

INTRODUZIONE

In tempi in cui insistentemente si avvertono scricchiolii degli assetti giuridici nazionali, accrescono i processi di de-territorializzazione, si radicano modelli di nuova *governance* e il linguaggio degli interessi sembra prevaricare quello dei diritti, accogliere le sfide della modernità è affermare la vocazione universale del diritto. Aspirazione possibile accedendo a nuove forme di regolazione giuridica e a schemi negoziali del tipo *multilevel system*.

A questi parametri si conforma il 'contratto autonomo di garanzia' nuova figura forgiata sul tipo negoziale *Garantievertrag* afferente alle contrattazioni bancarie e assicurative¹.

Prima questione, non di poco momento, inerisce agli aspetti di literalità del nuovo contratto posto che usualmente le banche ricorrono a formule, utilizzano espressioni, null'affatto univoche procurando confusione diffusa con esiti lesivi della certezza dei rapporti con l'utenza. La corrispondenza tra testo documentale e contenuto contrattuale è la prima diagnosi di più o meno latenti patologie e occorre muovere da queste problematicità, ideare efficaci correttivi, onde comporre le varie esigenze e corrispondere ai processi di modernità che avanzano anche in questo settore. Germina la via di un nuovo contrattualismo, di nuove tecniche, accreditandosi le rivendicazioni di regolazione giuridica.

Imprescindibile fermarsi sul ruolo del contratto in tempi di collisioni sistemiche e di globalizzazione quando il progetto giuridico vincente è demandato al ruolo del diritto internazionale privato proponendosi, questo, come propulsore – si è detto – di «rinvii circolari, autoreferenze e paradossi»².

¹ Per la nozione di garanzia giuridica si rimanda alle voci enciclopediche di M. FRAGALI, «Garanzia (*dir. priv.*)», in *Enc. dir.*, XVIII, p. 448 ss. e G. TUCCI, «Garanzia (*diritti di garanzia-diritto comparato e straniero*)», in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1990, p. 1 ss.

² G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, tr. it., Napoli, 1999, p. 4, che, nel tentativo di lenire le ambascce procurate dal

Tempi in cui rileva la capacità ‘artificiale’ del diritto di creare ordini inediti³.

Guadagnare il sicuro approdo del contratto è assicurare il luogo delle certezze.

Gli andamenti del moderno diritto internazionale, e sovranazionale, smontano i critici del contratto attardati nell’assunto del necessario superamento di tale strumento e della imprescindibilità di pervenire a regole generali e condivise che «non possono essere sostituite dal contratto». Il contratto costituirebbe la ‘mano’ visibile o invisibile, manifesta o oscura, del mercato cagione del radicarsi di interessi settoriali e generatore di disuguaglianze: si giunge a sostenere che «la dinamica del contratto non può colmare l’asimmetria informativa connaturata ad ogni rapporto economico, al contrario, tende a formalizzarla»⁴.

Visuale che relega il contratto in posizione ancillare, comunque, visuale che non appartiene al giurista.

Sfugge al teorico politico ogni risvolto.

Che delineare un assetto di regole giuridiche sovranazionali, stante l’odierna crisi del sistema di gerarchie, sia disegno coeso alla latitudine della nuova *lex mercatoria*⁵; che i centri di gestione delle dinamiche commerciali

protagonismo del diritto internazionale privato, sovente esplicitanti in «*rinvii circolari, auto-referenze e paradossi*», mostra una qualche perplessità, forse una preoccupazione, rilevando che tali aporie debbano risolversi «*in qualche maniera*» (*ibidem*).

³ Il concetto di ‘ragione artificiale’ riferito all’attitudine del diritto – si parla di ragione giuridica nel senso di ragione artificiale per eccellenza – a scandire i processi della modernità e le trasformazioni prodotte dalla globalizzazione si deve al Ferrajoli assolutamente convinto «*che sia compito della cultura giuridica e politica far leva su quella ‘ragione artificiale’ che è il diritto, e che già in passato ha modellato lo Stato nelle sue relazioni interne, per orientarne le forme e i percorsi: i quali passano, evidentemente, attraverso il superamento della forma stessa dello Stato nazionale e la rifondazione del diritto internazionale non più sulle sovranità degli Stati ma sulle autonomie dei popoli*» (L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997, p. 50).

⁴ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, spec. p. 23 e *passim*.

⁵ Va appena ricordato che la letteratura in tema di *lex mercatoria* data dagli inizi degli anni ‘60 tempo della pubblicazione del celebre saggio di B. GOLDMAN, *Frontières du droit et “lex mercatoria”* pubblicato negli *Archives de Philosophie du Droit* (t. IX, 1964, p. 177 ss.). Ne è seguita una larga produzione che ha toccato vari ambiti: F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria*, 1989, *passim*; D. ELY, *De lex mercatoria, Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht*, 1989, *passim*; F. OSMAN, *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria*, 1992, *passim*; V. STEIN, *Lex Mercatoria, Realität und Theorie*, 1995, *passim*; K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, *passim*. Lavori puntuali che toccano settori specifici vengono approntati da N. HORN, *Das Recht der internationalen Anleihen*, 1972, p. 510 ss.; O. LANDO, 34 ICLQ, 1985, p. 34 ss.; H.J. BERMAN, C. KAUFMAN,

e finanziarie rimandino a potentati sottratti al controllo degli ordinamenti interni; che la pratica giuridica sempre più attenga all'interessato coinvolgimento di *corporations* e *law firms*⁶ incaricate di apprestare lo schema dei

Harv.Int'l.L.J. 221, 1978, p. 221 ss.; T.E. CARBONNEAU, *Col.J.Transnat'l.L.*, 1985, p. 579 ss.; A.V.M. STRUYCKEN, *La lex mercatoria dans le droit des contrats internationaux*, in AA.VV., *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier*, 1986, p. 209 ss.; H.J. BERMAN, C. KAUFMAN, *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, in AA.VV., *Lex mercatoria and Arbitration*, ed. J. Carbonneau, 1980, p. 21 ss. Altra letteratura in argomento si trae da F. DE LY, *International business Law and Lex mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague, the Netherlands 1999, *passim*; K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague, the Netherlands, 1999, *passim*. L'idea di un diritto della *lex mercatoria* che trovi fondamento su consuetudini spontanee, un *droit coutumier* internazionale, è avanzata nel citato saggio di Goldman (spec. p. 183 ss.) e da H.J. BERMAN, C. KAUFMAN, *The Law of International Commercial Transaction (Lex Mercatoria)*, in *Harvard International Law Journal*, 1, 1978, p. 221 ss. Esprime dissenso per la tesi circa l'origine consuetudinaria del diritto della *lex mercatoria* G. TEUBNER, *Diritto policontesturale*, tr. it., Napoli, 1999, *passim*; ID., *Global Bukovina: Legal pluralism in the world society*, in ID., *Global Law without a State*, cur. G. Teubner, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 3 ss., e ID., *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-central Constitutional Theory?*, in AA.VV., *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, 2004, p. 3 ss. Per la letteratura italiana si rimanda, per tutti, agli studi di FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006, *passim*; adde A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, Roma-Bari, 2008, *passim*. È fautore della tesi che rinviene precedenti della globalizzazione giuridica e del diritto postsovrano in vari caratteri consuetudinari tipici del diritto medievale vigendo modernamente un assetto di *new medievalism*, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, *passim*, e ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, *passim*. Il precedente del diritto romano e la latitudine a cui quella esperienza giuridica pervenne a partire dall'estensione raggiunta dal *ius civile novum*, già nel III secolo a.C., viene recuperato da F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*. Bella immagine tagliata sul fenomeno della globalizzazione giuridica viene restituita dalla Ferrarese che, nel saggio scritto per l'Enciclopedia del Diritto, esordisce con l'espressione «*La globalizzazione giuridica tra la "foresta" e gli "alberi"*» a intendere i due percorsi che l'analisi del processo di globalizzazione del diritto può assumere: «*una sommaria suddivisione tra le ricerche che cercano di comporre il profilo generale del paesaggio giuridico globale, e che dunque guardano alla "foresta"*; e le ricerche che si concentrano prevalentemente sugli "alberi", ossia su una o su alcune delle varie manifestazioni giuridiche "atipiche" che si vanno addensando in epoca globale, le quali per lo più travolgono alcuni caratteri e requisiti che erano tipici del diritto moderno» (M.R. FERRARESE, «*Globalizzazione giuridica*», in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 547 ss.).

⁶ Il ruolo di cui si onerano i legali statunitensi è ben lungi dall'essere il medesimo ruolo che gli avvocati svolgono nel vecchio continente interpreti di una nobile arte liberale. Il tipo statunitense di professionista è piuttosto asseverabile alla figura dell'imprenditore e interviene sul mercato del diritto – si pensi alle modalità di promozione della *class action* – muovendosi con la spregiudicatezza degli operatori esperti nelle dinamiche imprenditoriali e assumendo le associazioni legali connotati di *entrepreneurial law bar associations*. I notevoli interessi in gioco fungono da catalizzatori per i legali che tendono ad aggregarsi sul modello delle *hold-*

contratti in uso nella pratica transnazionale sono aspetti ben presenti al giurista.

Definita la cornice eterarchica ci si avvede di come il contratto, secondo nuove e pressanti necessità, sia stabile punto geometrico nei circuiti globali⁷. Conseguono, certo, questioni di adeguamento degli schemi contrattuali ai percorsi orizzontali del diritto; di progettazione di idonei strumenti onde as-

*ings organizzate e sono le Law Firms che si muovono con modalità di lobbies. Sulle Law Firms e il fenomeno deleterio della lievitazione dei costi processuali, già G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A legal and Economic Analysis*, New Haven, 1978, p. 28 ss. Non può esimersi l'operatore del diritto dal riflettere sulle pregevoli parole che autorevole studioso ha destinato all'avvocatura e all'esercizio della professione nei nuovi contesti: «La sorte della professione forense, nonostante le sue specificità, sembra segnata dalla comune vicenda che investe i cambiamenti della società italiana, fortemente incisi dalla globalizzazione dei mercati, dall'indebolimento dei sistemi economici, dalla congiuntura attuale contrassegnata, più che dalla recessione, da quella particolare crisi denominata dagli economisti 'stagflazione', nella quale il ristagno dello sviluppo si accompagna ad una inflazione strisciante», pertanto, «... la classe media composta dai professionisti dell'intelletto non scomparirà così facilmente, né si lascerà sopraffare da un mercato selvaggio o da un mondo ancorato soltanto allo scambio. È per questo che chi teorizza la fine della classe media non porta il suo ragionamento fino alle estreme conseguenze, perché intravede in questo processo disgregativo anche i barlumi di una sopravvivenza tenace di valori e di competenze» (G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2011, p. 21).*

⁷ Si assiste al vertiginoso cammino dell'economia che, in assenza di adeguate contropunte, ha favorito le concentrazioni apicali di poteri – nel settore dell'economia generale, ma in quelli dell'energia, dei media, dei trasporti –; su altro versante, quello sociale, che all'inverso ha procurato cadute di solidarietà innestando processi lesivi dei diritti sociali e politici. Si parla, al riguardo, di 'fondamentalismo del mercato neoliberale' intendendo il rilievo prorompente delle prassi economico-finanziarie ispirate a modalità, talvolta, di indiscriminato ricorso a meccanismi di abuso dell'economia, della finanza, del mercato. E tornano le diagnosi avanzate da una dottrina profetica circa gli effetti della globalizzazione, le tante voci allarmate per l'insano predominio della finanza. Tra queste, autorevole, quella del premio Nobel per l'economia Joseph E. Stiglitz che svolgeva, in una catena di studi, il tema dell'abbandono e dell'abdicazione alle problematiche della globalizzazione già dalla fine degli anni '80 del secolo scorso (nella traduzione italiana in successione: *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992; *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Roma, 2001; *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002; *Economia del settore pubblico*, Milano, 2003²; *I ruggenti anni Novanta*, Torino, 2004; *Principi di microeconomia. Efficienza e mercati imperfetti*, Milano, 2005³; *La globalizzazione che funziona*, Torino, 2007; *La guerra da 3000 miliardi di dollari*, Torino, 2009; *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2014). Analizzati i problemi dell'economia mondiale l'A. coniava l'espressione 'integralismo dei mercati' rimasta ferma ed esplicitiva della complessità dei fenomeni globali e approfondiva la tipologia dei vari sub-modelli economici, la caratterizzazione delle relazioni industriali, le modalità di partecipazione dei lavoratori, il ruolo del mondo bancario e dell'alta finanza, la misura e il grado di coinvolgimento dei cittadini consumatori e utenti.

sicurare certezza alla negoziazione commerciale interna e transnazionale; di rivisitazione dell'impianto delle garanzie così da agevolare l'erogazione del credito, conffiggere il rischio, e gestirlo, procurando di estendere la responsabilità patrimoniale ad altri soggetti rispetto al debitore e assicurando effettiva tutela ai vari operatori.

Il contratto autonomo di garanzia è modello del nuovo giuridico.

Ne ha contezza la *scientia iuris* e si è detto autorevolmente: «Intento comune a chi si accinge ad esaminare economicamente il diritto è [...] quello di accertare la rispondenza tra esigenze economiche e strumenti giuridici, i loro effetti indotti, l'alterazione che essi producono nella situazione di mercato, i caratteri che imprimono al mercato stesso, i fattori complessi di cui si fanno tramite per poter determinare un particolare 'gioco' di mercato»⁸.

⁸ G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 357.

CAPITOLO I

TENDENZA ESPANSIVA DELLA
GARANZIA PERSONALE.
IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA.
PROFILI RICOGNITIVI E SISTEMATICI.

SOMMARIO: 1. Rappresentazioni moderne del diritto e dell'economia. Il contratto autonomo di garanzia. – 2. Morfogenesi e struttura del contratto autonomo di garanzia. Il precedente del *Garantievertrag*. – 3. Lo spazio della meritevolezza varco per l'atipizzazione' del nuovo contratto. – 4. Punto di giunzione e punto di distacco tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia. – 5. Può dirsi il contratto autonomo di garanzia, in quanto atipico, contratto nuovo? – 6. Il travagliato percorso della elaborazione giurisprudenziale in tema di causa del contratto autonomo di garanzia. – 7. (...) *segue*: ancora sulla elaborazione giurisprudenziale della causa del nuovo contratto. – 8. Causa e rischio contrattuale. – 9. Epistemologia di una pronuncia della Suprema Corte: il senso di una svolta (Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947). – 10. (...) *segue*: ulteriori riflessioni su Cass., n. 3947/2010. – 11. Le dinamiche della buona fede e il rimedio della *exceptio doli*. – 12. Legato di fideiussione e legato di garanzia personale. Il *mainstream* dottrinale.

1. *Rappresentazioni moderne del diritto e dell'economia. Il contratto autonomo di garanzia.*

Indagare il diritto in termini di modernità è utilizzare coordinate di lettura che consentano di cogliere i meccanismi autopoietici, interni ed esterni al diritto, produttivi di modelli, regole, tecniche inedite.

Aperta la stagione della nuova *lex mercatoria*¹ e del cosmopolitismo giu-

¹ Gunther Teubner ha individuato nella *lex mercatoria* lo strumento normativo di maggiore significazione del fenomeno della globalizzazione. Impianto giuridico coerente a una dimensione del diritto sovranazionale e de-territorializzata – «*Lex Mercatoria, the transnational*

ridico sarebbero andati dilatandosi i fenomeni di de-territorializzazione e la ricerca insistita di meccanismi e fisionomie coerenti al *trend* di modernità, alle dinamiche dell'economia, alla necessità di rappresentare bisogni su larga scala in tempi di crescita dimensionale delle imprese, evoluzione dei mercati finanziari, dinamismo competitivo. Tutte ragioni determinanti l'espansione dello spazio giuridico, come mai in altre epoche storiche, accentuandosi i caratteri orientativo e regolativo del diritto.

Momenti centrali della nuova assiomatica attengono all'emergere di inedite figure contrattuali e alla gestione dei rischi inerenti a tali nuove forme di contrattazione².

Su questo sfondo si staglia il contratto autonomo di garanzia fisionomia diretta a riconoscere al soggetto fruitore garantito una pretesa nei riguardi del

law of economic transaction, is the most successful example of global law without a state» – differente, per struttura, da quello proprio della sovranità classica. Fornita di carattere marcatamente policentrico la *lex mercatoria* attiene, essenzialmente, ai rapporti di natura commerciale forgiandosi dal basso, sorgendo dalla pratica dei rapporti e guadagnando una latitudine nel contesto globale. Comunque – a seguire Teubner –, trattasi di impianto giuridico che sembra essere legge 'morbida ma non debole' – «*soft law, not weak law*» – (G. TEUBNER, *Global Law without a State*, Dartmouth, Ardershot, 1997, p. 3).

² Attendibile sostenere che il contratto autonomo di garanzia sia nuova figura che realizza funzioni molteplici e polivalenti – si avrà modo di illustrare nel corso della trattazione –, tra le altre, l'esigenza di tutela del creditore a fronte dei rischi cosiddetti 'atipici' del commercio internazionale. Questa è espressione entrata, oramai, nell'uso globale a significare l'entità dei fattori che comportano la mancata attuazione, e la mancata praticabilità, del credito attribuibile, di norma, al *factum principis*. Si è osservato che una tale assunzione di consapevolezza debba ritenersi attendibile se riferita alle garanzie di natura restitutoria – si pensi all'*advanced payment bond* (che garantisce la restituzione degli acconti versati dal beneficiario al debitore-ordinante contestualmente alla sottoscrizione del contratto di base) –, non anche, se riferita alle garanzie indennitarie come è il *performance bond* (che garantisce il pagamento delle penali concordate a favore dei beneficiari, usualmente quantizzata in una percentuale rispetto all'ammontare totale del corrispettivo della commessa, ove si verifichi inadempimento o inesatto adempimento del contratto principale). Differenza di regimi che si spiega ove si colga, quanto alle garanzie restitutorie, che nei contratti a prestazioni corrispettive il mancato attuarsi del sinallagma autorizza il contraente, che abbia ispirato l'azione a correttezza comportamentale, alla ripetizione della eseguita prestazione a prescindere dalla verifica circa la sussistenza delle ragioni che hanno precluso all'altra parte l'adempimento, ai sensi dell'art. 1463 c.c. Ciò, in considerazione del valore esimente da responsabilità risarcitoria del *factum principis* secondo il disposto dell'art. 1218 c.c. – «*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*» –, salvo che il contratto di base non preveda deroghe agli ordinari criteri di imputazione dell'inadempimento (su questi profili, v. il lavoro di F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2015, p. 128).

soggetto garante previo il rafforzamento della garanzia creditoria inerente a tutti i beni, presenti e futuri, facenti parte del patrimonio di quest'ultimo.

Nuovo paradigma di contratto caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte del garante, di pagare il debito garantito al creditore senza possibilità di far valere le eccezioni relative all'obbligazione garantita – che può opporre il fideiussore *ex art. 1945 c.c.* – anche a prescindere dalla validità o dall'esistenza della stessa. Garanzia qualificata a “semplice” o a “prima domanda” tesa a garantire il creditore verificatosi inadempimento della prestazione dovuta dal debitore: ricorrendovi si produce la scissione tra rapporto di garanzia e rapporto principale garantito, la rescissione del vincolo di accessorieta', così che la soddisfazione del creditore rimandi all'escussione della garanzia. In concreto, il garante assume l'impegno di pagare al beneficiario della garanzia su mera richiesta del creditore rinunciando a opporre – si diceva – le eccezioni relative al rapporto garantito: la nuova figura si connota per la presenza di clausole «a prima domanda» obbligandosi il garante ad adempiere in base alla semplice richiesta del beneficiario, e di clausole «senza eccezioni» obbligandosi il garante ad adempiere senza possibilità di eccepire circostanze relative al rapporto di base così da agevolare il beneficiario della garanzia tenuto a offrire la prova della sussistenza dei requisiti legittimanti la richiesta di pagamento.

Il contratto *de quo* poggia su meccanismi oramai rodati pregiandosi dell'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito: sufficiente rilevare che il garante si obbliga a eseguire, a vantaggio del creditore-beneficiario, la prestazione oggetto della garanzia «a prima domanda» all'esito di mera dichiarazione dello stesso.

Lo schema contrattuale si articola secondo uno schema triadico: il rapporto-base di raccordo tra debitore e creditore; il rapporto di provvista tra debitore e garante, il rapporto tra garante e creditore. E la prestazione a cui si obbliga il garante attiene alla soddisfazione dell'interesse economico del creditore nella eventualità in cui lo stesso debitore risulti inadempiente: prestazione quantizzabile in un indennizzo economico antecedentemente stabilito nell'ammontare e rapportato al valore della prestazione del rapporto di base.

Un fascio di utilità rilevano in capo al beneficiario: la creazione di una garanzia sfornita di accessorieta' rispetto all'obbligazione dedotta nel rapporto di base; la necessità del beneficiario di ottenere, in tempi rapidi, le somme dedotte in garanzia evitando lentezze defatiganti e astenendosi dal ricorrere al percorso giudiziale (*litigation risks*).

L'elusione del vincolo di accessorieta', la scissione della garanzia dal rapporto di valuta, il venir meno *d'embrée* dello schema fideiussorio sono aspet-

ti che accreditano una funzione di tipo ‘cauzionale’ del contratto atipico di garanzia e, a ragione, a questo si riconosce una differente utilità rispetto al deposito cauzionale commisurata alla minore onerosità e alla predisposizione a evitare nocive immobilizzazioni di capitali.

Rispetto alle accezioni di tipo funzionale si comprende in qual senso accedendo al contratto autonomo di garanzia si ponga una sorta di ‘mutazione genetica’ del concetto di garanzia contrattuale. E come da una figurazione originaria, propriamente tipica e fideiussoria, i caratteri di garanzia traslino in un alveo atipico perseguiti interessi meritevoli di tutela da parte l’ordinamento, ai sensi dell’art. 1322, comma 2, c.c.: essenziale esigenza è realizzare il soddisfacimento dell’interesse economico del beneficiario leso dall’inadempimento del debitore originario, altresì, conferire sicurezza alle dinamiche commerciali e ai processi economici.

Questione non di poco momento attiene alla gestione dei rischi inerenti alla contrattazione e sovviene il rilievo della fiducia e della buona fede.

Si inscrivono nel registro della fiducia e della buona fede esigenze cautelative, di trasparenza comportamentale, di legalità strutturale, di modo che, l’architettura del contratto resta sorretta e interamente poggia sull’architrave dei canoni di fiducia e buona fede. La gestione del rischio contrattuale si iscrive in questa cornice.

Vi si connette la prestazione della garanzia giuridica conseguendone il riposizionamento della garanzia all’interno del ‘quadrato’ contrattuale: vanificare il rischio è pervenire a un assetto stabile del contratto soddisfattivo degli interessi delle parti perpetrando un’esigenza di *utilitas*. Tale è motivo centrale e può ben dirsi che la garanzia giuridica odiernamente risponda a esigenze *all-rounder*, alla necessità avvertita nei circuiti giuridici ed economici di corredare la nuova figura di supporti idonei ad assicurare effetti di normalizzazione contrattuale: di talché, la garanzia si declina secondo la primaria esigenza di assicurare l’utilità del contratto svolgendo l’irrinunciabile funzione di servizio prestato alla negoziazione.

Delineato lo sfondo rileva, entro più corretti confini, il tema della garanzia del credito e della sussistenza di garanzie aggiuntive alla nuove figure di contrattazione – il fenomeno dei contratti di garanzia personale cade in questo ambito³ – ed è materia, in tempi di globalizzazione e de-territorializza-

³ Si deve al Portale la ricognizione esegetica, e la recezione nell’uso interno, del ‘contratto autonomo di garanzia’ fisionomia oggetto di reiterate suggestive riflessioni dell’A. La ricostruzione della figura – già oggetto di approfondimenti nel saggio *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in *Jus*, 1977, p. 3 ss. – viene restituita nell’ormai celebre lavoro, anche questo della fine degli anni ’70, *Fideiussione e Garantievertrag nella*

prassi bancaria, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, cur. G.B. Portale, p. 1043 ss. e *passim*. Adde, dello stesso A., una serie inanellata di lavori: ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, p. 169 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, ivi, 1988, I, p. 1 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia («Causalità» ed «Astrattezza» nel Garantievertrag)*, in *Dir. della banca e del merc. fin.*, 1988, I, p. 504 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, *passim*; ID., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, ove alla p. 125, nt. 1, si legge la ricostruzione storica della figura contrattuale: contributi ora raccolti nel volume G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, *passim*. Ma la produzione dello studioso andrà incrementandosi con nuovi contributi in materia: ID., *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale (appunti per una lezione)*, in *Riv. giur. sarda*, 1998, p. 844 ss.; ID., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Lezioni pisane di diritto commerciale*, cur. F. Barachini, Pisa, 2014, p. 25 ss. Se ancora agli inizi degli anni '70 dello scorso secolo comparivano qualificati lavori – cfr., L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, *passim* e dello stesso A., in seguito, v. *Le garanzie tipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 727 ss. –, alla fine del decennio altro significativo studio avrebbe funto da apripista sul tema della garanzia personale e del contratto autonomo di garanzia: C. DE SIMONE, *Nel «genus fideiussioni»: la garanzia automatica e bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1977, p. 85 ss. A partire da questo *prius* dottrinale conseguiva una fioritura di studi e approfondimenti riservando la dottrina sempre maggiore interesse al contratto autonomo di garanzia e sarà opportuno darne conto per restituire il quadro d'insieme e l'apporto scientifico prestato al tema pur senza pretesa di esaustività. Contributi a mano a mano più vicini, a partire dalle ultime decadi del secolo scorso, quelli di V. MUNGARI, *Sulle garanzie personali (contract bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all'estero*, in *Assicuraz.*, 1979, I, p. 47 ss.; F. BENATTI, «Garanzia (contratto autonomo di)», in *Nov. Dig.*, III, Torino, 1982, p. 918 ss.; S. MACCARONE, *Le garanzie bancarie a prima richiesta e i provvedimenti del giudice italiano ex art. 700 c.p.c.*, in *Boll. ass. tecn. banche pop.*, 1982, p. 31; M. RUBINO SAMMARTANO, *Accessorietà delle fideiussioni bancarie di buon adempimento*, in *FP.*, 1982, I, p. 87 ss.; A. MAZZONI, *Le lettere di patronage nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, II, p. 399 ss.; N. SALANITRO, *Le fideiussioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, p. 129 ss.; C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di Diritto privato*, XII, *Obbligazioni e contratti*, dir. P. Rescigno, XII, Torino, 1985, p. 1033 ss.; M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 939 ss.; ID., *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988, *passim*; BONELLI, *Escussione abusiva delle garanzie bancarie a prima domanda*, in *Riv. comm. int.*, 1988, p. 524 ss.; ID., *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, *passim*; E. BRIGANTI, *Garanzie personali atipiche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, I, p. 573 ss.; A. CALDERALE, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il «big sleep» delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 3022 ss.; ID., *Fideiussioni e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, *passim*; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, in *Quaderni G. comm.*, n. 93, Milano, 1988, *passim*; M. VIALE, *Sfogliando la margherita: «Garantievertrag» e fideiussione «omnibus» in Cassazione*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 106 ss.; ID., *I contratti autonomi di garanzia*, in *NGCC.*, 1990, II, p. 175 ss.; V. CAPPUCCILLI, D. CORAPI, «Garanzie bancarie, I, Ordinamento

italiano», in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 6 ss.; L. PONTIROLI, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 1018 ss. (il lavoro è pubbl. anche in AA.VV., *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, curr. U. Draetta, C. Vaccà, Milano, 1994, p. 13 ss.; ID., «Garanzia (contratti autonomi di)», in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 348 ss.; ID., *Le clausole «di pagamento a prima richiesta» e di «sopravvivenza»: dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione al provvedimento della Banca d'Italia sulle N.U.B.*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 1996, p. 110 ss.; E. NAVARRETTA, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia («Causalità» ed «Astrattezza» nel Garantievertrag)*, in ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 121 ss.; ID., *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 285 ss.; ID., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, curr. G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, p. 553 ss.; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, *passim*; V. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 143 ss.; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1991, *passim*; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, p. 578 ss.; F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, *passim*; G. BISCONTINI, *Assunzione del debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, *passim*; U. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in *Le garanzie contrattuali*, cit., p. 242 ss.; L. VACCA, *La qualificazione giuridica della cosiddetta polizza fideiussoria*, in *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, cit., p. 167 ss.; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato Galgano*, XVIII, Padova, 1994, *passim*; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995², *passim*; D. CHINDEMI, *Deroga pattizia all'applicazione dell'art. 1957 cod. civ. nel caso di garanzia a «semplice richiesta»*, in *NGCC.*, 1996, I, p. 289 ss.; F. VALENZA, *La causa nel contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2-3, 1998, p. 199 ss.; V. CARIELLO, *Questioni di diritto processuale e sostanziale in tema di contratti autonomi di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, p. 272 ss.; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999, *passim*; ID., *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso, Contratto e mercato*, II, cur. P. Corrias, Milano, 2013, p. 967 ss.; A.A. LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Contratti*, 2000, p. 145 ss.; U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzia bancarie attive e passive*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cur. V. Scalisi, Milano, 2004, p. 751 ss.; B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*, Frankfurt am Main, 2005, *passim*; ID., *Fideiussione «a prima richiesta» e fideiussione «omnibus» nella giurisprudenza del tribunale federale tedesco*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, p. 337 ss.; ID., *Il formalismo nelle garanzie astratte: operazione economica e prospettiva della banca garante*, *ivi*, 2005, II, p. 409 ss.; ID., *Polizza fideiussoria e assicurazione del credito tra attività bancaria e assicurativa: funzione di garanzia e profili atipici*, *ivi*, II, p. 508 ss.; ID., *Causa esterna e garanzie bancarie autonome*, *ivi*, 2006, I, p. 659 ss.; ID., *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, *ivi*, 2007, I, p. 217 ss.; ID., *Il tipo fideiussorio e le garanzie autonome nella prassi bancaria: qualificazione della fattispecie nella ricostruzione della volontà delle parti e nell'analisi dei rischi garantiti*, *ivi*, 2010, II, p. 51 ss.; P.

zione, che rimanda al libero gioco degli interessi e all'emergere di istituti giuridici di 'nuova generazione' germinati nella società globale.

L'individuazione dei confini, e dei limiti, della responsabilità patrimoniale attiene, così, a una impellenza avvertita dagli attori della contrattazione indotti a potenziare le garanzie a tutela del credito e ad accedere a modelli garantistici, ulteriori rispetto alle garanzie accessorie, da affiancare alla prima garanzia prestata dal debitore: modalità di garanzia che consentano di ampliare lo spettro dei patrimoni da escutere a beneficio dei creditori.

Garanzie aggiuntive che trovano *humus* congeniale nell'autonomia privata.

All'autonomia privata attengono le pattuizioni circa il tipo di garanzia da prestare a supporto della contrattazione e le modalità di costituzione e di escussione. All'autonomia privata rimandano gli accordi intercorsi circa le dinamiche di soddisfazione del credito, di estensione dell'area della responsabilità patrimoniale, di cessazione dei fenomeni di insolvenza per insufficienza, o totale assenza, del patrimonio da escutere.

CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 424 ss.; F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *I contratti di garanzia*, cur. F. Mastropaolo, nel *Trattato dei contratti*, dir. P. Rescigno, Gabrielli, I, Torino, 2006, *passim*; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, Napoli, 2007, p. 107 ss.; G. CHINÉ, «Contratto autonomo di garanzia», in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 2007, p. 1 ss.; M. MASTANDREA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: criteri distintivi*, in *Contratti*, 2007, p. 637 ss.; M. CUCCOVILLO, *Polizza fideiussoria e contratto autonomo di garanzia: una distinzione sfumata?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, p. 100 ss.; ID., *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 431 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, *passim*; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: tendenze rimediale in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2008, p. 987 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *La decadenza del creditore di escutere la fideiussione ex art. 1957 cod. civ.*, in *NGCC.*, 2008, I, p. 1421 ss.; F. ROCCHIO, *la promessa con funzione di garanzia. La «garanzia autonoma» della banca, dell'assicuratore, del socio e del consumatore*, Napoli, 2009, *passim*; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, dir. R. SACCO, X, Torino, 2009, p. 159 ss.; A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *NGCC.*, 2010, p. 435 ss.; M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2010, p. 453 ss.; G. STELLA, *Fideiussione e garanzie autonome*, in *Trattato Indica-Zatti*, Milano, 2010, p. 775 ss.; D. CERINI, *Le sezioni unite sulle polizze fideiussorie: un'occasione per una riflessione*, in *Diritto ed ec. dell'assicurazione*, LIII, 2011, p. 227 ss.; R. NATOLI, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Giureta*, 2012, X, p. 1 ss.; L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, in *I contratti per l'impresa*, I, cit., p. 567 ss.; C. FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2013, p. 565 ss.; G. STELLA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, IV. *Opere e Servizi*, 2, dir. V. Roppo, A.M. Benedetti, Milano, 2014, p. 937 ss.; A. MONTANARI, *Qualche considerazione a margine di Corte di Cassazione n. 15108 del 2013: le clausole «a prima richiesta», «senza eccezioni» tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Giureta*, XIII, 2015, p. 113 ss.

Spazi di qualificazione del contratto si aprono nel solco dei tracciati internazionali.

Pertinente è il disposto dell'art. 3.2 dei «*Principi per i contratti commerciali internazionali*» elaborato dall'UNIDROIT – un «contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti» – sebbene la disposizione ometta riferimenti alla causa e, men che meno, ai requisiti delineati all'art. 1322 c.c. E tale disposizione viene richiamata non certo casualmente ma al precipuo fine di rimarcare, a monte di ogni ulteriore analisi, che erroneo e fuorviante sarebbe solo appurare la mera conformità del contratto autonomo di garanzia al diritto interno: vero pregio della figura risiede nel carattere *multilevel system* comune agli schemi contrattuali transnazionali e ai modelli giuridici originati nell'area globale.

Ragioni di pratica opportunità ne avrebbero agevolato la recezione nel diritto interno.

Sorto nelle prassi dei commerci transfrontalieri – si diceva – onde sopprimere a esigenze di sicurezza dei traffici, utilizzato nelle contrattazioni di impresa, impiegato nelle dinamiche di erogazione del credito e nelle contrattazioni assicurative, lo schema del contratto autonomo di garanzia, di notevole duttilità, sarebbe stato impiegato *a latere* di vari tipi di contratto – appalto, vendita, somministrazione, mutuo, apertura di credito – così da assicurare adeguate certezze alla parte del contratto-base esposta al rischio contrattuale.

Ancora, il nuovo contratto trova impiego nel campo delle opere pubbliche ed è il caso della prestazione di fideiussioni cui sono tenuti gli appaltatori, modalità di garanzie alternative ai depositi cauzionali in danaro o altri beni reali. Questo è il terreno delle 'assicurazioni fideiussorie' – altresì dette 'cauzioni fideiussorie' o 'polizze fideiussorie' – a sostegno del beneficiario quale ulteriore garanzia dell'adempimento di una futura eventuale prestazione pecuniaria a titolo di risarcimento danni, o di penale, o di pagamento di un tributo. Occorre, in tal caso, rimandare al regolamento contrattuale e accertare il tasso di autonomia della garanzia che le parti intendano stipulare a sostegno dell'obbligazione principale garantita⁴.

⁴ Va tenuto presente, seguendo la traccia della Cassazione – Cass., 23 giugno 2014, n. 14206, in *Mass. giur. Lav.*, 2013, 667 – che, sebbene si sia in presenza di una pattuizione ai sensi dell'art. 2957 c.c., deve comunque prediligersi – anche in forza dei dettami dell'art. 1367 c.c. – una lettura che, richiamando il principio di autonomia negoziale delle parti, riconosca al contratto concretamente posto in essere la portata desumibile non già dai tipi astratti della garanzia autonoma ma dalla configurazione concreta che le parti hanno inteso attribuire alla garanzia.

Le coordinate tracciate attengono alla negoziazione che abbia ad oggetto la prestazione della garanzia personale aggiuntiva.

Ma un capitolo della disciplina del contratto autonomo di garanzia attiene al regime delle eccezioni e della *exceptio doli generalis seu presentis* rimedio di cui si giova il garante al fine di paralizzare l'escussione della garanzia da parte del beneficiario se, pur coerente al tenore letterale del contratto, questa si denoti fraudolenta all'esito della produzione di prove documentali⁵ e 'liquide'⁶, dunque, certe e incontrovertibili, insistendosi nel conseguire un ingiusto profitto⁷. Rimedio di contrasto, l'*exceptio doli generalis seu presentis*, accolto da dottrina⁸

⁵ Cfr., F. CASSERA, *Contratto autonomo di garanzia, escussione fraudolenta del garante ed «exceptio doli»*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2767. Si è inteso precisare in giurisprudenza che la preconstituzione delle prove ha come termine di riferimento il procedimento giudiziale nel quale venga dedotta l'*exceptio doli generalis seu presentis*: in tal senso, Trib. Milano, 13 dicembre 1990 che considera la necessità che le prove circa la fondatezza dell'*exceptio doli generalis seu presentis* siano preesistenti al giudizio in cui si solleva il rimedio «non essendo compatibile con la peculiare funzione della garanzia "astratta" la deduzione di prove dell'eccezione che tende a paralizzarla, da formarsi nel corso del medesimo giudizio».

⁶ Una dottrina restituiva l'accezione di prova 'liquida', ovvero, «qualsiasi mezzo che non richieda esperimenti istruttori complicati e di difficile verifica e che serva al giudice per convincersi della pretesa abusiva del beneficiario è tale da integrare il requisito della prova "pronta e liquida"» (G. BOZZOLA, *Il «fermo provvisorio» delle garanzie bancarie a prima richiesta nel commercio internazionale e i provvedimenti del giudice italiano «ex» art. 700 c.p.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, p. 751).

⁷ Puntuale letteratura in argomento. Si rimanda a F. BENATTI, *La buona fede nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, p. 294. Cfr., altresì, L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'«exceptio doli generalis»*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 215 s.; G.B. PORTALE, *Le garanzie*, cit., p. 20 s.; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. F. Galgano, Padova, 1994, p. 194; G. MEO, *Fideiussioni bancarie e garanzie a prima richiesta: le tutele cautelari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 445. Rileva F. BONELLI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 204 che «il fenomeno dell'abuso nell'escussione di garanzie bancarie "a prima domanda" esiste indubbiamente, ma non va enfatizzato, in quanto le garanzie bancarie che in un modo o nell'altro hanno dato luogo a controversie rappresentano solo una piccolissima percentuale rispetto al volume globale», e aggiunge l'A. che dall'angolazione squisitamente giuridica a destare il più forte interesse «è proprio [...] il momento patologico delle escussioni abusive». Aderisce a questa lettura F. TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 3, nt. 10.

⁸ Un approccio esegetico all'*exceptio soli generalis seu presentis*, al lume di questa impostazione, in A. D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 748, nt. 184. Ma si vedano, altresì, i contributi di F. BENATTI, *La buona fede*, cit., p. 294; G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 19; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi*, cit., p. 305 ss.

e giurisprudenza⁹ stante il *deficit* di normazione: sopperisce il richiamo al principio di buona fede ai sensi dell'art. 1175 c.c. («*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*»), e dell'art. 1375 c.c. («*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*»)¹⁰.

Si intende come in tempi di crisi del fondamento territoriale del diritto, regressione dei diritti nazionali, sconfinamenti giuridici, l'utilità di accogliere modelli giuridici ultranei mutuati dalle prassi del commercio internazionale, dalle contrattazioni di impresa, dalle forme di erogazione del credito, sia disegno utile e necessario rimodellato lo schema contrattuale ad uso interno: il contratto autonomo di garanzia 'misura' queste esigenze recuperando moventi mutate da un assetto di tipo *multilevel system*.

Quanto consente di avanzare un rilievo.

Vi è materia per ritenere che il contratto autonomo di garanzia non costituisca assetto transeunte ma invero di principi di caratura valoriale. Asseverato ai canoni di buona fede e correttezza comportamentale garantisce equilibri stabili alle parti.

È pur vero, che la recezione della nuova figura avrebbe supposto un alto tasso di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e complessa metabolizzazione ermeneutica.

L'accoglimento nell'ordinamento interno afferiva a ragioni generalmente riconosciute di opportunità, convenienza, duttilità dello schema effettivamente decisive a favorire gli operatori economici nazionali e allontanare i rischi di marginalizzazione rispetto ai circuiti di circolazione della ricchezza. Ragioni infine preponderanti.

Il contratto autonomo di garanzia si cala in questo scenario se pure sfornito allo stato di statuto scientifico: figura segnata da «un sensibile divario tra le esigenze della prassi e i risultati dell'elaborazione teorica»¹¹. Si situa sul

⁹ A titolo semplificativo, v. già Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Mass. Foro it.*, 1989; Trib. Milano, 13 dicembre 1990, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, p. 589.

¹⁰ Si è inteso spiegare in modo diverso l'opponibilità dell'*exceptio doli generalis* benché, per vero, sia tentativo, pur pregevole, di poco seguito. Il detto rimedio avrebbe origine nel principio «*fraus omnia corrumpit*»; altresì, «*l'eccezione di dolo sarebbe un'eccezione di difetto di causa*», posto che, prendendo a indice il caso del performance bond collegato a un contratto principale la cui obbligazione il debitore garantito regolarmente abbia adempiuto, dovrebbe piuttosto sostenersi che *l'esatta esecuzione della prestazione rende evanescente quel rischio la cui copertura «costituiva la causa della garanzia»* (così, F. MASTROPAOLO, *I contratti*, cit., p. 385). Confutazione di tale impostazione in F. BONELLI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 126 ss.

¹¹ M.R. FERRARESE, «*Globalizzazione giuridica*», in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 566.

crinale delicato dei profili giuridici che, per vocazione, tendono a comporre distanze, apparentemente non commisurabili, tra assetti originati in territori non osmotici.

2. *Morfogenesi e struttura del contratto autonomo di garanzia. Il precedente del Garantievertrag.*

Intraprendere una discussione avente a tema il contratto autonomo di garanzia è dichiarare le difficoltà che si incontrano nel procedere a modalità di torsione che consentano di accogliere lo schema contrattuale e assicurarne l'adattabilità interna.

Le maggiori difficoltà attengono alle afferenze e interferenze della nuova *lex mercatoria* sintomaticamente definita un "non luogo"¹², sorta di spazio franco indenne dall'influsso dei diritti nazionali, e rimandano a un linguaggio dei diritti ridisegnato con diverso grado di flessibilità come richiesto dall'utilizzo di modelli giuridici *multilevel system* – si diceva – adatti al coordinamento dei piani del diritto sovranazionale e nazionale. Aderendo a una visuale dottrinale è corretto argomentare che «la vera ragione per la quale la garanzia automatica è giudicata valida risiede [...] nella grande diffusione internazionale di questa figura: non si può, pena l'isolamento commerciale del nostro paese, giudicare per noi nullo un contratto universalmente considerato valido»¹³.

Un coacervo di motivi è da valutarsi nell'intraprendere un percorso di analisi sul tema della garanzia personale, *praecipue*, sul contratto autonomo di garanzia.

Che persistano complessità sul terreno della qualificazione giuridica del paradigma contrattuale si avverte dai tanti rilievi avanzati circa l'individuazione dei caratteri della nuova figura a confronto dello schema fideiussorio, o di quello assicurativo, cauzionale, di apertura del credito, di delegazione,

¹² Terminologia utilizzata da M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006, p. 79. La *lex mercatoria* si eleva a nuova *Grundnorm* dell'ordinamento internazionale conseguendone la revisione del concetto di 'confine' e la riconsiderazione dello spazio giuridico – in parallelo con la mutazione dello spazio economico – producendosi l'effetto di alterazione degli assetti giuridici tradizionali a beneficio di uno spazio giuridico affrancato da ogni delimitazione territoriale.

¹³ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2^a, Padova, 1993, p. 445 ss.

di promessa del fatto altrui, di negozio a favore di terzo. Le visuali attraversano in orizzontale la tematica ma un esito può dirsi certo ed è l'aspetto di autonomia fermamente asserito rispetto a ogni altro schema-tipo contrattuale: autonomia nell'accezione di valorizzazione del carattere di autoreferenzialità del nuovo contratto imprescindibile requisito di compatibilità coi principi dell'ordinamento.

Altri elementi attengono ad aspetti diacronici. La corretta ricostruzione della nuova figura contrattuale pretende una preventiva disamina del fenomeno della garanzia contrattuale in una prospettazione evolutiva.

Se pur per cenni occorre riandare a tali percorsi e si intende quanto chiarificatore sia il piano della prassi applicativa. Rispetto a questo si giocano le differenze tra schema fideiussorio e contratto autonomo di garanzia: si evincono mutate complessità dalle prassi commerciali e queste esaltano la duttilità del modulo del nuovo contratto e i pregi di una fisionomia contrattuale rispondente a un'ampia circolarità presente nella latitudine globale.

La distanza con la fideiussione è condensata nella morfologia contrattuale restando ai margini gli aspetti di funzionalità che si confermano tangenziali, fermo l'aspetto di garanzia che informa entrambe le fisionomie.

L'indice di complessità che pone lo schema deve pertanto cogliersi nella declinazione dei caratteri di accessorietà e di autonomia ed è questo indice a segnare le differenze delle figure contrattuali: rimanda ai profili di tipicità-atipicità e denota, per il contratto autonomo di garanzia, la disconnessione dalla tipicità contrattuale.

Evitare che il contratto autonomo di garanzia 'precipiti' nel contenitore della tipicità contrattuale impone di riflettere in termini di autonomia contrattuale né per vero, così ragionando, costituisce ostacolo all'accoglimento del nuovo contratto l'assenza di apposita regolamentazione normativa. Se pur sia attendibile che la 'latitanza' del legislatore procuri una debolezza alla nuova figura l'ordinamento interno insiste sul contratto restituendo forza.

Precedente del modello giuridico *multilevel system* era il tipo negoziale tedesco *Garantievertrag*¹⁴ – si richiamerà nel corso del lavoro questa origine – che prevedeva a carico di un soggetto, a titolo gratuito, l'assunzione del rischio afferente all'iniziativa economica intrapresa da un terzo. L'impianto

¹⁴ La prospettazione dell'idea, nei fondamenti innovativa, di una forma di garanzia personale differente dalla fideiussione, in quanto mancante del carattere di accessorietà, si deve a R. Stammler che illustrò la *ratio* sottesa all'istituto nel celebre lavoro avente appunto a tema la *Garantievertrag* (R. STAMMLER, *Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, p. 1 ss.).

del *Garantievertrag* sarebbe valso nella prospettiva interna, ripreso e riadattato, costituendo in radice lo schema del contratto autonomo di garanzia contrattare della fideiussione: l'architave della garanzia personale avrebbe, da ora, sostenuto il contratto di garanzia 'vestito' di autonomia.

Né le ragioni giuridiche sottese al *Garantievertrag* sarebbero rimaste concluse nei confini dell'ordinamento tedesco, anzi, modelli negoziali di analogia forgia si sarebbero individuati nella realtà anglosassone adottandosi dizioni differenti secondo l'oggetto della garanzia¹⁵: il *bid bond*¹⁶ – anche detto *tender guarantee* o *tender bond* –, il *performance bond*¹⁷, e il *repayment*

¹⁵ Le espressioni attengono all'oggetto della garanzia, pertanto, nei termini generali, il *bid bond* delinea la garanzia di rispetto di un'offerta contrattuale, il *performance bond* la garanzia di buona esecuzione di un contratto, il *repayment bond* la garanzia di rimborso di anticipi. Corrispondono alle figure, nell'ordinamento francese, della *garantie de soumission*, *garantie de bonne exécution*, *garantie d'acomptes* o *de remboursement d'acomptes*. Ampia letteratura in argomento. Per tutti, cfr., F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, *passim*; L. PONTIROLI, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 1029 ss., di seguito, pubblicato in *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, cit., p. 13 ss.

¹⁶ Il *bid bond* (*Bietungsgarantie*) configura il modo mediante cui l'appaltatore formula una garanzia di sottoscrizione allegata all'offerta di aggiudicazione della gara d'appalto e che di per sé costituisce, sovente, requisito di ammissibilità alla partecipazione alla gara stessa. Pertanto, ove mai gli impegni assunti non vengano rispettati dall'appaltatore l'ente appaltante beneficiario avrà possibilità di rivolgersi all'istituto garante che verserà una somma preventivamente stabilita o, in alternativa, una somma pari alla differenza tra il prezzo dell'offerta e quello dell'aggiudicazione. A confronto con il *bid bond*, senz'altro attinente al contenuto della garanzia, col *performance bond* la garanzia assume portata più ampia investendo certamente l'opera in appalto ma, anche, il novero di rapporti obbligatori assunti dall'appaltatore verso i terzi. Il segmento temporale di efficacia della garanzia senz'altro può definirsi in contratto e prevedersi che l'istituto di credito resti vincolato alla prestazione della garanzia entro un limite temporale cessando, evidentemente, la garanzia a seguito della mancata aggiudicazione della gara (in argomento, spunti in G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, p. 169 ss.; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, *passim*; G. BOZZI, *Le garanzie atipiche*, Milano, 1999, p. 39).

¹⁷ Il *performance bond* (*Leistungsgarantie* o *Lieferungsgarantie*) interviene successivamente alla garanzia di mantenimento dell'offerta avvenuta l'aggiudicazione, così che il garante adempirà al pagamento della somma convenuta se l'appaltatore non esegua l'opera a regola d'arte, ovvero, non rispetti i termini di consegna della stessa. La somma pattuita viene predefinita oscillando, entro prefissati parametri, dal 5% al 10% del valore complessivo del contratto – al riguardo, ricorda G. BOZZI, *loc. cit.*, che nei sistemi anglosassoni la garanzia può altresì essere in natura, non necessariamente pecuniaria, finalizzata all'esecuzione della prestazione dovuta dal debitore principale, e puntualizza F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di*

bond altresì denominato *advance payment bond*¹⁸, corrispondenti alla dizione contratto autonomo di garanzia se pur tornino le denominazioni ‘garanzia automatica’, o ‘garanzia a prima o semplice’ richiesta’ o ‘domanda’.

Ricorre un rilievo.

La notazione, da qualche parte avanzata, che la tradizione giuridica nostrana risulti carente di *background* specifico in materia di garanzia prestata alla negoziazione e che il fenomeno della garanzia personale sia relegato ai margini è erronea a farsi¹⁹.

I precedenti storici esistono tradotti dall’esperienza giuridica romana esito di *interpretatio* giurisprudenziale. Alla più antica *sponsio*, alla più antica *fidei-promissio*, per le quali il *vinculum iuris* si presentava come assunzione di garanzia per il fatto altrui, utilizzate quando l’obbligazione principale fosse contratta *verbis* e il terzo assumesse l’impegno col creditore di adempiere in luogo dell’obbligato principale, si sarebbe pervenuti alla posteriore *fideiussio*²⁰ me-

garanzia, Torino, 1980, p. 189, che, in presenza di tale circostanza, il garante si impegna a una prestazione di *facere* mentre nella prestazione a carattere indennitario questa presenta ad oggetto un obbligo di *dare* – e la garanzia prestata potrà tanto essere automatica (il caso del *performance bond on demand*), tanto, condizionale (il caso del *performance bond on default*). Nel primo caso sovviene a prescindere dalla prova dell’adempimento del debitore principale; nel secondo occorre necessariamente che venga accertato l’inadempimento dell’impresa aggiudicataria.

¹⁸ L’*advance payment bond* assicura al beneficiario il rimborso delle somme versate dall’ordinante, come acconti, ai fini dell’esecuzione di una determinata prestazione se questi manchi di eseguirla, o la esegua in modo inesatto. Ne consegue una portata della garanzia delimitata agli acconti percepiti sebbene, in forza di espresse pattuizioni, questa possa incidere su una parte del prezzo anticipatamente versato. Un accordo di salvaguardia onde stabilire una proporzione tra la garanzia prestata e gli acconti versati può essere previsto dai soggetti della contrattazione ed è il patto di riduzione – *reduction clause* – mediante cui si diminuisce a scalare l’importo della garanzia a mano a mano che vengano eseguite le singole prestazioni.

¹⁹ Si rimanda, per tutti, agli approfonditi studi di P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 280 ss.; adde, M. TALAMANCA, *L’accessorietà della garanzia fideiussoria dall’esperienza romana alle codificazioni moderne (considerazioni finali)*, in AA.VV., *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, cur. L. Vacca, Torino, 2001, p. 203 ss. Per una lettura comparatistica, P. LAMBRINI, *‘Dolo facit, qui petit quod redditurus est’: eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, p. 229 ss.

²⁰ Il tema della garanzia giuridica, e della garanzia personale, molto diffuso nel diritto romano, sopra tutto classico, è materia di ampia riflessione. Si rimanda, per tutti, alla voce enciclopedica redatta da M. TALAMANCA, «*Fideiussione (storia)*», in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 322 ss. La più recente letteratura giusromanistica è tornata a esaminare lo spazio del *contractus*, le teoriche sul contratto approntate dalla giurisprudenza classica. Si richiama *praecipue* il pregevole contributo di uno studioso dell’Università di Scienze Politiche e Diritto della Cina Orien-