentativo di modernizzazione volto a riabilitare il *code civil* come sede privilegiata delle regole principali delle garanzie personali ma ciò non ha esaurito né risolto ogni questione connessa alla pratica della garanzia autonoma, specialmente nell'ambito internazionale (si pensi all'assenza delle garanzie quadrangolari o indirette, differentemente da quanto avviene nelle regole della CCI)¹⁰⁰.

Venendo a una considerazione di profilo più ampio, può rilevarsi come la libertà contrattuale d'impresa sia fatta salva; invece, l'autonomia d'impresa, come declinata secondo gli intendimenti italiani, non trova una piena corrispondenza nel diritto francese. Laddove in Italia si cerca di offrire una rilettura del fenomeno causalista - orientato alle esigenze dell'impresa, coestensivo non già alla sagoma dell'atto ma ai contorni dell'attività (quindi alla complessiva dinamica degli interessi d'impresa coinvolti) - per fornire legittimità ad atti tendenzialmente astratti, non nella stessa indicazione si è mossa la soluzione francese¹⁰¹.

D'oltralpe, il legislatore, sulla spinta degli obiettivi fondamentali prospettati dal gruppo di lavoro relativo alla riforma del diritto delle garanzie - ovvero quelli di: *a*) conferire al diritto francese delle garanzie le qualità di chiarezza ed accessibilità, rappresentativi sia per i privati che per le imprese delle condizioni di sicurezza giuridica necessaria per lo sviluppo del credito; *b*) di modernizzare il diritto delle garanzie e rafforzare l'attrattività del diritto francese - ha consentito, invece, all'intervento positivo di fugare ogni dubbio di compatibilità sistemica del contratto autonomo di garanzia e di recepirne le peculiarità del paradigma come diffuso nella prassi.

Ancora oggi, al fine di completare il processo riformatore del 2006, si intende mettere mano all'intero sistema delle garanzie del credito. Tale proposito ha animato la redazione del testo *Avant-projet de réforme des sûretés*, redatto da una commissione costituita dall'associazione Henri Capitant su richiesta del Ministero della giustizia¹⁰². Più specificamente, per quanto concerne il negozio fideiussorio, però, sembra prevalere l'esigenza di assicurare sistemi di salvaguardia per il fideiussore persona fisica di fronte ad un creditore professionista. Diversamente, si ritocca l'art. 2321 del *code civil*, preservando la natura scarna del dispositivo legislativo per non imbrigliare l'attitudine delle imprese a modellare il contratto autonomo di garanzia.

⁹⁹ A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 416; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, cit., p. 40.

¹⁰⁰ G.B. BARILLÀ, *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, cit., p. 223.

¹⁰¹ Sul punto cfr. le riflessioni di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 45, nt. 76 per cui se in Italia il requisito causale può fornire legittimazione agli atti astratti atipici strumentali all'esercizio dell'impresa e, pertanto, come criterio argomentativo sistematico per costruire nuovi schemi e discipline, «questa proposta, peraltro, potrebbe ricevere una smentita dalla possibile regolamentazione normativa del Garantievertrag, sulla scorta di quanto è avvenuto nell'ordinamento francese [...], la quale è suscettibile di concepirsi, in ordine al problema del rapporto tra giustificazione causalista e negozio astratto, come conferma del fatto che solo un'espressa opzione legislativa può legittimare uno schema che non è conforme al modello della causa come requisito essenziale del contratto».

¹⁰² <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>



Nei propositi della commissione si inserisce l'intento di recepire le esigenze economiche e sociali del tempo e, senza slanci rivoluzionari, conferire attrattività al diritto francese preservando e rafforzando il dominio del *code civil*¹⁰³.

5. L'imponente impiego di garanzie personali nelle contrattazioni d'impresa e il sempre più frequente ricorso a meccanismi atipici ispirati da esigenze di snellezza e fluidità hanno costituito un indispensabile retroterra culturale e dogmatico per l'elaborazione del quadro comune di riferimento europeo. L'opera di armonizzazione - che ha tenuto conto delle tradizioni giuridiche dei vari paesi europei¹⁰⁴ - reca con sé il tentativo di offrire un'impalcatura regolamentare ampiamente flessibile, di tal fatta da escludere un pregiudizio per l'autonomia privata¹⁰⁵. Infatti, malgrado sia stato espunto il riferimento all'autonomia contrattuale delle parti e alla capacità di creare schemi contrattuali che possano assolvere funzioni di garanzia personale - rispetto a quelli già previsti -, il libro IV.G presenta un reticolato disciplinare di natura dispositiva. Tuttavia, il testo europeo non designa espressamente la garanzia autonoma e quella a prima richiesta quali negozi a esclusivo appannaggio delle imprese¹⁰⁶. Alle garanzie d'impresa ed alla loro ascrizione all'interno della disciplina generale del libro IV.G, art. 1:101 ss. può addivenirsi rimarcando il distinguo rispetto alle garanzie apprestate dai consumatori¹⁰⁷.

Appare opportuno, quindi, considerare la disciplina articolata offerta dal DCFR in riferimento alla garanzia autonoma. Circa la modalità della volontà di impegnarsi, la sottoscrizione di una garanzia indipendente deve essere legata alla volontà delle parti di farvi ricorso, non bastando l'apposizione di una clausola, quale quella a prima richiesta¹⁰⁸.

¹⁰³ Già, PH. DUPICHOT, *Le nouveau droit français des sûretés: bréviaire à l'attention du juriste étranger*, cit., p. 280. Ora, D. LEGEAIS, *Quelle réforme pour le droit des sûretés? Rapport introductif*, in *Rev. dr. banc. fin.*, 2016, 1, p. 86.

¹⁰⁴ Per A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 389, la proposta disciplinare è mutuataria delle tradizioni giuridiche nazionali, non apportando innovazioni radicali. Trattasi piuttosto di un'operazione di sincretismo e rispetto delle tradizioni.

¹⁰⁵ A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, cit., p. 279. V. M. CUCCOVILLO, *Garanzie personali e obblighi di informazione nei Principles of European Law on Personal Securities*, in *Contratti*, 2009, p. 1050 ss.

¹⁰⁶ Per un raffronto con la disciplina (insufficiente sia oggettivamente che soggettivamente) del codice civile in materia di garanzie personali v. D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 443 per cui «[...] no distinction exists in the law with strict reference to the grantor status (professional or consumers) nor for the grantor is a natural person or, on the contrary, a legal person». Ancora, l'A. rileva che «this absence of specific rules referring to the status are only partially overpassed where guarantees are released by banks and insurance companies. [...] In this case, there is a set of special rules that govern not specifically the contract or the duties of the grantor within the perspective of his or her protection: on the contrary they are set as a condition for the authorisation to release guarantee and/or for the exercise of the activity within the area of business of the grantor/bank or other financial institution); consequently, those rules are to be found, for what concerns insurance companies, in the *Codice delle Assicurazioni Private* [...] and in the *Testo Unico Bancario*».

¹⁰⁷ V. L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno del DCFR*, cit., p. 280. Sulla formulazione di regole di livello generale nel settore delle garanzie personali, cfr. M.E. STORME, *The Harmonisation of the Law of Personal Security*, cit., p. 73 ss.

¹⁰⁸ L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno del DCFR*, cit., p. 287. L'A. spiega che «il DCFR precisa immediatamente, nel considerare l'elemento della volontà del *security provider*, che ogni forma di garanzia personale si presume come *dependent*, quindi legata all'obbligazione principale, salvo



Sotto il versante esecutivo, *ex art. 3:103*, la disciplina dota il garante di differenti modalità di tutela. Egli è tenuto ad adempiere solo quando la richiesta d'escussione sia presentata in forma scritta e rispetti tutti i termini e le condizioni dedotte nel contratto di garanzia o in altro atto giuridico istitutivo della garanzia. Il garante conserva un lasso di tempo pari ad una settimana per adempiere secondo i termini della domanda oppure informa il debitore delle ragioni a sostegno del rifiuto d'esecuzione. Questo denota un aspetto della garanzia autonoma: l'assolvimento dell'obbligazione di garanzia è soggetto all'osservanza dei requisiti formali e contenutistici da parte del creditore mentre il rischio di inadempimento del debitore originario non rifluisce nel rapporto tra garante e creditore¹⁰⁹.

Veniamo, ora, ad un punto assai delicato che attiene alla paralisi della pretesa creditoria a seguito, *verbatim*, di una provata - in base a prove effettive - richiesta di escussione che sia manifestamente abusiva o fraudolenta (art. 3:105). L'infondatezza della pretesa creditoria deve, pertanto, essere inequivoca, evidente ed economicamente rilevante per il debitore: le prove effettive su cui fondare l'illegittimità della richiesta devono, normalmente, essere fornite dal debitore che ha incaricato il garante di assumere la garanzia. È proprio il ruolo del debitore, a questo punto, ad apparire nevralgico (ben potrebbe darsi, infatti, la situazione che il garante agisca in regresso sul debitore, il quale si troverà poi costretto a richiedere il rimborso al creditore). Il DCFR, all'art. 3:105, par. 2, compie un'opera di armonizzazione della definizione dei poteri interdittivi debitori rispetto a quanto contenuto nella convenzione Uncitral, art. 20, parr. 1 e 2¹¹⁰. Per cui, il debitore potrà impedire l'adempimento del garante e l'emissione o l'utilizzo di una richiesta di escussione da parte del creditore. Manifesto appare come il tentativo di armonizzazione risulti a favore della certezza dei traffici giuridici e della mitigazione dei rischi delle garanzie passive, spesso contratte da imprese. Il dato non è di poco rilievo. Anzi, supplisce ad una eterogeneità delle prassi giurisdizionali nazionali, divise, da un lato, tra il consentire al debitore di attaccare creditore e garante e, dall'altro, di procedere al sequestro delle somme intascate¹¹¹.

Sotto il profilo rimediabile, l'art. 3:106 divisa che il garante abbia diritto di ripetere quanto ricevuto dal creditore qualora le condizioni della richiesta del creditore non si siano realizzate o siano venute meno oppure quando la richiesta fosse manifestamente abusiva o fraudolenta. Il diritto alla ripetizione è assoggettato, secondo l'art. 3:106, par. 2, alle regole in tema di ingiustificata locupletazione. Spetta, quindi, direttamente al garante d'agire nei confronti del creditore beneficiario: non si prospetta più un'azione di recupero dell'indebito

che il creditore (beneficiario della garanzia) dimostri il contrario. Ciò da un lato esprime la netta preferenza affinché la garanzia autonoma sia pattuita espressamente, a causa della sua onerosità per il *provider*; dall'altro lato, lo spazio che rimane concesso alla presunzione è alquanto angusto, posto che si sposta l'onere della prova in capo al creditore beneficiario».

¹⁰⁹ Precisa A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 401, che «the condition in Law is only that the demand complies exactly on its face with the terms set out in the contract. The underlying risk (the “causa”, in the Romanic Law countries) continues to be the non performance of the main debtor, but this basic breach stands not as material condition of the guarantor’s duty to pay».

¹¹⁰ Il giudice su istanza del debitore principale potrà: a) ordinare al garante di non trasferire l'ammontare indicato nella richiesta del creditore a quest'ultimo e di trattenere l'ammontare della garanzia; b) se il pagamento è già stato effettuato, ordinare al creditore di non disporre di quanto ricevuto; c) ordinare al soggetto che è ricorso in giudizio di fornire una garanzia nella forma che il giudice medesimo riterrà appropriata.

¹¹¹ Così, A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 404.



affidata al debitore e con ciò viene ad essere neutralizzata la perpetuazione di una dispendiosa ed inefficiente duplicazione di rimedi contrattuali¹¹². Il garante professionale, quindi, maggiormente attrezzato, sarà in grado di poter sperare in un recupero più efficiente dal creditore, tenendolo al riparo da un'azione di ripetizione esercitata dal debitore che nelle more può sempre andare fallito¹¹³.

Il DCFR prescrive che il garante vanti il diritto di recupero della somma solo quando essa sia fraudolentemente od abusivamente escussa oppure siano mutate le condizioni legittimanti la pretesa creditoria. Nulla, invece, è detto riguardo al caso di obbligazione originaria inesistente oppure contratta con vizi determinanti la nullità della causa. In questi casi si riconosce che la garanzia indipendente sia un'attività commerciale rischiosa, sì profittevole, ma, al contempo, capace di esporre il garante a rischi non rimediabili. La mancata previsione di eccezioni esperibili dal garante attorno alla nullità della causa dell'obbligazione originaria: *i*) potrebbe tradursi in un precipitato di ostilità che il quadro comune riserva all'elemento causalista ai fini della conclusione del contratto¹¹⁴; *ii*) si inserirebbe nella prospettiva consustanziale alla garanzia autonoma, quale obbligazione tesa a non essere inficiata in nessun modo da rapporti originari e giustificata - in nome delle esigenze commerciali e della loro naturale rapidità - poi praticamente, nella copertura e nella compensazione del rischio di insolvenza¹¹⁵.

Da ultimo, ma non per ordine di minore rilevanza, vuole essere menzionata la garanzia autonoma a prima richiesta, *species* del *genus* della garanzia autonoma, che viene riconosciuta all'interno dell'art. 3:104, il cui effetto principale è quello di limitare la proponibilità

¹¹² E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., spec. p. 560 ss. a p. 565 s.; L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno del DCFR*, cit., p. 288 a p. 293 s. Non mancano critiche per difetto di chiarezza del DCFR, anche, da parte di A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 404 s.

¹¹³ Per uno studio approfondito di matrice francese, cfr. la monografia di G. MÉGRET, *Les recours du garant. Contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, Paris, 2011.

¹¹⁴ *Contra*, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 566 per cui il DCFR «[...]per un verso, abbracci(a) facili slogan promotori del superamento della causa, adducendo proprio il vantaggio di poter riconoscere contratti, quali il *Garantievertrag*, come se tale figura non fosse stata recepita in Italia e in altri ordinamenti causalisti; per un altro verso, accolgono con pari facilità, come fosse un nuovo dogma, la giustizia contrattuale, non avvedendosi che una formulazione troppo generica della disciplina sulla *gross disparity* o sull'*unfair exploitation* rischia di colpire, per altra via, un regolamento contrattuale plasmato sul modello del *Garantievertrag*». L'A. affina il suo assunto per cui «l'imprenditore inesperto che ordinasse la stipula di una garanzia automatica, ossia di un contratto che rispetto allo scopo di garanzia certamente determina un vantaggio eccessivo per il beneficiario, realizzerebbe infatti un'operazione economica, che facilmente si porrebbe in collisione con i suddetti parametri della giustizia contrattuale». Conclude, nettamente, sostenendo che «[...] anche in una prospettiva europea ed internazionale, pare decisamente preferibile, in luogo di una banalizzante sostituzione di dogma a dogma, operare una comparazione fra modelli non fondata sulla rigidità delle categorie, bensì sul raffronto rimediabile, che dimostra la possibilità di conseguire risultati simili e parimenti efficienti a partire da apparati normative apparentemente oltremodo distanti».

¹¹⁵ Per L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno del DCFR*, cit., p. 293 s. «da scelta operata dai redattori del DCFR, che diversifica la tutela garantita al *security provider* e la "sposta" giuridicamente e cronologicamente ad un momento successivo l'adempimento della prestazione di garanzia, da un lato favorisce la certezza delle transazioni ed una più efficace stabilizzazione delle dinamiche creditizie, dall'altro sposta dei rischi ingenti in capo al garante, lasciando il creditore *de facto* assicurato contro il rischio di insolvenza e, pertanto, diventerebbe arduo contrastare, in sede di riqualificazione giudiziale di una simile fattispecie contrattuale, una eventuale tesi che la assimili ad una polizza assicurativa».



di eccezione da parte del garante riferite al suo diretto rapporto contro il creditore (così come previsto *ex art. 3:103, par. 2*)¹¹⁶. Il più elevato grado di autonomia pone al riparo il creditore da ogni possibile addebito od eccezione sollevabile dal garante (al netto dell'*exceptio doli*) ogni qualvolta la richiesta d'escussione presentata avvenga in forma scritta con espressa conferma delle condizioni cui l'esigibilità della garanzia soggiace¹¹⁷. Anche qui pare possibile, inoltre, trovare una corrispondenza con quanto divisato all'art. 15 della convenzione Uncitral, circa il rispetto dei requisiti formali e strutturali ai fini della proposizione della domanda di garanzia a prima richiesta.

Il dato che sinora è emerso può aiutare a svolgere delle considerazioni d'insieme. Il sistema delineato nel quadro europeo tende a sezionare le garanzie personali in accessorie, indipendenti ed in quelle prestate dal consumatore (legate ad un sistema di natura inderogabile, teso ad approntare una serie di accorgimenti informativi, formali e sostanziali volti a proteggere il garante vulnerabile dal peso e dal rischio dell'obbligazione di garanzia contratta ed improntato sul modello della garanzia accessoria¹¹⁸), volendo rimarcare la necessità che un'adeguata armonizzazione debba tener conto dei contratti B2B e B2C¹¹⁹.

Dal DCFR c'è una presa d'atto di centralità dell'elemento impresa nei contratti di garanzia personale che mira a supplire alle deficienze normative statali, recependo i punti di contatto tra le garanzie personali europee¹²⁰. L'armonizzazione, però, condurrà ad interrogativi circa il coordinamento con gli istituti di diritto interno, la loro compatibilità e la loro tenuta¹²¹. Al fine di saggiarne l'incisività occorrerà, invero, emanciparsi da pregiudizi ideologici dettati (ed esauriti) dai sistemi positivi cristallizzati e nella consapevolezza della complessità - tale da rendere non solo difficile ma anche inappagante ogni semplificazione e *reductio ad unum*¹²² - ove si affermano le ragioni contrattuali d'impresa.

¹¹⁶ L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 575.

¹¹⁷ Per una disamina problematica, A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 401 s.

¹¹⁸ *Ex multis*, S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, cit., p. 309 ss. Sull'informazione, M. CUCCOVILLO, *Garanzie personali e obblighi di informazione nei Principles of European Law on Personal Securities*, cit., p. 1062 ss.

¹¹⁹ M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, in F. MACARIO (a cura di), *Livelli di armonizzazione nel diritto europeo dei contratti. Un'indagine per settori e tipi contrattuali*, cit., p. 144. V. U. DROBNIG, *Trait fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles*, in AA. VV., *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, cit., p. 323.

¹²⁰ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, cit., p. 32 ss.; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 1 ss. Precisa, però, L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 576 precisa che le regole del DCFR sono «[...] al di fuori di un modello normativo “vigente” [...] e ad esse è perciò non solo ovviamente estranea ogni esigenza di valutazione, sulla base di regole già esistenti - per esempio, riguardo a quali siano i limiti di elasticità - del tipo fideiussorio e quindi se il contratto concluso dalle parti si ponga “dentro/fuori” rispetto a questo -, ma soprattutto è estranea l'esigenza di verificare la compatibilità e la coerenza della soluzione proposta con i principi e i limiti del sistema».

¹²¹ M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, cit., p. 149; G. TUCCI, *L'armonizzazione del diritto del diritto delle garanzie*, cit., p. 193 ss.

¹²² L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 584. Per alcune affinità metodologiche, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 566.



6. Il sostegno disciplinare fornito dal DCFR in tema di garanzie personali d'impresa merita di essere ricordato con la convenzione elaborata nel 1995 dall'Uncitral, in tema di garanzie indipendenti e lettere di credito *stand-by*¹²³.

L'esigenza di garantire una normazione uniforme alle garanzie internazionali di cui s'avvalgono le imprese ha condotto a creare un sistema in cui far convergere le peculiarità della prassi e della comunità internazionale degli affari, legittimando una regolamentazione internazionale degli impegni di garanzia non accessori¹²⁴. Questa disciplina, malgrado la prestigiosa sede natale e l'*endorsement* della CCI, deve fare i conti con la riluttanza di molti stati, specialmente europei, a consentire che una normativa dettagliata possa scavalcare le singole discipline nazionali¹²⁵.

Rispetto all'impianto elastico e di principio, più che di dettaglio, offerto dal DCFR, l'assetto convenzionale appare di tutt'altro segno. Come può arguirsi, anche, dall'art. 27, non sono ammesse riserve alla presente convenzione: l'armonizzazione, pertanto, passa attraverso un irrigidimento complessivo che trova giustificazione, come può leggersi dai lavo-

¹²³ Sul tema, *ex multis*, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 542 ss.; A. CALDERALE, *Stand-by letters of credit e garanzie autonome european style: la riforma dell'Article 5 dell'Uniform Commercial Code e la Convenzione sulle garanzie autonome dell'Uncitral*, in ID., *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, cit., p. 231 ss.; A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 807 ss.; P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, ivi, 1999, p. 591 ss.; S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, in *RTDComm.*, 1996, p. 633 ss.; J. STOUFFLET, *La convention des Nations Unis sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, in *Rev. dr. banc. bours.*, 1995, p. 132 ss. Sul tema, v., anche, P. MANES, *Independent bank guarantees between civil and common law features and the issue of termination*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p. 752 ss. a p. 757 ss.

¹²⁴ V. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 542; A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 807 parla di convenienza di siffatta disciplina uniforme e di adattabilità alle realtà pratiche internazionali. A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 862, rilevano che la convenzione sia informata ai criteri del realismo e della flessibilità: «réalisme, d'abord, en tenant compte des pratiques et décisions rendues en la matière par les différentes droits internes. Souplesse, ensuite, en ne formulant que les principes essentiels, en ne régissant que les rapports garant-bénéficiaire, en adoptant des dispositions dont la plupart sont supplétives de la volonté des parties et, en tout état de cause, en permettant l'insertion d'une clause d'*opting out*' qui soustrait entièrement l'opération à l'autorité de la Convention et la soumet au droit interne compétent».

¹²⁵ Come annota R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, in AA. VV., *Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian GALVADA*, Paris, 2001, p. 174, «la Convention comme tout text fruit d'une longue, minutieuse et parfois passionnée, discussion parmi plus de trente États membres de l'Uncitral, de cultures juridiques diverses et d'intérêts économiques contradictoires, offre un résultat équilibré: cela se manifeste non seulement dans la pondération des règles adoptées, mais aussi par l'inexistence au sein de la Convention des normes relatives à certains aspects des relations déterminantes ou dérivées de l'émission d'une garantie indépendante ou d'une lettre *stand-by*». La convenzione è entrata in vigore il 1° gennaio 2000, per mezzo della ratifica da parte della Tunisia che ha consentito il realizzarsi della condizione sospensiva per la vigenza (occorrevano 5 stati aderenti, *ex art.* 28). Gli altri Stati aderenti sono rappresentati da Bielorussia, Ecuador, El Salvador, Gabon, Kuwait, Liberia, Panama e Stati Uniti.



ri preparatori e dal testo esplicativo in calce al documento convenzionale, nel facilitare la combinazione di garanzie indipendenti e di lettere di credito *stand-by*¹²⁶.

Nel delineare i tratti della garanzia autonoma, si riconduce l'indipendenza di questa: *a)* all'assenza di subordinazione dell'efficacia rispetto l'esistenza o la validità dell'operazione sottostante; *b)* all'assenza di condizionamenti legati al verificarsi di circostanze, anche future e incerte, non contemplate nel testo della garanzia, eccezion fatta per la presentazione di documenti o per altri atti o eventi suscettivi d'essere considerati, per loro natura, afferenti all'attività professionale esercitata dall'emittente/garante.

Invece, un'analogia con il DCFR può rinvenirsi nel principio di (tendenziale) libertà di forma dell'impegno di garanzia assunta. L'art. 7, c. 2, prescrive, infatti, il mantenimento di un *complet record* del testo - trattasi, verosimilmente, d'un supporto che consenta, ad ogni momento, di verificare il contenuto - e l'identificazione della fonte d'emissione mediante procedure usualmente accettate nella prassi (come i codici identificativi delle banche) oppure tramite una procedura concordata da garante e beneficiario¹²⁷.

A corredo di quanto asserito, in merito alla minuziosa ricostruzione della disciplina convenzionale, merita attenzione il regime delle eccezioni opponibili dal garante verso il beneficiario.

Questo profilo ha incontrato diverse perplessità. Si è lamentata una lesione del meccanismo di garanzia con il rischio di un progressivo riavvicinamento al tipo fideiussorio, cui potrebbe corrispondere il disfavore verso l'applicazione della disciplina convenzionale¹²⁸.

Veniamo con ordine. L'art. 19 struttura una lista di eccezioni opponibili al beneficiario da parte del garante, definendone contorni e limiti di applicabilità. Le eccezioni possono essere bipartite in cartolari-letterali e relazionali-contrattuali. Al primo tipo afferiscono quelle che consentono al garante di bloccare la pretesa del beneficiario nel caso in cui, data la situazione inequivoca (e qui, può agevolmente cogliersi una contiguità con la disciplina dell'eccezione per richiesta manifestamente fraudolenta o abusiva del DCFR): *a)* un documento posto a supporto dell'escussione non sia autentico o contenga indicazioni false; *b)* alcun pagamento è dovuto sulla scorta di quanto asserito nella richiesta e nei documenti

¹²⁶ Invece, intravede un carattere suppletivo delle disposizioni Uncitral, S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, cit., p. 634.

¹²⁷ Spiega F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 560, che le precisazioni formali convenzionali «[...] per un verso contribuiscono a comporre una disciplina compiuta della stand-by letters of credit, per altro verso aiutano a circoscrivere ulteriormente l'ambito di applicazione oggettivo della Convenzione, posto che, accettata la legittimità di qualunque forma convenzionale, compresi i più recenti sistemi di trasmissione elettronica, la Convenzione non si estende alle promesse caratterizzate da forme inadeguate alle esigenze di certezza e di celerità del messaggio». Su questo punto v., anche, A. CALDERALE, *Stand-by letters of credit e garanzie autonome european style: la riforma dell'Article 5 dell'Uniform Commercial Code e la Convenzione sulle garanzie autonome dell'Uncitral*, cit., p. 317.

¹²⁸ Per S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, cit., p. 644, le «[...] exceptions à l'obligation de payer, dans le souci de moraliser certains agissements, remettent indirectement en cause le caractère indépendant des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by qui désormais se rapprochent du cautionnement, puisque garanties et opérations couvertes sont parfois liées». Così, anche, R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, cit., p. 177 ss.



presentati; c) riguardo al tipo ed allo scopo della garanzia la domanda difetta di una ragionevole giustificazione.

Quest'ultima previsione, di primo acchito, potrebbe rappresentare il contenitore per una congerie di situazioni legittimanti l'eccezione da parte del garante. La convenzione, invece, cristallizza all'art. 19, c. 2, le ipotesi di eccezioni in caso di pretesa priva di ragionevole giustificazione e, così facendo, riduce il rischio di sperequazioni nella tutela legate a regole di natura giurisprudenziale¹²⁹.

Le eccezioni del secondo tipo, invece, attengono al mancato verificarsi del rischio o dell'evento per cui la garanzia era stata emessa; oppure concernono l'invalidità dell'obbligazione sottostante, dichiarata attraverso una pronuncia giudiziale, salvo espressa esclusione nella garanzia e contestuale aumento del rischio derivante; oppure riguardano l'accertato adempimento dell'obbligazione principale o che, di contro, questo sia stato impedito.

Un ruolo centrale all'interno della disciplina convenzionale, poi, è riservato alla buona fede che informa il principio interpretativo, le norme di condotta del garante e, assai importante, quella del beneficiario, il quale, all'atto della presentazione della domanda di pagamento, asserisce implicitamente - si presume - che la richiesta medesima non sia in mala fede e che non ricorra alcuna circostanza prefata, giustificatrice dell'eccezione del garante¹³⁰.

Quale quadro ne viene fuori da queste considerazioni? Quale lo spazio rimesso all'autonomia contrattuale d'impresa?

Non mancano ragioni per credere che l'armonizzazione delle garanzie personali d'impresa passi attraverso una posizione di non manifesto favore verso l'autonomia contrattuale d'impresa. Difetta la presenza di clausole di apertura verso schemi e modelli nuovi conosciuti dalla prassi. L'armonizzazione coincide con una dettagliata, malgrado a volte ridondante e talora lacunosa, regolamentazione tecnica (specie nel tratteggiare l'operazione economica complessiva in cui si iscrive la garanzia) cui si affida lo scopo di accrescere la fiducia degli operatori del commercio internazionali verso un regime convenzionale sovrastatale in grado di offrire una soluzione normativa unitaria. Inoltre, la disciplina che può risultare for-

¹²⁹ Favorevolmente, P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 623. Non è di questo avviso L. TULLIO, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Napoli, 2005, p. 272 s. Per l'A. la locuzione "non conceivable basis", contenuta all'art. 19 della Convenzione Uncitral, denota la difficoltà d'uniformare discipline statali tanto distinte tra loro, malgrado convergenti nel reprimere forme di escussione indebita delle garanzie. Di tal fatta, ogni stato opererà attraverso gli strumenti giuridici del proprio ordinamento (buona fede oggettiva; divieto di frode in senso stretto).

¹³⁰ R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, cit., p. 174. Spiega F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 564, che «la presunzione che caratterizza la disciplina dell'escussione accolta dalla Convenzione si è presto esposta ad una serie di critiche da parte della dottrina più attenta, evidenziandosi, in particolare, la facilità di interpretazioni fallaci e fuorviate. Potrebbe risultare alterata la natura astratta della promessa, ove si utilizzasse detta presunzione per avvalorare l'idea che anche il garante, al pari dell'ordinante, sia in concreto legittimato ad agire per bloccare la pretesa del creditore o per recuperare quanto sborsato adducendo la falsità dell'attestazione. Di segno contrario, invece, le posizioni di coloro i quali ritengono che la disposizione anzidetta non sia tale da poter aggiungere alcunché alla previsione dell'art. 19 della Convenzione o da giustificare il rifiuto del garante, sulla base di una pretesa falsità dell'implicita attestazione».



temente protettiva degli interessi dell'ordinante e dell'emittente dovrà misurarsi con il potere contrattuale esercitato dai beneficiari (istituti bancari) che determinerà il ricorso o l'esclusione dell'applicabilità della disciplina convenzionale¹³¹.

7. L'interesse da parte della Camera di commercio internazionale per le garanzie autonome a prima richiesta è da ricercare nella grande diffusione che tali schemi contrattuali hanno ottenuto nella pratica internazionale¹³². Le norme uniformi arrivate alla terza edizione nel 2010 - la prima del 1978, la seconda del 1991¹³³ - offrono un quadro regolamentare coerente con le specificità delle ragioni d'impresa¹³⁴.

L'insieme disciplinare, di natura non imperativa, presenta caratteri di chiarezza ed equilibrio: connotati che conferiscono al testo l'attitudine a poter essere concretamente adoperato nella pratica¹³⁵.

¹³¹ A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 816.

¹³² Tra le monografie che hanno approfondito il tema nella prospettiva del commercio internazionale, v. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; A. PRÜM, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, Paris, 1992; N. ENONCHOONG, *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees*, Oxford, 2011, spec. p. 39 ss. Precisa C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, cit., p. 98 che «[...] un moderno sistema di garanzie, regolamentate in maniera uniforme in ambito transnazionale, scevro da oscillazioni ed incertezze in ordine alla validità, alla rilevanza e all'ambito di operatività delle diverse fattispecie, rappresenta un importante fattore di stimolo all'implementazione e allo sviluppo dei rapporti commerciali in un contesto globalizzato».

¹³³ Per un'analisi diacronica, che evidenzia le criticità delle precedenti versioni disciplinari, v. M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 211 ss. a p. 212, nt. 7, per cui «la prima versione [...] non ha riscosso molto successo pratico perché non è riuscita a svincolarsi dal carattere accessorio delle garanzie atipiche. (Neppure la seconda) è stat(a) accolt(a) con entusiasmo tanto da determinare una scarsa applicazione, in quanto ha rappresentato il risultato di un compromesso (fallito) tra l'esigenza del sistema bancario che tendeva a schierarsi con il beneficiario e l'esigenza contrapposta degli ordinanti che cercavano di vincolare l'adempimento monetario del garante alla verifica della legittimità della richiesta di escussione». Cfr. A. DI MEO, *Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio internazionale*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 870 ss. p. 870 ss.

¹³⁴ G. AFFAKI, R. GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, Paris, 2011. In tema, v. le riflessioni di G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 370 ss.; ID., *Le clausole dei contratti del commercio internazionale: Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)*, in G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, Milano, 2016, p. 91 ss.; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma e autonomia privata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 362 ss. Per J.-P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1297, l'ambizione della regolamentazione internazionale «[...] est de faciliter, grâce à la qualité des Règles proposées, l'adoption de nouvelles pratiques remplaçant progressivement les pratiques nationales et les textes approximatifs, sources d'incertitude et pour finir d'insécurité juridique». L'A. aveva affrontato il tema già in occasione della seconda edizione da parte della Camera di Commercio Internazionale: *De nouvelles règles de la CCI pour les lettres de crédit stand by*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Paris, 2000, p. 99 ss.

¹³⁵ Ancora, S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, in *RTDComm.*, 2011, p. 515 avvisa che «[...] certitude et prévisibilité sont indispensables en cette matière. De ce point de vue, les RUDG 758 sont sans aucun doute une réussite qui devrait séduire donneurs d'ordre, garants et bénéficiaires».



Un altro punto di contatto con le ragioni dell'impresa risiede nella valutazione dell'operazione di garanzia nel suo complesso, vale a dire, in uno scrutinio globale non limitato al solo contratto di garanzia intercorrente tra garante e beneficiario. Funzionalmente, ciò è d'ausilio (potremmo, anche, dire che ne irrobustisce la tenuta) al piano concettuale dell'autonomia d'impresa e alle ripercussioni che da questa discendono in termini sia di causa che di oggetto contrattuale¹³⁶.

Ancora, malgrado rispetto alla prospettiva del DCFR non sia espressamente escluso il ricorso alle garanzie autonome a prima richiesta da parte di persone fisiche/consumatori - l'art. 2 nel delineare il garante stabilisce che esso risponda al soggetto che emette una garanzia e che opera per conto proprio -, non sembrerebbe ardimentoso escludere tra i soggetti emittenti della garanzia e della contro garanzia tutti coloro i quali non rivestano la qualifica di istituti di credito. Infatti, sia la serie di comportamenti prescritti che la natura della fattispecie contrattuale in esame, oltre a essere tipiche della pratica commerciale, arrecano il rischio di esporre a soverchi ed irreparabili pregiudizi garanti non professionali¹³⁷.

Preme, ora, effettuare una disamina critica delle disposizioni maggiormente rilevanti.

Le URDG soddisfano l'esigenza di affidabilità e snellezza dei meccanismi procedurali del consenso e di chiarezza del testo regolamentare. Prevalgono brevità e concisione, intellegibilità e trasparenza delle disposizioni¹³⁸. Il proposito di regolare nel modo più neutrale ed equilibrato possibile i rapporti contrattuali tra i soggetti coinvolti viene corroborato da quanto divisato agli artt. 2 e 3¹³⁹. Mutuando l'impostazione consueta dei contratti di *common law*, si apprestano definizioni tecniche soggettive e oggettive e si forniscono linee guida interpretative che coadiuvano le parti nel *drafting* del documento negoziale e possono risultare assai utili in sede di ermeneutica contenziosa¹⁴⁰.

Un altro profilo di favore potrebbe annidarsi nella natura dispositiva delle regole predisposte dalla Camera di Commercio. Esse trovano applicazione solo ove espressamen-

¹³⁶ Per M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta* (pubblicazione n. 458/2010), cit., p. 213, nt. 11, per cui leggendo le UDRG si assisterebbe ad «[...] una prospettiva di tipo "funzionale" che confermerebbe la ricerca del referente causale nell'insieme dell'operazione, superando la visione atomistica della garanzia a prima richiesta».

¹³⁷ M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta* (pubblicazione n. 458/2010), cit., p. 214.

¹³⁸ Sul punto, ancora una volta, v. M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta* (pubblicazione n. 458/2010), cit., p. 214 per cui «[...] tutte le disposizioni debbono essere chiaramente intelleggibili, perché una formulazione poco chiara è nociva per tutte le parti: per il beneficiario che non potrà sfuggire a lunghe contestazioni in sede di escussione che il ricorso a una garanzia indipendente ha per scopo di evitare; per la banca garante che, davanti a un testo poco chiaro, al momento dell'escussione della garanzia, è divisa tra l'esigenza di salvaguardare la sua credibilità commerciale davanti al beneficiario e la fedeltà agli interessi del cliente; per lo stesso debitore-ordinante che, se può essere tentato di usare l'ambiguità del testo per sfuggire alle conseguenze dannose del pagamento della garanzia, ne subirà più tardi le ripercussioni, dal momento che il beneficiario, non potendo ottenere soddisfazione puntuale e immediata dei propri diritti, perderà ogni fiducia nel debitore ordinante e nella banca garante di questo».

¹³⁹ G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 380.

¹⁴⁰ A. SANTILLI, *La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie a Prima Richiesta*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1717; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 514.



te menzionate nei contratti a prima richiesta, secondo il meccanismo dell'*opting in*¹⁴¹ (art. 1). In tal senso, inoltre, militano la definizione della prestazione conforme (art. 2) - per cui, prestazione conforme a fronte di una garanzia significa una presentazione conforme *in primis* ai termini ed alle condizioni della garanzia (in omaggio all'elemento documentario/letterale) e *in secundis* alle norme URDG ove compatibili con tali termini e condizioni - e la strutturazione dei limiti della responsabilità del garante a fronte della garanzia (art. 12) - ove il garante è tenuto verso il beneficiario sino all'importo della garanzia solamente in conformità ai termini ed alle condizioni delle medesime e, quindi, alle norme URDG ove compatibili con tali termini e condizioni¹⁴².

Ciò posto, per meglio valutarne la corrispondenza delle URDG alle logiche d'impresa occorre esaminare il profilo dell'escussione della garanzia (art. 15). Essa deve essere accompagnata dai documenti stabiliti e affiancata da una dichiarazione del beneficiario che indichi sotto quale aspetto l'ordinante risulti essere inadempiente. La comunicazione non snatura la garanzia autonoma: il suo tenore squisitamente dichiarativo deve essere decodificato alla stregua d'una previsione moralizzatrice, tesa a sensibilizzare il beneficiario circa la responsabilità che nei suoi riguardi verrebbe a sorgere in caso di dichiarazione mendace, non conforme o inadeguata.

L'importanza della disposizione contenuta all'art. 15 deve essere letta in uno scenario globale degli interessi coinvolti, qual è quello tratteggiato diffusamente dalle URDG. Sotto il profilo degli effetti può ricavarsene che: a) la dichiarazione aggiuntiva non determina alcun onere probatorio a carico del soggetto garantito circa l'inadempimento del debitore principale, né l'indicazione del *quantum* del danno lamentato¹⁴³; b) la descrizione degli inadempimenti dell'ordinante facilita la prova dell'eventuale carattere abusivo dell'escussione, posto che una volta edotto il debitore principale della richiesta pervenuta (ex art. 16) questi potrà eventualmente opporsi¹⁴⁴; c) il garante deve rimanere neutrale, non dovendo esaminare e valutare la veridicità della dichiarazione, limitandosi a verificare la conformità esteriore dei documenti alle clausole di garanzia¹⁴⁵; d) in nessun caso la dichiara-

¹⁴¹ V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, cit., p. 38.

¹⁴² J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1297; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 514.

¹⁴³ Spiega G. STELLA, *Garanzje autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 381 s., che «come si desume anche dai moduli tipo di garanzia a prima richiesta allegati alle URDG, in caso di garanzia di buona esecuzione, le dichiarazioni a supporto possono avere un tenore generico, senza la necessità per il beneficiario di comprovare la sua affermazione o fornire dettagli tecnici della violazione. La dichiarazione a supporto potrebbe, ad esempio, indicare: "l'esecuzione del contratto non è stata completata entro la data prevista", "sono state realizzate opere difettose", "è stata fornita una quantità di merce ridotta rispetto alle previsioni nel contratto", ecc.».

¹⁴⁴ Per J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298, «la déclaration poursuit un double but: responsabiliser le bénéficiaire en lui demandant de motiver son appel et faciliter éventuellement la contestation, *a posteriori*, par le donneur d'ordre auprès du bénéficiaire».

¹⁴⁵ G. STELLA, *Garanzje autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 382; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 517 s.; J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298.



zione è prevista al fine di attenuare o ritardare le obbligazioni gravanti sul garante o sul contro garante¹⁴⁶; e) la dichiarazione ancora l'escussione all'inadempimento del debitore rispetto al rapporto principale, venendo, di conseguenza, indebolita la funzione di copertura dei rischi atipici della garanzia¹⁴⁷.

Il sistema sinora delineato parrebbe compatibile con le esigenze della prassi e non scoraggerebbe il ricorso a tale congegno regolamentare. Balza a mente, però, a differenza di quanto previsto nel DCFR e nella convenzione Uncitral, l'assenza di una disciplina caratterizzante l'escussione abusiva della garanzia. Tale profilo è inteso essere attinente ai principi di ordine pubblico, rimandando alle regole dei singoli ordinamenti e delle singole giurisdizioni nazionali¹⁴⁸.

Ciò, però, potrebbe mettere a repentaglio l'edificazione di un quadro disciplinare incline alla certezza delle operazioni negoziali di garanzia a prima richiesta¹⁴⁹. Infatti, da un lato si annida la possibilità che il garante, nel valutare e contrastare la frode del beneficiario, faccia ricorso a eventuali documenti estranei alla garanzia (ad esempio offerti dal debitore), addivenendosi, di tal fatta, a un contrasto con quanto divisato agli artt. 12 e 19 che concludono i documenti esaminabili in quelli indicati nel testo della garanzia. Dall'altro lato, rimettere agli ordinamenti interni la disciplina della tutela per l'escussione abusiva porta con sé il rischio di una lettura largheggiante dei presupposti legittimanti la paralisi della pretesa del beneficiario (vale a dire, riconoscere la possibilità di sollevare eccezioni anche in assenza di una prova evidente della frode), idonea a pregiudicare l'essenza e la funzione della garanzia autonoma¹⁵⁰.

8. L'analisi comparata ha lasciato emergere profili critici ma anche guadagni concettuali. Il ruolo dell'impresa nelle garanzie autonome emerge in modo netto.

¹⁴⁶ J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298.

¹⁴⁷ Spiega M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 218, che «l'astrattezza della garanzia consentirebbe, infatti, di coprire non soltanto il rischio di inadempimento, ma anche quello legato a qualunque altro accadimento che precluda al beneficiario l'accesso ai vantaggi dell'operazione economica principale. La versatilità delle garanzie indipendenti permette, in particolare, di coprire i c.d. rischi atipici normalmente connessi ad operazioni commerciali internazionali, come ad esempio, la possibilità che il contraente straniero invochi la nullità del contratto principale avvalendosi di norme ignote alla controparte, o il factum principis che renda impossibile l'esecuzione della prestazione del contraente estero». In generale, sull'effetto negoziale di copertura dei rischi atipici della garanzia autonoma, v. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 138 ss.

¹⁴⁸ G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 388. Per una recente rassegna, densa di riferimenti comparati, v. G.B. BARILLA, *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e conditio indebiti nelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 449 ss. Per una casistica giurisprudenziale, F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 91 ss.

¹⁴⁹ Per una riflessione più estesa tra uniformazione internazionale e diritto interno, G. BROGGINI, *Le garanzie nei contratti internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, p. 351 ss.

¹⁵⁰ G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 388.



Lo si è potuto dedurre per mezzo della teoria italiana dell'autonomia d'impresa, volta a rimarcare il distacco disciplinare tra il contratto dell'individuo e quello realizzato in una relazione d'impresa.

La soluzione francese di codificare la garanzia autonoma pare recepire le istanze d'impresa tipicamente espressive di questo negozio. Oltre ad una formulazione letterale elastica, la garanzia autonoma nell'ordinamento francese acquista una spiccata conformazione d'impresa anche per via dell'inibizione del ricorso ad essa in caso di credito al consumo.

Nel DCFR, invece, si procede alla distinzione tra garanzie dipendenti e indipendenti tra garanzie del consumatore e garanzie personali altrimenti accessibili. Si ricavano indici, tra cui il tenore dispositivo del testo, per rimarcare la centralità dell'impresa nella garanzia autonoma.

La convenzione Uncitral, di contro, offre una disciplina dettagliata e dal tenore imperativo. Pur costituendo un alto momento di tutela delle istanze d'impresa in materia di garanzia personale del credito, le esigue ratifiche statali ne conferiscono scarso *appeal*¹⁵¹.

Dalla Camera di commercio internazionale, invece, malgrado alcune omissioni, la garanzia autonoma viene disciplinata tenendo conto dell'assetto globale sottostante. Un'ispirazione, questa, funzionale alle logiche d'impresa. Può, infine, rilevarsi come discorrere di garanzia autonoma richieda di porre attenzione non solo alle peculiarità che soggettivamente e oggettivamente innervano le singole fattispecie¹⁵². Vieppiù, merita attenzione il piano dell'attività¹⁵³. Il contratto non rimane più un momento isolato ma si inserisce all'interno di una cornice più ampia¹⁵⁴. Tuttavia, non ne discende solo una pura trasposizione dei caratteri degli atti in un contesto più largo, quanto può esserne apprezzata la differente dinamica di operatività e validazione degli atti dovuta alla carica regolatrice dell'attività¹⁵⁵.

¹⁵¹ Il richiamo alle regole Uncitral da parte della giurisprudenza italiana impegnata in tema di garanzia autonoma risulta assai modesto. Cfr. oltre a Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; Trib. Terni, 22 marzo 2010, n. 278; Trib. Lucca, 20 novembre 2012, 1217; Trib. Rimini, 12 dicembre 2014, n. 4945.

¹⁵² In giurisprudenza l'intima connessione del contratto autonomo di garanzia con le logiche d'impresa appare in Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 24846. Su questa pronuncia, v. F. MEZZANOTTE, *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2017, p. 420 ss.

¹⁵³ Per P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1969, p. 205, nt. 19 per cui «[...] non si deve tanto risalire dall'atto all'attività, come tradizionalmente si fa, quanto piuttosto discendere dall'attività agli atti che la puntualizzano per osservare, il collegamento, il condizionamento loro impresso dall'essere momenti od aspetti dell'attività». V., anche, F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 417 ss.

¹⁵⁴ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 17. In riferimento alle garanzie bancarie, v. C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 1023 e recentemente, valorizzando il concetto dell'operazione economica, G.B. BARILLÀ, *Performance bond tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, cit., p. 121 ss.

¹⁵⁵ Secondo A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 532 «rileva non la logica dell'atto - ovvero della sequenza degli atti ordinati ad un programma e a un'operazione unitaria -, quanto la modalità in cui il singolo atto s'inserisce nelle rispettive attività d'impresa».



Attraverso questa prospettiva potrebbero superarsi le angustie legate alla garanzia del credito nella visuale individualista e approdare verso un sistema agevole e dinamico¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Possono essere ricordate le parole di E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d'impresa*, Milano, 1975, p. 13 per cui la contrattazione individualista risulta «[...] lenta nella conclusione, ponderata nei contenuti».