



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXVII

IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: TRA ACCESSORIETÀ E INDIPENDENZA

Settore Scientifico Disciplinare
IUS /01

Dottorando

Dott. Alessandro Zecchi

Supervisore

Prof. Antonio Gorgoni

Coordinatore

Prof.ssa Maria Luisa Vallauri

Salvo eventuali più ampie autorizzazioni dell'autore, la tesi può essere liberamente consultata e può essere effettuato il salvataggio e la stampa di una copia per fini strettamente personali di studio, di ricerca e di insegnamento, con espresso divieto di qualunque utilizzo direttamente o indirettamente commerciale.

Ogni altro diritto sul materiale è riservato.

*Alla mia famiglia,
che mi ha insegnato
a vedere la luce nelle ombre*

INDICE

INTRODUZIONE.....	10
-------------------	----

CAPITOLO I

IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA NEL DIRITTO APPLICATO: LA DIFFICILE AUTONOMIZZAZIONE DELLA GARANZIA DAL RAP- PORTO BASE

1. Il contratto autonomo di garanzia: il paradosso di un'ombra senza un corpo ...	14
2. Una nozione preliminare di contratto autonomo di garanzia	16
3. Le limitazioni applicative all'indipendenza della garanzia autonoma	18
4. La qualificazione del contratto autonomo di garanzia	20
4.1. Gli indici sintomatici dell'autonomia della garanzia	22
4.2. La qualificazione della garanzia nel diritto applicato: il modulo ABI.....	25
4.3. La qualificazione della garanzia nel diritto applicato: la garanzia rila- sciata dal consumatore	30
4.4. La progressiva riconduzione qualificatoria della garanzia autonoma al modello fideiussorio.....	33
5. Il regime delle eccezioni sollevabili dal garante autonomo	34
5.1. Le eccezioni di inesistenza e di nullità.....	37
5.2. Le eccezioni di estinzione dell'obbligazione garantita per causa diversa dall'adempimento.....	40
5.3. L' <i>exceptio doli</i>	42
5.4. L'eccezione dell'art. 1956 c.c.	46
5.5. Il progressivo ampliamento delle eccezioni opponibili da parte del garante autonomo.....	48
6. La questione della compatibilità tra l'art. 1957 c.c. e la garanzia autonoma	49
7. Il sistema delle rivalse nella garanzia autonoma.....	54
8. Il regime della circolazione della garanzia autonoma.....	56
9. La disciplina codicistica applicabile alla garanzia autonoma	59
10. Un'accessorietà attenuata per il contratto autonomo di garanzia?	61
11. Gli ostacoli alla piena autonomizzazione della garanzia	63

11.1. La questione del fondamento giuridico della garanzia autonoma.....	66
11.2. La questione della causa della garanzia autonoma	68
12. L'esigenza di protezione dell'individuo rispetto alle istanze del mercato	74
13. Le garanzie personali: tra ricerca dell'autonomia e dogma dell'accessorietà..	77

CAPITOLO II

IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: UNO SGUARDO OLTRE CONFINE

1. Il contratto autonomo di garanzia: una storia di confini	81
2. L'origine internazionale della garanzia autonoma.....	82
3. La garanzia autonoma nel diritto internazionale	84
4. La garanzia autonoma nel diritto dell'Unione Europea	88
5. La garanzia autonoma in una prospettiva comparata: i sistemi di <i>civil law</i>	91
5.1. La garanzia autonoma nel diritto tedesco	92
5.2. La garanzia autonoma nel diritto francese	95
5.3. La garanzia autonoma nel diritto spagnolo	97
5.4. La garanzia autonoma nei sistemi dell'Est Europa	99
5.5. La garanzia autonoma nel diritto latino-americano	101
6. La garanzia autonoma nei sistemi di <i>common law</i>	103
7. Uno sguardo oltre confine: osservazioni conclusive.....	106

CAPITOLO III

IL DOGMA DELL'ACCESSORIETÀ DELLA GARANZIA E LE SUE ATTE- NUAZIONI

1. Le due anime della garanzia autonoma	109
2. Accessorietà e autonomia della garanzia nel diritto romano	110
3. La prima anima dell'istituto: la garanzia e il requisito dell'accessorietà.....	112
3.1. Il requisito dell'accessorietà nel contratto di fideiussione	115

3.2. Il requisito dell'accessorietà nelle garanzie diverse dalla fideiussione...	116
4. La seconda anima dell'istituto: l'autonomia della garanzia.....	118
4.1. Le incrinature dell'accessorietà nel contratto di fideiussione.....	120
4.2. Le incrinature dell'accessorietà nelle garanzie non fideiussorie.....	123
4.3. La nascita della garanzia autonoma nel diritto italiano.....	126
4.4. I tentativi di positivizzazione della garanzia autonoma	127
5. Il requisito dell'accessorietà e il contratto autonomo di garanzia.....	131
5.1. Una prima ipotesi ricostruttiva: la carenza di accessorietà nel contratto autonomo di garanzia	132
5.2. Una seconda ipotesi ricostruttiva: la mancata elisione dell'accessorietà nel contratto autonomo di garanzia.....	134
6. L'accessorietà della garanzia: un dogma ancora attuale?	136

CAPITOLO IV

LA GARANZIA AUTONOMA: UN OSSIMORO SOLTANTO APPARENTE

1. Il profilo dell'accessorietà nel contratto autonomo di garanzia	140
2. Le gradazioni dell'accessorietà	142
3. L'accessorietà funzionale e la garanzia autonoma.....	144
4. Il vero tratto distintivo della garanzia autonoma: l'autonomia	147
5. Le garanzie autonome: sistematica di un fenomeno eterogeneo.....	149
6. La difficile riduzione a unità della causa delle garanzie autonome	150
7. L'indipendenza dell'oggetto delle garanzie autonome	154
8. L'esclusione del vincolo della solidarietà nelle garanzie autonome	158
9. La disciplina applicabile alle garanzie autonome	160
9.1. Le norme sulle garanzie personali estendibili alle garanzie autonome...	161
9.2. La qualificazione della garanzia autonoma e il rapporto con la disciplina consumeristica.....	165
9.3. Una rilettura restrittiva delle eccezioni di invalidità e di inesistenza opponibili da parte del garante autonomo	167

9.4. Il principio di buona fede nel contratto autonomo di garanzia: l' <i>exceptio doli</i>	173
9.5. Il principio di buona fede nel contratto autonomo di garanzia: la compatibilità tra l'art. 1957 c.c. e la garanzia autonoma	175
9.6. La piena compatibilità del meccanismo delle rivalse con l'autonomia della garanzia	178
9.7. La mancata applicabilità dell'art. 1263 c.c. alla circolazione della garanzia autonoma	180
10. La piena autonomizzazione della garanzia	181
11. L'impianto di tutele nel contratto autonomo di garanzia	183
12. La garanzia autonoma: il paradosso apparente di un'ombra senza un corpo.	185
 BIBLIOGRAFIA.....	190
RINGRAZIAMENTI.....	200

INTRODUZIONE

Il contratto autonomo di garanzia è davvero indipendente rispetto al rapporto base che si propone di garantire?

È questo il dilemma che sorge a fronte delle plurime limitazioni che l'autonomia della garanzia incontra nell'applicazione pratica del diritto italiano.

Limitazioni riscontrabili, innanzitutto, sotto il profilo della qualificazione contrattuale, con la riconduzione interpretativa di garanzie impostate come autonome in garanzie di tipo accessorio.

Erosioni dell'autonomia rinvenibili altresì nell'ampliamento delle doglianze proponibili dal garante autonomo in ordine all'esistenza, alla validità e all'abusività del rapporto principale garantito.

Ma importanti restrizioni all'autonomia della garanzia si manifestano in ulteriori ambiti: dallo stretto termine attribuito al creditore per escutere il garante autonomo in caso di estinzione dell'obbligazione garantita alla possibilità per il garante autonomo di agire in rivalsa verso il creditore e di agire in regresso verso il debitore; dal trasferimento automatico della garanzia autonoma in caso di cessione del rapporto garantito ai dubbi circa l'efficacia della garanzia autonoma nell'ipotesi in cui il debitore non ne abbia conoscenza.

Tutte queste compressioni applicative al processo di autonomizzazione portano a ritenere che, a discapito delle dichiarazioni di principio, l'ordinamento italiano abbia accolto una garanzia in cui il carattere dell'accessorietà si presenta meramente attenuato, ma non completamente escluso.

Tali ridimensionamenti alla piena ammissione della garanzia autonoma nel diritto interno, giustificate da ragioni giuridiche e da istanze protezionistiche, rischiano di determinare una totale sovrapposizione della garanzia autonoma a quella accessoria, con il conseguenziale superamento della prima.

Un rischio, a ben vedere, non esclusivo del diritto italiano, ma comune anche ad alcuni ordinamenti stranieri.

Il crisma dell'autonomia, seppur elemento fondante dell'istituto, rimane fedele alle intenzioni originarie esclusivamente nei *bonds* del diritto internazionale e degli

ordinamenti di *common law*, mentre importanti limitazioni dello stesso contraddistinguono tanto il diritto dell'Unione europea quanto i sistemi continentali e latinoamericani di *civil law*.

Le surricordate difficoltà nel collocamento sistematico della garanzia autonoma si giustificano in ragione delle due anime che connotano l'istituto, rinvenibili già nella denominazione apparentemente ossimorica dello stesso.

Da un lato, si colloca l'elemento della "garanzia", contraddistinto a livello codicistico dallo stretto connubio con il crisma dell'accessorietà.

Un'accessorietà che segna irrimediabilmente la disciplina dell'obbligazione fideiussoria e che contraddistingue anche altre tipologie di garanzie positivizzate in seno al codice civile, tanto di natura personale quanto di natura reale.

Dall'altro lato, si pone l'elemento dell'"autonomia", incompatibile con il surrichiamato carattere dell'accessorietà e ammesso soltanto in ipotesi peculiari nella disciplina della garanzia.

Proprio il diverso bilanciamento attuato dagli operatori del diritto in ordine alle suddette due componenti della garanzia autonoma porta a un duplice, antitetico, risultato ricostruttivo: una prima tesi ritiene che la garanzia autonoma sia connotata da una totale elisione della relazione di accessibilità con il rapporto base; una diversa chiave esegetica, invece, reputa meramente attenuato il vincolo dell'accessibilità, e non completamente reciso.

Una questione, quella da ultimo declinata, che, lungi dall'assumere rilievo limitatamente sul piano astratto, acquisisce centrale pregnanza pratica al fine di comprendere l'effettiva possibilità di coesistenza tra i parametri, all'apparenza ossimorici, della "garanzia" e dell'"autonomia" e di determinare così un superamento del dogma dell'accessibilità della garanzia che storicamente caratterizza la tradizione giuridica italiana.

E se il diritto applicato, in conformità con i dettami dogmatici in materia, predilige la soluzione volta alla conservazione, seppur attenuata, di un vincolo di accessibilità funzionale anche nel contratto autonomo di garanzia, l'interpretazione preferibile privilegia, invece, una netta indipendenza della garanzia autonoma rispetto al rapporto base, in un'ottica tesa a evitare il riassorbimento di tale istituto in quello codicistico della fideiussione.

Proprio l'esclusione dell'accessorietà, oltre che della solidarietà, depone per un consequenziale ripensamento della disciplina riferibile alla garanzia autonoma, con una valorizzazione qualificatoria degli elementi sintomatici dell'autonomia della garanzia, un'interpretazione restrittiva delle eccezioni opponibili dal garante, nonché uno svincolo della circolazione della garanzia dal regime di cui all'art. 1263 c.c.

Un compendio disciplinare, quello applicabile al garante autonomo, in ogni caso insuscettivo di privare lo stesso da qualsivoglia tutela ordinamentale, tenuto conto della piena compatibilità dell'autonomia della garanzia con i principi di ordine pubblico e di buona fede, oltre che con il sistema delle rivalse e dei regressi.

CAPITOLO I:
**IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA NEL DIRITTO AP-
PLICATO: LA DIFFICILE AUTONOMIZZAZIONE DELLA GARAN-
ZIA DAL RAPPORTO BASE**

1. IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: IL PARADOSSO DI UN'OM-
BRA SENZA UN CORPO

Ogni corpo ha la sua ombra.

Un'ombra che lo segue, lo protegge, lo avvolge.

Un'ombra che ne muta le forme e ne proietta le movenze.

Ma può un'ombra provare a sopravvivere senza il suo corpo¹?

Domanda paradossale, a un primo sguardo.

Impossibile immaginare una scia priva di un veliero da seguire.

Impossibile ipotizzare il riflesso di uno specchio in assenza di un'immagine da proiettare.

Un paradosso che, tuttavia, sembra trovare espressione nel contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*²).

Un istituto che, seppur strettamente affine al contratto di fideiussione, risulta incapace di immedesimarsi con questo.

Se, difatti, il fideiussore può essere equiparato a un vicario del debitore, l'obbligazione del garante autonomo, all'opposto, si pone in via distinta e differenziata rispetto all'obbligo primario di prestazione.

Essa non si presenta necessariamente sovrapponibile all'obbligazione del garantito, risultando piuttosto finalizzata a indennizzare il creditore insoddisfatto

¹ L'immagine dell'ombra senza corpo è ripresa da CHAMISSO A.V., *L'uomo senza ombra. La storia straordinaria di Peter Schlemihl*, Treviso 2008.

² In ambito europeo cfr. RENNA M., *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, in *Comparazione e diritto civile*, 1/2018, 157. Per lo sviluppo internazionale cfr. DRAETTA U., VACCÀ C. (a cura di), *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano 1994.

mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore³.

La funzione della garanzia autonoma è dunque, in prima approssimazione, quella di tenere indenne il creditore nell'ipotesi di un eventuale inadempimento della prestazione che grava sul debitore principale, mediante il trasferimento su un soggetto terzo (il garante autonomo, appunto) del rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa colpevole o meno⁴.

L'intelaiatura determinatasi fa sì che la prestazione di garanzia si distacchi da quella garantita e assuma una vita autonoma rispetto a quel "corpo", rappresentato dal contratto base, da cui pur aveva trovato ragione giustificativa in origine.

È così che nell'obbligazione del garante autonomo viene a essere sfumato il connotato dell'accessorietà che, al contrario, caratterizza il rapporto fideiussorio.

A siffatto riguardo, tuttavia, permangono incertezze sulla totale elisione di simile carattere⁵ o sulla mera attenuazione dello stesso⁶.

Un dualismo che, lungi dal rilevare esclusivamente da un punto di vista strutturale, assume pregnanza anche e soprattutto sotto il profilo funzionale e sulle ricadute applicative della normativa riferibile al contratto autonomo di garanzia.

Dalla persistenza o meno del filo sottile che collega l'obbligazione del garante rispetto a quella del garantito, difatti, discendono delle inevitabili conseguenze sia in termini di disciplina applicabile, con particolare riguardo alle eccezioni sollevabili⁷, che in termini di meritevolezza degli interessi perseguiti⁸.

Un filo sottile la cui analisi risulta essenziale al fine di stabilire se l'autonomia del garante possa effettivamente divenire indipendenza.

³ Cassazione civile sez. VI, 31/03/2021, n.8874, in *Guida al diritto* 2021, 19. Per il problema della causa cfr. MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino 1995, 231.

⁴ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, in *Foro it.* 2010, 10, I, 2799.

⁵ Cassazione civile sez. III, 22/11/2019, n.30509, in *Studium juris*, 2020, 6, 740.

⁶ Cassazione civile sez. I, 10/01/2018, n.371, in *Notariato*, 2018, 191. PONTIROLI, L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, Padova 1992, 124.

⁷ Sul concetto di *exceptio doli generalis seu presentis*, cfr. Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.

⁸ MEO G., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano 1991, 132. GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, III edizione, Milano 2011, 754: «il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2 cod. civ., può essere espresso, oltre che rispetto al nostro ordinamento giuridico, anche rispetto ad ordinamenti di omogenea civiltà giuridica (..) si compie una operazione solidale con quella che la nostra giurisprudenza esegue con riferimento al concetto di ordine pubblico inteso dai giudici come relativo non ai principi fondamentali del nostro Paese, ma ai principi di affine civiltà giuridica, anche se privi di riscontri in Italia».

Soltanto così sarà possibile comprendere se possa davvero esistere un garante senza un garantito.

Soltanto così sarà possibile comprendere se un'ombra possa davvero vivere senza il suo corpo.

2. UNA NOZIONE PRELIMINARE DI CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

Difficile si presenta, in questa fase preliminare, il tentativo di tracciare dei contorni unitari della nozione di contratto autonomo di garanzia.

Una difficoltà determinata, in prima istanza, dall'assenza di una disciplina positiva dell'istituto e dalle origini strettamente giurisprudenziali dello stesso⁹.

Un'incertezza che si lega altresì alla natura ossimorica caratterizzante il sintagma "garanzia autonoma"¹⁰.

Se, da un lato, il concetto di garanzia implica ontologicamente una relazione di accessorietà tra il rapporto di garanzia e il rapporto garantito¹¹, dall'altro lato, invece, il carattere dell'autonomia segna l'inevitabile distanza sussistente tra i due rapporti previamente richiamati.

E, proprio nel tentativo di ricomporre la contraddittorietà intrinseca del negozio autonomo di garanzia, giurisprudenza e dottrina cercano di tratteggiare in modo meno sfumato i crismi definitori dell'istituto.

⁹ La nozione di contratto autonomo di garanzia viene introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento da PORTALE G.B. in *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano 1978, 1043. Incerta si presenta la linea di confine tra contratto autonomo di garanzia e altri istituti, quali la fideiussione, la delegazione di pagamento, l'accollo, l'espromissione. Per un approfondimento degli elementi differenziali rinvenibili rispetto a tali figure cfr. COLLURA L., *Introduzione alla figura del contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. Cammino Diritto*, 12, 2019.

¹⁰ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto*, Torino 2018, 62.

¹¹ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, Napoli 2021, 78, identifica il concetto di garanzia con ogni mezzo destinato a rendere più sicuro il godimento di un diritto o l'adempimento di un obbligo. Circa la definizione della garanzia personale si veda anche RUGGIERI L., *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, 44-45: «ogniquale volta un soggetto si obblighi personalmente nei confronti del creditore al fine di rafforzarne l'aspettativa che questi nutre circa un esatto adempimento dell'obbligazione cd. principale. L'effetto qualificante tale funzione è costituito dal permanere del peso economico del debito in capo all'obbligato principale, caratteristica questa che consente una distinzione della funzione di garanzia da quella presente in altre ipotesi». Per l'ontologia del collegamento della garanzia con qualcosa di esterno alla stessa, si veda FEZZA F., *Le garanzie personali atipiche*, Torino 2006, 136.

Questo, in prima istanza, viene descritto come contratto atipico consensuale e con effetti obbligatori¹², privo di vincoli di forma¹³ e suscettibile di generare un debito di valuta¹⁴.

Un negozio, quello autonomo di garanzia, mediante il quale un soggetto, detto garante, si obbliga per conto di un altro soggetto, detto ordinante, nei confronti di un terzo soggetto, detto beneficiario, a eseguire una determinata prestazione in suo favore, nel caso di inadempimento dell'ordinante nel rapporto di valuta¹⁵.

La prestazione del garante autonomo si mostra suscettibile di essere eseguita su semplice richiesta avanzata dal beneficiario nelle forme pattuite, senza onere per quest'ultimo di provare l'inadempimento del debitore e senza possibilità per il garante di opporre eccezioni relative al rapporto di valuta o di provvista¹⁶.

Il garante autonomo, spesso di natura professionale¹⁷, non si vincola dunque al pagamento di un debito altrui, bensì si impegna, a garanzia dell'adempimento del debitore, ad assicurare al creditore il conseguimento dell'equivalente della prestazione dedotta nel contratto¹⁸.

¹² DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, Padova 1998, 97-98, definisce il contratto autonomo di garanzia come contratto di impresa, bilaterale, consensuale, con effetti obbligatori, di scambio, di durata e formale.

¹³ FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano 2010, 520: «la forma della garanzia autonoma è regolata dal principio della libertà. Tuttavia, considerazioni di carattere empirico (..) inducono a ritenere che la documentazione è inscindibilmente connessa al fisiologico sviluppo del rapporto di garanzia».

¹⁴ DE GIOIA CARABELLESE P., LEMBO M., *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Tra due influenze e unconnscionability di oltremanica e buona fede italiana*, in *Contratti*, 2024, 1, 87: «il contratto autonomo di garanzia (..) configura un debito di valuta che non può trasformarsi in debito di valore avuto riguardo al danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione principale, poiché l'obbligazione del garante è da essa svincolata».

¹⁵ Tendenzialmente a monte del rapporto di garanzia si colloca un contratto di mandato: cfr. CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, Torino 2023, 141.

¹⁶ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 25-26. CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna 2014, 299-300.

¹⁷ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, Padova 1992, 182-183. Per la natura professionale del garante autonomo propende anche TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, Napoli 2023, 143.

¹⁸ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari 1989, 200-201. VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Torino 2020, 45, rileva che anche nella fideiussione l'obbligazione di garanzia e quella principale possono essere eterogenee e, quindi, tale carattere non può essere identificato come elemento differenziale tra garanzia autonoma e garanzia accessoria.

L'obbligazione del garante autonomo si pone, almeno in astratto, in una chiave del tutto indipendente rispetto all'obbligo primario di prestazione, configurandosi qualitativamente diversa da quella garantita¹⁹.

Essa non si presenta necessariamente sovrapponibile all'obbligazione del debitore e non appare rivolta all'adempimento del debito principale, risultando invece funzionale a indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore²⁰.

Ciò, in linea teorica, impedisce che la stretta affinità sussistente tra la garanzia autonoma e il contratto di fideiussione, a più riprese ribadita in dottrina²¹, possa trasporsi in una effettiva matrice identitaria delle due figure²².

L'ambigua composizione della doppia anima della garanzia autonoma, offerta nell'applicazione pratica del diritto, tende, tuttavia, a rendere assai meno netta la linea di demarcazione della stessa rispetto al modello fideiussorio.

Un'ambiguità da cui discende l'oggettiva problematicità nell'individuare adeguatamente i tratti peculiari dell'istituto.

3. LE LIMITAZIONI APPLICATIVE ALL'INDIPENDENZA DELLA GARANZIA AUTONOMA

L'indipendenza dal rapporto base viene, perlomeno in origine, individuata quale tratto distintivo della garanzia autonoma.

¹⁹ GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, III edizione, Milano 2011, 751, individuano l'essenza del contratto autonomo nel fatto che il garante, generalmente una banca o una compagnia di assicurazione, ossia un soggetto di sicura solvibilità, rinuncia a sollevare, nei confronti della controparte, qualsiasi eccezione relativa al sottostante rapporto garantito; sicché sarà il debitore, in caso di pagamento del garante non dovuto, a dover agire in ripetizione di indebito nei confronti dell'*accipiens*.

²⁰ Da ultimo cfr. Cassazione civile sez. VI, 31/03/2021, n.8874, in *Guida al diritto* 2021, 19.

²¹ A tal proposito, PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova 2006, 347, parla di «fideiussione corazzata, perché assicura alla parte forte, la banca, la corazza dell'invulnerabilità verso il fideiussore».

²² Per il persistere della distinzione anche in epoca Covid-19 cfr. Tribunale Milano sez. VI, 24/07/2020, in *Banca Borsa Titoli di Credito* 2020, 5, II, 759.

Una figura alternativa, e non meramente subalterna, rispetto alla fideiussione codicistica, divenuta oramai incapace di far fronte alle nuove esigenze di rapidità e di certezza imperversanti nei traffici commerciali²³.

Ma, come noto, non sempre le radici teoriche collocate a fondamento di un istituto riescono a trovare piena rispondenza anche nell'applicazione pratica dello stesso.

La realtà degli eventi si pone, il più delle volte, quale ostacolo di difficile superamento per l'affermazione di principi e valori in grado di innovare l'ordinamento.

E un pericolo di simil fatta rischia di manifestarsi anche con riferimento al negozio autonomo di garanzia.

Tanto nella positivizzazione normativa quanto nell'applicazione giurisprudenziale si assiste, sempre con maggior frequenza, a un progressivo appiattimento della garanzia autonoma sul modello della garanzia accessoria.

Un riavvicinamento dettato, indubbiamente, dall'esigenza pratica di ricercare una disciplina normativa applicabile analogicamente al contratto atipico di garanzia autonoma.

Una sovrapposizione da ricercarsi in misura prevalente, a ben vedere, nelle perduranti resistenze concettuali e dogmatiche nei confronti della piana applicazione di simile contratto.

A fronte delle insistenti dichiarazioni di principio tese, in un'ottica di evidente allineamento rispetto agli impulsi giuridici provenienti oltre confine, ad assicurare il libero ingresso dell'istituto nell'ordinamento giuridico nostrano²⁴, la completa operatività pratica dello stesso si presenta invero ben più farraginoso di quanto prospettato in linea teorica.

Il dogma dell'accessorietà della garanzia, per quanto oggetto di incrinature nel corso del tempo, si mostra ostacolo di arduo superamento per un contratto, quale quello di garanzia autonoma, privo di un adeguato substrato concettuale in grado di assicurarne un'indiscussa ragion d'essere all'interno dell'impianto sistematico nostrano.

²³ Eloquente LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, Napoli 2020, 33: «l'accessorietà costituisce ormai un intralcio».

²⁴ Il più emblematico riconoscimento della garanzia autonoma si rinviene in Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.

E proprio le problematiche riscontrate nell'individuazione di una sicura collocazione sistematica del negozio autonomo di garanzia rischiano di determinare, come premesso, una lenta erosione del ventaglio applicativo del medesimo, con un progressivo riassorbimento delle peculiarità di indipendenza e di autonomia a esso sulla carta ascrivibili.

4. LA QUALIFICAZIONE DEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

Un primo ambito nel quale è possibile assistere a una pericolosa commistione tra garanzie autonome e garanzie accessorie è quello rappresentato dall'attività di qualificazione negoziale.

Alquanto complesso è il compito, affidato all'operatore del diritto, di procedere all'inquadramento dei modelli negoziali, a questo sottoposti, nel novero delle garanzie autonome ovvero delle fideiussioni codicistiche.

Una simile difficoltà è data, il più delle volte, dalla costante presenza, nei testi delle garanzie, di un riferimento più o meno generico al contratto principale garantito²⁵.

La dottrina, al fine di individuare un chiaro criterio di discriminare, ha quindi cercato di distinguere due diverse tipologie di richiamo al negozio base.

Se tale richiamo serve esclusivamente per l'identificazione del contratto a cui si riferisce il rischio garantito, risulta integrata una garanzia autonoma; se, all'opposto, esso determina una trasposizione *per relationem* delle clausole ivi contenute al negozio di garanzia, quest'ultimo si presenta accessorio²⁶.

Tale criterio si mostra di difficile applicazione pratica, alla luce della tendenza in atto, già ricordata, all'approssimazione delle formule di redazione dei testi negoziali²⁷.

È così che l'incombente qualificatorio viene per la gran parte rimesso all'operato delle corti e all'attività interpretativa da queste esplicata.

²⁵ CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 154, precisano che la tendenza attuale è quella di confondere, nell'ambito della medesima garanzia, la terminologia della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia.

²⁶ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 310.

²⁷ I modelli contrattuali inerenti alla garanzia sono perlopiù formulati sulla scorta di schemi modello replicati indistintamente, a prescindere dalle caratteristiche dei soggetti stipulanti.

Anche in seno alla giurisprudenza, per il vero, il corretto incasellamento delle fattispecie negoziali analizzate non risulta di immediata realizzazione.

Ferma la tendenza della Suprema Corte a rimettere l'attività di qualificazione dei contratti a vantaggio dei giudici di merito²⁸, l'orientamento ermeneutico maggioritario individua nella presenza della clausola di pagamento cd. "a prima richiesta e senza eccezioni" l'elemento dirimente ai fini della configurazione di una garanzia autonoma.

Tale locuzione, in qualità di espressione cardine della causa atipica, vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorialità che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo nell'ipotesi di un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale²⁹.

Una siffatta impostazione, tuttavia, non si mostra esente da critiche e perplessità.

Da un lato, essa non si presenta in grado di chiarire la configurabilità di un negozio autonomo di garanzia anche nelle ipotesi in cui la surrichiamata locuzione manchi del tutto o sia riprodotta soltanto in chiave parziale.

Dall'altro lato, tale indirizzo presta il fianco alle osservazioni della prevalente dottrina volte a criticare l'attribuzione alla clausola in discorso di una forza che *ex se* non le corrisponde, ovvero sia la capacità di deroga alle regole della fideiussione³⁰, a scapito della necessaria valorizzazione del contenuto complessivo della convenzione³¹.

Al fine di fronteggiare il profilo di ambiguità da ultimo prospettato si evidenzia quindi il carattere meramente relativo della presunzione introdotta dalla clausola "a prima richiesta e senza eccezioni", incapace di elidere di per sé il vincolo di accessorialità che permea la garanzia³².

²⁸ Cassazione civile sez. III, 04/06/2021, n.15597, in *Rivista di Diritto Industriale* 2021, 4-05, III, 350.

²⁹ BOZZI G., *La fideiussione*, Torino 2013, 260.

³⁰ MONTANARI A., *Qualche considerazione a margine di Corte di Cassazione n. 15108 del 2013: le clausole "a prima richiesta", "senza eccezioni" e "a prima richiesta e senza eccezioni" tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. di Dir. Dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2015, XIII, 126.

³¹ CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, Torino 2018, 139.

³² CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 156. PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 316.

Il suddetto sintagma, al fine di connotare l'autonomia della garanzia, deve essere accompagnato da ulteriori elementi indicatori in tal senso, quali, per esempio, le finalità desumibili dal contratto che le parti intendono perseguire, l'entità della somma dovuta dal garante rispetto al debito principale, il carattere nazionale o meno del rapporto garantito, la qualità del soggetto garante, la riconducibilità del rilascio della garanzia all'attività professionale svolta e la natura del soggetto beneficiario³³.

Ma proprio questa incertezza nel giungere con adeguata convinzione all'individuazione dei tratti sintomatici dell'autonomia del negozio favorisce una velata riconduzione di garanzie, originariamente pensate come autonome, nell'alveo qualificatorio della fideiussione.

4.1. GLI INDICI SINTOMATICI DELL'AUTONOMIA DELLA GARANZIA

Ferma la valenza presuntiva dell'espressione "a prima richiesta e senza eccezioni" nell'individuazione della garanzia autonoma e poste le difficoltà nel rinvenire limpidamente tale locuzione nell'applicazione pratica dell'istituto³⁴, la giurisprudenza cristallizza, nell'applicazione pratica, una serie di indici sintomatici funzionali a desumere in via interpretativa la natura autonoma della garanzia prestata.

La giurisprudenza di legittimità, innanzitutto, coglie l'autonomia della garanzia nella deroga all'applicazione del termine di decadenza semestrale previsto in materia fideiussoria³⁵, nell'esclusione dell'applicazione del regime di cui agli articoli 1949 e 1950 c.c., nonché nell'infungibilità della prestazione garantita³⁶.

Anche i giudici di merito richiamano spesso i menzionati indici per carpire il carattere non accessorio della garanzia.

³³ BOZZI G. *La fideiussione*, cit., 908-909.

³⁴ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 309.

³⁵ Cassazione civile sez. III, 03/11/2021, n.31313, in *Guida al diritto* 2022, 3.

³⁶ Cassazione civile sez. VI, 08/11/2022, n.32786, in *dejure.it*: «principio, enunciato nella più recente giurisprudenza di legittimità, che ravvisa proprio nell'infungibilità della prestazione garantita uno dei possibili tratti distintivi della garanzia autonoma (cfr. Cass. Sez. 3, ord. 5 marzo 2020, n. 6177, Rv. 657142-01; Cass. Sez. 3, sent. 22 novembre 2019, n. 30509, Rv. 655839-01) (...) tale funzione di trasferimento del rischio dell'inadempimento, dal soggetto obbligato al garante, è tipicamente ravvisabile allorché manchi - come, per l'appunto, nel caso in cui il debitore sia tenuto ad un *facere* infungibile - il profilo della c.d. "*eadem res debita*" delle due obbligazioni».

È così che, per esempio, la rinuncia del garante a esercitare il diritto di regresso o di surroga nei confronti del debitore principale rappresenta un indizio forte dell'indipendenza della garanzia³⁷.

Ma non manca, nelle dinamiche applicative delle corti territoriali, l'enucleazione di una serie di ulteriori elementi, alternativi o cumulativi, contraddistintivi della garanzia autonoma.

In primo luogo, si individua l'autonomia nella clausola di sopravvivenza pattuita in deroga all'art. 1939 c.c., che determina la validità della fideiussione anche in caso di dichiarazione di invalidità parziale o totale dell'obbligazione principale, così implicando un evidente distacco della garanzia dall'obbligazione principale e un persistente obbligo di restituzione delle somme comunque erogate³⁸.

In secondo luogo, indice presuntivo dell'automaticità della garanzia si ravvisa anche nell'introduzione di un termine brevissimo per il pagamento del garante a seguito della richiesta del beneficiario, con la compressione della possibilità di azione del creditore³⁹.

In terzo luogo, la presenza di una clausola volta a escludere l'opponibilità di eccezioni da parte del garante al momento dell'esercizio della facoltà di recesso da parte del creditore dai rapporti con il debitore viene talora ritenuta incompatibile con il modello fideiussorio⁴⁰.

E la giurisprudenza di merito offre, inoltre, ulteriori riferimenti ermeneutici espressivi della autonomia della garanzia, dall'esclusione del beneficio della preventiva escussione⁴¹ all'obbligo di pagamento anche in caso di opposizione del

³⁷ Tribunale sez. I - Vibo Valentia, 26/01/2023, n. 37, in *dejure.it*.

³⁸ Tribunale sez. I - Vibo Valentia, 26/01/2023, n. 37, cit. Tribunale Firenze sez. III, 08/06/2021, n.1553, in *dejure.it*. In dottrina, si veda CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 112: «Si osserva, però, che comunque la si voglia qualificare, la clausola di sopravvivenza non si limita a differire la spettanza dell'eccezione (come in fatto è per la clausola *solve et repete*), ma la preclude definitivamente al garante, anche dopo che il pagamento abbia avuto luogo, per cui non può negarsi, seppur con riguardo circoscritto alla validità dell'obbligazione, un profilo di autonomia e di conseguente atipicità. La clausola di sopravvivenza, comunque, non pare poter ricomprendere le ipotesi di nullità per illiceità e contrarietà a norme imperative». Per l'inidoneità di tale clausola si veda BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 821: «la rinuncia del fideiussore ad eccepire l'invalidità della fonte negoziale non elimina l'accessorietà della fideiussione, ma la rende operativa con riferimento all'obbligo di restituzione del danaro che consegue all'accertata invalidità».

³⁹ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.

⁴⁰ Tribunale Firenze sez. III, 08/06/2021, n.1553, cit.

⁴¹ Corte appello Roma sez. III, 07/02/2022, n.842, in *dejure.it*.

debitore principale⁴², fino ad arrivare alla clausola di reviviscenza, a mente della quale il garante si impegna a rimborsare al creditore le somme da questo incassate in pagamento di obbligazioni garantite e restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo⁴³.

Plurimi sono, dunque, i riferimenti testuali che l'operatore del diritto deve prendere in considerazione per risolvere il dilemma in ordine alla connotazione accessoria o meno della garanzia.

Non mancano, inoltre, locuzioni che, per quanto suscettibili a prima vista di orientare l'interprete, difettano di una rilevanza dirimente nella determinazione delle caratteristiche della garanzia.

Si pensi al *nomen iuris* adottato dalle parti con riferimento al contratto oggetto di conclusione⁴⁴; oppure alla presenza di una clausola che fissa al garante il ristretto termine trenta giorni per provvedere al pagamento dietro richiesta del creditore⁴⁵; ma si pensi, ancora, alla sola indicazione dell'avverbio "incondizionatamente" nel testo del negozio⁴⁶ oppure alla mera evenienza del rilascio di una garanzia da parte dello Stato⁴⁷.

Inessenziale ai fini qualificatori si presenta, in aggiunta, la sussistenza di una semplice clausola in cui il garante si impegna al pagamento in favore del creditore "a prima richiesta" di quest'ultimo, pattuizione incapace di autonomizzare il rapporto di garanzia e idonea esclusivamente a favorire un pagamento con formula "solve et repete"⁴⁸.

L'ampia analisi interpretativa sino a questo punto svolta dimostra un certo interesse dottrinale e giurisprudenziale in ordine al tema della qualificazione della garanzia e agli elementi funzionali in tal senso.

⁴² TICOZZI M., *Contratto autonomo di garanzia – qualificazione del contratto: clausole indice e tipizzazione del contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. It.*, 2023, 1, 69.

⁴³ Tribunale Venezia sez. I, 06/07/2021, n.1378, in *dejure.it*.

⁴⁴ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 30.

⁴⁵ Cassazione civile sez. III, 31/05/2021, n.15091, in *dejure.it*.

⁴⁶ Cassazione civile sez. VI, 06/10/2020, n.21337, in *dejure.it*.

⁴⁷ Cassazione civile sez. III, 03/08/2021, n.22157, in *Diritto & Giustizia* 2021, 4 agosto.

⁴⁸ SANDULLI S., *Brevi note a margine della fideiussione, tra conferme e aperture giurisprudenziali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 6, 818. Per la valenza della clausola "a prima richiesta", si veda più approfonditamente il Cap. III, par. 4.4.

La suddetta analisi evidenzia, d'altra parte, la valenza meramente indiziaria degli indici individuati e l'insussistenza di alcuna locuzione in grado di generare una presunzione assoluta del carattere accessorio o meno della garanzia.

Soltanto un esame complessivo delle disposizioni contrattuali consente la corretta riconduzione del negozio nel novero delle garanzie indipendenti o fideiussorie, assicurando una lettura sistematica idonea a incasellare efficacemente la volontà dei contraenti⁴⁹.

4.2. LA QUALIFICAZIONE DELLA GARANZIA NEL DIRITTO APPLICATO: IL MODULO ABI

A fronte della mancanza di univocità in ordine agli elementi da valorizzare al fine della corretta qualificazione del contratto autonomo di garanzia, si assiste a una crescente tendenza a ricondurre nel novero delle garanzie accessorie anche schemi originariamente pensati come autonomi.

Si fa riferimento alla crescente diffusione, in accompagnamento ai contratti bancari, di garanzie *omnibus* predisposte unilateralmente dalle banche con un contenuto conforme a un modello redatto dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI) con alcune organizzazioni di tutela dei consumatori nell'ottobre 2002 e modificato nel luglio del 2003.

Tale schema contrattuale, volto essenzialmente a soddisfare l'esigenza presente nel nostro ordinamento giuridico di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, risulta caratterizzato da tredici articoli, tra i quali la clausola "*omnibus*" (art. 1)⁵⁰, la clausola di "reviviscenza" (art. 2)⁵¹, la rinuncia ai termini

⁴⁹ BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, Milano 2021, 269, evidenzia l'orientamento giurisprudenziale volto a ignorare le regole finali di interpretazione del contratto di cui all'art. 1371 c.c. proprio al fine di privilegiare la soluzione, più accattivante per i mercati, della qualificazione in termini di garanzia autonoma.

⁵⁰ Discussa è la rilevanza delle sole fideiussioni *omnibus* (Tribunale Firenze sez. III, 27/01/2021, n.177) o anche delle fideiussioni specifiche (Cassazione civile sez. III, 21/10/2024, n.27243) ai fini dell'accertamento di anticoncorrenzialità effettuato dalla Banca d'Italia. Nonostante il diverso orientamento da ultimo affermato in seno alla giurisprudenza di legittimità, appare preferibile il primo indirizzo esposto, alla luce delle peculiarità dello specifico settore oggetto di indagine da parte della Banca d'Italia. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza dell'11-11-2025.

⁵¹ La clausola di reviviscenza impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento del debitore principale, quali l'invalidità o l'inefficacia di questo, con la ripetizione del pagamento al debitore e la reviviscenza, appunto, dell'obbligazione del fideiussore, il quale dovrà corrispondere quanto dovuto alla banca.

dell'art. 1957 c.c. (art. 6)⁵², l'obbligo di pagamento immediato a semplice richiesta scritta (art. 7) e la clausola di "sopravvivenza" (art. 8)⁵³.

La *vexata quaestio*⁵⁴ sorta in ordine a detto modello interessa preminentemente le clausole dettate agli articoli 2, 6 e 8 del modulo ABI, il cui carattere anticoncorrenziale è stato denunciato dalla Banca d'Italia, nella veste di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, con il Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005⁵⁵.

Simili clausole, avendo lo scopo precipuo di addossare al garante le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza dell'istituto bancario e determinando per il primo un trattamento ingiustificatamente squilibrato rispetto all'assetto degli interessi delle parti, sono dunque da considerarsi, ove applicate in modo uniforme, in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90, risultando lesive della concorrenza.

Per quanto non di immediata risonanza⁵⁶, suddetto provvedimento della Banca d'Italia ha generato un ampio contenzioso in relazione alle conseguenze da ascrivere all'accertamento di tale anticoncorrenzialità⁵⁷.

Una prima soluzione, sulla scorta dell'art. 2 l. 287/1990 e dell'esigenze di reprimere la distorsione di mercato, ha privilegiato il rimedio della invalidità riflessa dei

⁵² La clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma, risultando soggetta al solo termine ordinario di prescrizione decennale.

⁵³ La clausola di sopravvivenza estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale, con l'obbligazione del fideiussore che rimane valida per garantire alla banca la restituzione del finanziamento erogato.

⁵⁴ OTTOBRINO I., *La sorte delle fideiussioni bancarie redatte su schema ABI*, in *Corriere Giur.*, 2020, 3, 408.

⁵⁵ Provvedimento B.I. n. 55 del 2 maggio 2005, consultabile in *bancaditalia.it*. La clausola di reviviscenza comporta delle conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca risulta determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso, impegnando il garante a rimborsare alla banca le somme senza poter far valere le eccezioni di pertinenza del debitore; la clausola di sopravvivenza appare idonea a indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità o all'efficacia del rapporto instaurato con il debitore principale, con questa che potrebbe comunque contare sulla permanenza dell'obbligazione di garanzia in capo al fideiussore *omnibus* al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate; la deroga all'art. 1957 c.c. si mostra suscettibile di arrecare un significativo vantaggio alla banca creditrice, la quale dispone di un termine molto lungo per far valere la garanzia fideiussoria, disincentivando la diligenza della medesima nel proporre le proprie istanze.

⁵⁶ Così STELLA G., *Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, in *Contratti*, 2020, 4, 385.

⁵⁷ Per l'inapplicabilità della decisione della Banca d'Italia al modulo ABI si veda ROSSI M., *Osservatorio in difesa della fideiussione omnibus ABI*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1, febbraio 2021, 141.

contratti esecutivi dell'accordo anticoncorrenziale⁵⁸, con posizioni disomogenee tra la tesi della nullità parziale delle sole tre clausole censurate dalla Banca d'Italia⁵⁹ e la tesi della nullità totale⁶⁰.

Un'opposta soluzione ha, invece, preferito orientare l'impianto rimediale verso l'azione risarcitoria⁶¹, in un'ottica tesa a tutelare il garante dal danno da questo patito a causa della maggiore gravosità delle condizioni applicate contrattualmente rispetto a quelle ottenibili in presenza di un mercato concorrenziale⁶².

Le Sezioni Unite, occupatesi del tema nel 2021, pur nella consapevolezza dell'estrema problematicità della scelta⁶³, hanno aderito, in stretta conformità con l'accertamento espletato dalla Banca d'Italia e con il costante orientamento della Corte di Giustizia, alla soluzione della nullità parziale delle tre clausole previamente enucleate (reviviscenza, sopravvivenza, deroga all'art. 1957 c.c.), ammettendo la possibile concorrenza del rimedio risarcitorio⁶⁴.

⁵⁸ STELLA G., *Fideiussioni predisposti su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, cit., 386. La giustificazione alla base della suddetta nullità è variamente argomentata: nullità derivata per vizio riflesso, cfr. Tribunale Milano sez. II, 08/08/2019, n.7814, in *ilcaso.it*; nullità per contrasto con norme imperative, cfr. Tribunale Roma sez. XVI, 26/07/2018, in *Banca Borsa Titoli di Credito* 2020, 1, II, 103; nullità per frode alla legge, cfr. D'ANDREA S., *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, 4, 1207-1213.

⁵⁹ Cassazione civile sez. I, 26/09/2019, n.24044, in *Rivista di Diritto Industriale* 2020, 1, II, 103. Tribunale Rovigo, 09/09/2018, in *Banca Borsa Titoli di Credito* 2020, 1, II, 103. STELLA G., *Fideiussioni predisposti su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, cit., 386.

⁶⁰ Cassazione civile sez. I, 22/05/2019, n.13846, in *Rivista di Diritto Industriale* 2020, 1, II, 97. Recentemente, Corte di Appello Roma, 24/05/2021, Tribunale di Lucca, 24/12/2020 e Tribunale di Terni, 20/11/2020, tutte consultabili in *ilcaso.it*. In dottrina, si veda GENTILI A., *La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 4, 1° aprile 2019, 675 ss., e MASSARELLI R., *La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali*, in *Contratti*, 2021, 2, 175.

⁶¹ In tal senso cfr. Tribunale di Rimini, 04/06/2021 e Tribunale di Roma, 21/09/2020, in *ilcaso.it*.

⁶² STELLA G., *Fideiussioni predisposti su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, cit., 387, parla di responsabilità precontrattuale della banca da contratto valido.

⁶³ LIBERTINI M., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. contratti "a valle"*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, 378 ss., analizzando lo stato dell'arte nella giurisprudenza interna, spiega che la tesi della nullità integrale è da ritenersi decisamente minoritaria, con la preferenza che viene data, seppur con motivazioni rapide e volte perlopiù al disimpegno rigetto dell'eccezione di nullità, alla tesi della nullità parziale del contratto a valle. DI MICCO D., *Clausole ABI e nullità del contratto di fideiussione – Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. it.*, Febbraio 2020, 360 ss., rileva il *revirement* attuato dalla pronuncia n. 24044/2019 della Cassazione, rispetto all'orientamento adottato dall'ordinanza n. 29810/2017 della stessa Suprema Corte.

⁶⁴ Cassazione civile sez. un., 30/12/2021, n. 41994, in *Guida al diritto* 2022, 2.

Al netto dei dubbi sulla divisibilità della soluzione adottata dalle Sezioni Unite⁶⁵, non si può mancare di osservare la mancata presa di posizione, da parte di queste ultime, in ordine alla qualificazione della garanzia insita nel modulo ABI alla stregua di garanzia autonoma o di fideiussione⁶⁶.

Nella prima direzione propendono non soltanto le originarie intenzioni dell'Associazione Bancaria, volte a costituire una schema-tipo specifico per tale fattispecie negoziale, ma anche taluni approdi interpretativi della giurisprudenza.

L'obiettivo dell'Associazione Bancaria si mostra, all'evidenza, quello di confezionare un modello negoziale peculiare per il contratto autonomo di garanzia, nell'ottica di rendere maggiormente fruibile tale strumento e accrescere quindi la flessibilità nell'accesso ai finanziamenti e il livello di assistenza alle imprese negli appalti di forniture e servizi all'estero⁶⁷.

Un obiettivo, come anticipato, salvaguardato anche da un filone interpretativo giurisprudenziale, secondo il quale la presenza di una clausola che impone al fideiussore di pagare «a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore», quale quella rinvenibile nel sovra descritto modulo, vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale⁶⁸.

Pur mancando una clausola che deroga espressamente all'applicazione dell'art. 1945 c.c., il complesso delle clausole rinvenibile nel modulo ABI determina comunque in modo chiaro la volontà delle parti di disancorare la garanzia dal rapporto

⁶⁵ Si pensi a Cassazione civile sez. un., 19/12/2007, n.26724, in *Giurisprudenza Commerciale* 2008, 3, II, 604, e al principio, ivi individuato, di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, alla stregua del quale la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustifica soltanto l'adozione del rimedio risarcitorio.

⁶⁶ SCHIAVOTTIELLO F., *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 110 ss., precisa che anche le precedenti pronunce della Cassazione non si addentrano nella qualificazione delle fideiussioni *omnibus* bancarie come contratti autonomi di garanzia.

⁶⁷ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, Torino 2018, 128.

⁶⁸ Cassazione civile sez. III, 03/11/2021, n.31313, in *Guida al diritto*, 2022, 3, conferma la qualificazione di un contratto ABI alla stregua di garanzia autonoma.

obbligatorio principale⁶⁹, inibendo al garante la proposizione di eccezioni concernenti tale rapporto per evitare l'adempimento dell'obbligazione assunta⁷⁰.

La primazia da ascrivere al dato offerto dall'interpretazione letterale impone, tuttavia, di preferire quell'opposto orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la surricordata clausola «a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore» non può essere considerata sufficiente a qualificare il rapporto come contratto autonomo di garanzia⁷¹.

Difatti, ferma l'inidoneità della locuzione «a prima richiesta» a elidere il carattere accessorio della garanzia⁷², il difetto di un'espressa rinuncia del garante a sollevare eccezioni inerenti al rapporto garantito segna l'impossibilità di configurare in termini di autonomia la garanzia rilasciata.

Né, a quest'ultimo riguardo, alcuna valenza dirimente può essere ascritta alla disposizione negoziale a norma della quale il garante rinuncia a proporre doglianze nell'ipotesi di recesso da parte della Banca creditrice nei rapporti con il debitore (art. 9 modulo ABI).

Questa disposizione, ponendo una limitazione al diritto costituzionalmente garantito di cui all'art. 24 della Carta Costituzionale, deve essere oggetto di stretta interpretazione e non può di per sé valere quale rinuncia generale del fideiussore a proporre eccezioni che spetterebbero al debitore principale.

In ragione di ciò, a fronte della nullità delle ulteriori clausole potenzialmente esplicative dell'autonomia e del mancato carattere dirimente della connotazione *omnibus* della garanzia⁷³, si presenta preferibile, anche alla luce del criterio

⁶⁹ In particolare, le clausole di pagamento a prima richiesta, di inopponibilità delle eccezioni al momento del recesso e di sopravvivenza sono, secondo alcuni, sintomatiche della autonomizzazione della garanzia.

⁷⁰ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa 2021, 291: «L'obbligazione fideiussoria emergente dalle norme bancarie uniformi manifesta una decisa deviazione dal tipo codicistico, avvicinandosi a un impegno di garanzia autonomo, funzionale alle operazioni economiche cui accede. La deroga all'accessorietà non viola alcuna norma imperativa, ma determina il superamento di una serie di regole tipologiche, strutturando la garanzia in modo da risultare servente alla logica degli affari».

⁷¹ Corte appello Bari sez. II, 19/05/2023, n.807; Corte appello Napoli sez. III, 17/01/2023, n. 184; Corte appello Sassari, 16/06/2022, n.191, tutte consultabili in *ilcaso.it*.

⁷² CALDERALE A., TUCCI G., *Clausola di pagamento a prima richiesta*, in *Fideiussione Omnibus e buona fede*, Munari A. (a cura di), 122.

⁷³ TARTAGLIA P., *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano 1999, 45-46.

ermeneutico di cui all'art. 1370 c.c., attribuire un carattere accessorio alla garanzia contemplata nel modulo ABI⁷⁴.

In questo ambito, dunque, la cattiva formulazione del testo negoziale depone per una compressione dell'autonomia della garanzia, suggerendo una esegesi del negozio più fedele al dato letterale rinvenibile nello stesso.

4.3. LA QUALIFICAZIONE DELLA GARANZIA NEL DIRITTO APPLICATO: LA GARANZIA RILASCIATA DAL CONSUMATORE

Un ulteriore campo contraddistinto da un ridimensionamento qualificatorio della garanzia autonoma in favore di quella accessoria è quello delle garanzie “a prima richiesta e senza eccezioni” rilasciate dal consumatore⁷⁵.

Chiarita la possibilità anche per quest'ultimo di rilasciare una garanzia autonoma⁷⁶, l'interrogativo è sorto, in particolare, sul rapporto insistente tra contratto autonomo di garanzia e codice del consumo, nonché sulla qualificazione in termini di vessatorietà delle clausole contestate⁷⁷.

Se, quanto al primo profilo, la Corte di legittimità ha precisato l'indiscussa applicabilità della disciplina consumeristica anche al contratto autonomo di garanzia⁷⁸, maggiori problematiche si sono riscontrate in relazione alle eventuali ricadute

⁷⁴ Tribunale sez. III - Firenze, 24/05/2022, n. 1569, in *ilcaso.it*.

⁷⁵ Per il superamento della teoria del professionista cd. di riflesso anche nell'ipotesi di garanzia autonoma cfr. SALVI G., *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, in *Contratti*, 2020, 1, 93.

⁷⁶ Cassazione civile sez. I, 27/12/2022, n.37805, in *dejure.it*: «né ad opposta conclusione può pervenirsi argomentando dalla qualità dei garanti, in quanto la capacità di concludere tali contratti non è esclusiva di soggetti dotati di particolare professionalità, essendo, allo stato, incontroverso che anche i consumatori possono rilasciare garanzie autonome (cfr. Cass. 18 febbraio 2022, n. 5423)». Per il rilascio di garanzie autonome anche da parte dei consumatori si veda anche VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 94. In senso contrario si veda Cassazione civile, sezione III, del 29 novembre 2011, n. 25212, in *Resp. Civ. e prev.*, 2012, 2, secondo la quale il contratto autonomo si inserisce necessariamente nell'organizzazione di impresa, non ammettendo quindi la applicabilità della disciplina consumeristica.

⁷⁷ Cassazione civile sez. III, 18/02/2022, n.5423, in *Foro It.*, 2022, 1, 3, 893. Per un approfondimento sull'oggetto della contesa, specificamente relativa alla garanzia rilasciata dal padre a salvaguardia del contratto di pilotaggio concluso dal figlio, si veda PASSAGNOLI G., *Fondamento e limiti della nullità consumeristica del contratto autonomo di garanzia (nota a Cass., 18 febbraio 2022, n. 5423 – Pres. Rel. R.G.A. Frasca)*, in *Persona e Mercato*, 1, 2022.

⁷⁸ In dottrina, per la compatibilità tra disciplina consumeristica e garanzia autonoma si veda MONTICELLI S., *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 11-12, dicembre 2012, 527.

vessatorie, ai sensi dell'art. 33, co. 2, lett. t), c. cons., della clausola “a prima richiesta e senza eccezioni” sottoscritta dal consumatore in assenza di trattativa⁷⁹.

A fronte di una prima tesi secondo la quale la clausola “a prima richiesta e senza eccezioni”, in quanto espressiva della causa atipica del negozio autonomo di garanzia, non potrebbe essere suscettibile di declaratoria di vessatorietà ex art. 33, co. 2, lett. t), codice del consumo, pena l'indebita sostituzione della tipologia del regolamento contrattuale voluto tra le parti, la Suprema Corte ha invero privilegiato una seconda opzione interpretativa⁸⁰, la quale porta a giustificare l'applicabilità dell'art. 33, lett. t) anche al divieto di proposizione di eccezioni relative al rapporto garantito, cioè alla clausola stessa che connota e individua l'atipicità di detto contratto⁸¹.

Da tanto discende l'inevitabile ricaduta tale per cui, al cospetto dell'eliminazione della clausola “senza eccezioni” e della consequenziale venuta meno della funzione contrattuale che ne esprime la tipicità, il contratto di garanzia continua a sussistere tra le parti, ma perde il suo connotato di autonomia e il garante (consumatore) si presenta legittimato a opporre le eccezioni relative al rapporto garantito che la clausola oggetto di vessatorietà impediva di sollevare⁸².

I limiti che vengono posti all'applicazione del negozio di garanzia autonoma in campo consumeristico, con la vessatorietà presunta del divieto pattizio di proporre

⁷⁹ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 204: «laddove il ruolo di garante sia rivestito da una persona fisica non professionista, il quale rilascia la garanzia senza un autonomo intento commerciale da perseguire o agevolare, potrebbero essere alimentati problemi di ammissibilità e di tenuta sistematica connessi all'astrattezza di tale negozio, facendo entrare in fibrillazione il requisito causale». Si veda anche SALVI G., *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., 93.

⁸⁰ La preferibilità della tesi ermeneutica dell'elisione della clausola “senza eccezioni” viene giustificata sulla scorta della lettura del decimo e del tredicesimo Considerando della Direttiva CE 93/13/CEE del 5 aprile 2005, alla stregua dei quali le regole uniformi sulle clausole abusive dettate dagli Stati membri devono trovare applicazione a tutti i contratti e, quindi, non solo a quelli tipici, ma anche a quelli atipici. Per la vessatorietà si veda anche PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 390: «La clausola a semplice richiesta è clausola vessatoria (..) perché determina a carico del fideiussore un significativo squilibrio nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto».

⁸¹ ALCINI J., *Contratto autonomo di garanzia, abuso di dipendenza economica e provvedimento d'urgenza*, in *Contratti*, 2019, 4, 415, specifica che, secondo parte della giurisprudenza, la clausola di pagamento “a prima richiesta” inserita in un contratto fideiussorio non va ricompresa nelle clausole vessatorie di cui all'art. 1341 c.c. se predisposta unilateralmente e impiegata nella contrattazione standardizzata, in quanto costituisce valida espressione di autonomia negoziale; diversamente, se equiparata a quella *solve et repete*, deve essere ritenuta vessatoria.

⁸² Secondo SCHIAVOTTIELLO F., *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata*, cit., 111, andrebbe considerata vessatoria anche la clausola di deroga all'art. 1957 c.c.

eccezioni relative al rapporto garantito, sono tali da determinare una vera e propria relativizzazione della causa caratteristica di siffatto negozio.

Viene infatti introdotto, sull'impronta europea⁸³, un meccanismo teso alla sostituzione dello schema negoziale voluto dalle parti con un nuovo e diverso regolamento contrattuale⁸⁴, perlopiù assimilabile a quello fideiussorio.

Ciò determina un inevitabile ridimensionamento dell'autonomia negoziale e una consequenziale neutralizzazione dell'operatività delle garanzie autonome rilasciate da soggetti non professionisti⁸⁵.

La soluzione ermeneutica adottata dalla Corte finisce, in realtà, nel trasmodare non tanto in una conversione negoziale⁸⁶ quanto piuttosto in una vera e propria novazione contrattuale⁸⁷.

Si attua, a tal stregua, un accantonamento della causa in concreto del negozio e uno snaturamento dell'operazione economica, posto che il limite alla proponibilità delle eccezioni caratterizza la stessa causa del negozio atipico in analisi, e non rappresenta una mera condizione generale di contratto attinente al profilo regolamentare del negozio⁸⁸.

⁸³ Anche l'art. 4:106 del Progetto *Drobnig* stabilisce che il contratto di un consumatore che pretende di creare una garanzia indipendente deve essere considerato alla stregua di una garanzia dipendente, a condizione che siano soddisfatti i requisiti di quest'ultima.

⁸⁴ Secondo TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, cit., 166, il risultato di addivenire alla pronuncia di vessatorietà è pienamente in linea con il ventunesimo Considerando della Direttiva CE 93/13/CEE del 5 aprile 2005, che richiede che il contratto privato della clausola vessatoria possa, comunque, esprimere una qualche funzione regolatrice dell'assetto di interessi, ma non prescrive affatto che quel contratto debba permanere secondo lo schema causale voluto dalle parti.

⁸⁵ GOLA C., *Tutela del consumatore, codice del consumo e contratto autonomo di garanzia*, in *Contratti*, 2022, 4, 403. Per l'impossibilità per il consumatore di acquisire la qualifica di garante autonomo si veda anche COSTANZA M., *Il contratto autonomo di garanzia non si addice al consumatore. Riflessioni a margine di Cass. 18 febbraio 2022, n. 5493*, in *Il diritto degli affari*, n. 1/22, 94: «Il passaggio dal contratto di fideiussione a quello di garanzia autonoma si potrebbe compiere soltanto nel momento in cui la prestazione di garanzia si atteggi per la sua complessiva regolamentazione convenzionale come prestazione di un servizio di natura economico finanziaria, una prestazione che rende il suo autore professionista ovvero l'antagonista del consumatore».

⁸⁶ PAGLIANTINI S., *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 1, 106: «Supporre, in un contesto siffatto, che il mutamento identitario del garante, da professionista ad un consumatore, sia da tenere in non cale verrebbe così ad obliterare una prassi applicativa del *Garantievertrag* che, quando si strutturi come b2c, difficilmente sfugge ad una "conversione" o riqualificazione in termini di fideiussione».

⁸⁷ GOLA C., *Tutela del consumatore, codice del consumo e contratto autonomo di garanzia*, cit., 403

⁸⁸ D'ANTONIO V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, Milano 2023, 93.

Un'operazione che sottende un duplice rischio.

Da un lato, una simile ricostruzione si mostra disfunzionale anche allo stesso interesse delle parti contraenti, con il creditore che si trova titolare di una pretesa assistita da modalità esecutive meno vantaggiose rispetto a quelle stipulate⁸⁹.

Dall'altro lato, la surriferita interpretazione determina una inevitabile marginalizzazione dell'istituto della garanzia autonoma in uno dei campi dove più degli altri lo stesso trova applicazione, quale è quello della contrattazione estranea all'ambito di impresa⁹⁰.

4.4. LA PROGRESSIVA RICONDUZIONE QUALIFICATORIA DELLA GARANZIA AUTONOMA AL MODELLO FIDEIUSSORIO

Dall'analisi esplicita si presenta evidente come, al cospetto del difetto di univocità in ordine all'individuazione degli elementi sintomatici di qualificazione della garanzia, gli orientamenti dottrinali interpretativi tendono progressivamente a ricondurre modelli negoziali in origine pensati alla stregua di garanzie autonome al tipo codificato della fideiussione⁹¹.

Le esigenze di tutela dell'individuo sembrano prevaricare le ragioni strettamente economiche che connotano la garanzia non accessoria, con un inevitabile sacrificio del carattere dell'autonomia di essa caratteristico⁹².

Ciò si mostra, innanzitutto, nell'interpretazione del negozio inserito nel modulo ABI.

Un'esegesi costituzionalmente orientata delle disposizioni ivi insite porta a qualificare il relativo contratto in termini di fideiussione e ad ammettere l'opponibilità delle eccezioni inerenti al rapporto base da parte del garante.

⁸⁹ Così PAGLIANTINI S., *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, cit., 106, nell'analizzare il rapporto che deve correre tra l'art. 1945 c.c. e l'art. 36 c. consumo.

⁹⁰ Per un progressivo spostamento del baricentro in un'ottica di tutela del contraente non professionale e di repressione degli abusi del professionista, si veda D'ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 46. Per l'operatività della garanzia autonoma nella sola contrattazione di impresa, si veda MIGLIETTA S., *Questioni in tema di validità delle garanzie autonome non rilasciate da operatori professionali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3, 2024, 385.

⁹¹ TOMASI M., *Interpretazione contrattuale e qualificazione della garanzia personale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1, 2018, 98.

⁹² BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, II edizione, Rescigno P. (diretto da), Milano 2007, 289.

Ma una simile tendenza si manifesta, se possibile in modo ancora più marcato, nella garanzia “a prima richiesta e senza eccezioni” rilasciata dal consumatore, in cui un negozio voluto e pensato come autonomo viene ricondotto a un’impostazione accessoria in seguito al giudizio di vessatorietà.

E la sommaria formulazione delle ulteriori garanzie legislativamente previste contribuisce a rendere particolarmente difficoltosa la diffusione del negozio autonomo di garanzia nel sistema giuridico italiano.

È così che l’indirizzo ermeneutico prevalente sembra preoccuparsi, in via prioritaria, di ricondurre i contratti autonomi di garanzia, sottoposti a giudizio, al tipo codificato della fideiussione, in considerazione della comune finalità di garanzia ascrivibile ai due tipi negoziali⁹³.

Una limitazione all’ingresso della garanzia autonoma che, a ben vedere, muove da ragioni ideologiche prima ancora che giuridiche.

La necessità di protezione che nella realtà concreta caratterizza l’individuo del garante, il più delle volte legato da vincoli familiari con il garantito, porta a privilegiare il tipo più sicuro della fideiussione, contraddistinto da un nucleo di tutele collaudato, rispetto alla più innovativa e per questo più oscura figura del contratto autonomo di garanzia⁹⁴.

Con il rischio, all’evidenza insito in un approccio di tal tipo, di rendere i propositi di libera attuazione delle garanzie autonome delle mere affermazioni di principio, prive invero di un effettivo riscontro pratico.

5. IL REGIME DELLE ECCEZIONI SOLLEVABILI DAL GARANTE AUTONOMO

L’art. 1945 c.c. autorizza il fideiussore a opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, tranne quella derivante dall’incapacità e quelle di carattere personalissimo⁹⁵.

⁹³ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 37.

⁹⁴ D’ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 45. Per la tendenza a un pervicace attaccamento al terreno consolidato del codice civile, con la conseguenziale riconduzione a schemi negoziali legislativamente predeterminati di ogni comportamento atipico, si veda DE SANNA P., *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano 1988, 20.

⁹⁵ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 20.

Il fideiussore convenuto per il pagamento può così sollevare tutte le doglianze relative alla validità, all'efficacia e al contenuto dell'obbligazione garantita (nullità, annullabilità, inefficacia, risoluzione, rescissione, novazione, confusione, compensazione, remissione, transazione, prescrizione), anche quando si sia formato un giudicato tra creditore e debitore principale⁹⁶.

Maggiori incertezze, invece, permeano il regime delle eccezioni sollevabili da parte del garante autonomo.

Secondo la tesi prevalente in dottrina, l'elemento fondamentale del negozio autonomo di garanzia consiste nella rinuncia del garante a sollevare, nei confronti della controparte creditoria, qualsiasi doglianza relativa al sottostante rapporto garantito⁹⁷.

L'impedimento imposto al garante di avanzare nei confronti del beneficiario doglianze relative ai rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c., si giustifica in forza dell'impegno, assunto dal primo, di soddisfare *illico et immediate* le pretese creditorie⁹⁸.

In particolare, lo svincolo del rapporto di garanzia dal rapporto di valuta, che intercorre tra creditore e debitore, limita le eccezioni opponibili dal garante al momento dell'escussione da parte del creditore soltanto a quelle che derivano dal rapporto di garanzia⁹⁹.

L'unica deroga a tale principio viene individuata nella *exceptio doli generalis seu praesentis*, coincidente con la tutela accordata al garante contro la condotta abusiva o fraudolenta del beneficiario della garanzia.

Esclusivamente la proponibilità di quest'ultima eccezione non lede l'autonomia della garanzia rilasciata, dal momento che essa attiene al medesimo contratto di

⁹⁶ CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 96-97. PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 20-21, precisa che la tutela che viene accordata al fideiussore si presenta più intensa rispetto a quella spettante all'obbligato solidale, posto che quest'ultimo può opporre al creditore solo le eccezioni cosiddette reali e non quelle personali agli altri obbligati e può giovare della sentenza ottenuta da un altro obbligato in quanto non sia fondato su ragioni personali di quest'ultimo.

⁹⁷ PASCALE G., *Fideiussione*, in *Garanzie personali e reali*, Clarizia R. (a cura di), Padova, 2011, 240. CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 124.

⁹⁸ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.

⁹⁹ Cassazione civile sez. III, 07/03/2002, n.3326, in *Giur. it.* 2002, 1205. In termini BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, Varese 2021, 501-502: «Il negozio autonomo di garanzia è un negozio atipico mediante il quale un soggetto si obbliga a titolo di garanzia ad eseguire a richiesta del creditore la prestazione dovuta dal debitore senza potere sollevare eccezione alcuna in ordine al rapporto garantito».

garanzia e al rapporto diretto con il beneficiario, e non già al rapporto indiretto tra i due soggetti mediato dal contratto principale, rispetto al quale il garante si trova in posizione di estraneità¹⁰⁰.

E proprio l'inopponibilità, da parte del garante autonomo, di rilievi ulteriori rispetto a quelli concernenti la validità e l'efficacia dello stesso contratto di garanzia realizzerebbe, in una visione sistematica, l'interesse di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione di distribuire i rischi con modalità diverse rispetto alla fideiussione codicistica¹⁰¹.

Questa prospettiva, orientata a rendere il rapporto di garanzia estraneo agli accadimenti del rapporto garantito, non trova tuttavia piano accoglimento nell'applicazione della garanzia autonoma.

Una diversa tesi, al contrario, propende per la possibilità di riconoscere al garante l'opponibilità di un ventaglio di doglianze inerenti al rapporto sottostante ulteriore rispetto alla sola *exceptio doli*, quali per esempio le eccezioni concernenti l'esistenza, la validità e l'estensione dello stesso¹⁰².

Soltanto in tale modo, difatti, si determinerebbe un riassetto delle posizioni soggettive finalizzato a ripristinare i corretti equilibri tra le parti e idoneo a fornire al garante un nucleo di tutele in grado di sottrarlo a eventuali escussioni arbitrarie perpetrate dal beneficiario¹⁰³.

E l'approccio da ultimo declinato, volto a riconoscere al garante la legittimazione a proporre un limitato numero di eccezioni relative al rapporto principale, è stato parzialmente condiviso anche dalle Sezioni Unite nel pronunciamento del 2010¹⁰⁴.

¹⁰⁰ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 91.

¹⁰¹ Secondo CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 128, il garante viene collocato in una posizione oltremodo scomoda.

¹⁰² SANGIOVANNI V., *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, in *Contratti*, 2023, 5, 567. BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 279, suggerisce l'applicabilità in via analogica della disciplina della delegazione in punto di eccezioni, con l'avvertenza del necessario coordinamento della stessa con la previsione dell'art. 1462 c.c., riferibile alle clausole con cui una parte si impegna a non opporre eccezioni per evitare o ritardare la prestazione dovuta.

¹⁰³ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 92.

¹⁰⁴ CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 128.

Queste, in particolare, ammettono la proponibilità da parte del garante autonomo delle lagnanze di inesistenza del rapporto garantito¹⁰⁵, di nullità del contratto base per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa¹⁰⁶ e della già richiamata *exceptio doli generalis seu presentis*¹⁰⁷.

Un novero, quello delle doglianze opponibili, che, nell'applicazione successiva, è stato variamente interpretato a seconda del diverso ruolo ascrivito alla causa contrattuale, da taluni intesa in termini maggiormente protezionistici e da talaltri improntata preminentemente all'impianto autonomistico¹⁰⁸.

Anche sotto questo aspetto, invero, la tendenza prevalente in atto è quella di continuare a riconoscere la sussistenza di un nesso di accessorietà, sia pur attenuato, tra la garanzia e il rapporto garantito.

L'ampliamento del novero delle eccezioni opponibili da parte del garante autonomo, talora inerenti a casi di nullità o di annullabilità del contratto base diversi dalla illiceità, o a eventi sopravvenuti che rendono impossibile l'adempimento per causa non imputabile al debitore¹⁰⁹, depone per l'assenza di un'impermeabilità assoluta del contratto autonomo di garanzia rispetto al contratto base, con un chiaro limite all'indipendenza dell'istituto.

5.1. LE ECCEZIONI DI INESISTENZA E DI NULLITÀ

Il carattere della accessorietà della garanzia torna, innanzitutto, a espandersi se ricorre la patologia genetica dell'inesistenza o della nullità del rapporto tra creditore e debitore¹¹⁰.

¹⁰⁵ Cassazione civile sez. III, 24/04/2008, n.10652, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 4, II, 411.

¹⁰⁶ Cassazione civile sez. III, 07/03/2002, n.3326, cit.; Cassazione civile sez. I, 14/12/2007, n.26262, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 4, II, 412; Cassazione civile sez. III, 03/03/2009, n.5044, in *Banca borsa tit. cred.* 2011, 3, II, 287.

¹⁰⁷ Cassazione civile sez. I, 01/10/1999, n.10864, in *Banca borsa tit. cred.* 2001, II, 66; Cassazione civile sez. I, 17/03/2006, n.5997, in *Foro it.* 2007, 5, I, 1582; Cassazione civile sez. I, 14/12/2007, n.26262, cit.

¹⁰⁸ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 208.

¹⁰⁹ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 126.

¹¹⁰ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 174. DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 139, esclude invece la opponibilità da parte del garante della annullabilità del contratto principale.

Quanto alle eccezioni inerenti all'inesistenza originaria del rapporto garantito, la proponibilità delle stesse si giustifica in forza della venuta meno della funzione contrattuale, tesa a garantire un determinato adempimento¹¹¹.

L'inesistenza originaria del rapporto principale di valuta esclude l'astratta verificabilità della perdita patrimoniale che dall'inadempimento si mostra suscettiva di derivare al creditore beneficiario, privando la garanzia della sua ragione giustificativa¹¹².

Ciò legittima la proponibilità della doglianza di inesistenza originaria del rapporto base da parte del garante autonomo, a prescindere dalla prova di una condotta manifestamente abusiva o fraudolenta da parte del creditore¹¹³.

Più problematico, invece, si presenta l'inquadramento dell'operatività delle nullità del rapporto base nell'ambito del contratto autonomo di garanzia.

Secondo un primo indirizzo, il garante autonomo è legittimato a opporre la nullità del rapporto di valuta esclusivamente nelle ipotesi di illiceità della causa o dell'oggetto di quest'ultimo, posto che altrimenti il negozio di garanzia si presenterebbe suscettivo di diventare il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa secondo le direttrici dell'art. 1344 c.c.¹¹⁴.

Per l'opposta opinione, invece, la nullità può sempre essere fatta valere perché implica l'improduttività originaria degli effetti contrattuali e la mancanza di una vera e propria nascita del diritto di credito¹¹⁵.

E proprio questo secondo orientamento, per quanto apparentemente in conflitto con l'autonomia caratteristica della garanzia, sembra progressivamente prendere campo nel diritto applicato italiano.

Esso, in particolare, si giustifica in forza dell'impossibilità, nelle relative casistiche, di realizzare *ab origine* qualsiasi funzione di garanzia, dal momento che, mancando l'oggetto e il collegamento genetico con il contratto da garantire, viene a

¹¹¹ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 916. Cassazione civile sez. III, 24/04/2008, n.10652, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 4, II, 411.

¹¹² Cassazione civile sez. III, 30/08/2024, n.23434 in *dejure.it*.

¹¹³ Cassazione civile sez. III, 30/08/2024, n.23434, cit.

¹¹⁴ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 315. Nello stesso senso si veda anche CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 131, e CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 147.

¹¹⁵ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 315.

difettare la giustificazione attraverso la quale consentire l'automaticità dell'escusione del garante¹¹⁶.

E un'esemplificazione palmare del lento, ma inesorabile, ampliamento delle eccezioni di nullità proponibili da parte del garante autonomo si riscontra nelle ipotesi in cui la garanzia sia rilasciata a sostegno di una posizione bancaria del correntista.

In tali circostanze, il garante si presenta legittimato ad avanzare lagnanze su plurimi profili inerenti al rapporto di valuta.

In primo luogo, la giurisprudenza ritiene pacificamente ammissibile la contestazione concernente l'applicazione di interessi usurari in correlazione al contratto base anche da parte del garante autonomo¹¹⁷.

In questa ipotesi, l'invalidità del contratto presupposto si comunica al contratto di garanzia, rendendo la causa di quest'ultimo illecita.

In seconda battuta, le più recenti pronunce di legittimità e di merito ammettono la proponibilità, da parte del garante autonomo, delle eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative.

Da ciò discende la possibilità anche per il garante autonomo di sollevare, nei confronti della banca, l'eccezione di nullità della clausola anatocistica allorquando essa non si fonda su un uso normativo, atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato vietato dall'ordinamento¹¹⁸.

Anche per simile doglianza si reputa superato l'assunto iniziale, esplicativo di una totale separazione tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia autonoma, e si afferma l'idea della sussistenza di un'accessorietà di tipo elastico, con la possibilità di sollevare eccezioni inerenti al rapporto garantito al fine di evitare effetti confliggenti con l'ordinamento interno.

E, in modo analogo, si considera legittima la proponibilità da parte del garante autonomo di una serie di ulteriori eccezioni di nullità concernenti il rapporto

¹¹⁶ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 921.

¹¹⁷ Cassazione civile sez. III, 03/03/2009, n.5044, in *Banca borsa tit. cred.* 2011, 3, II, 287. Cassazione civile sez. III, 07/03/2002, n.3326, in *Giur. it.* 2002, 1205.

¹¹⁸ Cassazione civile sez. I, 06/09/2021, n.24011, in *Banca Borsa Titoli di Credito* 2022, 5, II, 650. Cassazione civile sez. I, 10/01/2018, n.371, in *Banca Borsa Titoli di Credito* 2020, 2, II, 235. In dottrina, RENNA M., *Nullità della clausola anatocistica ed eccezione del garante autonomo*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5, 2022, 654.

garantito, dalle invalidità per mancato rispetto della forma scritta nell'ipotesi di applicazione di interessi ultralegali non espressamente pattuiti¹¹⁹, alle casistiche di indeterminatezza dell'oggetto contrattuale rappresentate dall'illegittima applicazione di una commissione di massimo scoperto non pattuita¹²⁰.

Questo ampliamento dei rilievi invalidanti sollevabili da parte del garante autonomo, non necessariamente inquadrabili nell'ambito dell'illiceità del rapporto base, porta inevitabilmente a chiedersi se, non soltanto nel settore bancario, il regime di improponibilità delle eccezioni attinenti al rapporto di valuta sia ancora la regola, o sia piuttosto da considerare oramai esso stesso l'eccezione.

5.2. LE ECCEZIONI DI ESTINZIONE DELL'OBBLIGAZIONE GARANTITA PER CAUSA DIVERSA DALL'ADEMPIMENTO

Oltre alle ipotesi di inesistenza originaria del rapporto base, il garante autonomo si mostra legittimato altresì a far valere le eventuali casistiche di estinzione sopravvenuta dell'obbligazione principale.

Ciò si mostra giustificato dal momento che anche l'inesistenza sopravvenuta del rapporto principale di valuta, escludendo la stessa astratta verificabilità della perdita patrimoniale che dall'inadempimento sarebbe potuta derivare al creditore beneficiario, priva la garanzia della sua ragione giustificativa.

Di conseguenza, l'inesistenza sopravvenuta del contratto base ben può costituire oggetto di eccezione idonea a paralizzare la pretesa del beneficiario volta ad ottenere, anche quando non ricorrano nella condotta del creditore gli estremi della frode o della mala fede della "*exceptio doli*"¹²¹.

Una palmare esemplificazione di quanto detto si riscontra nell'ipotesi di estinzione del rapporto fondamentale per cause diverse dall'adempimento del debitore.

¹¹⁹ Cassazione civile sez. I, 22/04/2024, n. 10786, in *Banca Borsa Titoli di Credito* 2024, 4, II, 235, la quale richiama l'orientamento già stabilito in Cass. n. 19298/2022, Cass. n. 3017/2014, Cass. n. 17679/2009, Cass. n. 23971/2010, Cass. n. 4564/2012 e Cass. n. 10516/2016. Nella giurisprudenza di merito si veda Tribunale Busto Arsizio, 08/07/2021, n.1077 e Tribunale Monza sez. I, 21/12/2018, n.3157; entrambe consultabili in *dejure.it*.

¹²⁰ Tribunale Nuoro sez. II, 17/01/2022, n.22 e Corte appello L'Aquila sez. I, 15/09/2021, n.1330; entrambe consultabili in *dejure.it*.

¹²¹ Cassazione civile sez. III, 30/08/2024, n. 23434, cit.

Si pensi, innanzitutto, alla novazione oggettiva di un'obbligazione garantita, accompagnata dal mutamento del titolo o della prestazione originariamente previsti in contratto.

L'art. 1232 c.c., ricompreso nella disciplina della novazione oggettiva, stabilisce che «i privilegi, il pegno e le ipoteche del credito originario si estinguono, se le parti non convengono espressamente di mantenerli per il nuovo credito».

La norma, espressamente dettata in materia di privilegi, pegno e ipoteche, si mostra, per unanime interpretazione, applicabile anche a ulteriori ipotesi di garanzia rispetto a quelle ivi previste, e in specie alla garanzia fideiussoria¹²².

La *ratio* di fondo di tale previsione viene individuata nel principio generale di accessorialità delle garanzie al rapporto garantito.

Con l'estinzione dell'obbligazione originaria, infatti, la novazione determina l'estinzione anche delle garanzie poste ad assistenza di quell'obbligazione, fatta salva una diversa previsione delle parti e purché si sia in presenza del necessario consenso del garante al mantenimento¹²³.

Il principio di accessorialità che contraddistingue la garanzia codicistica viene quindi meno con l'adempimento, o comunque con l'estinzione, dell'obbligazione garantita, la quale perde conseguentemente la propria ragion d'essere¹²⁴.

E proprio il rinvenimento del fondamento della norma di cui all'art. 1232 c.c. nel principio di accessorialità dovrebbe portare a escludere l'operatività di un analogo meccanismo nell'ambito della garanzia autonoma, contraddistinta dall'assenza del predetto requisito.

Il costante orientamento giurisprudenziale muove, tuttavia, in una direzione diversa rispetto a quella da ultimo ipotizzata.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, il venire meno dell'obbligazione garantita per effetto della novazione determina non soltanto l'estinzione delle garanzie accessorie, in considerazione del nesso di dipendenza che lega l'obbligazione di garanzia a quella principale a cui accede (art. 1239 c.c., comma 1, e art. 1939 c.c.), ma anche di quelle autonome¹²⁵.

¹²² FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, 2023, 911.

¹²³ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 911.

¹²⁴ Cassazione civile sez. I, 09/09/2004, n.18176, in *Giur. it.* 2005, 1144.

¹²⁵ Cassazione civile sez. III, 31/03/2017, n.8342, in *CED Cassazione*, 2017, rv. 644298-01, richiamata anche da Cassazione civile sez. III, 26/07/2019, n.20318.

Tale soluzione si giustifica in forza del sopravvenuto difetto causale del negozio di garanzia, atteso il nesso indissolubile che lega la funzione indennitaria della garanzia autonoma all'esistenza del rapporto garantito¹²⁶.

Ciò determina, ancora una volta, un ulteriore riavvicinamento del regime delle doglianze suscettibili di essere fatte valere da parte del garante autonomo rispetto a quelle proponibili dal garante accessorio, con il già preannunciato rischio di appiattimento della disciplina della garanzia rilasciata dal primo sulle previsioni dettate in materia di fideiussione.

Un rischio, a ben vedere, riscontrabile altresì nella evenienza di estinzione dell'obbligazione principale per novazione soggettiva.

Anche con riferimento a quest'ultima, il combinato disposto degli artt. 1235 c.c. e 1275 c.c. depone per l'estinzione delle garanzie annesse al credito nell'ipotesi di cessazione dell'obbligazione principale.

E anche nella novazione soggettiva, appunto, la giurisprudenza di legittimità riconosce l'estendibilità della relativa disciplina anche al negozio autonomo di garanzia, salvo che non vi sia un'espressa deroga imposta dalle parti¹²⁷.

Proprio l'estinzione anche della garanzia autonoma in caso di sopravvenuta caducazione dell'obbligazione principale per causa diversa dall'adempimento comporta ulteriori dubbi in ordine all'effettiva autonomia della stessa rispetto al rapporto di valuta garantito¹²⁸.

5.3. L'*EXCEPTIO DOLI*

Nell'inquadramento dell'istituto del contratto autonomo di garanzia, l'*exceptio doli* rappresenta il limite intrinseco al dispiegarsi degli effetti dell'autonomia¹²⁹.

¹²⁶ Cassazione civile sez. III, 31/03/2017, n.8342, cit.

¹²⁷ Cassazione civile sez. III, 11/12/2018, n.31956, in *Mass. Giust. civ.*, 2019: «nel regolamento negoziale della garanzia autonoma ben può includersi pure una deroga al combinato disposto degli artt. 1235 e 1275 c.c. nel senso di mantenere permanente l'obbligo di garanzia anche nel caso in cui vi sia subentro di un altro soggetto all'originario obbligato principale». CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 143: «rientra nel campo delle eccezioni fondate sul contratto di garanzia l'estinzione della garanzia per avvenuta liberazione del debitore principale (ad es. per novazione soggettiva) soltanto a favore del quale era stata prestata la garanzia stessa, pur rimanendo in vita l'obbligazione garantita in capo ad un altro soggetto subentrato nel lato passivo».

¹²⁸ Un discorso analogo, in termini di caducazione della garanzia autonoma, può essere replicato anche per la confusione e per la disciplina di cui all'art. 1253 c.c.

¹²⁹ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 945.

Difatti, a fronte di una richiesta di escussione della garanzia *prima facie* fraudolenta da parte del beneficiario, il garante, anche se autonomo, si presenta legittimato (anzi, obbligato¹³⁰) a rifiutare la prestazione richiestagli, a pena della perdita del diritto di regresso nei confronti del debitore principale.

Tale eccezione, tendenzialmente fatta valere in sede cautelare, nasce, pur in assenza di un'espressa codificazione, in applicazione della disciplina generale della buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e del correlativo principio di divieto dell'abuso del diritto, al fine di evitare che il creditore eserciti la situazione giuridica a questi spettante al solo fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento¹³¹.

Essa, invero, non rappresenta un limite proprio esclusivamente dell'ordinamento italiano, ma si presenta rinvenibile anche nella prassi internazionale e negli ordinamenti stranieri.

L'*exceptio doli*, in particolare, viene espressamente richiamata nell'art. 19 della Convenzione dell'ONU sulle garanzie autonome, che autorizza espressamente il garante a sospendere il pagamento nel caso di dolo del beneficiario, oltre che nell'art. 2321 del *Code civil* francese e nell'applicazione giurisprudenziale inglese¹³².

Incerta, tuttavia, si presenta l'individuazione dei crismi di abusività della richiesta, suscettibili di legittimare il rifiuto all'adempimento del garante¹³³.

Secondo una prima concezione, detta oggettiva, il carattere dell'abusività prescinde da qualsivoglia richiamo all'intento fraudolento o dannoso del beneficiario, risiedendo esclusivamente nell'oggettiva contrarietà alla buona fede della condotta tenuta.

Ai sensi di una diversa concezione, definibile soggettiva, l'operatività dell'*exceptio doli* non può invece prescindere dall'accertamento di un agire malizioso del creditore, il quale cercherebbe di escutere la garanzia con l'intenzionalità di arrecare un pregiudizio al debitore.

¹³⁰ CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 129.

¹³¹ Cassazione civile sez. II, 18/07/2023, n.20878, in *dejure.it*.

¹³² MULA L., *Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale*, in *dirittobancario.it* (aprile 2019).

¹³³ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 317.

Alla stregua di quest'ultimo indirizzo, l'eccezione in questione può considerarsi legittima solo in presenza di prove sicure della malafede del beneficiario, con il relativo onere della prova gravante sullo stesso garante¹³⁴.

Le Sezioni Unite del 2010, ponendosi nel solco della concezione oggettiva¹³⁵, ritengono proponibile l'*exceptio doli generalis seu presentis* laddove risulti evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per la pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa¹³⁶, ovvero nell'ipotesi in cui il creditore abbia contravvenuto al divieto di venire *contra factum proprium*¹³⁷.

Anche su questo fronte, tuttavia, l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla pronuncia di nomofilachia del 2010 ha determinato una tendenziale estensione dell'operatività dell'istituto in analisi.

È così che i giudici di legittimità e di merito costantemente individuano una situazione legittimante l'esercizio della *exceptio doli* anche nelle vicende aventi mera forza modificativa del rapporto di valuta, nelle ipotesi di violenza fisica e di compensazione, in quelle di difetto della qualità di creditore richiedente l'escussione per avvenuta cessione del credito, oltre che nelle evenienze di annullabilità del negozio base¹³⁸.

Quanto all'eccezione di compensazione, per esempio, l'opponibilità della relativa doglianza viene a più riprese confermata in dottrina¹³⁹.

¹³⁴ Cassazione civile sez. III, 16/11/2020, n.25860, in *dejure.it*. Per un'adesione alla tesi soggettiva si veda anche Cassazione civile sez. I, 25/05/2021, n.14363, in *Fallimento*, 2021, 11, 1452. CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 146, specificano che la prova liquida che il garante è tenuto a fornire non può fondarsi su circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile dal debitore garantito al creditore beneficiario della garanzia.

¹³⁵ Sulla tendenza della giurisprudenza a prescindere dall'elemento soggettivo si veda D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 97. DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 125, fa riferimento ad un comportamento scorretto, non necessariamente accompagnato, sul piano soggettivo, dalla intenzionalità della condotta.

¹³⁶ Riserve sull'applicazione dell'eccezione di dolo persistono nella casistica di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

¹³⁷ RENNA M., *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità – il commento*, in *Contratti*, 2016, 2, 135.

¹³⁸ In senso contrario alla proponibilità dell'eccezione di rescissione o di annullamento del contratto base da parte del garante autonomo si veda BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 288.

¹³⁹ BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 286. VILLANACCI G., *Performance bond. Caratteri e funzioni*, Napoli 1996, 101.

E se la proponibilità di quest'ultima non pone grosse problematiche nell'ipotesi in cui il garante autonomo porti in compensazione controcrediti discendenti da pregressi rapporti (diversi da quello di garanzia) intrattenuti direttamente e personalmente con il beneficiario¹⁴⁰, maggiori perplessità sorgono ove tale eccezione trovi origine e titolo nel rapporto principale garantito.

Non mancano autori, infatti, che, anche nella casistica da ultimo declinata, configurano l'eccezione di compensazione quale doglianza personale del garante, non attinente al rapporto tra creditore e debitore, e, come tale, non ricompresa nell'alveo delle eccezioni inopponibili da parte del garante autonomo¹⁴¹.

Ma, come anticipato, quella della compensazione è soltanto una delle fattispecie in cui l'*exceptio doli* conosce un'estensione del proprio perimetro di operatività.

Ulteriori fattispecie di escussione illecita della garanzia sono individuate, aggiuntivamente, nell'omesso rispetto delle forme prescritte per la richiesta al garante, nel pagamento di interessi moratori contrattualmente non dovuti¹⁴², nonché nell'avanzamento di domande creditorie di pagamento di canoni di locazione da versare per il periodo di sospensione dell'attività commerciale dettata dalla pandemia¹⁴³.

E, ancora, nell'ambito dell'*exceptio doli* vengono ulteriormente ricomprese ipotesi quali l'avvenuto adempimento del debitore garantito¹⁴⁴, l'inadempimento imputabile al creditore beneficiario della garanzia¹⁴⁵, l'inadempimento non imputabile

¹⁴⁰ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 259.

¹⁴¹ FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, cit., 531. In senso contrario MONTANI V., *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 7-8, 10547.

¹⁴² Tribunale Milano 14 marzo 2017, in *ilcaso.it*. DE GIOIA CARABELLESE P., LEMBO M., *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Tra due influence e unconscionability di ol-tremanica e buona fede italiana*, cit., 87.

¹⁴³ CARAPEZZA FIGLIA G., *Stato di emergenza e garanzie autonome. L'exceptio doli generalis al tempo della pandemia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 1, 133, in critica alla sentenza del Tribunale Milano del 24 luglio 2020, specifica che, in una logica relazionale, la richiesta di pagamento dei canoni in fase pandemica deve ritenersi ingiustificata nel confronto con gli interessi concorrenti della controparte debitrice e, come tale, deve essere considerata affetta dai crismi della slealtà.

¹⁴⁴ Cassazione civile sez. III, 30/08/2024, n. 23434, cit.; Tribunale Firenze, 19 gennaio 2021, n. 100, in *dejure.it*; Corte Appello Roma, 22 maggio 2001, in *Giur. rom.*, 2002, 14. Cassazione civile, sez. I, 01/10/1999, n. 10864, in *Banca Borsa*, 2001, 2, 666.

¹⁴⁵ Tribunale Milano, 22 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1996, 60 ss. Si veda anche Corte appello Ancona, 23/03/2025, n. 458, Tribunale Venezia, 3/02/2025, n. 590, Tribunale Torino, 9/10/2024, n. 5067, tutte consultabili in *dejure.it*.

al debitore¹⁴⁶, il caso in cui il beneficiario sia a sua volta inadempiente¹⁴⁷, la risoluzione del rapporto principale per fatto non imputabile al debitore principale, le irregolarità procedimentali nella richiesta di pagamento al debitore principale¹⁴⁸ o, infine, l'ipotesi in cui l'obbligazione principale sia estinta con liberazione del debitore principale¹⁴⁹.

Tutte le casistiche enunciate sino a questo punto portano a ritenere l'eccezione di dolo quale elemento naturale del negozio autonomo di garanzia.

Essa non risulta più identificabile alla stregua di *extrema ratio* collocata a tutela del garante, ma assume sempre più i tratti di uno strumento ordinario a disposizione dello stesso.

Ciò determina un possibile reingresso di quel novero di lagnanze che la figura della garanzia autonoma si propone, almeno in linea teorica, di superare¹⁵⁰, con il consequenziale ridimensionamento del crisma contraddistintivo dell'istituto nella fase patologica dell'escussione¹⁵¹.

Si genera così un'autonomia a intermittenza, preludio potenziale di una compressione in sede applicativa del correlativo contratto di garanzia¹⁵².

5.4. L'ECCEZIONE DELL'ART. 1956 C.C.

Tra le eccezioni opponibili da parte del fideiussore secondo il dettato codicistico vi è anche quella fissata all'art. 1956 c.c.

Essa appare idonea a liberare il fideiussore nell'ipotesi in cui il creditore, confidando sulla solvibilità del garante, continua a fare credito al debitore garantito, pur

¹⁴⁶ Tribunale Genova, 9 dicembre 1992, in *Giur. comm.*, 1993, 757 ss.; Tribunale Milano, 3 maggio 1984, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, 85.

¹⁴⁷ Tribunale Potenza, 12 marzo 1999, in *Giur. comm.*, 2000, 259; Tribunale Milano, 12 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1996, 60. Si veda anche Corte appello Bari, 22/04/2025, n. 591, Corte appello Lecce, 2/01/2025, n. 6, Tribunale Treviso, 17/8/2019, Tribunale Parma, 16/11/2011, n. 1229, Tribunale Rimini sez. I, 26/05/2018, n. 534, tutte consultabili in *dejure.it*.

¹⁴⁸ Tribunale Benevento, 26/02/2026, n. 315, in *dejure.it*

¹⁴⁹ Cassazione civile, 11 dicembre 2018, n. 31956, in *dejure.it*.

¹⁵⁰ Per i dubbi di compatibilità tra proponibilità dell'*exceptio doli* e autonomia della garanzia si veda BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 293.

¹⁵¹ BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 299.

¹⁵² BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 299.

nella consapevolezza di un peggioramento delle condizioni economiche dello stesso tale da rendere più difficile il recupero del credito.

Simile norma si presenta quale diretta espressione del principio di buona fede nella esecuzione dei contratti (art. 1375 c.c.), che impone alle parti contrattuali del rapporto obbligatorio di comportarsi secondo correttezza (art. 1175 c.c.), ossia di tenere quei comportamenti necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportano un apprezzabile sacrificio a carico della medesima.

La qualificazione di un negozio alla stregua di contratto autonomo di garanzia dovrebbe comportare, in ragione della deroga alla disciplina della fideiussione, l'inapplicabilità delle eccezioni tipiche di quest'ultimo tipo negoziale, tra cui appunto quella fondata sull'art. 1956 c.c.¹⁵³.

Difatti, l'autonomizzazione del rapporto di garanzia (creditore-garante) rispetto a quello garantito (creditore-debitore) dovrebbe determinare l'indifferenza del primo a fronte di potenziali eventi suscettibili di condizionare il secondo.

Tuttavia, è orientamento sempre più diffuso nella giurisprudenza di merito quello ai sensi del quale la liberazione del garante, sancita dall'art. 1956 c.c., risulta opponibile al creditore anche nella casistica di garanzia autonoma¹⁵⁴.

Simile doglianza, a ben vedere, non risulta derivante dal vincolo di accessorietà tra obbligazione del debitore principale e obbligazione del garante, ma riguarda piuttosto una esigenza di protezione di quest'ultimo che prescinde dalla esistenza di un rapporto di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale.

Proprio la circostanza, previamente declinata, che vede la disposizione dettata dall'art. 1956 c.c. alla stregua di un'espressione del principio generale di buona fede

¹⁵³ Si veda in tal senso Cassazione civile sez. III, 22/11/2019, n.30509, in *Studium juris*, 2020, 6, 740, e le ulteriori pronunce ivi richiamate. Per l'inopponibilità dell'eccezione ex art. 1956 c.c. si veda anche Cassazione civile sez. I, 31/10/2019, n.28204, in *dejure.it*. In dottrina, DE GIOIA CARABELLESE P., LEMBO M., *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Tra due influence e unconscionability di oltremarica e buona fede italiana*, cit., 8: «Conclusivamente, può - quindi - affermarsi che le citate eccezioni depongono a favore di un regime parzialmente elastico dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto all'obbligazione principale fermo restando che, secondo una giurisprudenza che può considerarsi sufficientemente costante, in linea di principio il garante autonomo non possa opporre le eccezioni ex artt. 1955, 1956 e 1957 c.c.». In senso analogo, BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 285.

¹⁵⁴ Corte appello Milano sez. I, 26/05/2023, n. 1723 in *dejure.it*.

nell'esecuzione dei contratti, non ammette la possibilità di deroghe neppure a fronte di garanzie non accessorie, in cui invero più forte si manifesta l'esigenza di protezione del garante¹⁵⁵.

L'applicazione della disciplina di cui all'art. 1956 c.c. anche al garante autonomo non necessita quindi di argomentazioni di tipo analogico e si giustifica semplicemente sulla base di una nozione teleologica di *exceptio doli*, tale da abbracciare qualunque condotta scorretta e contraria a buona fede posta in essere dal creditore garantito¹⁵⁶.

Si assiste, anche in questo ambito, a una lettura estensiva dell'*exceptio doli* come clausola di salvezza, particolarmente rilevante in punto di disciplina e in grado di consentire l'applicazione al *Garantievertrag* di quelle norme codicistiche sulla fideiussione che, non limitandosi ad esprimere un collegamento accessorio tra l'obbligazione di garanzia e quella principale, sono riconducibili a principi di correttezza di ordine generale che devono informare ogni fattispecie contrattuale¹⁵⁷.

5.5. IL PROGRESSIVO AMPLIAMENTO DELLE ECCEZIONI OPPONIBILI DA PARTE DEL GARANTE AUTONOMO

Il modello applicativo emerso evidenzia che il regime di inopponibilità delle eccezioni relative al rapporto garantito, elemento connaturato nella stessa ragion d'essere della garanzia autonoma, non risulta più profilo irriducibile della medesima.

Tanto nell'ambito delle eccezioni di estinzione e di nullità quanto in quello della cd. *exceptio doli* si ravvisa un'evoluzione interpretativa volta ad ampliare il novero dei rilievi sollevabili da parte del garante autonomo.

Questo, in particolare, si mostra legittimato a contestare l'inesistenza originaria o l'invalidità del rapporto di valuta, la sopravvenuta estinzione dello stesso, l'indebita concessione del credito al debitore principale e, entro certi limiti, la decadenza semestrale del creditore rispetto al diritto di azione a questo riconosciuto.

¹⁵⁵ Corte appello Firenze sez. II, 15/04/2020, n.792, in *ilcaso.it*, 2021.

¹⁵⁶ CAPASSO A., *Le garanzie fideiussorie. Esperienze nazionali a confronto*, Napoli 2022, 145.

¹⁵⁷ SECONDO R., *Osservazioni in tema di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. It.*, 2012, 12, 2578.

Simile tendenza, da un lato, si presenta conforme a quella linea evolutiva finalizzata a rafforzare il raggio di tutela del garante.

Essa si propone di evitare un completo assoggettamento giudiziale e stragiudiziale del garante autonomo rispetto alle pretese creditorie, potenzialmente suscettive di determinare situazioni anche gravemente lesive in capo al primo.

Dall'altro lato, l'estensione della legittimazione del garante autonomo a sollevare doglianze direttamente o indirettamente riconducibili al rapporto base depone, tuttavia, per lo snaturamento della relativa figura negoziale¹⁵⁸.

I recenti sviluppi applicativi rischiano di disperdere gli elementi di peculiarità dell'istituto, compromettendone la *ratio* originaria di salvaguardia della certezza e della celerità dei traffici commerciali.

Si verifica, come già anticipato, una progressiva assimilazione al modello codicistico fideiussorio, con un progressivo riassorbimento dei tratti distintivi dell'autonomia.

Alla stessa stregua di quanto visto con riguardo alla qualificazione negoziale, anche sotto il profilo delle eccezioni sollevabili si assiste quindi a una netta cesura tra elaborazione teorica e applicazione pratica, tra delineazione astratta e rappresentazione concreta.

Una frattura che, lungi dall'assumere un mero rilievo dogmatico, solleva più di un interrogativo in ordine allo stesso raggio di operatività del negozio di garanzia autonoma nel sistema giuridico interno.

Dalla venuta meno di una riconoscibile e caratteristica funzione pratica dell'istituto discendono, difatti, inevitabili problematiche con riferimento al giudizio di meritevolezza a cui sottoporre lo stesso in ragione della natura atipica rivestita dal relativo contratto.

6. LA QUESTIONE DELLA COMPATIBILITÀ TRA L'ART. 1957 C.C. E LA GARANZIA AUTONOMA

¹⁵⁸ GIARDINA A., VILLANI U., *Garanzie bancarie, commercio internazionale e diritto internazionale privato*, Padova 1984, 72: «Un ulteriore profilo dal quale risulta come la garanzia bancaria – pure se in principio staccata dal rapporto garantito – mantenga con quest'ultimo un certo legame, riguarda le eccezioni opponibili dal garante in caso di escussione da parte del creditore».

Un interessante punto di contatto tra i due profili applicativi sino a questo punto analizzati (qualificazione ed eccezioni) concerne il vaglio della compatibilità tra la disciplina sancita in materia fideiussoria dall'art. 1957 c.c. e il modello della garanzia autonoma¹⁵⁹.

L'articolo 1957 del codice civile, nello specifico, fissa un termine decadenziale semestrale per il creditore affinché questi proponga le sue istanze nei confronti del fideiussore e diligentemente le prosegua.

Tale disposizione, secondo attenta dottrina, può essere oggetto di deroga da parte dei contraenti laddove questi intendono distribuire i rischi negoziali in modo difforme rispetto al modello legale¹⁶⁰.

Il dilemma, come premesso, attiene alla applicabilità di tale normativa al contratto autonomo di garanzia e al carattere coesenziale o meno della stessa rispetto al crisma dell'accessorietà¹⁶¹.

Il problema della compatibilità della norma col carattere autonomo della garanzia, in particolare, si pone quando alcunché in proposito è dettato in contratto.

Alcune pronunce ritengono sussistente una deroga implicita alla relativa previsione, in forza dell'autonomia della garanzia¹⁶².

Altre, all'opposto, privilegiano la soluzione dell'applicabilità della norma anche al contratto autonomo di garanzia, al cospetto dell'irrilevanza per la stessa del carattere dell'accessorietà¹⁶³.

Un contrasto, quello da ultimo esplicitato, non appianato invero neppure a seguito della pronuncia resa a Sezioni Unite nel 2010, secondo cui si mostra innegabile che, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, al contratto autonomo di garanzia non può applicarsi la norma dell'art. 1957 c.c. sull'onere del creditore

¹⁵⁹ PIERRI A., SPARANO E., *La tutela del fideiussore*, Milano 2021, 223, evidenziano la scarsa univocità della giurisprudenza, anche di legittimità, allorquando questa analizza la rilevanza dell'art. 1957 c.c. nel contratto autonomo di garanzia.

¹⁶⁰ BENATTI F., *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, in *Fideiussione Omnibus e buona fede*, Munari A. (a cura di), 114-115, secondo il quale il canone del *favor* non costituisce argomento sufficiente per negare il carattere privatistico dell'art. 1957 c.c.

¹⁶¹ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 912.

¹⁶² Per la generale incompatibilità della disciplina dell'art. 1957 con la garanzia autonoma cfr. Cassazione civile sez. III, 04/12/2023, n.33860, in *Guida al diritto* 2024, 2.

¹⁶³ Per la applicabilità dell'art. 1957 c.c. anche al contratto autonomo di garanzia si veda Cassazione civile sez. III, 05/04/2012, n.5526, in *Foro it.* 2012, 10, I, 2713.

garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale.

Ebbene, simile regola della tendenziale incompatibilità del disposto di cui all'art. 1957 c.c. con la garanzia autonoma, imposta dal pronunciamento a Sezioni Unite, ha conosciuto modulazioni parzialmente diverse nelle statuizioni successive¹⁶⁴, tanto da portare a reputare confermata quella assenza di univocità dei responsi delle corti in materia¹⁶⁵.

La giurisprudenza più rigorosa esclude l'applicabilità della decadenza semestrale dell'art. 1957 c.c. al negozio di garanzia autonoma, ammettendo l'operatività della stessa esclusivamente nelle garanzie "a prima richiesta"¹⁶⁶.

Tale disposizione, collegata al carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria, instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e, come tale, rientra tra le previsioni su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile a un'obbligazione di garanzia autonoma¹⁶⁷.

Questo approccio rigoristico, come visto, è stato in parte condiviso anche dalle Sezioni Unite.

Queste ultime, tuttavia, non hanno mancato sottolineare come l'incompatibilità tra la previsione dell'art. 1957 c.c. e la garanzia autonoma non sia assoluta, ma venga attenuata nell'ipotesi in cui si manifesta una diversa pattuizione espressa in tal senso tra le parti e purché questa risulti compatibile con le restanti clausole del negozio¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Discrasie si riscontrano anche nella relazione tra art. 1957 c.c. e garanzia a prima richiesta. Si veda Cassazione civile sez. I, 09/08/2016, n.16825, in *Guida al diritto* 2016, 47, 67, in cui si rileva che la deroga all'art. 1957 c.c. non può ritenersi implicita laddove sia inserita, all'interno del contratto di fideiussione, una clausola di pagamento "a prima richiesta", o altra equivalente. Ma in senso completamente opposto cfr. Cassazione civile sez. III, 19/06/2024, n.16938, in *IUS Contratti* 18 settembre 2024.

¹⁶⁵ Così testualmente Cassazione civile sez. VI, 23/05/2022, n.16636, consultabile in *dejure.it*.

¹⁶⁶ Cassazione civile sez. I, 28/02/2020, n.5598, in *dejure.it*. Più dubbi sussistono, invece, in ordine alla vessatorietà della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. nelle fideiussioni *omnibus* rilasciate dal consumatore: cfr. SCHIAVOTTIELLO F., *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata*, cit., 113.

¹⁶⁷ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, in *Diritto & Giustizia* 2019, 12 dicembre. In dottrina, si veda D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 83.

¹⁶⁸ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit., ripresa poi anche da alcune pronunce successive (si veda, per esempio, Cassazione civile sez. VI, 17/11/2022, n.33876). BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 913.

E, proprio sulla scorta di questo spiraglio aperto dalle Sezioni Unite, l'ultima giurisprudenza di legittimità esclude che la qualificazione del negozio alla stregua di garanzia autonoma possa automaticamente far discendere la preclusione dell'applicazione dell'art. 1957 c.c.¹⁶⁹.

All'opposto, il rinvio pattizio alla previsione della clausola di decadenza di cui all'art. 1957, comma 1, c.c., sarebbe pur sempre ammissibile, dovendosi tuttavia intendere come riferito esclusivamente al termine semestrale indicato dalla richiamata disposizione¹⁷⁰.

Il rinvio alla disciplina della decadenza stabilito a livello codicistico, in seno al contratto di garanzia autonoma, implica quindi la sufficienza della richiesta stragiudiziale di adempimento, nel termine previsto, rivolta al solo garante¹⁷¹.

Per l'effetto, alla luce di tale ultimo orientamento, non si mostra necessaria l'osservanza del termine mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare "a prima richiesta" l'adempimento subordinato all'esercizio di un'azione in giudizio¹⁷².

Secondo questa diversa prospettiva, l'art. 1957 c.c. risulta espressione di un'esigenza di tutela del fideiussore che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorialità tra l'obbligazione di garanzia e quella garantita¹⁷³ e, in quanto tale, si presenta meritevole di tutela anche nelle ipotesi di assenza del collegamento negoziale¹⁷⁴.

Da ciò deriva l'inidoneità della configurazione della garanzia in termini di autonomia dal rapporto principale a determinare la necessaria deroga all'art. 1957 c.c.¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Cassazione civile sez. III, 26/01/2022, n.2350, in *dejure.it*.

¹⁷⁰ Cassazione civile sez. III, 26/01/2022, n.2350, cit.

¹⁷¹ Cassazione civile sez. III, 30/11/2021, n.37655, in *ilcaso.it*.

¹⁷² Cassazione civile sez. I, 03/11/2021, n.31509, in *expartecreditoris.it*.

¹⁷³ FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, cit., 530.

¹⁷⁴ Cassazione civile sez. III, 05/04/2012, n.5526, in *Foro it.* 2012, 10, I, 2713. Cassazione civile sez. I, 04/07/2003, n.10574, in *Giust. civ.* 2004, I, 103.

¹⁷⁵ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 329, evidenzia che, anche ove le parti non abbiano inteso richiamare l'art. 1957 c.c., l'autonomia della prestazione del garante deve essere in parte sterilizzata al fine di assicurare l'osservanza dei doveri di correttezza e buona fede, insuscettibili di condizionamenti anche nei contratti atipici.

E dalla mancanza di un'assoluta incompatibilità del termine decadenziale disposto dall'art. 1957 c.c. con il contratto di garanzia autonoma discendono delle importanti conseguenze anche in punto di qualificazione negoziale.

È, difatti, indirizzo pressoché dominante quello alla stregua del quale il richiamo pattizio all'operatività della decadenza semestrale non si mostra di per sé sufficiente a escludere il carattere autonomo della garanzia, dal momento che tale norma è espressione di un bisogno di protezione del fideiussore, meritevole di salvaguardia anche in caso di garanzia non accessoria¹⁷⁶.

Maggiori dubbi, invece, concernono la qualificazione di un negozio che esclude espressamente l'operatività del meccanismo di cui all'art. 1957 c.c.

Se, secondo un primo indirizzo, l'esplicita previsione nei contratti della mancata applicabilità dell'art. 1957 c.c. sarebbe un sicuro indice della sussistenza di un contratto autonomo anziché di una fideiussione¹⁷⁷, alla luce di un diverso orientamento interpretativo, invece, la sola esclusione dell'applicabilità della surrichiamata disciplina non si presenterebbe di per sé sufficiente, in assenza di ulteriori indici sintomatici e in difetto della clausola "senza eccezioni", a determinare il carattere autonomo della garanzia¹⁷⁸.

Anche nella disamina del rapporto tra la previsione dell'art. 1957 c.c. e la garanzia autonoma si percepisce con evidenza il riavvicinamento della disciplina dettata con riguardo a quest'ultima rispetto a quella segnalata in materia fideiussoria.

In entrambe le ipotesi di garanzia può permanere per il creditore l'operatività del termine semestrale da rispettare al fine di non incorrere nelle decadenze di rito, anche se diversa si prospetta la tipologia di azione (giudiziale o stragiudiziale) esperibile in tal senso.

E proprio lo stretto termine attribuito al creditore per escutere il garante autonomo in caso di estinzione dell'obbligazione garantita se, da un lato, implica un indubbio innalzamento delle tutele riconosciute in favore del garante, dall'altro, limita sotto il profilo temporale gli spazi di autonomia della garanzia rilasciata.

¹⁷⁶ Cassazione civile sez. III, 31/05/2021, n.15091, cit.

¹⁷⁷ Cassazione civile sez. III, 03/11/2021, n.31313, in *Guida al diritto* 2022, 3.

¹⁷⁸ Cassazione civile sez. I, 04/07/2003, n.10574, in *Giust. civ.* 2004, I, 103. Cassazione civile sez. III, 05/04/2012, n.5526, in *Foro it.* 2012, 10, I, 2713.

7. IL SISTEMA DELLE RIVALSE NELLA GARANZIA AUTONOMA

Nella ricostruzione delle Sezioni Unite del 2010, la più importante differenza operativa tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia non risiede tanto nel momento dell'escussione, quanto piuttosto nel regime delle azioni di rivalsa dopo l'intervenuto pagamento¹⁷⁹.

Il fideiussore, ancorché tenuto al pagamento a prima richiesta, risulta legittimato ad agire in ripetizione nei confronti del creditore beneficiario nell'ipotesi di pagamento non dovuto per motivi attinenti al rapporto base.

Il garante autonomo, invece, non può agire in ripetizione nei confronti del creditore¹⁸⁰, rinunciando anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'*accipiens* nel caso di escussione illegittima della garanzia.

Questi, infatti, si mostra legittimato esclusivamente a esperire l'azione di regresso, a norma dell'art. 1950 c.c., nei confronti del debitore garantito¹⁸¹, il quale a sua volta – ove vittoriosamente escusso dal garante – può agire in rivalsa nei confronti del creditore garantito nel caso di pagamento non dovuto alla stregua del rapporto base.

Anche l'azione di regresso del garante verso il debitore si presenta esclusa, però, se il primo abbia adempiuto in presenza di prove evidenti della mala fede del creditore, fatta salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti* ex art. 2033 c.c.

¹⁷⁹ Non manca un indirizzo minoritario della dottrina che propende per l'invalidità della clausola che rende autonoma l'obbligazione di rivalsa (e, con essa, il contratto nella sua interezza), in quanto suscettibile di determinare un'ipotesi di frode alla legge: essa, costringendo il garante autonomo ad adempiere senza opporre eccezioni e ammettendo la rivalsa di quest'ultimo nei confronti del debitore principale, determinerebbe un aggiramento della norma imperativa di cui all'art. 1462 c.c., posta l'integrazione del divieto insito in tale norma a mezzo di una sorta di triangolazione contrattuale. Più approfonditamente si veda D'ANDREA S., *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, cit., 1207; D'ANDREA S., *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 2, 469; BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 299.

¹⁸⁰ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 824, precisa che, nel contratto autonomo di garanzia, l'azione di ripetizione è esercitabile soltanto se giustificata da un vizio attinente al contratto medesimo.

¹⁸¹ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 260, definisce tale regresso piuttosto un'*actio mandati contraria* ex art. 1720 c.c., soggetta alle norme di cui agli artt. 1203, n.3, e 1299 c.c. Secondo CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 133, non si tratta di un'azione di regresso in senso tecnico; lo stesso autore, tuttavia, precisa come la giurisprudenza (si veda Cass. 15108/2013, Cass. 5526/2012, Cass. 3947/2010) continui a parlare di regresso, posto il progressivo assottigliamento della distinzione della disciplina di questo con l'*actio mandati* nell'ambito della garanzia autonoma.

E proprio questa impossibilità per il garante autonomo di agire in rivalsa contro il creditore del rapporto di valuta consente di mantenere un regime di indipendenza tra il rapporto di garanzia e il rapporto garantito¹⁸².

Un'autonomia accentuata ulteriormente dalla preclusione per il debitore di opporsi a quanto richiesto dal garante o di eccepire alcunché, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento, con la legittimazione per quest'ultimo ad agire esclusivamente nei confronti del garantito per il recupero dell'eccedenza (rispetto al danno subito) eventualmente percepita nel corso dell'azione di rivalsa esercitata dal garante¹⁸³.

Anche tale carattere di autonomizzazione della garanzia rispetto al rapporto base risulta, secondo alcuni, velatamente sfumato.

Come riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite, e in conformità con quanto ribadito anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità, un primo limite alla inattaccabilità del creditore garantito viene individuato nell'ipotesi di escussione fraudolenta della garanzia da parte di quest'ultimo¹⁸⁴.

In simile ipotesi, oggetto di interpretazione estensiva nella prassi¹⁸⁵, il garante autonomo si presenta legittimato ad agire in ripetizione direttamente nei confronti del creditore, squarciando quel confine che lo separa dal contratto base.

Sempre nell'ambito delle rivalse, inoltre, un ulteriore affievolimento dell'indipendenza della garanzia rispetto al rapporto principale viene individuato, secondo parte della dottrina, nella surricordata possibilità per il garante autonomo, escusso

¹⁸² NAPPI F., *La garanzia autonoma: profili sistematici*, Roma 1992, 225: «Nelle sue linee essenziali il fenomeno si presenta come la risultante di due profili logicamente scindibili: in primo luogo, l'immediata realizzabilità del credito garantito secondo lo schema della cauzione o secondo un meccanismo che nella sostanza non sembra differire troppo da quello dell'ulteriore garanzia (in senso lato) in cui consiste il *solve et repete*; ma soprattutto dalla circostanza che, in mancanza di vincolo di accessorietà, la rilevanza dei vizi del rapporto garantito (..) non sarà fatta valere, in sede di ripetizione, dal garante».

¹⁸³ Cassazione civile sez. III, 27/09/2016, n.18995 in *Diritto & Giustizia* 2016, 28 settembre. In dottrina, per le modalità di esperimento dell'azione di ripetizione da parte del debitore nei confronti del creditore beneficiario, si veda D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 174, e CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 134, il debitore principale può agire in ripetizione verso il beneficiario.

¹⁸⁴ Cassazione civile sez. I, 21/01/2020, n.1186, in *Notariato*, 2020, 3, 280.

¹⁸⁵ Per l'ampliamento interpretativo del campo dell'abusività manifesta si veda il paragrafo sull'*exceptio doli*.

vittoriosamente dal creditore, di agire in regresso nei confronti del debitore garantito a norma dell'art. 1950 c.c.¹⁸⁶.

Il diritto di regresso del garante nei confronti del debitore principale, del pari rispetto a quello di surroga¹⁸⁷, sarebbe infatti espressivo, nella prospettiva anche di un orientamento minoritario della giurisprudenza, del principio di accessorialità che caratterizza il contratto di fideiussione e, pertanto, esclusivamente una sua rinuncia sarebbe idonea a qualificare il negozio alla stregua di una garanzia autonoma¹⁸⁸.

L'esperibilità da parte del garante autonomo dell'azione di regresso deporrebbe quindi, in tale ottica¹⁸⁹, per un'ulteriore relativizzazione dell'autonomia del contratto di garanzia, sancendo l'incapacità di addivenire a una definitiva elisione tra le singole posizioni contrattuali coinvolte nell'operazione¹⁹⁰.

8. IL REGIME DELLA CIRCOLAZIONE DELLA GARANZIA AUTONOMA

La piena indipendenza della garanzia autonoma rispetto al rapporto garantito non viene riconosciuta neppure sotto il profilo della circolazione.

Una prima questione attiene, innanzitutto, alla capacità di circolazione della garanzia autonoma nell'ipotesi in cui non sia oggetto di trasferimento anche il contratto base.

Al cospetto di un orientamento che, sulla scorta dell'autonomia della garanzia, ammette linearmente il possibile trasferimento di questa indipendentemente dalla

¹⁸⁶ Per la correlazione tra l'accessorialità della garanzia e l'azione di regresso, e per la conseguenziale inapplicabilità di quest'ultima al garante autonomo, si veda CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 148: «le tutele del fideiussore, il regresso in particolare, si fondano sull'accessorialità e sulla solidarietà del vincolo fideiussorio. Il contratto autonomo di garanzia, chiaramente, non è accessorio, ma non è neppure solidale, poiché della solidarietà mancano entrambi i presupposti».

¹⁸⁷ MERZ S., *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie. Ipoteca, pegno, fideiussione*, Padova 1995, 498-499, specifica che l'azione di regresso (art. 1950 c.c.) e quella di surrogazione (art. 1949 c.c.), nell'ambito della fideiussione, sono complementari e, pur nelle differenze concettuali, portano a un medesimo risultato pratico.

¹⁸⁸ Tribunale Vibo Valentia sez. I, 26/01/2023, n.37, cit.

¹⁸⁹ Le Sezioni Unite del 2010 ritengono, all'opposto, che l'effetto sarebbe proprio quello di "autonomizzare" il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica. In tal senso, si veda anche Cassazione civile sez. VI, 03/12/2020, n.27619, in *Studium juris*, 2021, 7-8, 948: «non si può dedurre la natura accessoria del contratto di garanzia dalla previsione del diritto di surroga dell'assicuratore, posto che è connaturale ad ogni garanzia, sia essa autonoma o accessoria, la possibilità che il garante che abbia pagato si surroghi nei diritti del creditore verso il debitore». Per l'ammissibilità dell'azione di regresso da parte del garante autonomo, cfr. VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, Varese 2024, 505.

¹⁹⁰ Cassazione civile sez. I, 01/10/1999, n.10864, cit.

concomitante cessione anche del rapporto di valuta, un diverso indirizzo di pensiero considera inammissibile tale scissione, in forza del disposto dell'art. 2792 c.c., della necessaria inerenza della garanzia al rapporto garantito e della sussidiarietà dell'obbligazione del garante¹⁹¹.

E analoghe problematiche si riscontrano in ordine all'operatività dell'automatismo del trasferimento della garanzia nella diversa evenienza in cui sia oggetto di cessione il rapporto garantito.

A tal proposito, in particolare, si rilevano due possibili alternative.

Da un lato, vi è chi ritiene applicabile a simile casistica la disciplina dell'art. 1260 c.c., dettato in materia di cessione dei crediti, dal momento che, essendosi in presenza di un contratto con prestazioni a carico di una sola parte, sarebbe irrilevante il consenso del garante ceduto.

Dall'altro lato, una diversa opinione propende per l'applicazione della disciplina della cessione del contratto, estendibile, in conformità con l'orientamento giurisprudenziale prevalente, anche ai contratti unilaterali¹⁹².

E se una parte della dottrina predilige la tesi del necessario consenso del garante (contraente ceduto) per il valido trasferimento della garanzia col credito¹⁹³, è principio più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità¹⁹⁴, ripreso anche dalla recente giurisprudenza di merito¹⁹⁵, quello alla stregua del quale il contratto autonomo di garanzia, nell'ipotesi di cessione del credito, si trasferisce automaticamente in favore del cessionario.

Il contratto di garanzia, dunque, viene qualificato alla stregua di un accessorio del credito garantito e, in quanto tale, si presenta suscettivo di essere trasferito assieme allo stesso.

¹⁹¹ Per i termini del contrasto si veda FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, cit., 528.

¹⁹² CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 314.

¹⁹³ CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 142. SANGIOVANNI V., *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, cit., 567. DELLA CORTE M., *Il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza di legittimità: un passo avanti e due indietro*, in *Dir. Fall.*, 2003, 4, 20589, sostiene l'incompatibilità dell'art. 1263 c.c. con le garanzie non accessorie.

¹⁹⁴ Cassazione civile n. 10555/2022, richiamata in TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile – volume I*, Novembre 2024, 1086; Cassazione civile sez. III, 19/07/2002, n.10555, in *Dir. fall.* 2003, II, 589; Cassazione civile sez. trib., 10/10/2019, n.25491, in *Quotidiano Giuridico*, 2019.

¹⁹⁵ Tribunale Torino, sez. VIII, 11/05/2023, n. 2033 e Tribunale Lecce sez. III, 28/10/2021, n.2916, entrambe consultabili in *dejure.it*.

Si ammette, quindi, la piena operatività del disposto di cui all'art. 1263, co. 1, c.c., secondo cui, per effetto della cessione, il credito è trasferito con i privilegi, le garanzie e gli accessori ad esso relativi, senza la necessità di alcun consenso in ordine alla garanzia¹⁹⁶.

E questo anche in ragione del tenore letterale dell'art. 58, co. 3, TUB, in relazione al quale si ritiene che il contratto autonomo di garanzia rientra nel perimetro delle “garanzie di qualsiasi tipo” cedute nell'ambito di una operazione di cartolarizzazione.

Le ragioni delle opposizioni alla circolazione disgiunta della garanzia rispetto al credito principale sono verosimilmente da ricondursi a una duplice motivazione.

In primo luogo, essa si spiega sulla scorta della necessità di non attuare uno scollamento definitivo della garanzia dal rapporto principale, che ne costituisce l'ineliminabile referente causale.

In seconda battuta, la circolazione congiunta della garanzia autonoma e del credito si giustifica in forza della circostanza secondo la quale, in mancanza di un riferimento al rapporto principale, non sarebbe nemmeno possibile individuare un presupposto per l'escussione della garanzia¹⁹⁷, con il pericolo di riconoscere il relativo potere ad un soggetto privo dei mezzi per esercitarlo¹⁹⁸.

Anche in simile ipotesi, quindi, il collegamento funzionale tra rapporto principale e garanzia è meramente attenuato, ma non completamente reciso¹⁹⁹.

L'automatismo che contraddistingue il trasferimento della garanzia autonoma assieme al negozio garantito avvicina, altresì nell'ottica circolatoria, la disciplina a essa applicabile rispetto a quella stabilita a livello codicistico in materia di fideiussione.

Siffatta soluzione, tuttavia, rischia di non cogliere le peculiarità intrinseche della garanzia autonoma.

¹⁹⁶ Cassazione civile sez. III, 30/07/2024, n.21275, in *dejure.it*, ricomprende nell'oggetto della cessione la somma delle utilità che il creditore può trarre dall'esercizio del diritto ceduto, cioè ogni situazione giuridica direttamente collegata con il diritto stesso, ivi compreso il diritto al risarcimento del maggior danno derivante dal ritardo nel pagamento del credito stesso.

¹⁹⁷ CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 143.

¹⁹⁸ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 314. CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 159.

¹⁹⁹ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 314.

Tale garanzia, in detta ricostruzione, viene relegata a mero accessorio del credito, con un disconoscimento del carattere indipendente dell'impegno assunto dal garante nei confronti del creditore.

Una simile operazione si presenta difficilmente compatibile non soltanto con l'indirizzo che ritiene l'art. 1263 c.c. espressivo del vincolo di accessorietà²⁰⁰, ma anche con il carattere eccezionale del principio *accessorium sequitur principale*, derogatorio rispetto alla libertà di scelta della controparte (art. 1406 c.c.).

L'applicazione dell'art. 1263 c.c. al *Garantievertrag* dimentica, infatti, i rischi potenziali legati a questo tipo di garanzie, che sono notevolmente più elevati rispetto a quelli di un tradizionale modello fideiussorio, in ragione della limitazione delle eccezioni proponibili e del consequenziale aggravamento dei rischi assunti dal garante in caso di mutamento del creditore²⁰¹.

Un rapporto, quello di garanzia autonoma, in cui riveste importanza anche la qualità dei soggetti contraenti e in cui, proprio per questo, più forte dovrebbe imporsi la necessità del consenso di entrambe le parti ai fini della cessione²⁰².

9. LA DISCIPLINA CODICISTICA APPLICABILE ALLA GARANZIA AUTONOMA

Le questioni sino a questo punto affrontate evidenziano una latente difficoltà, per gli operatori del diritto, nel tracciare con adeguata precisione la disciplina riferibile al contratto atipico di garanzia autonoma.

Una difficoltà certificata anche dalle incertezze, recentemente segnalate dalla Corte di legittimità²⁰³, in ordine alla possibilità di estendere alla garanzia autonoma

²⁰⁰ CALABRESE G., *Fideiussione – La (non) trasferibilità della garanzia non accessoria*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2023, 2, 240.

²⁰¹ CALABRESE G., *Fideiussione – La (non) trasferibilità della garanzia non accessoria*, cit., 240. Secondo CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 313, l'aggravio per il garante costituisce un mero fatto e, come tale, risulta inidoneo a incidere sulla fattispecie normativa.

²⁰² CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 158-159. Ragionamento analogo vale anche per la lettera di *patronage*. CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 313, richiama, a suffragio di tale argomentazione, l'art. 1711 c.c., evidenziando che un'eventuale modifica del rapporto di garanzia che il garante decide senza il consenso dell'ordinante costituisce un atto che esorbita i limiti del mandato, ma che rimane valido ed efficace tra le parti del rapporto stesso; la modifica rimane, quindi, a carico del mandatario-garante se il debitore-mandante non la ratifica.

²⁰³ Cassazione civile sez. III, 13/11/2024, n.29293, in *dejure.it.*, ha rimesso in pubblica udienza la questione.

la previsione dell'art. 1936, co. 2, c.c., finalizzata a superare ogni dubbio di validità della fideiussione nel caso in cui il debitore principale, soggetto estraneo alla fonte dell'obbligazione di garanzia, non ne sia a conoscenza²⁰⁴.

Proprio questi dubbi legati alla riferibilità anche al contratto autonomo di garanzia dell'art. 1936, co. 2, c.c., in uno con quelli già scanditi con riferimento agli artt. 1945, 1956 e 1957 c.c., dimostrano le persistenti perplessità che continuano a connotare il regime regolativo del nuovo istituto di garanzia.

Plurimi sono, in proposito, gli indirizzi dottrinali sviluppati al fine di identificare la normativa applicabile a tale negozio in presenza di eventuali lacune negoziali lasciate dalle parti.

Vi è chi ritiene che alla garanzia autonoma debba essere estesa, seppur non indiscriminatamente, la disciplina della fideiussione²⁰⁵.

Tale indirizzo, maggioritario anche nella giurisprudenza di legittimità²⁰⁶, si fonda sulla necessità di ricercare in una figura affine il modello paradigmatico da prendere a riferimento per la definizione dello schema giuridico riferibile al contratto autonomo di garanzia.

Un'estensione, quella del paradigma fideiussorio, non indistinta, ma temperata in forza dei più volte richiamati profili differenziali rinvenibili nella garanzia accessoria rispetto alla garanzia autonoma.

È così che si pone la necessità di un distinguo, nelle norme passate in rassegna con riferimento alla fideiussione, tra le disposizioni di legge fondate sul crisma dell'accessorietà al debito principale, inapplicabili al contratto autonomo, e le disposizioni non legate al profilo dell'accessorietà, ma espressione piuttosto del

²⁰⁴ MONTANI V., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: tertium non datur*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2, 2011, 89. Tribunale Bologna sez. II, 03/06/2019, n.1288, in *dejure.it*. Cassazione civile sez. I, 23/01/1991, n.617, in *Mass. Giur. It.*, 1991, tra le altre, evidenzia che la previsione dell'art. 1936, co. 2, c.c. non legittima comunque l'omissione del riferimento a uno o più obbligati principali; tale mancato riferimento, infatti, collide con la funzione propria dell'istituto fideiussorio, diretto ad ampliare la garanzia offerta al creditore dal patrimonio del debitore principale. Un patrimonio, quello del debitore principale, che, esclusa la natura aleatoria del contratto, il fideiussore non può ignorare.

²⁰⁵ SANGIOVANNI V., *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, cit., 567.

²⁰⁶ Cassazione civile sez. III, 30/11/2018, n.31002, in *dejure.it.*, sostiene che la giurisprudenza di legittimità è conforme nel ritenere applicabile le norme in materia di fideiussione, fatta eccezione per l'ipotesi di deroghe espresse apposte delle parti.

generale principio di buona fede²⁰⁷, suscettibili di estensione anche al contratto autonomo²⁰⁸.

Talaltro, invece, individua negli articoli sul mandato, e in particolare sul mandato senza rappresentanza, l'anello di congiunzione della pluralità dei rapporti che si intelaiano tra le varie parti negoziali²⁰⁹.

Altri ancora, infine, sostengono la necessità di estendere anche alla garanzia autonoma lo schema normativo stabilito con riguardo al modello delegatorio²¹⁰, l'unico in grado di consentire lo sdoppiamento tra il soggetto tenuto al pagamento e quello legittimato a far valere in sede di ripetizione gli eventuali vizi del rapporto garantito²¹¹.

Questa assenza di definitezza relativa alla normazione applicabile alla garanzia autonoma testimonia, una volta di più, i molteplici dubbi che ancora oggi affliggono il tessuto negoziale riferibile a siffatta figura contrattuale.

Dubbi che, ove non adeguatamente affrontati, rischiano di minare le stesse ragioni alla base del concepimento dell'istituto, determinando evidenti difficoltà anche nella giustificazione teorica del medesimo.

10. UN'ACCESSORIETÀ ATTENUATA PER IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA?

Le declinazioni applicative giurisprudenziali, sino a questo punto evidenziate, portano a ritenere che, a discapito delle dichiarazioni di principio, l'ordinamento giuridico italiano abbia accolto una garanzia in cui il carattere dell'accessorietà si presenta meramente attenuato, ma non completamente escluso.

Plurime sono le deviazioni che, nella pratica del diritto, limitano la piena espressività del contratto autonomo di garanzia.

²⁰⁷ D'ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 81.

²⁰⁸ SANGIOVANNI V., *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, cit., 567.

²⁰⁹ TARTAGLIA P., *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., 149.

²¹⁰ NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., 239, evidenzia che la disciplina delle garanzie "senza eccezioni" può utilmente attingere per analogia alle disposizioni sulla delegazione, senza che trovi fondamento la preoccupazione che il rapporto tra terzo e creditore sarebbe così sottoposto all'esperibilità dell'eccezione di nullità della doppia causa, in contrasto con gli interessi perseguiti dalle parti.

²¹¹ NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., 263.

Compressioni all'autonomia della garanzia sono rinvenibili, innanzitutto, sul piano qualificatorio.

Garanzie pensate con i crismi dell'autonomia, come nel caso del modulo ABI, o addirittura strutturate con i crismi dell'autonomia, come nel caso di quelle rilasciate dal consumatore, vengono progressivamente ricondotte nell'alveo di configurabilità del tipo fideiussorio.

Attenuazioni del carattere dell'indipendenza della garanzia rispetto al negozio garantito sono osservabili, inoltre, anche nel settore delle eccezioni opponibili da parte del garante autonomo.

L'esclusione della proponibilità delle eccezioni inerenti al rapporto base, vessillo dell'autonomia della garanzia, viene temperata per il tramite del riconoscimento, in capo al garante autonomo, della facoltà di opporre un ampio ventaglio di doglianze relative al rapporto di valuta.

È così che anche quest'ultimo si mostra legittimato a sollevare rilievi inerenti alla nullità e all'estinzione (originaria o sopravvenuta) del contratto principale, nonché quelli relativi all'abusività della condotta del creditore garantito.

Ma profili critici nell'applicazione della garanzia autonoma si mostrano analizzabili altresì nei settori delle rivalse e della circolazione.

Se, quanto al primo profilo, l'ambiguità nasce dall'ampliamento della possibilità per il garante autonomo di agire in rivalsa nei confronti del creditore garantito e in regresso nei confronti del debitore principale, in relazione al crisma circolatorio, invece, le perplessità sorgono in ragione dell'automatismo nel trasferimento del negozio di garanzia autonomo assieme al rapporto base.

Tutte queste prospettive applicative denotano, quindi, un lento ma inesorabile avvicinamento del regime riferibile al contratto autonomo di garanzia a quello dettato in materia fideiussoria.

Un accostamento che, a ben vedere, fa sorgere più di un interrogativo in ordine all'effettivo dualismo tra le due figure.

La tendenza in atto è, infatti, quella volta a connotare anche la garanzia autonoma di una sorta di accessorietà mascherata, seppur con sfumature più attenuate rispetto a quelle caratteristiche della fideiussione²¹².

Ma proprio questa estensione del parametro dell'accessorietà anche all'ipotesi della garanzia autonoma non può che far dubitare sull'effettiva utilità di suddetto istituto, progressivamente riassorbito nel tipo fideiussorio²¹³.

11. GLI OSTACOLI ALLA PIENA AUTONOMIZZAZIONE DELLA GARANZIA

L'astratto riconoscimento della garanzia autonoma non elimina i dubbi e le resistenze applicative che continuano a caratterizzare simile istituto nell'ordinamento giuridico italiano.

Nonostante le dichiarazioni di principio a favore dell'ammissibilità della garanzia autonoma, le difficoltà del diritto interno ad assicurare la piena operatività dell'istituto si presentano evidenti.

Difficile ammettere l'esistenza di un garante in assenza di un garantito.

Così come, riprendendo gli spunti metaforici offerti in apertura della trattazione, difficile immaginare un'ombra senza un corpo, una scia senza un veliero.

Perché, come noto nella comune esperienza, ogni ombra non può che nascondere un corpo, ogni scia non può che inseguire un veliero.

E, parimenti, ogni garante non può che necessitare di un garantito da salvaguardare a mezzo del proprio patrimonio.

Il giustificativo economico alla base della garanzia autonoma si mostra idoneo esclusivamente a legittimare l'ammissione empirica del modello della garanzia autonoma nel diritto interno, ma difetta della profondità necessaria per spiegare il substrato esistenziale di tale strumento.

Plurimi sono gli ostacoli in diritto che si frappongono alla possibilità di configurare la assoluta indipendenza della garanzia dal rapporto fondamentale.

²¹² BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 290.

²¹³ CIMATTI I., *Ancora sull'autonomia del contratto autonomo di garanzia*, in *Giurisprudenza di Merito*, 4-5, ottobre 1999, 726, definisce l'autonomia come mero simulacro.

Una prima ragione che si pone a fondamento delle incertezze connotanti il contratto autonomo di garanzia si rinviene nell'assenza di una normazione espressa relativa al medesimo.

La mancanza di una disciplina dell'istituto segna inevitabili perplessità in ordine ai confini applicativi della garanzia non accessoria e al limite di sopravvivenza della stessa.

Da un lato, si staglia la problematica inerente ai crismi di configurabilità di un negozio elaborato in ordinamenti stranieri e trapiantato nel nostro in assenza di un modello di riferimento, oltre che in difetto di una storia pregressa a sostegno²¹⁴.

Dall'altro lato, invece, si profila la difficoltà di tracciare un ambito di operatività dell'istituto distinto rispetto a quello tipico della fideiussione²¹⁵.

A più riprese, difatti, viene colta nella garanzia autonoma un'ipotesi di mutazione genetica della garanzia codicistica, una sorta di gemmazione di quest'ultima²¹⁶, con consequenziali problematicità nel tracciare una chiara linea di discriminate tra le stesse.

Ma la diffidenza al piano ingresso della garanzia autonoma si mostra altresì spiegabile in forza dell'esigenza indefettibile, propria del diritto interno e difforme dal modello tedesco, di attribuire un'adequata giustificazione causale a qualsiasi prestazione.

Una giustificazione causale che, invero, sembra difettare nel contratto autonomo di garanzia, vista la rarefazione dell'obbligazione da garantire.

Si verrebbe, in questi termini, a determinare un negozio astratto non espressamente contemplato positivamente, e in quanto tale inammissibile nel nostro ordinamento.

Inoltre, il ridimensionamento dell'indipendenza della garanzia autonoma, sotto il profilo giuridico, risulta ulteriormente giustificato in dottrina.

²¹⁴ BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli 1993, 207.

²¹⁵ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.: «La giurisprudenza di questa corte ha seguito, nel tempo, itinerari interpretativi non sempre univoci sul tema dei rapporti tra fideiussione e cd. *Garantievertrag*, pur avendo di recente manifestato una sempre maggiore consonanza di pensiero nella strutturazione di una sempre più indispensabile *actio finium regundorum* tra le due fattispecie».

²¹⁶ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 174.

Talora la ragione giustificativa della compressione dell'autonomia viene colta nel principio di proporzionalità²¹⁷.

Tale principio, già largamente adottato nel diritto civile e, soprattutto, nel diritto penale, negli ultimi anni ha trovato conferme legislative anche nell'ambito delle garanzie del credito.

Esso si coglie, innanzitutto, nel pegno mobiliare non possessorio, in cui, in caso di bene sottoposto a garanzia contenente più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, ciascun creditore si presenta legittimato a disporre delle facoltà del comma 7 dell'art. 1 d.l. 59/2016 (vendita del bene oggetto di pegno, escussione dei crediti dati in pegno, ecc.), con obbligo da parte del disponente di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a), il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono che si sono unite o mescolate.

Ma profili di proporzionalità si rintracciano altresì nella garanzia pubblicistica da rilasciare per partecipare alle procedure concorsuali, in cui la stazione appaltante mantiene la possibilità di variare in aumento o in diminuzione la cauzione rilasciata al fine di renderla adeguata alla natura delle prestazioni oggetto del contratto nonché al grado di rischio ad esso connessa (art. 93 d.lgs. 50/2016).

Proprio questa diffusione dell'applicazione del principio di proporzionalità anche all'istituto della garanzia impedirebbe, secondo parte della dottrina, di portare l'autonomia della garanzia a livelli assoluti, posta la necessità di adeguare sempre questa ai condizionamenti derivanti dal rapporto base²¹⁸.

La ragionevolezza della limitazione del carattere autonomo della garanzia viene, inoltre, corroborata dal crisma della meritevolezza che, a norma dell'art. 1322 c.c., permea la valutazione di ogni clausola atipica²¹⁹.

Una meritevolezza intesa non tanto in termini meramente negativi di non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, quanto piuttosto quale criterio di valutazione della rispondenza del regolamento concretamente adottato rispetto agli interessi e ai valori del sistema giuridico.

²¹⁷ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 332.

²¹⁸ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 333.

²¹⁹ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 335.

L'assoluta autonomia della garanzia, a un'attenta analisi, si porrebbe in contrasto proprio con questi ultimi, determinando un eccessivo pregiudizio in capo alle parti deboli del mercato.

Ma anche laddove si accantonasse la questione della meritevolezza degli interessi, rinvenendo la stessa nelle esigenze di essere inclusi nelle reti commercio internazionale, rimarrebbe il problema della compatibilità con l'ordine pubblico imposto dall'art. 1322, co. 2, c.c., fortemente arrischiata dall'impossibilità formale per il garante di proporre eccezioni²²⁰.

Tutti questi profili critici, in uno con il potenziale conflitto dell'istituto con l'inefficacia fissata dall'art. 1462 del codice civile²²¹, determinano quindi le surricordate resistenze applicative dell'ordinamento interno alla figura della garanzia autonoma.

11.1. LA QUESTIONE DEL FONDAMENTO GIURIDICO DELLA GARANZIA AUTONOMA

È così che, pur a fronte di un sempre più ampio consenso nella determinazione in senso affermativo della valutazione di meritevolezza imposta dall'art. 1322 c.c. con riguardo ai negozi atipici, rimangono irrisolte questioni centrali inerenti alla conformazione e alla operatività della garanzia autonoma.

Tra queste, la problematica di maggior rilievo concerne, come a più riprese ribadito, la compatibilità di simile strumento con il crisma dell'accessorietà, che, secondo parte della dottrina, risulterebbe essenziale alla funzione stessa della garanzia.

²²⁰ MONTANARI A., "Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2024, 1, 67.

²²¹ TARTAGLIA P., *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., 20. Di contrario avviso PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, in *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Draetta U., Vaccà C. (a cura di), cit., 17, secondo cui, all'ammissione della garanzia autonoma, non sarebbe di ostacolo l'art. 1462 c.c., posto che il garante non rinuncia a opporre le eccezioni riguardanti la sua promessa. Inoltre, secondo l'a., l'inopponibilità delle eccezioni riguardanti il rapporto principale da parte di un terzo non sarebbe una stranezza nel nostro ordinamento, alla luce delle disposizioni degli artt. 1271, 1272, 1273, 1413 c.c.

Ma problematiche altrettanto importanti si rinvencono nell'individuazione del fondamento positivo della garanzia autonoma, nonché nell'esplicazione di un riferimento causale della stessa.

Questioni che, in mancanza di una regolamentazione espressa di tale figura negoziale in seno al codice civile e in presenza di una normazione soltanto vagamente accennata nelle leggi speciali, non sempre trovano soluzione uniforme in dottrina e in giurisprudenza.

Quanto al fondamento positivo, innanzitutto, il contratto autonomo di garanzia, parimenti rispetto agli altri contratti atipici, trova il suo referente codicistico nella previsione di cui all'art. 1322, co. 2, c.c., norma di accesso per i contratti non appartenenti ai tipi legali.

Se, da un punto di vista economico, la meritevolezza dell'istituto viene colta nella velocizzazione dei traffici commerciali, da un punto di vista giuridico, invece, la ricerca degli interessi da valorizzare non si mostra altrettanto lineare.

L'opinione maggioritaria individua l'appiglio giustificativo delle garanzie atipiche nel disposto dell'art. 1179 c.c. e nella possibilità, per il soggetto tenuto a fornire una garanzia senza determinazione di modo e forma, di prestare a propria scelta un'idonea garanzia personale ovvero una diversa sufficiente cautela²²².

L'art. 1179 c.c., difatti, non limita il proprio ambito di operatività alle garanzie personali e reali riconosciute a livello positivo, ma estende le proprie prospettive a figure ulteriori non rientranti tra quelle già conosciute, purché sufficienti a rafforzare la probabilità di soddisfacimento del credito vantato²²³.

Si impone, così, il principio implicito, ma uniformemente riconosciuto, dell'equivalenza delle garanzie.

Tale principio dell'equivalenza delle garanzie si pone al fianco di quello, altrettanto dottrinalmente ammesso, di autonoma determinazione delle garanzie secondo articolazioni plurime, delineando a tal stregua un sistema aperto a forme nuove rispetto agli schemi legali²²⁴.

²²² RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 201.

²²³ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 4.

²²⁴ BRECCIA U., *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzia bancarie attive e passive*, Milano 2004, 754.

Ma la previsione dell'art. 1179 c.c. e i principi applicativi da essa discendenti non si mostrano le uniche valvole di ingresso del negozio autonomo di garanzia nel sistema italiano.

Taluno coglie nella fattispecie della promessa del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c. una disposizione centrale al fine di riconoscere il diritto di cittadinanza delle garanzie autonome nel nostro ordinamento²²⁵.

Tale norma, infatti, contempla una categoria di eventi estremamente ampia e assai genericamente caratterizzata, priva di una assoluta specificazione in ordine al comportamento del terzo ivi ricompreso.

Ciò rende ammissibili le garanzie in tutto e per tutto atipiche, sia per quanto riguarda l'individuazione dei rischi garantiti sia in relazione ai rimedi esperibili²²⁶.

Talaltro, invece, individua un referente della garanzia autonoma nell'art. 1844 c.c., inerente alla sufficienza della garanzia posta a sostegno dell'apertura di credito bancario²²⁷.

Questa ambiguità nel segnalare con univocità il parametro di ammissione della garanzia autonoma nel sistema giuridico italiano conferma, se necessario, le persistenti incertezze teoriche relative ai connotati dell'istituto.

L'incapacità di tracciare con certezza il fondamento giuridico della figura riprova una difficoltà oggettiva, per gli operatori del diritto, di sistematizzazione della stessa, in evidente contrapposizione rispetto alla diffusione pratica della medesima.

11.2. LA QUESTIONE DELLA CAUSA DELLA GARANZIA AUTONOMA

Un'ulteriore questione irrisolta che affligge il contratto autonomo di garanzia riguarda la causa negoziale.

Una questione, a ben vedere, controversa non soltanto nel nostro ordinamento, ma anche nelle normative straniere.

E se in Germania il problema è superabile a fronte della mancata essenzialità della causa ai fini della validità contrattuale, maggiori difficoltà si riscontrano negli altri sistemi giuridici.

²²⁵ PERRIER E., *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, cit., 96.

²²⁶ REGAZZONI L., *La garanzia nel diritto dei contratti*, Milano 2022, 244.

²²⁷ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 202.

In Spagna si distingue l'ipotesi della mancanza di causa rispetto alla natura indipendente della garanzia.

In Francia e in Belgio si riconduce la causa al rapporto corrente tra debitore principale e garante.

In Portogallo, la causa è rappresentata dalla funzione di garanzia assolta dal contratto autonomo di garanzia.

In Grecia, infine, dove molto discussa è la natura causale o astratta del contratto, l'opinione prevalente privilegia la prima ipotesi nella misura in cui il negozio di garanzia assolve la funzione di assicurare al creditore l'immediata soddisfazione della propria pretesa²²⁸.

Nel diritto italiano, invece, varie sono le tesi sviluppate con riferimento alla funzione in concreto svolta dalla garanzia autonoma.

Dall'ipotesi di negozio a causa astratta a quella di collegamento negoziale determinante una causa complessa; dalla ricerca di una causa esterna all'obbligazione di garanzia alle teorie volte a individuare riferimenti normativi all'interno di diverse figure tipizzate; dalla delegazione alla promessa del fatto del terzo; dalla *causa cavendi* fino alla teoria della causa mista²²⁹.

Una varietà di ricostruzioni che necessita, ai fini della comprensione, di un approfondimento maggiormente dettagliato.

Un originario orientamento di dottrina e giurisprudenza considera astratto il contratto autonomo di garanzia, in quanto privo di una vera e propria causa²³⁰.

Tale ricostruzione mette in discussione la stessa ammissibilità di simile modello negoziale, alla luce del potenziale conflitto con il principio di causalità negoziale e della necessità per ogni spostamento patrimoniale di avere una ragione giustificativa²³¹.

Un'astrazione, quella della garanzia autonoma, non soltanto di tipo processuale, come nella garanzia con clausola *solve et repete*, bensì di natura sostanziale²³².

²²⁸ FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, cit., 510.

²²⁹ Per un breve quadro delle plurime tesi in punto di causa della garanzia autonoma si veda PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 577 ss.

²³⁰ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 504.

²³¹ CAIAFFA G., *Garanzia autonoma e clausola claims made tra atipicità e (recente) tipicità contrattuale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1, 2021, 239-240.

²³² FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 1193.

L'astrazione del rapporto di garanzia, tuttavia, non può essere intesa in senso assoluto, mostrandosi esclusivamente di tipo relativo.

Ciò si manifesta già nelle evenienze di abuso del creditore, con la legittimazione del garante a sollevare l'*exceptio doli*.

Ma la relativizzazione dell'astrazione si riscontra altresì con riferimento ai vizi del rapporto garantito, insuscettibili di essere fatti valere dal garante nei confronti del creditore, ma invocabili dal debitore escusso in regresso per recuperare dal creditore quanto da questi incassato indebitamente²³³.

La prospettata astrazione, dunque, non si traduce nella costituzione di un'obbligazione priva di causa, ma si limita a descrivere il rapporto tra l'obbligazione di garanzia e quella garantita²³⁴.

Al fine di superare la visione del negozio di garanzia autonoma alla stregua di contratto astratto, e in quanto tale inammissibile nel nostro ordinamento, si sono sviluppate plurime ricostruzioni in ordine al profilo causale dello stesso.

Una prima tesi propende per l'esternalizzazione della causa giustificativa dell'assetto negoziale fissato dalle parti, da individuarsi nel rapporto principale garantito, giusta enunciazione nel negozio costitutivo della finalità di garanzia che le parti intendono perseguire²³⁵.

La connotazione causale del contratto autonomo di garanzia, secondo questa tesi, può essere affermata nella misura in cui quest'ultimo contenga la dichiarazione dello scopo di garanzia e le parti facciano comunque riferimento a un rapporto fondamentale, suscettibile di giustificare l'obbligazione del garante e di evitare l'astrazione negoziale²³⁶.

²³³ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 1193.

²³⁴ Cassazione civile, sez. I, 01/10/1999, n. 10864, cit.

²³⁵ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 1029.

²³⁶ Per negozi con causa esterna, in particolare, si fa riferimento a tutte quelle situazioni nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come conseguenza di un negozio contenente in sé la sua causa: cfr. BARILLA G.B., *Contratto autonomo di garanzia, prestazione caratteristica e giurisdizione applicabile al vaglio delle Sezioni Unite: alcune considerazioni critiche*, in *Corriere Giur.*, 2014, 2, 182. L'autore richiama, a titolo esemplificativo, il negozio di ritrasferimento dal mandatario al mandante nel contratto di mandato avente a oggetto beni mobili acquistati dal mandatario (art. 1706 c.c.).

La categoria dei contratti con causa esterna viene tendenzialmente ammessa sulla scorta dell'art. 1530 c.c., con la sufficienza della mera enunciazione dello scopo che le parti vogliono perseguire e quella del fondamento del negozio²³⁷.

Le incertezze che contraddistinguono il concetto stesso di causa esterna, nonché la dubbia interpretazione del disposto di cui all'art. 1530, co. 2, c.c.²³⁸, sconsigliano tuttavia di fondare la validità della garanzia autonoma su una simile ricostruzione, suscettiva di seminare dubbi sulla stessa causalità del negozio²³⁹.

Nasce così una seconda ipotesi ricostruttiva, che assimila la funzione della garanzia autonoma all'istituto della delegazione pura cumulativa, adattato in ragione dell'assunzione da parte dell'interventore della veste di garante e non di assuntore²⁴⁰.

Si afferma, a tal stregua, la teoria della doppia causa, secondo cui il negozio autonomo di garanzia sarebbe, del pari rispetto alla delegazione passiva, il momento esecutivo di un'operazione economica che muove da un mandato²⁴¹.

In senso contrario a simile risultato interpretativo, si nota che l'assimilazione della garanzia autonoma allo schema della delegazione ne implica un'evidente alterazione della funzione, trasformando l'istituto in una sorta di contratto di assunzione di debito²⁴².

La delegazione, infatti, fa sì che l'obbligazione assunta dal delegato abbia lo stesso oggetto della prestazione facente capo al delegante.

E ciò non sempre accade nel contratto autonomo di garanzia, ove il garante è il più delle volte tenuto a una prestazione difforme rispetto a quella rimasto inadempita dal garantito²⁴³.

²³⁷ PERRIER E., *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, in *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Draetta U, Vaccà C. (a cura di), cit., 76.

²³⁸ D'ANDREA S., *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, cit., 1199, osserva che una norma sulla vendita non può essere il fondamento unico della validità e meritevolezza del contratto autonomo di garanzia, alla luce delle letture diametralmente opposte riscontrate in dottrina e in giurisprudenza.

²³⁹ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 496-497.

²⁴⁰ CICALA R., *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, 143. NATOLI R., *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, Vol. X, 2012.

²⁴¹ Cassazione civile sez. III, 21/01/2026, n. 1292, cit.

²⁴² CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 301.

²⁴³ D'ANDREA, *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, cit., 1197. BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 504, evidenzia che il garante autonomo, a

Allo schema delegatorio, una frangia della dottrina privilegia quello della promessa del fatto del terzo²⁴⁴.

Il promittente, così come il garante, assume su di sé il rischio del pregiudizio temuto dal promissario, garantendo l'esecuzione di una prestazione idonea a ristore quest'ultimo nell'ipotesi di inadempimento del terzo²⁴⁵.

Simile argomentazione, tuttavia, oltre a non riuscire a spiegare la ragione per cui il garante deve comunque indennizzare un creditore che non ha subito alcun danno a causa di un comportamento asseritamente illecito (ossia l'inadempimento) della controparte²⁴⁶, non chiarisce neppure come superare i plurimi profili differenziali esistenti tra garanzia autonoma e promessa del fatto del terzo, quale per esempio l'assenza di automaticità che segna quest'ultima figura²⁴⁷.

Le Sezioni Unite vagliano, quindi, la possibilità di ascrivere una funzione cauzionale all'istituto, posta la capacità dello stesso di assicurare al creditore, alla medesima stregua della cauzione, la facoltà di procedere all'immediato incameramento delle somme²⁴⁸.

Rispetto alla cauzione, però, la garanzia autonoma mostra evidenti segni di disomogeneità sia da un punto di vista strutturale, vista la natura reale esclusivamente della prima²⁴⁹, che da un punto di vista funzionale, data la capacità solo della seconda di evitare l'immobilizzazione della ricchezza²⁵⁰ e di prescindere da una richiesta formale ai fini dell'escussione²⁵¹.

differenza del delegato, può opporre la nullità del credito garantito risultante da prove certe e liquide, vista la causa di garanzia connotante tale negozio.

²⁴⁴ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 301.

²⁴⁵ BRIGANTIE., *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, 107.

²⁴⁶ D'ANDREA, *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, cit., 1195.

²⁴⁷ LAUDISA L., *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, Milano 1993, 13. Per il diverso regime di responsabilità che si attegga nelle due diverse ipotesi cfr. PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 289.

²⁴⁸ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit. D'INTRONO A.M., *L'autonomia della garanzia a prima richiesta nell'esecuzione del contratto di appalto di opera pubblica*, in *Contratti*, 2023, 3, 293, e MARASCIULO D., *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano 1999, 3.

²⁴⁹ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 296.

²⁵⁰ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 1029. BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 506, esclude la causa indennitaria della garanzia autonoma, rilevando l'impossibilità in tale istituto di individuare elementi di fatto o di diritto da cui possa desumersi la possibilità per il garante autonomo di assumere il rischio dell'inesistenza del credito garantito.

²⁵¹ CUCCOVILLO M., *Garanzia "a prima domanda" e funzione cauzionale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4, 2015, 408, ricorda che la funzione cauzionale non potrebbe in ogni caso essere reputata esclusiva delle garanzie autonome, posta la capacità della stessa di contraddistinguere anche le fideiussioni a prima richiesta.

Anche l'attribuzione alla garanzia autonoma di una funzione di tipo assicurativo²⁵², con un'affinità di disciplina rispetto agli artt. 1895 e 1896 c.c.²⁵³, solleva più di un dubbio operativo, a fronte dell'eliminazione dell'incertezza in ordine alla sussistenza del rischio che determina la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni"²⁵⁴, oltre che del diverso soggetto gravato definitivamente dal peso economico della prestazione²⁵⁵.

La dottrina²⁵⁶ e la giurisprudenza²⁵⁷ prevalenti, al contrario, individuano la causa del contratto autonomo di garanzia nella traslazione del rischio economico dell'indempimento del debitore dalla sfera patrimoniale del creditore a quello del garante.

La funzione pratica del negozio di garanzia autonoma viene, dunque, ravvisata nell'esigenza di traslare il rischio del mancato raggiungimento da parte del soggetto garantito del risultato economico sotteso al negozio da questo stipulato²⁵⁸, con il risultato di rendere la garanzia aprioristicamente adeguata a produrre effetti giuridici²⁵⁹.

Il contratto autonomo di garanzia si propone così quale schema per realizzare l'interesse del creditore a essere garantito della certezza e puntualità del pagamento, evitando contestazioni dilatorie riguardanti la validità del credito.

²⁵² BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 506.

²⁵³ LOVO M., *Causalità, accessorietà e solidarietà nel contratto autonomo di garanzia: profili distintivi rispetto alla fideiussione nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2025, 516.

²⁵⁴ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 499-500. D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto*, cit., 186.

²⁵⁵ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 230.

²⁵⁶ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 939.

²⁵⁷ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, in *Studium juris*, 2020, 7-8, 925: «La causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale».

²⁵⁸ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., 1029.

²⁵⁹ CARLI R., *Contratto autonomo di garanzia: differenze funzionali con il contratto di fideiussione*, in *Contratti*, 2021, 5, 531. CAIAFFA G., *Garanzia autonoma e clausola claims made tra atipicità e (recente) tipicità contrattuale*, cit., 240.

Neppure l'adesione allo schema dello scopo di garanzia²⁶⁰, anche detto della causa *cavendi*²⁶¹, si mostra invero esente da critiche, rischiando di determinare una confusione tra causa e tipo²⁶² e di valorizzare alla stregua di funzione negoziale un mero motivo rilevante dell'operazione²⁶³.

In definitiva, nessuna delle soluzioni ricostruttive proposte riesce a inquadrare compiutamente il fenomeno della causa della garanzia autonoma.

E proprio l'incertezza in materia depone, secondo certa dottrina, per la conferma dei persistenti dubbi che connotano la stessa ammissibilità dell'istituto nell'ordinamento italiano, con l'elemento della causalità considerato più come presupposto da giustificare che come risultato da perseguire²⁶⁴.

12. L'ESIGENZA DI PROTEZIONE DELL'INDIVIDUO RISPETTO ALLE ISTANZE DEL MERCATO

Le ragioni alla base delle difficoltà riscontrate dalla garanzia autonoma nell'im porsi nel nostro ordinamento sono da ricercare, più profondamente, nel fondamento strettamente economico che accompagna l'ingresso di simile modello di garanzia nel sistema nostrano.

Questo, come anticipato, trova giustificazione prevalente nell'esigenza di non escludere gli operatori italiani dai circuiti del commercio internazionale, nell'ottica di favorire l'integrazione dei mercati mediante la circolazione transnazionale dei modelli giuridici.

L'ottica mercantilistica che contorna la figura della garanzia autonoma, contraddistinta da una spersonalizzazione del rapporto di garanzia del credito e dalla sovrapposizione del modello fideiussorio rilasciato dal familiare²⁶⁵, determina

²⁶⁰ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 75. In giurisprudenza, si veda la recente Cassazione civile sez. III, 21/01/2026, n. 1292, in *dejure.it*. Per una definizione generale di causa di garanzia si veda GINEVRA E., *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti dell'impresa*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, 245, il quale vi riconduce tutti quei contratti specificamente diretti a soddisfare l'interesse di un dato creditore ad avere in qualche modo garantita la propria aspettativa al conseguimento dell'utilità economica connessa alla prestazione a lui dovuta.

²⁶¹ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 473.

²⁶² VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 489.

²⁶³ NATUCCI A., *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova 1992, 108-109.

²⁶⁴ D'ANDREA S., *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, cit., 1205.

²⁶⁵ RENNA M., *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, cit., 160.

inevitabili incrinature applicative sul fronte della compatibilità tra tale istituto e i principi di diritto interno.

Simile strumento, a causa della sua origine nella moderna economia di mercato, rischia di attuare un'indebita sopraffazione dell'individuo, dei suoi diritti fondamentali e delle sue libertà irrinunciabili attraverso la commercializzazione delle tutele, l'emarginazione del più debole²⁶⁶.

E le logiche di salvataggio del mercato rischiano di porsi a giustificazione del sacrificio della sfera dei diritti intangibili che connotano la persona umana.

Diritti intangibili che, a ben vedere, abbisognano di tutele sempre crescenti, oggi più di ieri.

Se la struttura declinata a livello codicistico inquadra il garante alla stregua di un soggetto forte, quale una banca o un'assicurazione, la prassi rivela, invece, scenari ben diversi²⁶⁷.

Nell'ambito delle operazioni di finanziamento, si assiste sempre più frequentemente al ricorso a forme di garanzia che, con declinazioni mutevoli e non sempre omologabili, riconducono alla veste di garante autonomo una persona fisica che, più o meno consapevolmente²⁶⁸, assume tale incarico, pur non svolgendo l'attività di garanzia come una attività professionale e pur non avendo il potere di negoziare il contenuto del testo contrattuale che gli viene sottoposto²⁶⁹.

Le esigenze di velocizzazione e di semplificazione dei rapporti economici, volte a evitare un isolamento del nostro ordinamento rispetto alle relazioni commerciali internazionali, portano progressivamente a una svalutazione dei rapporti non

²⁶⁶ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 12-13. FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, cit., 515, vedono «nella garanzia autonoma uno strumento di sopraffazione che l'ordinante concede al beneficiario, addossandosi il rischio di un'immediata e imprevedibile interruzione del flusso di cassa, in seguito ad un'abusiva escussione della garanzia. La prestazione della garanzia non avvantaggerebbe neanche il beneficiario, costretto a pagare un prezzo più alto, a fronte della condotta tenuta dall'ordinante incline a trasferire su quel prezzo l'intero costo della garanzia. In tale prospettiva, gli unici soggetti avvantaggiati sarebbero le banche, che limiterebbero sensibilmente il rischio derivante dalla garanzia, senza rinunciare all'utile».

²⁶⁷ TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, cit., 11, sottolinea che la figura di garante può essere rivestita da un imprenditore, da un familiare del garantito, da un socio di minoranza, da un consumatore, da una Banca.

²⁶⁸ Il contratto è spesso denominato fideiussione ed è caratterizzato dalla presenza di previsioni che stabiliscono che il pagamento debba avvenire "a prima richiesta", "senza eccezione alcuna", "incondizionatamente", "senza beneficio di escussione".

²⁶⁹ SALVI G., *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., 93.

patrimoniali²⁷⁰, con una decisa spersonalizzazione degli istituti di garanzia del credito²⁷¹.

Si attua, in altri termini, un sovvertimento del rapporto tra diritto e mercato, con il primo assunto impropriamente a criterio di legittimità e il secondo divenuto conseguentemente incapace di porsi a tutela dei principali diritti della persona²⁷².

Il fine di ammettere le garanzie autonome giustifica il mezzo, ovverosia una sostanziale sostituzione della concezione oggettiva della causa con un concetto più malleabile e più adatto a dar conto di fattispecie alquanto discusse²⁷³.

Nelle garanzie autonome, difatti, il rischio è quello di disperdere lo statuto normativo caratteristico della garanzia, qualificato da accessorietà, specialità, indivisibilità, realtà e opponibilità.

Uno statuto giuridico che risulta il prodotto di un equo contemperamento degli interessi coinvolti, principalmente quelli del debitore, interessato a non subire una limitazione eccessiva della libertà di iniziativa economica e di accesso al mercato, a non soggiacere a un'ingiustificata oppressione e coartazione in fase di adempimento e finanche a non subire un'intollerabile e non proporzionata espropriazione di ricchezza in caso di inadempimento²⁷⁴.

Un contemperamento di esigenze che, come anticipato, non necessariamente il contratto di garanzia autonomo, alla sua estremità, si propone di preservare.

²⁷⁰ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 13.

²⁷¹ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 160.

²⁷² LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 241-243. Per una critica al fondamento mercantilistico, si veda anche D'ANDREA S., *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, cit., 1189: «L'interesse delle grandi imprese a non soggiacere alle lungaggini e alle complicazioni connesse alla peculiarità delle varie legislazioni nazionali era dunque un interesse meritevole di tutela. Quelle lungaggini e complicazioni alle quali purtroppo deve sottostare normalmente ogni cittadino di uno Stato nazione dovevano eventualmente cedere dinanzi all'interesse delle grandi imprese transazionali a non sottostarvi. Verrebbe da osservare: chi mai ha interesse a sottostare a lungaggini e complicazioni?».

²⁷³ RUGGIERI L., *Interesse del garante e strutture negoziali: contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento e del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., 67.

²⁷⁴ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 248. Per un compendio delle tutele riconosciute al fideiussore cfr. RUGGI M., SETTANNI M., *Polizza fideiussoria, garantievertrag e tutele per il garante – il commento*, in *Contratti*, 2012, 10, 813, i quali arrivano a concludere «che la posizione del garante non sia poi così debole come può sembrare ad una prima superficiale analisi. Sia le tutele di merito previste dalla dottrina e dalla giurisprudenza che gli strumenti processuali esistenti nel nostro ordinamento - uniti ad un'attenta attività di istruttoria indennitaria compiuta internamente - permettono una tutela efficace della posizione del garante».

In quest'ultimo, in particolare, si assiste a una limitazione del margine di tutela preventiva esplicabile dal garante in sede di escussione della garanzia²⁷⁵, con l'ordinante messo totalmente nelle mani della controparte²⁷⁶, in una relazione da taluni assimilata a una sorta di ricatto legale²⁷⁷.

Non si può, pertanto, sottovalutare la necessità di comprendere se e in quale misura l'adozione di schemi contrattuali non previsti dal legislatore costituisca un tentativo di eludere le norme che, frutto di una lunga elaborazione, realizzano un equo componimento degli interessi in gioco, con il rischio di una determinazione di una pesante e ingiustificata deroga alla disciplina ispirata al *favor fideiussoris*²⁷⁸ e agli istituti posti a salvaguardia di quest'ultimo²⁷⁹.

Perché se, da un lato, l'atipicità assume indubbiamente un ruolo importante nella realizzazione degli interessi, dall'altro lato, tuttavia, questa necessità di essere orientata e conformata all'interno del sistema ordinamentale, in quanto rischia di rappresentare la porta attraverso la quale possono fare ingresso e ottenere legittimazione fattispecie negoziali contrarie ai principi e ai valori fondamentali dell'ordinamento positivo²⁸⁰.

13. LE GARANZIE PERSONALI: TRA RICERCA DELL'AUTONOMIA E DOGMA DELL'ACCESSORIETÀ

Le componenti della garanzia e della autonomia che, in astratto, coesistono nell'istituto della garanzia autonoma vengono, nell'applicazione giuridica, ricomposte in una chiave per certi versi eccessivamente semplicistica.

²⁷⁵ CAIAFFA G., *Garanzia autonoma e clausola claims made tra atipicità e (recente) tipicità contrattuale*, cit., 245-246.

²⁷⁶ LAUDISA L., *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., 7.

²⁷⁷ BERNINI G., *La garanzia autonoma: luci e ombre di un istituto sovente abusato*, in *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Draetta U, Vaccà C. (a cura di), cit., 2.

²⁷⁸ BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., 20-21. PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 122.

²⁷⁹ PIERRI A., SPARANO E., *La tutela del fideiussore*, cit., 7-8, richiamano in particolare il diritto di recesso, l'istituto di cui all'art. 1953 c.c. e le fattispecie di liberazione degli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c.

²⁸⁰ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 79.

Una composizione che in astratto è duplice risulta, nella pratica, oggetto di una pericolosa riconduzione a unità.

Come sino a questo punto analizzato, nella applicazione giurisprudenziale del negozio autonomo di garanzia si presenta costante la prevalenza riconosciuta al parametro dell'accessorietà rispetto a quello della autonomia.

Ciò emerge sin dalla dimensione qualificatoria, in cui negozi originariamente voluti in termini di garanzia autonoma (modulo ABI; garanzia a prima richiesta e senza eccezioni rilasciata dal consumatore) vengono riqualificati alla stregua di garanzie fideiussorie.

Ma tale sbilanciamento trova ulteriore e decisiva conferma sul piano delle eccezioni opponibili, con il progressivo ampliamento delle doglianze riferibili al rapporto base suscettibili di essere proposte dal garante autonomo, anche con riferimento alle eccezioni codicistiche fissate dagli artt. 1956 c.c. e 1957 c.c.

Un assottigliamento dei crismi differenziali tra garanzie accessorie e non accessorie appare rinvenibile anche nel sistema delle rivalse e in quello circolatorio, con la prospettiva di un appiattimento delle seconde entro il piano applicativo delle prime.

Il dualismo rinvenibile nel sintagma “garanzia autonoma” diviene così soltanto apparente.

Un'apparenza che, tuttavia, rischia di sacrificare la stessa ragion d'essere dell'istituto.

La disciplina del contratto autonomo di garanzia viene ricondotta, in modo più o meno marcato, nel campo codicistico di quella sancita in materia fideiussoria²⁸¹.

Un avvicinamento dettato dell'esigenza di proteggere il garante da istanze eccessivamente sbilanciate in un'ottica di favore per il mercato.

Il timore di stravolgere l'impianto codicistico delineato a tutela del fideiussore restringe inesorabilmente gli spazi di operatività del contratto autonomo di garanzia, con un inevitabile compressione della struttura negoziale dell'istituto.

²⁸¹ CEOLIN M., *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino 2017, sottolinea la necessità di un indefettibile del recupero, anche nella garanzia autonoma, del concetto di accessorietà.

Simile operazione porta, però, alla riemersione della questione relativa all'effettiva operatività della garanzia autonoma, ove intesa restrittivamente, nell'ordinamento interno.

Una questione che, al contrario di quanto potrebbe apparire in prima approssimazione, si mostra tutt'altro che retorica.

Essa diviene, infatti, fulcro di interrogativi dalla cui soluzione dipende l'esistenza stessa di simile figura negoziale.

Da una parte, l'applicazione analogica della disciplina codicistica fissata per la fideiussione, oltre che per le altre garanzie accessorie, si mostra esigenza irrinunciabile per addivenire a un iniziale inquadramento del negozio atipico di garanzia autonoma.

Dall'altra parte, tuttavia, l'estensione indiscriminata della normativa fideiussoria anche a garanzie autonome si pone quale potenziale germe della crisi dell'utilizzo di queste ultime.

Una crisi, a ben vedere, suscettibile di essere estesa alla stessa possibilità di configurare garanzie di tipo non accessorio, anche diverse dal contratto autonomo di garanzia.

Il dogma dell'accessorietà tende ancora una volta a imporsi nel sistema delle garanzie disegnato dal nostro impianto giuridico, risultando tratto irrinunciabile tanto nell'ambito delle garanzie personali quanto in quello delle garanzie reali.

Con il risultato, neanche troppo velato, di pregiudicare, in modo consistente, la ricerca di indipendenza perseguita dal garante e di impedire all'autonomia di trovare un'adequata collocazione nel sistema delle garanzie delineato nel diritto nostrano.

CAPITOLO II:

IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: UNO SGUARDO OLTRE CONFINE

1. IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: UNA STORIA DI CONFINI

Un confine, spesso, non è che una linea immaginaria creata dall'uomo.

Una sorta di delimitazione convenzionale generata al fine di separare un'area da quella immediatamente contigua e rendere duplice ciò che in origine risultava semplicemente unità.

Un'operazione che, a dispetto dell'apparente linearità di esecuzione, porta con sé un nucleo variabile di problematiche, esistenziali prima ancora che relazionali.

E proprio in un contraddittorio territorio di confine si muove la figura del contratto autonomo di garanzia.

Una questione di confini è, innanzitutto, quella che contraddistingue il rapporto tra garanzia autonoma e garanzia fideiussoria.

Come già avuto modo di anticipare, il problema cardine che permea il contratto autonomo di garanzia è rappresentato dalla necessità di tracciare una distinzione precisa tra lo stesso e il tipo fideiussorio, al fine di poterne identificare uno specifico ambito applicativo che, da un lato, non si sovrapponga a quello proprio della figura codicistica e, dall'altro, non porti a indebite sopraffazioni dell'individuo.

Una linea di demarcazione che, allo stato, non risulta ancora tracciata con definizione²⁸², viste le perduranti incertezze in ordine alla disciplina applicabile al negozio autonomo di garanzia²⁸³.

Ma una questione di confini è anche quella che contraddistingue l'implementazione di tale istituto nell'ordinamento giuridico nostrano.

L'originaria repulsione del diritto italiano rispetto all'istituto della garanzia autonoma ha conosciuto, infatti, un'attenuazione e, successivamente, un apparente superamento a fronte delle influenze esercitate dal diritto sovranazionale e internazionale sulla concezione interna.

²⁸² SESTA M., *Le garanzie atipiche vol. I: Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova 1998, 457.

²⁸³ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 257-258.

Una concezione che si presenta altresì mutuataria della consolidata bipartizione registratasi nei vari ordinamenti europei, tedesco e francese su tutti, tra fideiussione e garanzia autonoma.

Un'opera di armonizzazione continentale funzionale prima di tutto a salvaguardare l'esigenza pratica di una regolamentazione flessibile a sostegno dei contratti di garanzia personale d'impresa²⁸⁴.

E proprio sull'approccio in materia di garanzia autonoma sviluppato oltre confine occorre soffermarsi al fine di comprendere se, anche al di fuori dell'applicazione pratica strettamente nostrana, siano riscontrabili le stesse incertezze in ordine alla ammissibilità dell'istituto in analisi.

2. L'ORIGINE INTERNAZIONALE DELLA GARANZIA AUTONOMA

Il concetto di garanzia autonoma ha origine in Germania, verso la fine del milleottocento²⁸⁵.

È lo studioso tedesco Rudolf Stammler a teorizzare per primo la distinzione tra contratti di garanzia accessori ad una obbligazione principale (*Burgschaft*) e contratti di garanzia che, all'opposto, si presentano indipendenti dal rapporto garantito, risultando fonte di un'obbligazione autonoma del promittente (i cosiddetti *Garantieverträge*)²⁸⁶.

Il contratto autonomo di garanzia, in particolare, nasce per rispondere alla domanda di modernità²⁸⁷.

Il modello fideiussorio, di stampo codicistico, si mostra eccessivamente rigido e non più in grado di soddisfare le nuove esigenze mercantilistiche proprie della negoziazione a carattere transfrontaliero.

La natura fortemente accessoria della fideiussione, così legata al rapporto sottostante tra creditore e debitore garantito, impedisce a tale istituto di acquisire quella

²⁸⁴ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 157-158.

²⁸⁵ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 20.

²⁸⁶ PERRIER E., *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, in *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Draetta U, Vaccà C. (a cura di), cit., 70.

²⁸⁷ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 217.

duttilità necessaria in molti settori al fine di rendere i traffici commerciali più celeri e convenienti, avulsi dal rischio di essere paralizzati o rallentati dalla opportunistica proposizione di eccezioni inerenti al rapporto principale²⁸⁸ e sciolti dagli stretti lacci dell'impianto generale normativo²⁸⁹.

E proprio la fissità della garanzia fideiussoria²⁹⁰ rende quest'ultima inidonea ad assicurare il buon esito di negoziazioni di portata internazionale²⁹¹, determinandone la perdita delle vesti di modello dominante²⁹².

Al contrario, il contratto autonomo di garanzia si propone quale esempio ideale del nuovo giuridico.

La natura *multi-level system* immersa in una latitudine di spazi, corredata da un'adeguata grammatica tecnica²⁹³, consente a tale struttura negoziale di rispondere adeguatamente alle nuove logiche d'impresa²⁹⁴, contraddistinte da un incremento esponenziale dei rapporti commerciali globali²⁹⁵ e da una fase caratterizzata dalla scarsa qualità dei crediti presenti nei bilanci di molti istituti²⁹⁶.

Il negozio autonomo di garanzia²⁹⁷, grazie all'ingresso nel rapporto originario di un soggetto terzo in funzione esclusivamente solutoria²⁹⁸, meglio si conforma alle

²⁸⁸ LAMANUZZI A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia – il commento*, in *Contratti*, 2000, 2, 139.

²⁸⁹ GINEVRA E., *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti dell'impresa*, cit., 240.

²⁹⁰ VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 36. Fissità, a ben vedere, spada di Damocle anche del meccanismo cauzionale, cfr. CAIAFFA G., *Garanzia autonoma e clausola claims made tra atipicità e (recente) tipicità contrattuale*, cit., 237.

²⁹¹ Per una cernita delle problematiche inerenti alla fideiussione, si veda D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 35: «Sarebbe occorso rimediare a importanti carenze: risolvere il nesso di stretta dipendenza dell'impegno del fideiussore rispetto alle vicende del rapporto garantito; porre in termini netti la scissione della garanzia dal rapporto di valuta; ovviare alle problematiche del vincolo di accessorietà maturata la consapevolezza che le garanzie accessorie costituissero causa prima del cospicuo contenzioso tra banche e creditori».

²⁹² BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 786. LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 36.

²⁹³ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 5.

²⁹⁴ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 171. VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 18.

²⁹⁵ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 24.

²⁹⁶ CILENTO A., *Il credito nelle crisi: garanzia, sofferenze e regolazione bancaria*, Napoli 2020, 13.

²⁹⁷ VILLANACCI G., *Performance bond. Caratteri e funzioni*, cit., 18, distingue tra garanzie autonome attive, in cui è l'istituto di credito a essere garantito, e passive, in cui invece esso è garante.

²⁹⁸ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 33.

esigenze di transnazionalità e di circolazione dei crediti²⁹⁹, fornendo, soprattutto nell'ambito bancario e nel settore degli appalti³⁰⁰, uno strumento maggiormente adeguato a soddisfare le logiche efficientistiche della dinamica imprenditoriale³⁰¹.

3. LA GARANZIA AUTONOMA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Le origini mercantilistiche della garanzia autonoma favoriscono una regolazione positiva della stessa, innanzitutto, sul piano del diritto internazionale.

A dispetto delle normative nazionali degli ordinamenti di *civil law*, tradizionalmente restie a disciplinare compiutamente il contratto autonomo di garanzia, in ambito internazionale si ravvisa precocemente l'esigenza di dare vita a un insieme di norme finalizzato a dettare una disciplina uniforme dell'istituto, in grado di conformarsi anche all'assetto globale sottostante³⁰².

I primi tentativi di inquadramento del fenomeno vengono tracciati dalle Nazioni Unite, con la Convenzione sulle Garanzie Indipendenti e Lettere di Credito, e dalla Camera di Commercio Internazionale, con le *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, senza invero una vasta diffusione regolativa sul territorio³⁰³.

Un successo, all'opposto, ottenuto dalle Norme Uniformi per le Garanzie contrattuali (URG), dettate dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi e giunte nel 2010 alla terza edizione³⁰⁴, destinate a regolare, nella misura in cui risultano applicabili, le *standby letters of credit* (cfr. art. 1)³⁰⁵.

²⁹⁹ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 297.

³⁰⁰ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 886.

³⁰¹ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 126.

³⁰² RUGGIERI L., *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., 103.

³⁰³ CAPASSO A., *Le garanzie fideiussorie. Esperienze nazionali a confronto*, cit., 173, evidenzia lo scarso successo della Convenzione predisposta dalla Camera di Commercio, determinato dall'esiguità dei Paesi ratificanti. MULA L., *Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale*, cit., sottolinea invece che la Convenzione in questione opera solo ove, ai sensi del diritto internazionale applicabile, la garanzia viene retta dal paese di uno stato contraente e se la banca garante risiede in uno dei paesi contraenti.

³⁰⁴ La prima edizione delle URG risale al 1978, mentre la seconda al 1991. Si tratta, in ogni caso, di disposizioni non aventi il rango di norme imperative.

³⁰⁵ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 237. STELLA G., *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantes*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, febbraio 2015, 370.

In sede di codificazione degli usi del commercio internazionale si prende progressivamente atto del crescente fenomeno delle garanzie a prima domanda e si cerca, pur a fronte delle plurime difficoltà, di attuare un realistico sforzo di sistematizzazione della materia³⁰⁶.

Le URG forniscono una prima definizione della *demand guarantee*.

Questa, in particolare, deve essere considerata quel contratto, comunque qualificato, che si pone quale fonte dell'impegno di pagare una somma di denaro su presentazione di una richiesta conforme a quella prevista da documenti stabiliti, quali per esempio il certificato di un architetto o di un ingegnere (con evidente riferimento alla garanzia data all'appaltante) o una sentenza giudiziale o arbitrale (cfr. art. 2 lett. a)³⁰⁷.

Il tentativo è quello di configurare una nozione di *Garantievertrag* in grado di non far residuare dubbi in ordine all'autonomia della garanzia.

E, in linea con quanto detto, la vera tenuta dell'autonomia dell'impegno di garanzia si lascia cogliere nei criteri interpretativi fissati nello stesso art. 2 URG, oltre che nella delimitazione della proponibilità di eccezioni da parte del garante verso il beneficiario (cfr. art. 5 URG).

Quanto ai criteri ermeneutici, in coerenza con la natura astratta della garanzia, vengono dettate due regole di interpretazione del testo contrattuale.

La prima impone di interpretare come indipendente la garanzia in cui risulta immediato il meccanismo di escussione, a prescindere della denominazione della stessa.

La seconda, invece, stabilisce che il riferimento al contratto di base non vale a coinvolgere il garante nelle vicende del rapporto di valuta³⁰⁸.

Relativamente al profilo delle doglianze, invece, il garante si mostra legittimato a sollevare eccezioni esclusivamente in relazione al rapporto con il beneficiario, senza che siffatto cardine possa in qualche misura essere soggetto a deroghe e contemperamenti (art. 5 URG)³⁰⁹.

³⁰⁶ DRAETTA U., *Le garanzie bancarie come forma di autotutela nei contratti internazionali*, in *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Draetta U., Vaccà C. (a cura di), cit., 263.

³⁰⁷ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 105.

³⁰⁸ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 109-110.

³⁰⁹ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 190.

È, infatti, prevista l'inderogabilità da parte dei contraenti degli artt. 2 (lett. b e c), 9 e 11 di queste regole uniformi, disposizioni destinate ad assumere una posizione superiore alle altre.

Viene così a essere stabilita una netta separazione del rapporto di garanzia da quello principale, con il correlativo esonero del garante da ogni responsabilità o colpevolezza³¹⁰.

È sulla scorta di tali sintagmi che vengono disciplinati i tipi più comuni di garanzie, tra i quali la garanzia di mantenimento dell'offerta, la garanzia di buona esecuzione e la garanzia di rimborso.

E proprio volendosi soffermare su alcune delle tipologie di garanzie autonome standardizzate nel commercio internazionale³¹¹, una prima esemplificazione è costituita dalla garanzia di mantenimento dell'offerta (cd. *bid bond* o *tender bond*), attraverso la quale si mira a paralizzare il rischio del rifiuto di concludere un contratto da parte del partecipante che, dopo aver preso parte alla gara, si sottrae alla stipulazione del contratto o intende modificarne le condizioni³¹².

In tale evenienza, il garante (di solito un istituto di credito) si impegna a versare un importo prestabilito, che oscilla fra l'1 % e il 10 % del valore del contratto di appalto per il quale è presentata l'offerta, a semplice richiesta della appaltante beneficiaria, con la prevenzione automatica di eventuali controversie successive all'aggiudicazione e con il collegamento dell'escussione al mero rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto secondo le condizioni previste³¹³.

Esso, dunque, realizza il medesimo interesse della cauzione, evitando contemporaneamente antieconomiche immobilizzazioni della ricchezza³¹⁴.

Ulteriori tipi di garanzie autonome diffuse nei traffici internazionali, dedite a operare con riferimento alla fase di svolgimento del rapporto principale, sono: la

³¹⁰ RUGGIERI L., *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., 103-104. BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 138, sostiene che, per far fronte alle soluzioni poco garantiste del diritto internazionale, dovrebbero sempre essere riconosciuti, in ciascun ordinamento, dei limiti inderogabili all'ammissibilità della garanzia autonoma, quali per esempio quelli di cui all'art. 1462, co. 2, c.c.

³¹¹ MULA L., *Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale*, cit. VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 471-472.

³¹² PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., 26. PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 252.

³¹³ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 889-890.

³¹⁴ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 302-303.

garanzia di rimborso (*repayment bond* o *advance payment bond*), la quale copre il rischio che l'appaltatore non rimborsi al committente il pagamento degli anticipi ricevuti in conseguenza dell'affidamento del lavoro e che, invece, si era impegnato a restituire nel caso di mancata esecuzione dello stesso³¹⁵; il *customs bond*, che garantisce la restituzione degli importi dei dazi doganali versati per l'importazione temporanea di macchinari utilizzati per l'esecuzione delle opere appaltate nell'ipotesi in cui essi non siano riesportati³¹⁶; la garanzia di buona esecuzione (cd. *performance bond*), che garantisce il beneficiario contro i rischi di inadempimento totale o parziale, o di ritardo nell'adempimento del contratto principale³¹⁷; la garanzia di manutenzione (cd. *maintenance bond*), che mira ad attribuire al committente una somma nell'ipotesi in cui l'appaltatore non provveda a eliminare i difetti emersi dopo la conclusione dell'opera o delle forniture³¹⁸; la garanzia per la ritenuta (cd. *retention money bond*), che garantisce al beneficiario la restituzione di una quota del prezzo, già integralmente pagato, qualora l'opera o la merce non abbiano le caratteristiche stabilite³¹⁹; l'*overdraft guarantee*, che prevede il rilascio da parte dell'istituto bancario di un impegno di natura finanziaria in favore di una banca estera a garanzia degli affidamenti da questa concessi al cliente medesimo ovvero a un terzo soggetto collegato al cliente richiedente³²⁰; la *counter guarantee*, ovvero la garanzia indiretta che la banca emette quando la legge del paese beneficiario o il beneficiario stesso richiedano espressamente che la garanzia sia emessa da una banca locale³²¹.

In tutte le espressioni sovra riportate si riscontra un'accentuata duttilità del contratto autonomo di garanzia nel conformarsi alle variegate esigenze imposte dalla realtà commerciale internazionale.

³¹⁵ PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., 26.

³¹⁶ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 891.

³¹⁷ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 182. LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, 44-45.

³¹⁸ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 254.

³¹⁹ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 254.

³²⁰ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 46.

³²¹ LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, cit., 46.

Esso si presenta, dunque, quale istituto essenziale al fine di facilitare l'esplicazione di operazioni economiche anche sul fronte transnazionale, divenendo strumento di larga diffusione per la fluida operatività che lo contraddistingue.

4. LA GARANZIA AUTONOMA NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Se, nella prospettiva internazionale, l'efficientamento delle transazioni caratterizza lo sviluppo della garanzia autonoma, nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, invece, un'attenzione peculiare viene da sempre riservata alle tutele riconosciute alla figura del garante autonomo e alla necessità di proteggere tale soggetto al cospetto delle abusive richieste creditizie.

Uno dei primi importanti interventi sistematici europei in materia di garanzia si ha con il Progetto *Drobnig* in tema di *Personal Securities*, nell'ambito di una ricerca sui principi di diritto europei esplicita da un gruppo di studio interessato alla creazione di un codice civile europeo.

In tale progetto, la garanzia sveste i panni di contratto tipico, apprestandosi a divenire una funzione al cui servizio possono confluire figure giuridiche assai diverse le une rispetto alle altre.

Si cerca, in altri termini, di evidenziare l'opportunità di un intervento legislativo riformatore finalizzato a bilanciare gli svariati strumenti giuridici comportanti la co-obbligazione di plurimi soggetti e l'unitarietà della funzione di garanzia, in una prospettiva di armonizzazione europea.

Il lavoro, strutturato in vari capitoli³²², vede il terzo libro riservato alle garanzie personali indipendenti, anche dette garanzie autonome.

L'indipendenza emerge in modo evidente già dalla disposizione di apertura (3:101), in cui si sottolinea come il carattere di autonomo del titolo non viene pregiudicato da un semplice riferimento a un'obbligazione sottostante.

In particolare, per l'obbligazione del prestatore della garanzia si presenta irrilevante la validità o meno dell'obbligazione principale, i termini contenuti in quest'ultima, nonché la portata delle prestazioni del debitore.

³²² Il primo capitolo (artt. 1:101 – 1:110) è dedicato alle disposizioni generali e contiene le definizioni di garanzia personale dipendente, di garanzia personale indipendente, di garanzia globale, di consumatore, di garanzia reale. Il secondo capitolo è dedicato alle garanzie personali dipendenti, mentre il quarto alle disposizioni speciali per le garanzie personali dei consumatori.

L'autonomia della garanzia non pregiudica, in ogni caso, il sistema di tutele riconosciuto al garante.

Il garante autonomo, in primo luogo, non è tenuto al pagamento immediato, ma ha un termine ragionevole (di solito sette giorni) per adempiere alla domanda del creditore (3:102) e può sempre rifiutare la richiesta manifestamente abusiva o fraudolenta (3:104).

La garanzia, inoltre, si presenta inesigibile in mancanza di una dichiarazione scritta del creditore che dia atto dell'intervenuta possibilità di procedere all'escussione (3:103), insuscettibile comunque di pervenire oltre un termine massimo prefissato (3:106).

Il garante autonomo, infine, si pone nella stessa posizione del garante accessorio a seguito dell'adempimento della prestazione richiestagli in favore del creditore (3:108).

Il connotato protezionistico in favore del garante, tracciato nelle suesposte forme, si presenta evidente anche nel *Draft Common Frame of Reference* (3:101-3:109).

In esso, pur a fronte del riconoscimento di un'adeguata gradazione di autonomia della garanzia (3:104), impregiudicata da un generale riferimento all'obbligo sottostante (3:101), si prevedono differenti modalità di tutela in favore del garante.

Tra queste si spazia dai doveri informativi gravanti sul creditore (3:102) ai limiti formali e contenutistici di escussione (3:103), dai poteri di autotutela del garante (3:105)³²³ a quelli di interdizione debitoria (3:105), dal diritto di ripetizione (3:106) alla preclusione per il consumatore di sottoscrivere un contratto autonomo di garanzia (4:105, lett. a e lett. c), fino ad arrivare alla presunzione di accessorietà della garanzia (2:101) e alla possibilità di fissare un limite temporale per azionare la stessa (3:107)³²⁴.

Manifesto si presenta, dunque, il tentativo di armonizzazione tra la certezza dei traffici giuridici e la mitigazione dei rischi insiti nelle garanzie passive.

³²³ Niente viene, invece, precisato in ordine all'ipotesi di obbligazione originaria inesistente o nulla, con la conseguenziale prevalenza della tesi volta a escludere la possibilità per il garante di sollevare le relative doglianze.

³²⁴ CAPASSO A., *Le garanzie fideiussorie. Esperienze nazionali a confronto*, cit., 207-209. RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 176-179.

E un piano di tutela financo rafforzato si presenta rinvenibile nella disciplina dettata dalla Convenzione dell'UNCITRAL del 1995.

In tale Convenzione l'indipendenza della garanzia (art. 3) viene ricondotta all'assenza di subordinazione dell'efficacia rispetto all'esistenza o alla validità dell'operazione sottostante, nonché alla mancanza di condizionamenti legati al verificarsi di circostanze, anche future e incerte, non contemplate nel testo della garanzia³²⁵.

Ma anche nella Convenzione dell'UNCITRAL l'indipendenza della garanzia viene in parte sacrificata a fronte dell'impianto delle doglianze sollevabili dal garante.

L'art. 19 della Convenzione, in particolare, struttura una lista di eccezioni opponibili al beneficiario da parte del garante, definendone i contorni e i limiti di applicabilità.

Queste, nello specifico, si presentano suddivisibili in doglianze cartolari-letterali (documento posto a supporto dell'escussione non autentico o con indicazioni false; nessun pagamento dovuto sulla scorta di quanto asserito nella richiesta e nei documenti presentati; domanda priva di ragionevole giustificazione riguardo al tipo e allo scopo della garanzia, secondo ipotesi tipizzate all'art. 19.2) e relazionali-contrattuali (mancata verifica del rischio posto alla base della emissione della garanzia; pronuncia giudiziale di invalidità dell'obbligazione sottostante; accertato adempimento dell'obbligazione principale)³²⁶.

La *ratio* di protezione nei confronti del garante viene ulteriormente rafforzata dal ruolo riservato alla buona fede, che informa le norme di condotta del beneficiario.

È così che la rigida autonomia della garanzia, a prima vista delineata dalla Convenzione a mezzo dello svincolo della stessa dall'esistenza o dalla validità del rapporto sottostante, viene relativizzata dall'ampio sistema di tutele, quale l'esperibilità delle eccezioni concernenti l'escussione abusiva³²⁷.

³²⁵ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 183.

³²⁶ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 184-185.

³²⁷ BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 311-312.

Ciò genera il rischio di una lesione del meccanismo caratteristico di simile garanzia, acclarato dal progressivo riavvicinamento al tipo fideiussorio e dall'implicita reviviscenza del carattere accessorio³²⁸.

5. LA GARANZIA AUTONOMA IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA: I SISTEMI DI CIVIL LAW

A dispetto di una diffusa regolamentazione negli ordinamenti nazionali della garanzia accessoria alla stregua di figura contrattuale tipica, e in quanto tale normativamente regolamentata in ogni suo profilo, pochissimi sono invece quelli che disciplinano compiutamente le garanzie di tipo automatico³²⁹.

Storicamente, una completa disciplina del *Garantievertrag* si presenta rinvenibile nella disciplina dei Paesi di connotazione socialista.

È così che i tratti essenziali della garanzia autonoma vengono tracciati, per esempio, nella legge cecoslovacca del 4 dicembre 1983 (art. 665 ss.), nella legge sui contratti economici internazionali adottata dalla Repubblica democratica tedesca il 5 febbraio 1976 (art. 252 ss.) e nella legge jugoslava sui contratti economici internazionali (legge sulle obbligazioni e sui contratti del 1978, artt. 1083-1087), tutte contraddistinte dall'estensione alla garanzia delle regole relative ai crediti documentari, nei limiti del possibile³³⁰.

Altro esempio di regolamentazione delle *standby letters of credits* si riscontra, inoltre, nel sistema statunitense, in cui le stesse sono disciplinate da una pluralità di fonti, tra cui le *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (U.C.P.) e l'*Uniform Commercial Code* (art. 5 U.C.C.)³³¹.

³²⁸ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 239, conferma che già nel primo progetto del 1969, poi irrealizzato, la CEE propendeva per istituire un modello di garanzia autonoma informato su quello fideiussorio, eccezion fatta per le regole che presuppongono la dipendenza della fideiussione dall'obbligazione principale.

³²⁹ DRAETTA U., *Le garanzie bancarie come forma di autotutela nei contratti internazionali*, cit., 251.

³³⁰ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 239.

³³¹ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 238. Secondo l'autore, inoltre, la giurisprudenza anglo-americana è schierata compatta nel senso del riconoscimento dell'astrattezza della garanzia a prima domanda.

All'opposto, come premesso, negli ordinamenti di *civil law* il contratto autonomo di garanzia non risulta tendenzialmente disciplinato in maniera compiuta da alcuna legge³³².

In questi ultimi sistemi, infatti, le garanzie autonome, ove ammesse, si mostrano perlopiù ricondotte a ipotesi di contratti atipici, con una regolamentazione per la gran parte rimessa agli sviluppi giurisprudenziali e dottrinali.

Soltanto in qualche raro caso si assiste alla positivizzazione del contratto autonomo di garanzia in leggi speciali o nel codice civile, con discipline tuttavia incapaci di offrire una visione sistematica dell'istituto in grado di affermarsi in chiave generalizzata.

Tale assenza di una disciplina espressa determina, come già visto per l'Italia, un diffuso moto di relativizzazione di simile figura negoziale, sempre più spesso accostata alla più conosciuta, e per questo più sicura, garanzia fideiussoria.

Proprio su tali sistemi corre, dunque, il dovere di soffermarsi al fine di comprendere i modi e le dimensioni dell'affermazione del contratto autonomo di garanzia negli altri ordinamenti di *civil law*, in un'ottica di comparazione con il diritto nostrano.

5.1. LA GARANZIA AUTONOMA NEL DIRITTO TEDESCO

In Germania l'esistenza del contratto autonomo di garanzia si impone precedentemente rispetto agli altri Paesi del continente³³³.

Già verso la fine dell'Ottocento, lo studioso Rudolf Stammler elabora la distinzione tra contratti accessori ad un'obbligazione principale (*Burgschaft*) e contratti indipendenti dal rapporto garantito (*Garantievertrag*)³³⁴.

³³² CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 237.

³³³ DRAETTA U., *Le garanzie bancarie come forma di autotutela nei contratti internazionali*, cit., 251.

³³⁴ Secondo NAPPI F., *Recenti indicazioni della giurisprudenza tedesca in tema di prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, febbraio 1996, 194, il modello stammleriano della garanzia autonoma implica un'obbligazione che ha in sé il suo supporto causale, senza necessità di appoggiarsi a un preesistente rapporto.

Lo sviluppo prematuro dell'istituto nell'ordinamento tedesco si giustifica in forza della naturale predisposizione di quest'ultimo ad ammettere la natura autonoma della garanzia e a elaborarne un quadro teorico di riferimento³³⁵.

In esso, difatti, la regola della causalità, pur affermata in linea di principio, convive con l'attribuzione ai privati del potere di obbligarsi astrattamente³³⁶.

È così che l'ampio accoglimento del principio di astrazione, in combinato con la libertà contrattuale prevista dal par. 305 BGB, consente di ammettere senza particolari ostacoli sistematici una figura, quale quella della garanzia autonoma, in cui viene reciso ogni collegamento con l'obbligazione principale e viene vincolato il garante a un pagamento che vive a tutti gli effetti di vita propria³³⁷.

Si attua, dunque, una piena traslazione del rischio in capo al garante, con la funzione di garanzia che finisce inevitabilmente per sfumare e con la tutela del garante che viene limitata al mero rimedio inibitorio nell'ipotesi di comprovata escussione fraudolenta da parte del beneficiario³³⁸.

E proprio tali presupposti configurano terreno fertile per lo sviluppo, *praeter legem*, di una pluralità di tipologie di garanzie autonome.

Tra queste si affermano principalmente la *Bietungsgarantie*, con riferimento ai contratti di garanzia di mantenimento dell'offerta, la *Leistungsgarantie* (garanzia di buona esecuzione), che garantisce genericamente l'adempimento del debitore da parte di un terzo³³⁹, la *Anzahlungsgarantie*, in cui la banca garantisce il rimborso di acconti ricevuti dal debitore ove questi non esegua le prestazioni in virtù della quale erano stati erogati, la *Vertragserfüllungsgarantie*, garanzia di regolare

³³⁵ PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., 50.

³³⁶ PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., 50, richiama in via esemplificativa le promesse di pagamento indipendenti previste dai SS 780 e 781 BGB., che obbligano di per sé, senza riguardo a un determinato scopo negoziale.

³³⁷ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 483. Per la piena indipendenza della garanzia autonoma, si veda anche D'ALFONSO G., *Fideiussione a prima domanda. Garantieviertag e libertà contrattuale. Un confronto con la giurisprudenza tedesca*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 1997, 390.

³³⁸ DRAETTA U., *Le garanzie bancarie come forma di autotutela nei contratti internazionali*, cit., 251.

³³⁹ MONTANI V., *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, cit., 10547.

adempimento, e infine la *Zahlungsgarantie*, cioè la garanzia di pagamento di tasse o rimborsi di mutui o finanziamenti³⁴⁰.

Questa continua evoluzione del sistema delle garanzie autonome porta a un progressivo superamento dell'originario schema offerto dal *Garantievertrag*³⁴¹.

Se, infatti, l'originario modello stammleriano si propone la funzione di addossare sul garante il peso economico del risultato di una attività espletata dal garantito, a prescindere dall'esistenza di un precedente rapporto tra quest'ultimo e il debitore principale, l'attuale sistema germanico delle garanzie autonome vede una vasta diffusione della nuova figura della cd. *Bankgarantie*³⁴², oggetto di positivizzazione nel codice civile austriaco³⁴³.

In essa, pur a fronte della formale autonomia del rapporto di garanzia rispetto a quello base, la sussistenza del pregresso rapporto debito-credito risulta decisiva nella ricostruzione dell'operazione complessiva³⁴⁴.

Ciò determina un evidente tentativo di recuperare la connessione, teoricamente elisa, tra la posizione del garante e la posizione del garantito in un'ottica di progressivo adeguamento alle linee guida sovranazionali.

Una tendenza confermata dall'apertura del diritto tedesco alla proponibilità, da parte del garante autonomo, di talune doglianze inerenti al rapporto di valuta, nell'evenienza di contrasto con il divieto di commerciare fissato dalle norme di polizia economica, o, in presenza di clausole di riduzione, nell'evenienza in cui

³⁴⁰ MONTANI V., *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, cit., 10547.

³⁴¹ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 163.

³⁴² PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 163, evidenzia l'erroneità del richiamo del concetto di *Garantievertrag* anche da parte delle Sezioni Unite 2010.

³⁴³ Il par. 880 ABGB, in particolare, prevede che se una persona ha promesso a un'altra una prestazione da parte di un terzo, ciò vale come impegno a ricorrere a tale terzo; se invece si è assunta la responsabilità del buon esito, è tenuta a risarcire integralmente il danno qualora la prestazione del terzo non venga fornita.

³⁴⁴ Secondo la pronuncia della Corte Suprema Austriaca del 17 settembre 2014, l'indipendenza del contratto di garanzia si riferisce unicamente all'obbligazione del garante e non all'esistenza di fatti rilevanti per l'altro rapporto giuridico che la garanzia intende tutelare. Piuttosto, è coerente con la finalità di una garanzia che essa dipenda generalmente dall'esistenza di determinati fatti inerenti a un altro rapporto giuridico (ad esempio, la prova dell'avvenuta consegna dei beni oggetto di un contratto di fornitura tra il beneficiario e il cliente della banca), con ciò non determinando comunque la natura accessoria dell'obbligazione del garante.

l'obbligazione del garante diminuisce a fronte della parziale soddisfazione del debito garantito³⁴⁵.

Con la conseguenza che, tenuto altresì conto del trasferimento automatico della garanzia autonoma con la cessione del debito garantito³⁴⁶, anche nell'ordinamento di stampo teutonico, dove la figura della garanzia autonoma per prima aveva trovato enunciazione, si prospetta un potenziale depotenziamento del valore fondante della medesima.

5.2. LA GARANZIA AUTONOMA NEL DIRITTO FRANCESE

La Francia è la nazione in cui con maggiore ritardo vi è l'ammissione dell'autonomia della garanzia rispetto al contratto principale³⁴⁷.

La giurisprudenza francese riconosce tale modello negoziale a partire dagli anni Ottanta³⁴⁸, mentre la regolamentazione legislativa del contratto autonomo di garanzia avviene soltanto con l'*Ordonnance* del 23 marzo 2006, n. 346³⁴⁹.

Quest'ultima normativa introduce l'art. 2321 del *Code civil*, in seno al quale si definisce la garanzia autonoma quale «*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*».

L'impianto della riforma, segnato da una regolazione per principi particolarmente confacente al modello degli affari, si contraddistingue per la scelta di ridurre le fattispecie delle garanzie autonome a quelle ove sia presente la clausola a prima

³⁴⁵ BARILLÀ G., *Il Garantievertrag nella teoria e nella prassi tedesche*, in *Annuario di diritto tedesco*, Patti S. (a cura di), Milano 2004, 88-89.

³⁴⁶ BARILLÀ G., *Il Garantievertrag nella teoria e nella prassi tedesche*, cit., 206, giustifica tale trasferimento *ex lege* sulla scorta del par. 401 BGB.

³⁴⁷ DRAETTA U., *Le garanzie bancarie come forma di autotutela nei contratti internazionali*, cit., 251.

³⁴⁸ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 197. MONDINI P.F., *La codificazione in Francia della garanzia autonoma e della lettera di patronage*, in *Rivista delle società* 1/2007, 295-297.

³⁴⁹ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 237, evidenzia come un primo riconoscimento positivo della garanzia autonoma vi fosse stato, nell'ordinamento francese, grazie al *Code des marches publics* (artt. 125, 131, 144). La successiva formulazione introdotta nel 2006 è oggi oggetto di un ripensamento teso a ritoccare marginalmente l'art. 2321 *code civil*, invertendone gli alinea 2 e 3 attuali e sopprimendo l'espressione controversa rappresentata dalla collusione del beneficiario della garanzia con l'ordinante quale limite all'adempimento del garante.

richiesta³⁵⁰, senza esplicite previsioni in ordine ai soggetti coinvolti nel negozio di garanzia³⁵¹.

Tra le caratteristiche del nuovo tipo codicistico, l'impianto normativo francese precisa l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni inerenti all'obbligazione garantita³⁵², ivi incluse quelle di nullità e di risoluzione del contratto stesso³⁵³, e l'autonoma circolazione della garanzia autonoma rispetto al rapporto principale³⁵⁴.

Da tale substrato normativo emerge come sul suolo francese, almeno a una prima analisi, le garanzie autonome risultano accolte senza resistenze di rilievo, nonostante la fermezza del sistema transalpino in ordine alla necessità negoziale del requisito della causa³⁵⁵.

Ciò si spiega in quanto la validità dell'impegno di garanzia a prima richiesta viene corroborata dall'obbligo di risultato in essa insito, traducendosi nell'eventuale indennizzo del beneficiario nell'ipotesi di mancato raggiungimento dello stesso.

Non viene, quindi, totalmente a mancare un carattere causale, senza che ciò tuttavia incida sull'autonomia della garanzia rispetto al rapporto base³⁵⁶.

Ma, proprio a quest'ultimo riguardo, non si può mancare di osservare come anche il sistema francese sia a sua volta segnato da un processo di erosione dell'autonomia della garanzia.

Il legislatore, nel regolare il nuovo istituto, finisce infatti per far riferimento a taluni elementi che attengono al rapporto principale, finendo con lo sfumare i tratti innovativi della normazione introdotta.

³⁵⁰ FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, cit., 509.

³⁵¹ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 198-199, precisa che un presidio normativo a tutela della persona fisica è riservato esclusivamente al *Code de la consommation*, in cui si preclude il ricorso a una garanzia autonoma per la copertura di crediti immobiliari o di crediti di consumo.

³⁵² «*Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie*».

³⁵³ PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 499.

³⁵⁴ «*Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie*».

³⁵⁵ PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., 52. VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 484, spiega che nel sistema francese e in quello belga la giurisprudenza si è pronunciata per la causalità dei contratti autonomi, per lo più individuando la causa nel contratto base.

³⁵⁶ PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 499. La Cassazione francese degli anni '80-90 non ha, invece, preso posizione sul problema della causa dell'impegno di garanzia e ha ritenuto di superarlo derubricandolo a questione essenzialmente teorica, posto che, quale che sia la causa, il garante non può sottrarsi alla sua obbligazione.

È così che il garante può far valere, nel rapporto con il creditore, l'abusività dell'escussione laddove questa sia intervenuta in presenza dell'adempimento del debitore principale, di impossibilità non imputabile della prestazione garantita³⁵⁷ o di collusione del beneficiario con il mandante³⁵⁸.

Ma, soprattutto, il plesso tutorio, espresso dalla legge n. 315/2019, impedisce il ricorso allo strumento della garanzia autonoma per la finalità di coprire i crediti immobiliari o mobiliari al consumo, in un'ottica di specializzazione delle garanzie personali e di rafforzamento della distinzione tra imprese e consumatori, tra enfasi di sicurezza e ricerca di flessibilità³⁵⁹.

Tanto porta una parte della dottrina a rilevare che, anche nell'ordinamento d'oltralpe, non si possa ravvisare una vera e propria indipendenza della prestazione del garante.

L'automaticità, a ben guardare, si connota per un mero svilimento dell'accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione principale, senza tuttavia una vera elisione della stessa³⁶⁰.

5.3. LA GARANZIA AUTONOMA NEL DIRITTO SPAGNOLO

Al pari del diritto italiano, anche nell'ordinamento civile spagnolo non si rintraccia un'espressa regolamentazione normativa del contratto autonomo di garanzia³⁶¹.

Riferimenti extra-codicistici sono, invece, enucleati nella *Ley de Enjuiciamiento civil*³⁶², nella *Ley de Ordenación de la Edificación*³⁶³ e nel *Real Decreto Legislativo*

³⁵⁷ BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 307-308.

³⁵⁸ «Abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre».

³⁵⁹ RENNA M., *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, cit., 175.

³⁶⁰ BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 308.

³⁶¹ PETRUCCI A., *Le garantías unilaterales dell'art. 1810 del nuovo codice civile e commerciale argentino: alcune osservazioni in chiave storica e comparativa*, in *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Cardilli L., Esborraz D.F. (a cura di), Padova 2017, 641.

³⁶² BAUMEISTER M., *Los contratos de garantía*, in *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Tomo III, in *Contratación Mercantil*, Sanchez Graells A. (a cura di), Madrid 2012, 274, secondo cui la *Ley de Enjuiciamiento civil* (LECiv) stabilisce che taluni soggetti sono tenuti a «un aval solidario e indefinido pagadero a primer requerimiento» che «garantice la inmediata disponibilidad de [los fondos]».

³⁶³ BAUMEISTER M., *Los contratos de garantía*, cit., 274, evidenzia che l'art. 19.3 LOE prevede che l'assicuratore si obbliga a pagare «a primer requerimiento» dell'assicurato.

n 2 del 16 Giugno del 2000 (TRLCAP)³⁶⁴, senza tuttavia una visione di insieme di tale istituto.

In ambito codicistico, invece, ferma l'assenza di alcun riferimento al negozio autonomo di garanzia, il fondamento giustificativo dello stesso viene riscontrato nell'art. 1255 del *codigo civil*, che afferma la centralità dell'autonomia privata, nonché nell'art. 439 del *C. Com. serían mercantiles*.

La presenza di isolati riferimenti alla figura della garanzia autonoma non ne altera, in ogni caso, la natura atipica.

In misura analoga al sistema nostrano, essa rimane il frutto della mera autonomia della volontà e trova una sommaria definizione preminentemente a livello giurisprudenziale³⁶⁵.

La Corte Suprema spagnola, in particolare, trova modo di profilare le caratteristiche essenziali dell'istituto³⁶⁶, tra cui la necessità di procedere al pagamento a prima richiesta, l'inopponibilità delle eccezioni derivanti dal debito principale e la proponibilità dell'*exceptio doli*³⁶⁷.

L'origine giurisprudenziale della figura non manca, tuttavia, di generare alcune ambiguità in ordine alla portata applicativa della stessa.

Perplessità sorgono, in primo luogo, in ordine alla qualificazione giuridica della garanzia autonoma e alla sua distinzione rispetto alle figure affini, quali la *fianza a primer requerimiento* (fideiussione a prima richiesta) o il *seguro de caución* (una sorta di cauzione)³⁶⁸.

Ma difficoltà applicative si riscontrano altresì con riguardo alla circolazione della garanzia autonoma, ricondotta prevalentemente al regime di cui all'art. 1112 del *Código civil* e all'automatica trasmissione degli accessori assieme all'obbligazione principale, salva diversa pattuizione tra le parti³⁶⁹.

³⁶⁴ Art. 46 TRLCAP: «*las garantías personales prestadas por terceros a favor de la Administración deben otorgarse con renuncia al derecho de excusión del art. 1830 CC. Esta disposición suele ser interpretada en la práctica como una exigencia de garantía a primer requerimiento*».

³⁶⁵ BERGIA F.S., *Las garantías autónomas a primera demanda*, in *La contratación bancaria*, Gadea Soler E., Sequeira Martín A.J. (a cura di), Madrid 2007, 1127.

³⁶⁶ BERGIA F.S., *Las garantías autónomas a primera demanda*, cit., 1127, richiama tra le prime pronunce la STS del 14 Novembre del 1989.

³⁶⁷ CAPASSO A., *Le garanzie fideiussorie. Esperienze nazionali a confronto*, cit., 174.

³⁶⁸ Sul tema si veda anche LOINAZ GARCIA J., *Garantías a primera demanda: naturaleza jurídica y alcance práctico*, Madrid 2019.

³⁶⁹ PETRUCCI A., *Le garantías unilaterales dell'art. 1810 del nuovo codice civile e commerciale argentino: alcune osservazioni in chiave storica e comparativa*, cit., 641

Anche nell'approccio del diritto iberico, per quanto accennato in via meramente approssimativa, si possono quindi riscontrare le medesime resistenze alla piena espressione della garanzia autonoma già analizzate nel meccanismo interno.

L'imprecisione e la mancanza di adeguata determinazione degli elementi essenziali di tale tipologia di garanzia e degli effetti a essa riconducibili portano lentamente a determinare una inidoneità della medesima ad assicurare la certezza del diritto nel mercato³⁷⁰.

Il rischio di pregiudicare lo scopo dell'istituto, nonché di confliggere con la stessa volontà negoziale espressa dei contraenti, implica l'insuccesso applicativo del contratto di garanzia autonoma, a vantaggio del persistere dell'operatività dello strumento della *fianza*, pur opportunamente adeguato alle esigenze concrete da soddisfare.

5.4. LA GARANZIA AUTONOMA NEI SISTEMI DELL'EST EUROPA

L'istituto della garanzia autonoma non è estraneo neppure ai sistemi giuridici dell'Est Europa.

Come anticipato, simile figura negoziale trova terreno fertile di sviluppo nei Paesi di stampo socialista, tanto da essere regolamentata sia nella legge nazionale cecoslovacca che in quella jugoslava.

E, sull'impronta di questa tradizione normativa, un'affermazione del contratto autonomo di garanzia si ha anche nel nuovo codice civile ungherese del 2013, dove uno spaccato dell'istituto viene offerto nel sesto libro, ai paragrafi 6:431-6:438.

Il Legislatore ungherese appronta una normativa del contratto autonomo di garanzia, se possibile, ancora più specifica rispetto a quella rinvenibile negli altri Paesi europei³⁷¹.

In essa si chiarisce, innanzitutto, la mancanza della natura accessoria della garanzia, con l'indipendenza di quest'ultima rispetto all'obbligazione garantita.

³⁷⁰ MENI I.H., *La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas. La problemática de la calificación jurídica*, in *Revista de Derecho Civil*, 8, 2021, 156.

³⁷¹ FIORENTINO F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Europa e diritto privato* 1/2021, 150.

Tale autonomia della garanzia viene suggellata dall'impossibilità per il garante di sollevare le eccezioni che il debitore può opporre nei confronti del creditore (par. 6:432).

Anche in questo caso, una deroga all'inopponibilità delle eccezioni viene spiegata per l'ipotesi di richiesta di pagamento manifestamente abusiva o in malafede, anche se dette deroghe vengono circoscritte a determinate evenienze tipizzate da parte del Legislatore (falsità documentale, adempimento del debitore o mancanza di titolo, comportamento del creditore che impedisce l'adempimento, decisione giudiziaria dichiarativa dell'invalidità dell'obbligo per il quale il garante ha prestato garanzia)³⁷².

La formulazione del terzo comma del paragrafo 6:435 rischia, tuttavia, di vanificare quell'autonomia che distingue lo schema del *Garantievertrag* rispetto alla fideiussione.

Tale disposizione ammette, infatti, il diritto del garante di opporre al beneficiario le eccezioni personali che questi avrebbe potuto opporre il debitore, quale, fra tutte, l'eccezione di compensazione³⁷³.

Questa apertura alla proponibilità da parte del garante delle eccezioni personali del debitore, peculiare del diritto ungherese, manifesta anche in questo sistema le persistenti incertezze rispetto alla possibilità di dare libero spazio al carattere dell'autonomia della garanzia.

Il legame dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella base non viene, neppure in tale ordinamento, completamente reciso, alla luce della persistente possibilità per il garante autonomo di avanzare rilievi, sia pur limitati, discendenti dal rapporto di valuta.

Si ha così un'ulteriore confermo della tendenza in atto in vari ordinamenti di preservare, seppur marginalmente, un collegamento accessorio tra il rapporto di garanzia e il rapporto garantito.

³⁷² Secondo FIORENTINO F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., 151, il dato testuale potrebbe portare a una interpretazione estensiva dell'eccezione di dolo.

³⁷³ FIORENTINO F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., 151.

5.5. LA GARANZIA AUTONOMA NEL DIRITTO LATINO-AMERICANO

La natura internazionale della garanzia autonoma ne consente l'affermazione anche nel diritto dell'America Latina, da sempre influenzato dalle evoluzioni giuridiche riscontrabili nel continente europeo.

È così che sia il sistema brasiliano sia quello argentino riconoscono l'operatività della figura nelle maglie ordinamentali, seppur con diversa precisione e chiarezza.

Nel diritto brasiliano, innanzitutto, l'ammissione della garanzia autonoma viene assicurata dall'art. 425 del *Código Civil* e dalle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali sviluppate, invero non sempre linearmente, sul tema.

La figura del garante autonomo, pur riconosciuta nella sua importanza ai fini dell'accesso e della tutela del credito, rimane circoscritta alla disciplina, talora nebulosa, approntata dal diritto vivente, a fronte delle vane proposte di inserimento di questa nel *Código Comercial*, con specifico riguardo al settore della garanzia bancaria (cfr. art. 533 progetto di legge del Senato n. 487/2013³⁷⁴)³⁷⁵.

Ben diversa, e assai più consistente, si mostra invece la delineazione dell'istituto nel diritto argentino.

Anche in esso l'affermazione della garanzia autonoma trova in primo luogo fondamento negli approfondimenti giurisprudenziali a questa dedicati³⁷⁶.

Secondo il *Tribunal Supremo*, in particolare, tale istituto svolge la funzione di assicurare l'indennizzo del creditore beneficiario contro l'inadempimento della obbligazione contrattuale da parte del debitore ordinante.

Il garante, in particolare, assume un obbligo astratto e indipendente di pagare l'obbligazione del garantito fin dal momento in cui viene richiesto dal creditore, senza la possibilità di opporre alcun tipo di difesa, nemmeno in caso di nullità dell'obbligazione garantita (s. 937/1999).

³⁷⁴ «La fideiussione bancaria costituisce una garanzia autonoma, con clausola di pagamento a prima richiesta, a meno che la lettera non preveda espressamente il contrario. §1 La banca non può rifiutare di pagare la garanzia autonoma, nella misura in cui si è impegnata a farlo, per eccezioni relative all'obbligazione di base. §2 Il debitore garantito non può rifiutarsi di pagare alla banca l'importo dovuto in via di regresso, anche se ritiene inesistente il diritto del beneficiario. §3 Il beneficiario che richiede impropriamente il pagamento di una garanzia autonoma è tenuto a risarcire il debitore garantito per i danni, che, in caso di dolo, includono ragionevoli danni punitivi».

³⁷⁵ PECANHA D.T., TEPEDINO G., *Contornos das garantias autonomas no direito brasileiro*, in *Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil*, Belo Horizonte, 28, 2021, 285-290.

³⁷⁶ Da ultimo cfr. *Sentencia* n. 217/2019 de 5 de abril *Tribunal Supremo*.

Viene quindi confermata la natura non accessoria di simile garanzia, con l'obbligazione del garante che risulta indipendente dall'obbligazione del garantito e dal contratto iniziale (s. 1/2014, 330/2016 e 679/2016).

Ma un vero e proprio caposaldo nel riconoscimento del contratto autonomo di garanzia in Argentina si mostra rinvenibile nel nuovo *Codigo civil y comercial de la Nacion*, approvato mediante la legge dell'1-10-2014, n. 26.994.

Negli articoli 1810 e seguenti ("*Garantías unilaterales*") del *Codigo Civil y Comercial de la Nacion* si traccia un espresso regime giuridico applicabile alle garanzie cd. "a prima richiesta" e a tutte quelle garanzie in cui il rilasciante garantisce il pagamento di una somma di denaro o la prestazione di altra specifica utilità senza la possibilità di sollevare eccezioni, salvo il diritto di regresso.

Tale negozio trova la propria ragion d'essere nel mercato e, con maggior precisione, nella certezza e nella celerità dei traffici commerciali.

Ciò trova limpida enucleazione già nella identificazione dei soggetti legittimati a emettere simili forme di garanzia, circoscritti alle sole persone pubbliche, alle persone giuridiche private nonché alle istituzioni finanziarie e alle compagnie di assicurazione (art. 1811 c.c.).

La catalogazione dei soggetti commerciali potenzialmente idonei a rivestire la qualifica di garante autonomo depone, assieme al carattere irrevocabile di tale garanzia, per l'utilizzo imprenditoriale dell'istituto, contraddistinto dall'esigenza di salvaguardare la stabilità economica delle figure concedenti.

Non mancano, tuttavia, norme destinate a configurare un regime di maggiore tutela per il garante autonomo.

Già nella disposizione introduttiva viene ammessa per il garante, nell'ipotesi di frode manifesta o di abuso da parte del beneficiario risultante da prove strumentali o di altro tipo facilmente e rapidamente esaminabili, la possibilità di chiedere al giudice di fissare una cauzione adeguata che il beneficiario deve soddisfare prima dell'escussione.

Una *ratio* protezionistica si riscontra, inoltre, nella disciplina declinata in punto di forma della garanzia (art. 1812 c.c.), necessariamente oggetto di registrazione in un atto pubblico o privato.

Anche nel nuovo modello argentino, pertanto, non si riscontra una piena elisione della accessorietà della garanzia rispetto al rapporto principale.

Ciò viene corroborato dal regime dettato per la casistica di cessione della garanzia (art. 1813 c.c.).

In esso si stabilisce che i diritti del beneficiario della garanzia derivanti dalla stessa non possono essere trasferiti separatamente dal contratto o dal rapporto a cui la garanzia è funzionalmente collegata, prima del verificarsi dell'inadempimento o del periodo di tempo che dà diritto al credito nei confronti dell'emittente, a meno che non sia stato concordato diversamente.

Soltanto in un momento successivo all'inadempimento o alla scadenza del termine, i diritti del beneficiario possono essere oggetto di cessione indipendentemente dal rapporto principale, anche se il cessionario rimane comunque vincolato da qualsiasi rivendicazione che possa essere avanzata nei confronti del beneficiario in base alla garanzia (art. 1813, co.2, c.c.).

La normativa del nuovo codice, a ben vedere, tende quindi a smorzare la perentorietà delle affermazioni giurisprudenziali di assoluta autonomia dell'istituto, introducendo, soprattutto nel regime circolatorio della garanzia, un meccanismo di controlimiti finalizzato a controbilanciare la posizione di indipendenza rivestita dal garante autonomo.

6. LA GARANZIA AUTONOMA NEI SISTEMI DI *COMMON LAW*

Secondo un'ulteriore ipotesi ricostruttiva, le garanzie autonome avrebbero trovato origine nelle regole caratteristiche del diritto inglese, e nello specifico, nel cd. *bond*, atto giuridico *under seal* con il quale un soggetto (*obligator*) si impegna a pagare in favore di un altro (*obligee*) una certa somma di denaro immediatamente o entro un dato termine³⁷⁷.

Il fondamento del contratto autonomo di garanzia, in un momento originario dello sviluppo del pensiero giuridico anglosassone, si colloca nella figura del *conditional bond*, una sorta di promessa unilaterale subordinata in negativo al mancato avveramento del comportamento umano o del risultato dedotto in condizione, la cui

³⁷⁷ PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 500.

validità prescinde dall'indicazione del rapporto effettivamente sussistente tra i soggetti interessati³⁷⁸.

L'escussione del *conditional bond* risulta, tuttavia, resa maggiormente difficoltosa dalla necessità di accompagnare la relativa richiesta da una documentazione idonea a giustificarla³⁷⁹.

Proprio al fine di superare siffatte difficoltà, la giurisprudenza inglese elabora l'istituto dell'*unconditional surety bond*³⁸⁰, privo dell'apposizione di alcuna condizione contrattuale e suscettivo di essere escusso sulla base della semplice richiesta proveniente dal creditore garantito.

E all'interno dell'area dogmatica degli *unconditional surety bonds*, ovverosia delle garanzie autonome, particolare diffusione assume l'*unconditional performance bond*, in cui il garante può scegliere se pagare al creditore una somma equivalente al valore del *bond* rilasciato, ovvero se concludere con il creditore un *take over agreement* e impegnarsi all'ultimazione dell'opera in sostituzione del debitore, oppure ancora finanziare l'appaltatore perché questi termini il suo operato³⁸¹.

Si sviluppano così le garanzie con clausola cd. *on demand*, le quali, da un lato, esonerano il creditore dall'onere di dimostrare l'inadempimento del debitore al fine di ottenere il pagamento del garante e, dall'altro lato, impediscono a quest'ultimo di sollevare eccezioni inerenti al rapporto principale³⁸².

Queste ultime clausole consentono di creare promesse altrimenti di dubbia *enforceability*, permettendo di occultare la funzione sanzionatoria svolta da tali promesse e legittimando il superamento del problema di individuare la *consideration*³⁸³.

³⁷⁸ PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., 54.

³⁷⁹ PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 500.

³⁸⁰ MONTANI V., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: tertium non datur*, cit., 89.

³⁸¹ BARILLÀ G.B., *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e "condictio indebiti" nelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*, in *Banca borsa e titoli di credito* 4/2016, 2, 449.

³⁸² D'ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 70.

³⁸³ PERRIER E., *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, cit., 55.

Una parziale limitazione dell'assolutezza e del carattere incondizionato dell'autonomia della garanzia viene disposta esclusivamente in presenza di un'escussione abusiva³⁸⁴.

Viene, a tale scopo, applicato alla garanzia autonoma lo strumento della *unconscionability*, secondo il quale, a fronte della dimostrazione del comportamento negligente della banca nei confronti del cliente, le corti potrebbero ritenere irragionevole (*unconscionable*, appunto) l'attivazione degli accordi³⁸⁵.

Tale compressione dell'autonomia non segna, in ogni caso, un ridimensionamento dell'insistenza della garanzia autonoma nei sistemi di *common law*.

L'implementazione della stessa, all'opposto, viene innanzitutto favorita dall'assenza di un principio causale tanto nell'ordinamento inglese³⁸⁶ quanto in quello statunitense³⁸⁷.

Ma suddetta affermazione risulta altresì agevolata dalla presenza, nei regimi di *common law*, di una forma di garanzia autonoma, denominata *indemnity*, contraddistinta dalla nascita di una obbligazione propria del garante, non caratterizzata dalla *co-extensiveness*³⁸⁸.

Il riconoscimento delle garanzie autonome si mostra, infine, facilitato dall'ulteriore regola del diritto inglese secondo cui, in caso di inadempimento di una parte alle proprie obbligazione, l'altra parte innocente può considerare il contratto risolto senza la necessità di esperire un'azione giudiziale, conservando comunque il diritto al risarcimento dei danni³⁸⁹.

Tutti questi principi applicativi consentono, dunque, la diffusione senza particolari resistenze dell'istituto della garanzia autonoma nel diritto d'oltremania e, più in generale, nei sistemi di *common law*.

³⁸⁴ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 150. PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 500.

³⁸⁵ DE GIOIA CARABELLESE P., LEMBO M., *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Tra due influence e unconscionability di oltremania e buona fede italiana*, cit., 8.

³⁸⁶ DE GIOIA CARABELLESE P., LEMBO M., *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Tra due influence e unconscionability di oltremania e buona fede italiana*, cit., 8.

³⁸⁷ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 484.

³⁸⁸ D'ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 71.

³⁸⁹ PONTIROLI L., *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., 55.

7. UNO SGUARDO OLTRE CONFINE: OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

L'istituto della garanzia autonoma trova ammissione in pressoché tutti gli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali, tanto di *civil law* quanto di *common law*.

Importanti conferme in tal senso vengono offerte dalle recenti riforme adottate in Argentina e in Francia, con la certificazione dell'affermazione a livello codicistico di tale figura negoziale.

Ma anche negli altri sistemi, pur in assenza di una declinazione in via positiva, lo strumento della garanzia autonoma si mostra trasversalmente riconosciuto, con un'applicazione demandata perlopiù all'ambito giurisprudenziale³⁹⁰.

Nonostante l'allineamento delle posizioni statali e internazionali in ordine alla cittadinanza di simile strumento, diversa e non sempre ben prefissata si presenta, tuttavia, l'alchimia tra le due componenti caratteristiche della garanzia autonoma.

La componente dell'accessorietà, intrinseca della garanzia del credito, e quella dell'indipendenza, imposta dall'autonomia della nuova forma di garanzia, si rapportano in modo diverso a seconda della differente finalità che ciascun ordinamento si propone di perseguire per il tramite della nuova figura negoziale.

È così che alcuni sistemi, quale per esempio quello internazionale e quelli di *common law*, privilegiano il profilo dell'indipendenza della garanzia a scapito del profilo dell'accessorietà, in una logica fortemente orientata a soddisfare le istanze del mercato e l'esigenza di celerità degli scambi commerciali.

All'opposto, altri impianti di diritto, quale quello dell'Unione Europea, valorizzano in via preminente l'ottica di tutela del garante, assicurando la persistenza di una relazione di accessorietà della garanzia rilasciata con il rapporto garantito e attuando in tal modo un riavvicinamento tra il nuovo modello della garanzia e il negozio fideiussorio.

I modelli nazionali statali di *civil law*, infine, imbrigliati dalle due forze opposte in via di affermazione a livello sovranazionale e internazionale, cercano di

³⁹⁰ Interessante è anche il modello di garanzia autonoma introdotto dall'Organizzazione per l'armonizzazione del diritto commerciale in Africa (OHADA), in grado di creare obbligazioni autonome e distinte rispetto alle convenzioni, agli atti e ai fatti che ne costituiscono la base.

individuare un regime di compromesso tra l'indice dell'autonomia e l'indice dell'accessorietà.

Si pensi, per esempio, al modello di garanzia autonoma affermato nel nuovo codice argentino, dove la rinuncia del garante alla proponibilità delle eccezioni, evidente segnale di autonomia, viene controbilanciata dall'accessorietà della garanzia nell'ipotesi di circolazione del rapporto principale.

Ma si pensi anche all'impulso dato dalla riforma francese, la quale, per quanto rappresentativa di un importante passo verso il riammodernamento delle garanzie personali, non risolve comunque ogni questione connessa alla pratica della garanzia autonoma³⁹¹.

Senza dimenticare la valenza simbolica della retromarcia effettuata dal diritto germanico, con un ridimensionamento degli spazi dell'autonomia della garanzia proprio dove questa per prima aveva avuto modo di essere ammessa e di imporsi³⁹².

Questa ricerca di una soluzione intermedia, contraddistintiva dei modelli statali e affine all'impostazione prospettata anche nel diritto nostrano, comporta la definizione di una garanzia che, nell'applicazione concreta, vede un'autonomia molto meno marcata rispetto a quella astrattamente ipotizzata.

Si certifica così, perlomeno sul piano nazionale, una mera attenuazione del crimine dell'accessorietà, senza tuttavia una vera e propria eliminazione di tale carattere.

Difficile, dunque, tracciare una definita linea di confine tra le due anime che connotano la garanzia autonoma.

Perché, come anticipato, un confine spesso non è che una linea immaginaria segnata dall'uomo.

Una sorta di delimitazione convenzionale creata al fine di separare un'area da quella immediatamente contigua, rendendo duplice ciò che in origine risultava semplicemente unità.

Ma, certe volte, sono proprio le delimitazioni artificiali quelle più difficili da superare.

³⁹¹ RENNA M., *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, cit., 176, spiega che la riforma francese rappresenta indubbiamente un tentativo di riammodernamento delle garanzie personali, ma ciò non ha comunque risolto ogni questione connessa alla pratica della garanzia autonoma.

³⁹² BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 305.

CAPITOLO III:

IL DOGMA DELL'ACCESSORIETÀ DELLA GARANZIA E LE SUE ATTENUAZIONI

1. LE DUE ANIME DELLA GARANZIA AUTONOMA

Difficile far coesistere due anime all'interno di uno stesso corpo.

Difficile, soprattutto, nelle ipotesi in cui le due anime si muovono in direzioni diametralmente opposte l'una rispetto all'altra.

Una contraddizione che, come visto, sembra contraddistinguere intrinsecamente il contratto autonomo di garanzia.

Un contratto connotato da due caratteristiche principali.

Da un lato, il contratto autonomo di garanzia si presenta quale specifica forma di garanzia personale e, in quanto tale, stabilisce un'indissolubile relazione di connessione con il rapporto garantito.

Viene in rilievo, dunque, il crisma dell'accessorietà, apparentemente indefettibile nel concetto di garanzia disegnato a livello legislativo.

Dall'altro lato, la garanzia autonoma manifesta la peculiarità di essere anche indipendente rispetto al rapporto garantito e, in quanto tale, risulta insensibile alle vicissitudini che attraversano quest'ultimo³⁹³.

Un coordinamento, quello tra le due caratteristiche principe della garanzia autonoma, che si propone all'evidenza alquanto arduo.

La natura ossimorica di un contratto che accede al rapporto base ma, al tempo stesso, ne è anche indipendente depone per lo sviluppo di contrastanti interpretazioni in ordine all'effettiva portata del negozio.

L'esegesi, secondo taluni preferibile, impone di depotenziare il portato dell'autonomia al fine di evitare uno svuotamento della funzione essenziale dell'istituto, ovvero la garanzia dell'adempimento.

Affermare, in altri termini, la piena validità ed efficacia del rapporto autonomo di garanzia anche nelle ipotesi di inesistenza o invalidità del rapporto garantito

³⁹³ Cassazione civile sez. III, 24/04/2008, n.10652, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 4, II, 411.

porterebbe altrimenti a precludere la stessa natura di garanzia della figura, in assenza di alcunché da garantire³⁹⁴.

Tale interpretazione, maggioritaria in Italia, indubbiamente coglie un profilo di esattezza con riferimento alla garanzia autonoma, posta l'impossibilità per questa di sussistere in assenza di un rapporto da garantire.

Ma simile lettura, pur presentando un fondo di verità, rischia di compromettere proprio il carattere di peculiarità che dovrebbe essere effigie di detta garanzia, ossia quello dell'autonomia.

La ricostruzione del rapporto tra garanzia autonoma e contratto base in termini di accessorietà, sia pur attenuata, elimina ogni elemento di unicità dell'istituto, piegandolo alla forza attrattiva esercitata dai contratti tipici e riportandone la disciplina a quella dettata a livello codicistico in materia di garanzia fideiussoria³⁹⁵.

E proprio questa linea sottile che congiunge autonomia e dipendenza rappresenta il terreno di elezione in cui deve muoversi l'operatore del diritto per cercare di addivenire a un corretto inquadramento della figura in analisi.

Una complessa ricerca dell'equilibrio tra le due sopra citate componenti che necessita di rifuggire da ogni tentazione di tipo dogmatico offerta dall'uno o dall'altro fronte nel tentativo di comprendere, senza preconetti di sorta, come l'impianto apparentemente ossimorico della garanzia autonoma possa trovare ideale composizione nell'ordinamento giuridico italiano.

2. ACCESSORIETÀ E AUTONOMIA DELLA GARANZIA NEL DIRITTO ROMANO

Il dualismo tra garanzie collegate o meno al rapporto base non si presenta esclusivo del diritto contemporaneo.

Già nell'epoca romana, e in particolare nell'età classica, l'obbligazione di garanzia si mostra variamente connotata, a seconda della sussistenza o della mancanza di un nesso di dipendenza e subordinazione rispetto all'obbligazione principale³⁹⁶.

³⁹⁴ Cassazione civile sez. III, 24/04/2008, n.10652, cit.

³⁹⁵ BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 290.

³⁹⁶ Per un approfondimento sulla garanzia autonoma nel diritto romano cfr. FASOLINO F., *Garanzie autonome e attività bancaria nel diritto romano: alcune considerazioni*, in *Studi senesi* 1/2005, 7-39.

In alcune delle garanzie ammesse dal diritto romano (*sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*) non manca un collegamento tra la posizione del garante e la posizione del garantito, posto che l'obbligazione dovuta dallo *sponsor*, dal *fidepromissor* o dal *fideiussor* non può essere tale da rendere la condizione di questo peggiore rispetto a quella del debitore principale.

In altre garanzie, invece, è possibile cogliere taluni crismi di autonomia.

È il caso, per esempio, del *receptum argentari*, promessa formale fatta da un banchiere di eseguire una certa prestazione, corrispondente a quella dovuta da un terzo debitore.

In tale istituto viene a difettare la possibilità per l'*argentarius* di opporre al creditore le eccezioni attinenti all'obbligazione garantita, ivi inclusa l'eventuale inesistenza o invalidità di quest'ultima, e ciò rende l'obbligazione del garante sgravata da quel vincolo di dipendenza caratteristico della fideiussione³⁹⁷.

Nonostante la diffusione di queste differenti forme di garanzia già in epoca classica, non sembra comunque che i principi di accessorialità e di autonomia, così come attualmente intesi, siano pienamente trasponibili al diritto romano.

Il collegamento tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita, rinvenibile nella *fideiussio* e negli istituti a essa affini, non può infatti essere ricondotto al moderno schema dell'accessorialità, ma si giustifica in forza della struttura peculiare di ciascuna stipulazione di garanzia.

È la particolare modalità di costituzione della *fideiussio*, data dallo scambio di *interrogatio* e *responsio*, a fondare la dipendenza dell'obbligazione di garanzia da quella garantita e a giustificare la proponibilità da parte del garante delle doglianze inerenti a quest'ultima, nonché a determinare l'estinzione della prima in seguito alla cessazione della seconda.

E, in modo analogo, anche la componente di autonomia rintracciabile nel *receptum argentari* necessita di essere ridimensionata rispetto all'accezione moderna, dal

³⁹⁷ Secondo VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 466, tracce della garanzia autonoma si trovano già nel diritto romano, nell'istituto del *receptum argentari*, nella Magna Charta e, addirittura, nel codice di Hammurabi. Anche in COLLURA L., *Introduzione alla figura del contratto autonomo di garanzia*, cit., si legge che meccanismi simili a quelli della garanzia autonoma possono essere fatti risalire già all'epoca romana, con istituti, quale il *receptum argentari*, volti a rafforzare la possibilità di ottenere il pagamento in capo al creditore.

momento che essa trova fondamento nelle concrete modalità di conclusione del negozio, e non in riflessioni di tipo dogmatico.

Il diritto romano offre, dunque, degli spunti in relazione agli istituti della garanzia accessoria o autonoma, ma tali categorie non trovano una vera e propria concettualizzazione da parte dei giuristi romani e l'uso delle stesse per spiegare il funzionamento degli istituti esaminati risulta quindi una impropria sovrapposizione di strutture moderne a istituti antichi.

È soltanto con la rilettura del diritto classico effettuata da Pothier e con le successive codificazioni che il principio di accessorialità trova piena affermazione, e nasce conseguentemente la necessità di tracciare un confine con l'autonomia della garanzia.

3. LA PRIMA ANIMA DELL'ISTITUTO: LA GARANZIA E IL REQUISITO DELL'ACCESSORIALITÀ

Il concetto di garanzia è il primo elemento che segna l'ossimoro apparentemente insito nella locuzione "garanzia autonoma".

La garanzia, in particolare, rappresenta una forma giuridica che, pur non potendo ovviare a una carenza di sostanza economica, si pone l'obiettivo di agevolare la mobilità del credito per mezzo della preferenza che accorda al titolare³⁹⁸.

Essa svolge, quindi, la funzione di accrescere la possibilità per il creditore di essere soddisfatto, rafforzando il vigore ordinariamente attribuito a una singola obbligazione³⁹⁹.

Tale concetto, comune anche agli ordinamenti stranieri⁴⁰⁰, nell'ambito del modello della garanzia codicistica del diritto italiano viene indissolubilmente legato al carattere dell'accessorialità⁴⁰¹.

³⁹⁸ BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli 1971, 24.

³⁹⁹ MONTANARI A., "Accessorialità" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, cit., 73.

⁴⁰⁰ CEOLIN M., *Sul concetto di accessorialità nel diritto privato*, cit., 158, chiarisce che nel sistema inglese la *guarantee* è solitamente definita quale *accessory contract*, mentre nell'ordinamento tedesco la figura del *Burgschaft* assume i connotati di garanzia personale dipendente.

⁴⁰¹ NATUCCI A., *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., 30, individua il crisma dell'accessorialità nella fideiussione, nel pegno e nell'ipoteca, mentre avanza dei dubbi in ordine alla figura dell'avallo.

Il riferimento all'accessorietà quale crisma identificativo della garanzia nasce, nello specifico, con la rilettura dei classici effettuata da Pothier e trova definitiva affermazione nelle codificazioni ottocentesche con il contratto di *cautionnement* del *Code Napoleon*, fino a estendersi alla fattispecie anglosassone della *guarantee*⁴⁰².

Tale carattere si presenta, tuttavia, generico e oscuro, denso di profondi crismi di problematicità sin dal profilo definitorio⁴⁰³.

Nell'accezione comune, con accessorio si intende tutto ciò che risulta privo di un rilievo primario e che acquisisce pregnanza se e nella misura in cui viene rapportato con un elemento principale⁴⁰⁴.

Da un punto di vista giuridico, invece, la nozione di accessorio indica non soltanto una situazione di dipendenza sostanziale, ma anche un collegamento di scopo tra due situazioni, un'intersezione finalistica tra cose o diritto⁴⁰⁵.

In questa ottica, la relazione ministeriale al codice civile raffigura il concetto di accessorietà come lo specifico vincolo che si pone accanto a quello tra debitore e creditore e ne presenta identità di oggetto, determinando una relazione di accessorio a principale⁴⁰⁶.

L'accessorietà raffigura, dunque, il nesso unilaterale di coordinamento, genetico e funzionale, che intercorre tra il rapporto di garanzia e il rapporto principale garantito, in base al quale il primo, in quanto appunto accessorio e in qualche modo subordinato, dipende dalle vicissitudini che colpiscono il secondo rapporto⁴⁰⁷, senza esserne necessariamente sussidiario⁴⁰⁸.

⁴⁰² D'ANTONIO V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 44.

⁴⁰³ NAPPI F., *La garanzia autonoma: profili sistematici*, cit., 66. RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino 1949, 190, esclude l'esistenza di un concetto unitario e tecnico di accessorietà, posto che il principio *accessorium sequitur principale* non costituisce una regola di diritto, bensì si limita a dare ispirazione a diverse norme.

⁴⁰⁴ FRAGALI M., *Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito. Art. 1936-1959*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja A., Branca G. (a cura di), Bologna, 64.

⁴⁰⁵ FRAGALI M., *Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito. Art. 1936-1959*, cit., 64.

⁴⁰⁶ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 165. TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, cit., 15, precisa che l'accessorietà rimane circoscritta ai profili oggettivi, mentre non intacca i crismi soggettivi e non rimuove la prospettiva dell'interesse specifico del garante.

⁴⁰⁷ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 16.

⁴⁰⁸ Per la distinzione tra il profilo dell'accessorietà, inerente al rapporto di dipendenza, e il profilo della sussidiarietà, inerente all'aspetto esecutivo, si veda CEOLIN M., *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, cit., 126-127.

Si determina, in tal modo, una dipendenza esistenziale e contenutistica di un'obbligazione dall'altra, tale per cui l'obbligazione del garante esiste ed è valida solo nella misura in cui sussiste un'obbligazione principale, dalla quale essa trae il suo contenuto⁴⁰⁹.

L'accessorietà indica, pertanto, la relazione di subordinazione che vi è tra un rapporto e un altro, fungendo essenzialmente da presidio del principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali⁴¹⁰.

Il legame estrinseco tra obbligazione garantita e obbligazione di garanzia rimane comunque insuscettibile di generare una vera e propria fusione tra le stesse⁴¹¹, determinando piuttosto un collegamento funzionale contraddistinto dalla regola della continenza dell'obbligo garantito e dal divieto *in duriores causas*⁴¹².

Un legame, quello dato dall'accessorietà, che trova diretta espressione nelle norme codicistiche dettate in materia fideiussoria e da cui derivano una serie di conseguenze, legislativamente fissate⁴¹³.

Tra queste si pensi, per esempio, alla circolazione della garanzia unitamente al credito a cui si collega o all'opponibilità da parte del garante di tutte le eccezioni sollevabili dal debitore principale⁴¹⁴.

L'oscurità che accompagna storicamente il concetto di accessorietà implica, tuttavia, una forte incertezza in ordine all'ambito di operatività del medesimo e alle conseguenze a esso riconducibili.

E proprio l'analisi dell'accessorietà risulta elemento essenziale al fine di poter effettivamente comprendere lo spazio, la disciplina e le limitazioni di applicazione del contratto autonomo di garanzia in rapporto alla fideiussione fissata a livello codicistico.

⁴⁰⁹ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 35.

⁴¹⁰ MONTANARI A., "Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, cit., 74.

⁴¹¹ FRAGALI M., *Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito. Art. 1936-1959*, cit., 67-68.

⁴¹² PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 141.

⁴¹³ VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 36, individua le radici dell'accessorietà in tre norme, ossia negli artt. 1939, 1941 e 1942 c.c.

⁴¹⁴ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 16.

3.1. IL REQUISITO DELL'ACCESSORIETÀ NEL CONTRATTO DI FIDEIUSSIONE

L'accessorietà costituisce aspetto di struttura della fideiussione⁴¹⁵.

Essa si intarsia nelle maglie della disciplina codicistica di tale negozio, trovando espressione in alcune regole tipologiche dell'istituto.

Ciò risulta già sotto il profilo della validità dell'obbligazione fideiussoria, posta l'idoneità dei vizi invalidanti inerenti al contratto principale a pregiudicare in chiave patologica la sussistenza del negozio di garanzia (art. 1939 c.c.).

In tal modo si giustifica la legittimazione del fideiussore a sollevare, nei confronti del beneficiario, tutte le doglianze riferite al rapporto di valuta opponibili dal debitore, fatta eccezione per quelle personalissime, con la perpetua interferenza assunta dai vizi del rapporto garantito sulla garanzia rilasciata (art. 1945 c.c.).

E, in modo analogo, anche la consistenza della prestazione dovuta dal fideiussore si mostra strettamente dipendente da quella gravante in capo al debitore principale (art. 1941 c.c.).

Nel caso di eccesso o di maggiore onerosità della prima rispetto alla seconda si attua una sorta di riduzione legale del perimetro della garanzia, al fine di evitare un arricchimento senza causa del creditore.

Inoltre, la regola dell'accessorietà fideiussoria viene confermata nella capacità dell'obbligazione del garante di estendersi naturalmente a tutti gli accessori del debito principale, senza la necessità di un espresso richiamo di questi ultimi nel corpo del testo della garanzia (art. 1942 c.c.)⁴¹⁶, nonché nell'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore (art. 1952, co. 2, c.c.), per consentire al debitore di potersi opporre al pagamento in presenza di eccezioni da far valere nei confronti del creditore⁴¹⁷.

Ma la dipendenza della garanzia fideiussoria rispetto al contratto principale trova espressione anche in previsioni che, pur sistematicamente estranee al capo sulla fideiussione, risultano univocamente riferibili a questa.

È il caso della previsione di cui all'art. 1263 c.c., a mente della quale la cessione del debito implica il trasferimento al cessionario anche delle garanzie personali e

⁴¹⁵ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 43.

⁴¹⁶ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 352.

⁴¹⁷ Cassazione civile sez. III, 17/06/2013, n. 15108, in *Foro padano* 2013, 4, I, 400.

reali allo stesso riferibili, indipendentemente dall'esplicita indicazione in tal senso nel negozio di cessione.

Un legame rinvenibile ulteriormente nella disciplina delineata dall'art. 1204 c.c., secondo cui il subingresso del *solvens* nei diritti del creditore determina i relativi effetti anche contro i terzi prestatori di garanzia per il debitore.

Dalla richiamata normativa emerge, in modo chiaro e non contestabile, l'intreccio che permea la relazione insistente tra il rapporto di garanzia e quello garantito, tanto sotto il profilo dell'esistenza quanto sotto il profilo della disciplina applicabile.

Siffatta scelta legislativa si spiega essenzialmente in ragione dell'esigenza di assicurare un perdurante riferimento causale per l'obbligazione di garanzia.

Quest'ultima, difatti, trova la propria ragione giustificativa esclusivamente nella misura in cui esista e sia valida l'obbligazione garantita, referente unico e ineliminabile della prestazione del fideiussore.

Nell'ambito delle garanzie personali, di cui la fideiussione è espressione cardine, si afferma così un'accessorietà apparentemente certa e assoluta, corroborata dall'ampio compendio di norme sopra ricordato (artt. 1204, 1263, 1936, 1939, 1941, 1942, 1944, 1945 c.c.) e suscettibile di determinare una subordinazione economico-logica e pratica, oltre che funzionale e giuridica, tra l'obbligazione del garante e quella del garantito⁴¹⁸.

Un quadro, quello da ultimo declinato, in cui si viene a creare un evidente ostacolo rispetto alla configurabilità di una garanzia pienamente autonoma rispetto al rapporto principale.

3.2. IL REQUISITO DELL'ACCESSORIETÀ NELLE GARANZIE DIVERSE DALLA FIDEIUSSIONE

Il principio di accessorialità non trova espressione esclusivamente nella fideiussione.

⁴¹⁸ SIMONETTO E., *La fideiussione prestata da privati*, Padova 1985, 108. In senso analogo si veda anche TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, cit., 67.

Plurimi sono gli ulteriori istituti di garanzia, anche diversi da quello di tipo fideiussorio, in cui sono riscontrabili, in maniera più o meno marcata, delle espressioni di tale principio.

Una simile tendenza si rintraccia, innanzitutto, nel campo delle garanzie personali.

Ciò si mostra, per esempio, nella garanzia *ex lege* di cui all'art. 38 c.c., rilasciata dai soggetti che agiscono in nome e per conto dell'associazione, rispetto alla quale la natura legale della fonte di tale obbligazione non elide il legame di accessorietà tra prestazione di garanzia e prestazione principale⁴¹⁹.

Inoltre, profili di accessorietà si riscontrano altresì nel negozio, invero non sempre ricondotto nel novero delle garanzie personali, dell'anticresi, alla luce della possibilità per il garante di sollevare tutte le eccezioni di merito che trovano fonte nel rapporto principale di cui assicura o preordina l'adempimento⁴²⁰.

Tratti di accessorietà sono individuati, in aggiunta, nel mandato di credito civile, in cui il contenuto dell'obbligazione del mandante presuppone necessariamente l'esistenza di un'altra obbligazione principale⁴²¹.

Ma il carattere accessorio è predicato, all'interno della nostra tradizione giuridica, anche con riguardo alle garanzie reali⁴²².

In queste, se possibile, tale crisma si presenta ancora più rigoroso, nell'ottica di limitare la possibilità di istituire vincoli atipici sui beni del creditore o del terzo datore⁴²³.

Nell'ipoteca, in primo luogo, l'assimilazione del modello francese permette di mantenere un forte collegamento tra la garanzia e il credito, tanto nel momento genetico del vincolo quanto nelle successive vicende, tale da determinare un'autonomia strutturale e una dipendenza funzionale della garanzia rispetto al rapporto garantito⁴²⁴.

⁴¹⁹ Cassazione civile sez. trib., 03/05/2025, n.11593, in *dejure.it*.

⁴²⁰ CICERO C., *Anticresi. Artt. 1960-1964*, Milano 2010, 22.

⁴²¹ MACARIO F., *Garanzie personali*, in *I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, Sacco R. (diretto da), X, Torino, 2009, 61, nel quale non si manca di evidenziare anche le posizioni a sostegno dell'autonomia dell'obbligazione del mandante.

⁴²² D'ANTONIO V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 44. GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino 2015, 11-12.

⁴²³ D'ANTONIO V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 44.

⁴²⁴ CHIANALE A., *L'ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, Vicenza 2021, 66. CICERO C., *L'ipoteca*, Varese 2000, 34.

La natura accessoria del vincolo ipotecario, evincibile già dagli artt. 2741 e 2808 c.c., si coglie quindi in forza della necessaria esistenza del credito garantito (anche se, in materia, si veda il correttivo dell'art. 2852 c.c.), dell'automatico trasferimento assieme al credito, nonché dell'estinzione al venir meno del rapporto garantito⁴²⁵.

E anche il pegno manifesta l'elemento dell'accessorietà, posta l'esigenza dell'esistenza del credito garantito e della mancata invalidità della sua fonte⁴²⁶.

È così che l'art. 2784 c.c. stabilisce la nullità dell'atto costitutivo del pegno stipulato in relazione ad un credito non ancora esistente.

E, in egual modo, la novazione, la delegazione, l'espromissione o l'accollo dell'obbligazione garantita estinguono il vincolo pignoratizio, salvo patto contrario⁴²⁷.

Dalle riferite esemplificazioni si evince che il principio di accessorietà, lungi dal risultare mero carattere contraddistintivo della sola fideiussione, si eleva a elemento di disciplina della garanzia.

Esso, pur nella sua oscurità definitoria, segna indefettibilmente la narrativa tanto delle garanzie personali quanto delle garanzie reali, confermando quei connotati apparentemente assoluti ascrittigli dalla teorica tradizionale.

Un fascino dogmatico, quello esercitato dal principio di accessorietà, che difficilmente si presenta conciliabile con una figura, quale la garanzia autonoma, in evidente contrapposizione con lo stesso.

4. LA SECONDA ANIMA DELL'ISTITUTO: L'AUTONOMIA DELLA GARANZIA

L'indipendenza rappresenta la seconda anima della garanzia autonoma.

Tale contratto, oltre a caratterizzarsi per la prestazione di garanzia a esso riferibile, si presenta anche autonomo rispetto al rapporto garantito, in una logica antitetica e incompatibile rispetto al descritto crisma dell'accessorietà.

⁴²⁵ CHIANALE A., *L'ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, cit., 70.

⁴²⁶ ORSINGER L., RUGGIU C., *Pegno e ipoteca. Aspetti sostanziali e risposte giurisprudenziali a questioni pratiche*, Varese 2013, 2-3.

⁴²⁷ ORSINGER L., RUGGIU C., *Pegno e ipoteca. Aspetti sostanziali e risposte giurisprudenziali a questioni pratiche*, cit., 3.

Proprio l'elemento dell'autonomia, diversamente da quello dell'accessorietà⁴²⁸, si mostra, però, privo di un adeguato approfondimento nell'analisi dottrinale, perlomeno nell'ambito della garanzia.

Nel codice civile, il parametro dell'autonomia trova consacrazione prevalentemente nel campo negoziale e, più nello specifico, nel settore dei contratti, in cui manifesta risulta l'esigenza di consentire ai privati di addivenire a modelli anche difformi rispetto a quelli declinati positivamente, nell'ottica di perseguire i diversi interessi risultabili in concreto.

Ulteriori riferimenti all'autonomia sono rinvenibili nell'ambito delle misure di protezione per interdetti, inabilitati e beneficiari dell'amministrazione di sostegno, nonché nel capo del lavoro autonomo.

Il codice civile richiama, dunque, con estrema parsimonia l'elemento dell'autonomia, ben consapevole delle prorompenti ricadute di siffatto carattere sul compendio delle regole da esso adottate.

Nell'alveo dei negozi di garanzia, la portata effettuale del crisma dell'autonomia legittima, senza particolari resistenze, l'introduzione di clausole atipiche nei contratti di garanzia tipizzati⁴²⁹, nonché, in conformità con il disposto di cui all'art. 1179 c.c., la configurazione di nuove forme di garanzia non previste dal diritto positivo⁴³⁰.

Ciononostante permangono non indifferenti perplessità in ordine alla possibilità di elevare il connotato dell'autonomia alla stregua di vero elemento qualificatorio della garanzia, a fronte degli ostacoli dogmatici imposti dal profilo dell'accessorietà.

Simili perplessità portano, il più delle volte, a escludere la configurabilità della garanzia autonoma in termini di categoria scientifica a sé stante, con la riconduzione della relativa locuzione a mera espressione di comodo⁴³¹.

⁴²⁸ PIEPOLI G., *Gli accessori del credito per destinazione*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 502, enuncia una nozione puramente funzionale dell'accessorio, sottolineando che esso appartiene a quell'universo categoriale che discende direttamente da una funzione e che solo in essa trova il fondamento della propria unità.

⁴²⁹ Tra le clausole atipiche inseribili nella fideiussione si pensi, per esempio, al sintagma del pagamento "a prima richiesta".

⁴³⁰ Tra le garanzie atipiche si faccia riferimento, per esempio, alla *fideiussio indemnitis*.

⁴³¹ NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., 260.

Ciò rende le istanze di indipendenza apparentemente prive di una vera e propria cittadinanza nell'inquadramento normativo concernente tale figura negoziale.

Apparentemente, appunto.

Varie sono, invero, le esemplificazioni in cui il connotato dell'accessorietà si sottrae a quei contorni granitici a prima vista caratterizzanti la garanzia codicistica.

Plurime si presentano, in realtà, le deviazioni sistematiche rispetto all'assolutezza del dogma dell'accessorietà, in seno alle quali il rapporto di garanzia si configura, in varia misura, autonomo nei confronti del rapporto garantito.

E proprio tra tali crepe corre l'obbligo di insinuarsi al fine di comprendere l'effettiva possibilità di generare vere e proprie fratture nella tradizionale visione accessoria sedimentatasi in tema di garanzia.

4.1. LE INCRINATURE DELL'ACCESSORIETÀ NEL CONTRATTO DI FIDEISSIONE

Il principio di accessorietà, inteso in termini assoluti, manifesta le prime incrinature già nel contratto di fideiussione⁴³².

Tale connotato viene attenuato da talune norme peculiari, fondate sul principio di buona fede o sul criterio funzionale, finalizzate preminentemente a salvaguardare il fideiussore dalla scomoda posizione di soggetto tenuto in proprio per un'obbligazione altrui sulle cui vicende non può incidere.

Il collegamento tra obbligazione del fideiussore e obbligazione principale viene temperato, in primo luogo, nell'evenienza di un comportamento patologico del creditore.

È così che l'art. 1955 c.c. dispone l'estinzione della garanzia a carico del creditore che ha reso inattuabile il diritto di surrogazione del fideiussore, determinando una rescissione del legame relazionale originariamente insistente tra il rapporto di garanzia e quello base.

⁴³² VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 38, individua indici di autonomia anche nella fideiussione, e in specie nell'art. 1939, ult. co., c.c. e nell'eventuale inserimento in contratto di una clausola di sopravvivenza. Ciò porta l'autore a sostenere che l'accessorietà della fideiussione presenta più di un'incrinatura rispetto alla sua qualificazione in termini di principio assoluto.

Sempre in chiave patologica, l'art. 1956 c.c. stabilisce la liberazione del fideiussore per un'obbligazione futura nel caso in cui il creditore sia venuto meno all'obbligo di comportarsi secondo buona fede, continuando a concedere abusivamente credito al debitore principale nonostante lo stato di insolvenza di quest'ultimo.

E, ancora in un'ottica sanzionatoria, la dipendenza della garanzia fideiussoria viene elisa nell'ipotesi in cui il creditore non agisce tempestivamente per l'escusazione della stessa, onde tutelare il fideiussore contro l'incertezza derivante dal ritardo nell'esercizio del diritto del creditore (art. 1957 c.c.)⁴³³.

Ma sensibili attenuazioni al legame insistente tra fideiussione e rapporto garantito si rinvencono altresì in fattispecie prive di una condotta necessariamente abusiva del creditore.

In tal senso, l'art. 1939 c.c. esclude il travolgimento dell'obbligazione fideiussoria nell'ipotesi di annullamento dell'obbligazione derivante dall'incapacità del debitore.

Inoltre, gli artt. 135 e 184 l. fall. stabiliscono l'indifferenza dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'eventuale riduzione dell'obbligazione garantita per effetto del concordato preventivo o fallimentare⁴³⁴.

E ulteriori limiti alla possibilità di instaurare inscindibili legami tra l'obbligazione di garanzia e l'obbligazione garantita si rinvencono anche nella facoltà dei privati di inserire clausole negoziali atipiche nel contratto di fideiussione, quali quelle di pagamento a prima richiesta, di sopravvivenza o di reviviscenza, idonee a erodere l'assolutezza dell'accessorietà fideiussoria⁴³⁵.

L'accessorietà che lega il contratto di garanzia al rapporto base non consente quindi una vera e propria fusione tra i due negozi, ma determina piuttosto una sorta di intersezione tra gli stessi.

⁴³³ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 4: «nella stessa configurazione tipica della fideiussione l'accessorietà non è concepita in termini assoluti».

⁴³⁴ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 222: «Che il principio di accessiorietà non sia regola costante e indefettibile della disciplina della fideiussione trova conferma nelle norme degli artt. 135, 2 co, e 184 l. fall., secondo le quali sia nel caso di concordato fallimentare sia in quello di concordato preventivo, i creditori conservano per l'intero le loro azioni contro i fideiussori del fallito e del debitore, sebbene nei confronti del debitore principale sottoposto a concordato possono esigere soltanto una percentuale inferiore».

⁴³⁵ TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, cit., 150-153, rileva la vessatorietà ex art. 33 lett. t c. consumo delle clausole di reviviscenza e di sopravvivenza aggravanti la posizione del garante contraente debole.

L'obbligazione principale e quella fideiussoria, benché collegate, mantengono difatti una propria individualità non soltanto soggettiva, ma anche oggettiva, in quanto la causa fideiussoria si presenta fissa e uniforme, mentre l'obbligazione garantita non influisce su quella della fideiussione, per la quale continuano a valere le normali regole (Cass., Sez. Un., 05/02/2008, n. 2655)⁴³⁶.

Si viene così a instaurare una particolare figura di connessione giuridica tra due negozi che, pur in presenza di un'identità di oggetto, rimangono reciprocamente estranei l'uno rispetto all'altro, con l'autonomia della fideiussione che pone un limite operativo al collegamento vigente tra il contratto fonte del debito principale e quello accessorio di garanzia⁴³⁷.

Chiaro è, dunque, il rapporto che si instaura tra accessorialità e autonomia nel contratto di fideiussione.

La prima si impone tra situazioni giuridiche soggettive – obbligo principale e obbligo del garante – e implica una relativizzazione della garanzia rispetto all'obbligo garantito.

La seconda, invece, comporta la determinazione di una mera connessione tra i contratti da cui le suddette posizioni giuridiche soggettive discendono, con la piena indipendenza causale dell'attribuzione di garanzia⁴³⁸.

L'accessorialità del negozio fideiussorio, in definitiva, disperde il significato assoluto astrattamente ascrittale, e viene rivalutata in senso meramente relativo⁴³⁹.

E proprio in questo processo di svalutazione del principio di accessorialità, caratterizzante l'ordinamento interno, si determina un terreno potenzialmente fertile per l'innesto della novità rappresentata dal contratto di garanzia autonoma.

⁴³⁶ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 3: «L'accessorialità, ossia il nesso di collegamento e dipendenza causale e funzionale dell'obbligazione fideiussoria rispetto a quella principale (cfr. artt. 1939, 1941, 1942, 1945 c.c.), non incide tuttavia sull'autonomia causale della fideiussione, né dell'obbligazione del fideiussore rispetto a quella del negozio garantito».

⁴³⁷ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 42: «Le obbligazioni restano distinte sul piano soggettivo permanendo lo stato di alienità del fideiussore rispetto al rapporto garantito; distinte sul piano oggettivo posto che l'obbligazione fideiussoria potrebbe non coincidere con la principale se prestata per una parte di debito, ovvero, prestata a condizioni meno onerose».

⁴³⁸ Cassazione civile sez. III, 04/02/2021, n.2711, in *foroeuropeo.it*. Tale pronuncia specifica altresì che anche l'avverbio “personalmente” richiamato dall'art. 1936 c.c. non deve essere inteso in una accezione pleonastica, ma indica piuttosto il rapporto personale tra fideiussore e garantito: il fideiussore assume un obbligo analogo al debitore principale, anche se in virtù di un'obbligazione propria avente una propria autonoma causa.

⁴³⁹ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 167.

4.2. LE INCRINATURE DELL'ACCESSORIETÀ NELLE GARANZIE NON FIDEIUS- SORIE

Il ridimensionamento dell'accessorietà in termini di principio assoluto non attiene esclusivamente alla fideiussione, ma concerne il sistema delle garanzie più ampiamente inteso.

Un rigetto dell'accessorietà quale requisito immanente di tutti i negozi di garanzia si riscontra, per esempio, nell'istituto dell'avallo cambiario, in cui l'autonomia rispetto all'obbligazione garantita è connotato tipologico essenziale⁴⁴⁰.

L'avallo costituisce, nello specifico, una forma di garanzia personale, inserita nel sistema delle cambiali, in cui il carattere astratto impedisce all'avallante di opporre le doglianze relative al rapporto base, ivi inclusa l'eccezione di nullità non dipendente da un vizio di forma, determinando così una materiale indipendenza e autonomia della garanzia⁴⁴¹.

Ma, sempre nel novero delle garanzie personali in senso lato, il difetto dell'accessorietà contraddistingue anche la lettera di *patronage*⁴⁴².

Il *patronnant*, difatti, non assume l'obbligo di eseguire la stessa prestazione originariamente assunta dal patrocinato, non manifestando alcuna volontà di sostituirsi a quest'ultimo nell'adempimento dell'obbligazione rimasta inevasa⁴⁴³.

E anche nella garanzia dello star del credere, specificamente rilasciata con riferimento alla stipula di un negozio di commissione, non si crea un rapporto di stampo accessorio, dal momento che essa non vincola il commissionario a espletare la stessa prestazione dovuta dal terzo, ma lo obbliga esclusivamente a indennizzare o risarcire il committente dei danni subiti in conseguenza dell'inadempimento del terzo⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ DE CICCO O., *Studi in tema di patronage*, Napoli 2018, 94.

⁴⁴¹ MONTANARI A., "Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, cit., 76. D'ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 20.

⁴⁴² DE CICCO O., *Studi in tema di patronage*, cit., 79, sottolinea che proprio per l'assenza di accessorietà avvicina gli istituti del *patronage* e della garanzia autonoma.

⁴⁴³ DE CICCO O., *Studi in tema di patronage*, cit., 81.

⁴⁴⁴ D'ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 25-26.

Un'ulteriore esemplificazione di garanzia personale autonoma viene colta nella conferma del credito, disciplinata dall'art. 1530 c.c.

La banca, che conferma il credito a norma dell'art. 1530, co. 2, c.c., si mostra legittimata a sollevare al venditore soltanto le eccezioni discendenti dall'incompletezza o dall'irregolarità dei documenti e quelle relative al rapporto di conferma del credito, mentre non può rifiutare il pagamento avanzando doglianze fondate sul sottostante contratto di compravendita⁴⁴⁵.

Dubbi sull'effettiva irriducibilità del canone dell'accessorietà si manifestano altresì nell'ambito delle garanzie reali.

Anche nell'analisi del pegno, innanzitutto, la regola secondo cui *accessorium sequitur principale* conosce una derubricazione rispetto all'iniziale rilevanza a essa ascritta.

Essa diviene connotato meramente descrittivo inidoneo a spiegare di per sé il rapporto di interrelazione tra pegno e credito garantito⁴⁴⁶, contraddistinto sempre con maggiore insistenza dall'indipendenza funzionale e dall'autonomia strutturale del primo rispetto al secondo⁴⁴⁷.

Esemplificazioni di questa erosione del principio di accessorietà nell'istituto in analisi sono ulteriormente rinvenibili nell'ammissione del pegno di crediti futuri riferito a crediti condizionali o a termine⁴⁴⁸, nell'ampliamento di operatività della clausola *omnibus* sancito dall'art. 11 l. 155/2017⁴⁴⁹ o nell'introduzione del patto di rotatività⁴⁵⁰.

In relazione all'ipoteca, invece, il modello italiano e francese, proteso verso l'accessorietà della garanzia, cede il passo all'autonomia caratteristica del sistema germanico sotto svariati profili.

⁴⁴⁵ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 463-464.

⁴⁴⁶ MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina del pegno non possessorio*, Torino 2018, 79.

⁴⁴⁷ MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina del pegno non possessorio*, cit., 80.

⁴⁴⁸ MARSEGLIA R., *L'evoluzione della disciplina del pegno non possessorio*, cit., 80. STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova 2013, 91-92, richiama in via analogica il disposto dell'art. 2852 c.c. previsto in materia di ipoteca.

⁴⁴⁹ RUMI T., *I recenti sviluppi della garanzia del credito e il concetto di obbligazione*, Napoli 2023, 73.

⁴⁵⁰ FUSARO A., *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali. l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 64, N° 6, 2011, 686.

Si pensi, in tal senso, alle cause di estinzione dell'ipoteca, che possono anche essere indipendenti rispetto a quelle del credito garantito, oppure alla durata massima dell'ipoteca, non necessariamente dipendente dalla durata dell'obbligazione garantita.

Ma si pensi ancora alle ipotesi di riduzione del credito, che non implicano l'automatica riduzione dell'ipoteca, o alle evenienze di trasferimento indipendente dell'ipoteca contemplate negli artt. 2856 c.c. e 2866 c.c.

Si faccia, infine, riferimento, alle casistiche di surrogazione legale del terzo acquirente che abbia pagato il creditore ipotecario, di cui all'art. 1203, n. 3, c.c., o alle ipoteche iscritte a tutela dei titoli di credito⁴⁵¹.

Tutte queste esemplificazioni confermano la comune tendenza, tanto nelle garanzie personali quanto in quelle reali, a rifuggire dallo staticismo dell'accessorietà, con un ampliamento delle fattispecie derogatorie anche aldilà della garanzia fideiussoria.

Una tendenza, quella da ultimo esplicitata, fatta propria anche dallo scenario giuridico sovranazionale.

La progressiva regolazione, rinvenibile nelle carte sovranazionali (Progetto *Drobnig* in tema di *Personal Securities*; *Draft Common Frame of Reference*; Convenzione dell'UNCITRAL del 1995), di interi capitoli riservati alle garanzie personali indipendenti conferma, al netto di qualche incertezza applicativa, la propensione a svincolarsi dalla unicità del tipo fideiussorio, per dare ingresso anche a forme di garanzia nuove e diverse rispetto a quest'ultimo.

Proprio l'esistenza, nel panorama legislativo italiano ed europeo, di ipotesi di garanzia prive del carattere accessorio, contraddistintivo della fideiussione, esclude che, nel nostro ordinamento, possa essere affermato un principio cogente impositivo della necessità di riconoscere sempre al garante la possibilità di proporre le medesime eccezioni spettanti al debitore principale⁴⁵², con la certificazione della crisi del principio dell'accessorietà delle garanzie.

⁴⁵¹ CHIANALE A., *L'ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, cit., 66. CUSATO B., *L'ipoteca*, Padova 2007, 57-58.

⁴⁵² VILLANACCI G., *Performance bond. Caratteri e funzioni*, cit., 49.

4.3. LA NASCITA DELLA GARANZIA AUTONOMA NEL DIRITTO ITALIANO

In questa ondata di progressivo allontanamento dall'immobilismo della garanzia accessoria si collocano le prime affermazioni giurisprudenziali inerenti al riconoscimento della garanzia autonoma nel diritto interno.

In Italia, nello specifico, il problema della ammissibilità della garanzia autonoma viene sollevato, con indiscutibile ritardo rispetto agli altri Paesi europei, soltanto nella sentenza a Sezioni Unite dell'Ottobre 1987, n. 7341⁴⁵³.

In tale pronuncia si attua un formale riconoscimento del negozio autonomo di garanzia, sulla scorta del principio di autonomia contrattuale e della piena meritevolezza dell'interesse del creditore.

Da un punto di vista sostanziale, tuttavia, il suddetto riconoscimento si mostra incerto e contraddittorio⁴⁵⁴.

La Corte, pur ritenendo la garanzia autonoma compatibile con il nostro ordinamento, riconduce l'istituto alla fideiussione, in ragione della comune finalità di garanzia riferibile alle due figure.

Il contratto autonomo di garanzia, in questa ricostruzione, viene equiparato a una sorta di fideiussione accompagnata da un patto *solve et repete*, con una mera astrazione di tipo processuale.

Ciò essenzialmente sulla base della convinzione, ancora oggi ampiamente diffusa, che il requisito dell'accessorietà costituisce il necessario postulato di qualsiasi negozio avente causa di garanzia⁴⁵⁵.

Pur nelle sue contraddizioni, la richiamata pronuncia rappresenta comunque un'importante presa di posizione a favore della validità del contratto autonomo di garanzia, tanto da essere ripresa anche dalla giurisprudenza successiva.

È alla fine degli anni Ottanta, in particolare, che si realizza un primo smarcamento concettuale della garanzia autonoma rispetto alla fideiussione⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Cassazione civile sez. un., 01/10/1987, n.7341, in *Riv. dir. comm.* 1988, II, 329. Un riconoscimento giurisprudenziale dell'ammissibilità della garanzia autonoma ancora anteriore si ha in Cass. 10 marzo 1980, n. 1602, in *Riv. Not.*, 1980, II, 842

⁴⁵⁴ PERRIER E., *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, cit., 80.

⁴⁵⁵ PERRIER E., *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, cit., 80.

⁴⁵⁶ Cassazione civile sez. I, 06/10/1989, n.4006, in *Foro Padano*, 1990, I, 131.

La Corte, finalmente, individua nell'autonomia dal rapporto base il tratto fondamentale del contratto autonomo di garanzia, tale da distinguere lo stesso dalla fideiussione, connotata invece da uno stretto collegamento con l'obbligazione principale.

Simile pronunciamento di fine anni Ottanta pone le basi per assicurare spazi propri di esistenza alla garanzia non accessoria.

Anche in esso, tuttavia, non mancano importanti limiti alla piena autonomia della garanzia, rappresentati prevalentemente dall'aspetto causale della stessa e dal collegamento funzionale persistente con il rapporto base, elemento fondamentale alla cui tutela rimane improntata l'obbligazione del garante.

Ed è da questo punto di origine che si pone il fondamento per la successiva affermazione del contratto autonomo di garanzia in termini di articolato coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni tra il destinatario della prestazione (beneficiario della garanzia), il garante (tendenzialmente un istituto di credito) e il debitore della prestazione (ordinante la garanzia atipica), caratterizzato funzionalmente dall'elisione del vincolo di accessorietà e dalla scissione della garanzia dal rapporto di valuta⁴⁵⁷.

Un contratto finalizzato essenzialmente alla libera circolazione dei capitali e al pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario, profili supportati dalla sollecita escussione di una controparte affidabile e dall'assenza del rischio di vedersi processualmente opporre il regime tipico delle eccezioni fideiussorie⁴⁵⁸.

4.4. I TENTATIVI DI POSITIVIZZAZIONE DELLA GARANZIA AUTONOMA

Ferma l'origine giurisprudenziale, il codice civile italiano, al pari di plurime altre normative continentali, non disciplina espressamente il contratto autonomo di garanzia⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Cassazione civile sez. III, 05/03/2009, n.5326, in *dejure.it*.

⁴⁵⁸ Cassazione civile sez. III, 05/03/2009, n.5326, cit. Per il sedimentarsi della garanzia autonoma anche nella giurisprudenza di merito cfr. FRIGENI C., *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, giugno 2003, 245.

⁴⁵⁹ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 237.

E ciò nonostante l'introduzione già nel 2010, con il disegno di legge n. 2284, di una delega al governo per procedere a una normazione positiva del relativo tipo negoziale⁴⁶⁰.

Non mancano, tuttavia, talune previsioni positive in seno alle quali viene colto dalla dottrina un richiamo, pur implicito, a tale figura.

Tra queste vengono comunemente richiamate, a titolo esemplificativo: l'art. 2464, comma 6, c.c. riguardante il conferimento societario mediante la prestazione di una fideiussione bancaria⁴⁶¹; l'art. 1 della legge 10 giugno 1982, n. 348, il quale consente la sostituzione di cauzioni con polizze fideiussorie quando si tratta di garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte verso lo Stato e gli altri enti pubblici⁴⁶²; la garanzia bancaria, prevista dall'art. 308, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ai fini del recupero delle spese statali sostenute per le azioni di precauzione, prevenzione e ripristino ambientale⁴⁶³; l'art. 106 TUB, che consente ai confidi di rilasciare garanzie a prima richiesta, in alternativa alla tipica garanzia sussidiaria⁴⁶⁴; l'art. 13 Reg. ISVAP 16 marzo 2009, n. 29 in materia di assicurazioni⁴⁶⁵; le garanzie per il pagamento periodico dei diritti doganali di cui all'art. 87 DPR 23 gennaio 1973, n. 43⁴⁶⁶; la garanzia concessa da parte di SACE S.p.a., ai sensi dell'art. 13 del Decreto Liquidità 2020, ai fini della copertura di finanziamenti accordati da banche, istituzioni finanziarie e soggetti abilitati all'esercizio del credito⁴⁶⁷; l'art. 16 DPR 380/2001, in punto di garanzia rilasciata in assistenza ai contributi di

⁴⁶⁰ CORRIAS P., *Spunti in tema di garanzie personali di impresa*, in *Rivista di diritto dell'impresa* 3/2014, 434. L'art. 2 del disegno stabiliva, in particolare, l'inserimento nel codice civile, dopo le norme sulla fideiussione, del contratto a titolo oneroso con cui il garante si obbliga al pagamento di una determinata somma di denaro o ad altra prestazione a vantaggio del creditore allo scopo di sollevarlo dai rischi economici derivanti dall'adempimento di un'obbligazione, sulla cui esecuzione o validità il garante non può sollevare eccezioni, salvo quella volta a far valere condotte fraudolente poste in essere in suo danno.

⁴⁶¹ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 168.

⁴⁶² CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 237. Per la sempre più frequente assimilazione tra polizze fideiussorie e garanzie autonome si veda DE NADAI M., *Note minime sui contratti autonomi di garanzia stipulati dalle imprese assicurative*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2021, 453.

⁴⁶³ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 168. CAMPOLATTARO S., CHIANGALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 140.

⁴⁶⁴ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 169. CAMPOLATTARO S., CHIANGALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 140.

⁴⁶⁵ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 169.

⁴⁶⁶ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 168.

⁴⁶⁷ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 168.

urbanizzazione⁴⁶⁸; la garanzia stabilita dall'art. 38-bis, comma 5, DPR 26 ottobre 1972, n. 633, inerente alla garanzia nei rimborsi IVA⁴⁶⁹.

Nel novero di questo compendio di garanzie da ultimo enucleato difetta, tuttavia, una visione di sistema, capace di proporsi aldilà del profilo strettamente settoriale.

Un'assenza di prospettiva che, invero, comporta innumerevoli profili di criticità, primo fra tutti la stessa qualificazione di taluni negozi, anche tra quelli appena esposti, alla stregua di garanzie autonome⁴⁷⁰.

Il più delle volte, infatti, manca nelle garanzie normativamente descritte un riferimento espresso alla improponibilità delle eccezioni da parte del garante e si rinviene nelle stesse la mera presenza della clausola di pagamento "a prima richiesta"⁴⁷¹.

La prima giurisprudenza di legittimità⁴⁷², interrogatasi proprio sulla natura della garanzia con clausola di pagamento a prima richiesta⁴⁷³, vi ha ravvisato, in modo invero non particolarmente trasparente, un negozio atipico pur sempre riferibile al rapporto fideiussorio, in quanto connotato da una finalità di garanzia, contraddistinto da una mera inversione dell'onere della prova in caso di inadempimento del debitore principale⁴⁷⁴.

E, al cospetto di impostazioni straniere non sempre allineate in materia⁴⁷⁵, dottrina e giurisprudenza interne più recenti si sono orientate, a eccezione di taluni

⁴⁶⁸ STELLA G., *Le garanzie del credito*, Vol. 1, 2010, 804.

⁴⁶⁹ STELLA G., *Le garanzie del credito*, cit., 803. MONTANI V., *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, cit., 10547, spiega che, nel caso in cui il rimborso ammonta a una cifra superiore al dieci per cento dell'importo dei versamenti complessivi eseguiti sul conto fiscale, il richiedente deve fornire una garanzia autonoma a prima richiesta e senza eccezioni, stipulata con una compagnia assicurativa ed escutibile dall'Agenzia delle Entrate, ove dai successivi controlli risulta che il rimborso corrisposto al contribuente non era dovuto.

⁴⁷⁰ Dubbi sulla riconducibilità alla categoria delle garanzie autonome sorgono, in particolare, sulle garanzie di cui all'art. 2464, comma 6, c.c., all'art. 1 della legge 10 giugno 1982, n. 348, all'art. 308, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, all'art. 13 Reg. ISVAP 16 marzo 2009, n. 29 e all'art. 87 DPR 23 gennaio 1973, n. 43.

⁴⁷¹ Per l'affinità solo apparente tra tali clausole si veda BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 246.

⁴⁷² Cassazione civile sez. un., 01/10/1987, n.7341, in *Riv. dir. comm.* 1988, II, 329.

⁴⁷³ CALDERALE A., TUCCI G., *Clausola di pagamento a prima richiesta*, cit., 119-120. CAMPO-LATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 140, si soffermano sulla distinzione tra garanzie a domanda giustificata e garanzie a domanda condizionale e sulla perplessità della dottrina in ordine alla compatibilità di queste ultime con il connotato dell'autonomia.

⁴⁷⁴ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 14-15.

⁴⁷⁵ In Belgio, Francia e Danimarca la clausola "a prima richiesta" depone per la natura autonoma della garanzia. Come in Italia, anche nei Paesi Bassi, in Grecia e in Spagna, invece, tale clausola

filoni minoritari⁴⁷⁶, nel senso di non attribuire valenza essenziale, ai fini della qualificazione del negozio alla stregua di garanzia autonoma, all'inciso "a prima richiesta", con questo potenzialmente suscettibile di inerire sia a una fideiussione accessoria che ad una garanzia non accessoria⁴⁷⁷.

Dunque, il patto di pagamento a prima domanda, di per sé considerato, non si presenta in grado di indicare con certezza l'autonomia della garanzia e assume il mero connotato di una clausola *solve et repete*⁴⁷⁸, idonea a sospendere provvisoriamente gli effetti dell'accessorietà e a posporre la proponibilità di eccezioni⁴⁷⁹.

Il carattere autonomo della garanzia rilasciata non può, dunque, essere ricavato dalla sola presenza della clausola "a prima richiesta" o di clausole dal contenuto analogo, posta la compatibilità di queste anche con il negozio fideiussorio⁴⁸⁰, ma dipende dall'analisi complessiva del testo contrattuale e, nello specifico, dalla particolare relazione funzionale e dinamica in cui le parti intendono porre l'obbligazione principale e quella di garanzia.

Ragioni storiche, oltre che legate alla mala formulazione legislativa⁴⁸¹, portano tuttavia a privilegiare una ricostruzione delle garanzie in chiave accessoria⁴⁸²,

non definisce di per sé la natura del contratto. Nel diritto inglese e in quello tedesco tale clausola introduce una mera presunzione semplice di indipendenza.

⁴⁷⁶ Cassazione civile sez. III, 03/11/2021, n.31313, in *Guida al diritto* 2022, 3. BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 503: «L'opinione prevalente reputa valida la clausola di pagamento a prima richiesta e altre analoghe clausole (ad es.: pagamento 'senza eccezioni') intese ad assicurare la tempestività del pagamento a prescindere dalle questioni attinenti alla validità alla validità ed esistenza dell'obbligazione garantita. Tali clausole si ritengono valide ma incompatibili con la fideiussione».

⁴⁷⁷ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 240. BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 254: «Questo orientamento, già presente nella dottrina, è stato poi condiviso dalla Cassazione la quale, da tempo, anche con riferimento alla clausola "a prima richiesta", ha ritenuto che debbano essere utilizzate le regole dell'ermeneutica contrattuale, non limitando l'indagine interpretativa al piano letterale né al testo della singola clausola slegato dalle altre».

⁴⁷⁸ CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., 51-52. In termini, si veda anche PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 243.

⁴⁷⁹ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 823-825.

⁴⁸⁰ BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 247.

⁴⁸¹ Per l'imprecisa formulazione legislativa, si vedano le esemplificazioni richiamate in questo stesso paragrafo.

⁴⁸² È così che l'art. 75 d.lgs. 163/2006, nell'ambito degli appalti pubblici, contiene la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, co. 2, c.c., ma non estende siffatta rinuncia a tutte le ulteriori doglianze inerenti al rapporto garantito. Del pari, anche gli artt. 30 e 38-bis d.p.r. 633/1972, sul rimborso dell'IVA versata in eccedenza, pur comunemente ricondotte a ipotesi di garanzia autonoma, sembrano inidonei a configurare simile istituto, in presenza della sola clausola "a prima richiesta". Più approfonditamente si veda MONTANARI A., *Garanzia autonoma e autonomia privata*, in *Banca borsa e titoli di credito* 3/2017, 1, 353.

piuttosto che autonoma, con un'inevitabile relativizzazione dell'operatività di quest'ultima tipologia nel sistema applicativo interno.

5. IL REQUISITO DELL'ACCESSORIETÀ E IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

La nascita e lo sviluppo del negozio di garanzia autonoma confermano il processo di netta svalutazione coinvolgente l'accessorietà, intesa come dipendenza della garanzia dal debito principale.

Sempre più spesso ci si interroga sulla possibilità di derogare al disposto di cui all'art. 1939 c.c. e, per l'effetto, sulla possibilità di ricondurre la fattispecie derogatoria così sorta al tipo legale⁴⁸³.

Ci si domanda, in altri termini, se l'accessorietà possa essere considerata una componente caratterizzante il solo tipo della fideiussione o se, all'inverso, essa identifichi un principio cardine di tutte le garanzie⁴⁸⁴.

E proprio in questo filone evolutivo, teso all'esaltazione del rapporto funzionale tra garanzia e contratto garantito⁴⁸⁵, si colloca la discussione relativa al contratto autonomo di garanzia e alla relazione di simile fattispecie con il principio di accessorialità.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, due sono le tesi che, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si propongono di delineare, a prima vista in chiave contrapposta, siffatto rapporto.

Secondo una prima ipotesi ricostruttiva, il contratto autonomo di garanzia, in aderenza con l'autonomia insita nello stesso, risulterebbe completamente carente del canone di accessorialità e di ogni ulteriore vincolo rispetto al negozio garantito.

L'autonomia della garanzia rispetto alle vicende del rapporto principale sarebbe, dunque, elemento imprescindibile del contratto, con il garante che risulterebbe conseguentemente tenuto in modo incondizionato all'esecuzione in favore del

⁴⁸³ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 17-20. L'Autore si interroga altresì sul tipo di invalidità contemplata dallo stesso art. 1939 c.c., optando per la replicabilità della patologia della nullità o della annullabilità prevista per l'obbligazione principale.

⁴⁸⁴ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 481.

⁴⁸⁵ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 36.

beneficiario di una prestazione pecuniaria non necessariamente coincidente rispetto a quella propria dell'obbligato principale⁴⁸⁶.

Secondo una diversa e antitetica argomentazione, invece, nella garanzia autonoma il carattere dell'accessorietà non si presenterebbe completamente eliso, ma verrebbe esclusivamente attenuato, vista la persistenza di un collegamento tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita.

L'adesione all'una o all'altra tesi, lungi dall'assumere un mero rilievo teorico, acquisisce centrale pregnanza anche e soprattutto con riferimento alla disciplina applicabile alla garanzia autonoma, non sempre oggetto di assunto pacifico tra gli operatori del diritto.

5.1. UNA PRIMA IPOTESI RICOSTRUTTIVA: LA CARENZA DI ACCESSORIETÀ NEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

In conformità con la prima ipotesi ricostruttiva, la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è rappresentata dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà⁴⁸⁷.

Secondo un consistente indirizzo dottrinale, il principio di accessorialità può essere validamente reciso dall'autonomia privata⁴⁸⁸.

Ciò si presenta in grado di generare un obbligo incondizionato per il garante di effettuare nei confronti del beneficiario una prestazione che non deve necessariamente coincidere con quella a cui è tenuto l'obbligato principale.

E proprio su questo sfondo si stagliano le garanzie autonome, il cui comune denominatore è rappresentato dal requisito della automaticità⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, cit., 137.

⁴⁸⁷ Cassazione civile sez. III, 09/05/2019, n.12228, in *dejure.it*: «Il contratto autonomo di garanzia si caratterizza pertanto per l'assenza dell'accessorialità rispetto alla prestazione del contratto principale, propria della fideiussione (v. Cass., Sez. Un., 18/2/2010, n. 3947, e, conformemente, Cass., 17/6/2013, n. 15108; Cass., 31/7/2015, n. 16213; Cass., 14/6/2016, n. 12152; Cass., 11/12/2018, n. 31956)».

⁴⁸⁸ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 471. BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 4: «anche l'assenza dell'accessorialità, elemento che rientra nella disponibilità delle parti, non impedisce che la realizzazione della funzione di garanzia sia ascrivibile a figure atipiche che si distaccano dalla fideiussione (ad esempio: il contratto autonomo di garanzia)».

⁴⁸⁹ BERNINI G., *La garanzia autonoma: luci e ombre di un istituto sovente abusato*, cit., 1.

Si viene, infatti, a determinare un particolare meccanismo di escussione volto a facilitare la realizzazione del credito del beneficiario, dal momento che quest'ultima non è di regola collegata o subordinata alla prova dell'inadempimento dell'appaltatore o del fornitore, ma si lega alla semplice escussione della garanzia cui consegue un pagamento automatico in un breve intervallo temporale⁴⁹⁰.

L'autonomia dell'obbligazione del garante si manifesta, quindi, nella fase di escussione della garanzia, nella quale il creditore beneficiario è esonerato dall'allegare e dal provare lo specifico inadempimento del debitore principale che gli dà diritto a ricevere il pagamento del garante⁴⁹¹.

Ma l'impressione del distacco si esprime, soprattutto, sotto il profilo soggettivo della fattispecie, alla luce della non necessaria coincidenza del soggetto tenuto al pagamento della somma garantita con quello legittimato a far valere a posteriori gli eventuali vizi del rapporto garantito⁴⁹².

Da un lato, dunque, si elimina il nesso di accessorietà tra rapporto di garanzia e rapporto base⁴⁹³.

Dall'altro lato, invece, si individua un soggetto incondizionatamente obbligato nei confronti del beneficiario, in un'ottica tale da assicurare una stabile sicurezza nei traffici commerciali e abbattere l'evenienza della mancata esecuzione del contratto⁴⁹⁴.

L'effetto è, in definitiva, quello di "autonomizzare" il rapporto di garanzia rispetto al rapporto principale, con una parte che si obbliga, a titolo di garanzia, a eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità e dall'efficacia del rapporto di base e con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni.

Un negozio, pertanto, in cui il carattere ultimo è individuabile nell'indipendenza rispetto all'obbligazione principale⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 891.

⁴⁹¹ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 893.

⁴⁹² NAPPI F., *La garanzia autonoma: profili sistematici*, cit., 225.

⁴⁹³ VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 42.

⁴⁹⁴ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 184-185.

⁴⁹⁵ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 240.

Secondo questa ricostruzione, quindi, l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria non può essere elevata a carattere essenziale dell'intero *genus* della garanzia personale, alla luce del carattere composito di questa categoria e della riconducibilità alla stessa di una pluralità di schemi tipici e atipici, talora anche distaccati dallo schema fideiussorio⁴⁹⁶.

5.2. UNA SECONDA IPOTESI RICOSTRUTTIVA: LA MANCATA ELISIONE DELL'ACCESSORIETÀ NEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

Una diversa ipotesi ricostruttiva considera, invece, l'accessorietà quale requisito intrinseco di ogni rapporto di garanzia.

L'elisione dell'accessorietà, secondo questa ricostruzione, si presenta in grado di determinare una figura giuridica che, anche ove ammessa, non potrebbe qualificarsi alla stregua di garanzia⁴⁹⁷.

All'interno della categoria della garanzia in senso stretto, dunque, non vi è spazio per una specie caratterizzata dall'autonomia dell'obbligazione del garante⁴⁹⁸, dal momento che l'accessorietà attiene alla causa negoziale e un suo difetto assoluto implica la caducazione della ragione giustificativa del contratto⁴⁹⁹.

La nozione di autonomia, intesa nel senso della contrapposizione o della complementarietà rispetto a quella di accessorietà dell'obbligazione garantita, assume i caratteri dell'inutilità sul piano della sistematica scientifica⁵⁰⁰.

Anche nelle cosiddette garanzie autonome, se si vuole che queste ultime rispettino il principio della giusta causa della attribuzione, deve quindi permanere il vincolo di accessorietà⁵⁰¹.

Il riferimento all'autonomia, perciò, può essere adottato tutt'al più in un significato empirico, mentre rimane meramente illusoria l'impressione di una funzione di

⁴⁹⁶ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indemnitarie*, cit., 98.

⁴⁹⁷ BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., 205.

⁴⁹⁸ NAPPI F., *La garanzia autonoma: profili sistematici*, cit., 95.

⁴⁹⁹ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 78.

⁵⁰⁰ BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., 182.

⁵⁰¹ NAPPI F., *La garanzia autonoma: profili sistematici*, cit., 91.

garanzia del credito perseguibile autonomamente dalle vicende del rapporto garantito⁵⁰².

Come già avuto modo di anticipare, anche nella giurisprudenza di legittimità si manifesta, in plurime pronunce, più di una perplessità in relazione alla possibilità di omettere completamente il rapporto di accessorietà nella garanzia⁵⁰³.

E ciò non soltanto nelle casistiche patologiche, in cui il carattere dell'accessorietà tende a espandersi nuovamente a fronte di situazioni di inesistenza o invalidità del rapporto tra creditore e debitore, ovvero di abuso della garanzia⁵⁰⁴.

Ma simili compressioni rispetto alla totale autonomia della garanzia si prospettano anche in situazioni fisiologiche, in cui l'accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale assume un carattere elastico, di semplice collegamento e coordinamento tra obbligazioni, ma non viene del tutto a mancare⁵⁰⁵.

La garanzia autonoma, pertanto, si viene a collocare in una posizione mediale nella scala di gradazioni che si staglia, secondo un giudizio di valore rispetto ai vari interessi coinvolti, tra astrazione assoluta e accessorietà⁵⁰⁶.

I nostri giudici circoscrivono, quindi, con accortezza gli effetti del riconoscimento dei contratti autonomi di garanzia, esigendo che l'obbligazione del garante sia comunque, in qualche misura, correlata a quella di un altro soggetto⁵⁰⁷.

L'accessorietà, pertanto, conosce nel contratto autonomo di garanzia una mera debilitazione, strumentale agli interessi d'impresa⁵⁰⁸.

L'autonomia diviene imperfetta, relativa⁵⁰⁹.

⁵⁰² NAPPI F., *La garanzia autonoma: profili sistematici*, cit., 96.

⁵⁰³ PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 569.

⁵⁰⁴ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 174. Cassazione civile sez. I, 25/05/2022, n.16837, in *dejure.it*: «il principio di accessorietà proprio di tutti i rapporti di garanzia, secondo cui "l'obbligazione di garanzia sussiste in quanto esiste l'obbligazione principale"; ragione questa per cui, al verificarsi dell'estinzione totale o parziale del credito garantito, il credito ceduto si ritrasferisce al cedente automaticamente, con un meccanismo analogo alla condizione risolutiva».

⁵⁰⁵ Cassazione civile sez. I, 10/01/2018, n. 371, in *Notariato*, 2018, 2, 191. RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 275: «L'accentuazione dell'indipendenza della garanzia dalle sorti dell'obbligazione garantita comporta un allentamento dell'accessorietà fideiussoria, escludendo che gli effetti giuridici dell'obbligazione principale si propaghino indistintamente e immediatamente sul negozio di garanzia».

⁵⁰⁶ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.

⁵⁰⁷ BERNINI G., *La garanzia autonoma: luci e ombre di un istituto sovente abusato*, cit., 20.

⁵⁰⁸ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 223.

⁵⁰⁹ BERNINI G., *La garanzia autonoma: luci e ombre di un istituto sovente abusato*, cit., 9.

Il rapporto che sorge dal contratto autonomo di garanzia, ancorché autonomo, mantiene, tuttavia, sempre un collegamento teleologico con il rapporto base, e ciò determina una sostanziale attenuazione del carattere di indipendenza della garanzia⁵¹⁰.

Nasce, così, non già un vincolo solidale tra l'obbligazione del garante e quella garantita, ma una sorta di collegamento negoziale e di cumulo di prestazioni⁵¹¹.

Il garante, infatti, non è tenuto con altri o per altri al versamento di quanto dovuto da terzi, come avverrebbe in un tradizionale contratto di fideiussione, bensì è chiamato ad adempiere all'obbligazione scaturita dall'accordo concluso con il debitore-mandante⁵¹².

Del resto, è lo stesso concetto di garanzia a postulare quello di accessorietà, laddove con quest'ultimo si allude all'esistenza di un *quid* a cui la garanzia medesima non può che fare necessario e costante riferimento⁵¹³.

Impossibile, dunque, elidere assolutamente siffatto carattere, suscettibile di una mera relativizzazione.

E proprio questa attenuazione del vincolo di accessorietà, elusiva di una vera e propria eliminazione dello stesso, implica il residuare di incertezze in ordine alla distinzione pratica tra la stessa garanzia autonoma e il diverso negozio fideiussorio, posto che anche in quest'ultimo si rinviene una disciplina volta talora alla relativizzazione del principio in esame⁵¹⁴.

6. L'ACCESSORIETÀ DELLA GARANZIA: UN DOGMA ANCORA ATTUALE?

La soluzione della questione relativa all'effettiva elisione del carattere dell'accessorietà nella garanzia autonoma assume una valenza sistematica nel diritto italiano.

⁵¹⁰ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 930.

⁵¹¹ Così in giurisprudenza Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n. 32402, in *Studium juris*, 2020, 7-8, 925; Cassazione civile sez. VI, 31/03/2021, n.8874, in *Studium juris*, 2021, 11, 1373.

⁵¹² CARLI R., *Contratto autonomo di garanzia: differenze funzionali con il contratto di fideiussione*, cit., 531.

⁵¹³ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit. 482.

⁵¹⁴ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 18-19, rinviene questa relativizzazione dell'accessorietà negli artt. 1939, 1232 e 1275 c.c., nonché negli artt. 135 e 184 l. fall.

Essa, difatti, permette di comprendere se il dogma dell'accessorietà della garanzia, che storicamente accompagna la tradizione giuridica nostrana, possa ritenersi oggetto di superamento o meno nell'ordinamento interno.

Plurime sono le esemplificazioni, già analizzate, in cui il crisma dell'accessorietà della garanzia mostra più di un'incrinatura.

E ciò già nella fideiussione, simbolo codicistico per eccellenza della garanzia di tipo accessorio.

Una prima attenuazione si presenta contemplata nelle previsioni degli articoli 1939 e 1945 del codice civile in materia di garanzia rilasciata dall'incapace.

La possibilità di istituire un'obbligazione fideiussoria valida anche a fronte dell'invalidità dell'obbligazione principale esclude la funzione tipizzante dell'accessorietà, posta altrimenti l'inconfigurabilità di un'ipotesi di validità del rapporto accessorio indipendentemente dall'eventuale nullità del rapporto principale⁵¹⁵.

Un ulteriore limite al presunto carattere dogmatico dell'accessorietà nel negozio fideiussorio si rinviene, inoltre, negli spazi lasciati all'autonomia privata, intenta sempre più spesso a rifuggire dall'immobilismo della fideiussione per il tramite di clausole (di sopravvivenza, di reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c.) limitative della stessa.

È così che l'accessorietà, proprio nel contratto di fideiussione dove massima dovrebbe essere la sua espressione, assume il profilo di mera regola tendenziale, e non assoluta.

Il collegamento fra l'obbligazione principale e quella fideiussoria non esclude che ciascuna delle due viva le proprie vicende con una certa individualità, in un'ottica di reciproca estraneità tra le stesse⁵¹⁶.

L'unità che lega tali due obbligazioni diviene logica, più che reale, considerata l'inidoneità del vincolo di accessorietà a determinare sempre e comunque una subordinazione totale del rapporto di garanzia rispetto al rapporto principale⁵¹⁷.

Il disallineamento oggettivo e soggettivo che, sempre più spesso, accompagna il rapporto tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita viene giustificato dalla necessità di precludere al fideiussore di sottrarsi all'impegno assunto, con

⁵¹⁵ VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 39.

⁵¹⁶ VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 47.

⁵¹⁷ VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 49.

l'estensione a quest'ultimo della tutela prevista in favore del solo debitore principale per una situazione strettamente personale dello stesso⁵¹⁸.

Simile andamento segna, sempre con maggior forza, il percorso di allontanamento dal carattere dell'accessorietà, oggetto di relativizzazione tanto nell'ambito delle garanzie reali quanto di quelle personali.

E se, quanto alle prime, la tassatività dei vincoli reali consente esclusivamente di apportare delle deroghe alla disciplina legale dei formanti tipici del pegno e dell'ipoteca, nell'ambito delle garanzie personali si riscontra, invece, lo sviluppo di nuove fattispecie alternative alla figura della fideiussione, connotate da profondi scampoli di autonomia rispetto al rapporto base.

È così che nell'avallo, nello star del credere commissorio, nella lettera di *patronage* e nella conferma del credito, così come in altri istituti, la funzione di garanzia viene, almeno in parte, distaccata dalla necessaria dipendenza del rapporto base, assumendo profili di indipendenza.

Una tendenza che spiana la strada alla nascita e allo sviluppo, invero non sempre lineare, delle garanzie autonome.

Incertezze, tuttavia, continuano a persistere in ordine alla possibilità di addivenire alla totale eliminazione del crisma dell'accessorietà o, come visto, al mero affievolimento di questo.

Un dubbio, quello da ultimo declinato, che, lungi dall'assumere rilievo limitatamente sul piano teorico, acquisisce centrale pregnanza pratica al fine di comprendere i margini di effettiva coesistenza tra i parametri, apparentemente ossimorici, della "garanzia" e dell'"autonomia".

⁵¹⁸ TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, cit., 70.

CAPITOLO IV:

LA GARANZIA AUTONOMA: UN OSSIMORO SOLTANTO APPARENTE

1. IL PROFILO DELL'ACCESSORIETÀ NEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

Difficile immaginare una garanzia senza un rapporto garantito.

È questa la determinazione che emerge dall'analisi dell'applicazione giuridica italiana e, in una visione più ampia, degli ordinamenti nazionali di *civil law*.

L'obbligazione del garante tende ad affiancarsi a quella del debitore del rapporto base, trovando in questa il referente ultimo.

Si genera così una relazione di accessorio a principale, in cui l'esistenza del primo appare strettamente legata a quella del secondo.

Una simile relazione caratterizza non soltanto il negozio fideiussorio, ma si estende anche a gran parte delle ulteriori garanzie personali e reali tipizzate, divenendo tratto comune dell'istituto della garanzia così come tradizionalmente inteso.

Non mancano, in ogni caso, istanze tese al superamento di questo vincolo di dipendenza che contraddistingue la garanzia.

Tanto nella fideiussione quanto nelle altre garanzie codicistiche si rinvencono, sempre con maggiore frequenza, deviazioni rispetto al modello classico dell'accessorietà.

La garanzia, in queste ipotesi di autonomizzazione, dismette i panni di mero elemento subordinato al rapporto base e acquista degli spazi di operatività indipendenti.

Simile operazione di allontanamento dallo schema classico fideiussorio, imposta tanto a livello legislativo quanto a livello dottrinale, rappresenta senza dubbio una crepa nell'impianto tradizionale dell'accessorietà.

Ma tale crepa non sembra idonea a generare, perlomeno nell'applicazione giurisprudenziale, una vera e propria frattura del dogma a esso riconnesso.

Il vincolo di accessorialità, infatti, conosce particolari resistenze a essere completamente rimosso anche nei contratti in cui la garanzia, almeno nominalmente, viene tracciata come autonoma.

Contratti nei quali, a ben vedere, siffatta garanzia rimane pur sempre in qualche misura collegata con gli altri rapporti sottostanti, risultando incapace di divenire completamente indipendente⁵¹⁹.

L'accessorialità, in forza delle deroghe apportate, muta la sua forma, cambia il suo essere.

Essa, però, non abbandona la propria veste di matrice del concetto stesso di garanzia.

L'ottica, come anticipato, è principalmente quella finalizzata alla tutela del soggetto debole del rapporto.

La salvaguardia del principio di accessorialità si pone nel senso di evitare un'eccessiva prevaricazione della posizione del garante, assicurata a livello codicistico dalla disciplina tipica improntata sul *favor fideiussoris*⁵²⁰.

Un'esigenza di protezione del garante difficilmente conciliabile con una garanzia assolutamente autonoma rispetto al rapporto base, priva di qualsivoglia schermo nei confronti delle richieste abusive del creditore principale.

È così che, nell'applicazione giuridica diffusamente offerta, anche nel contratto autonomo di garanzia l'accessorialità viene esclusivamente attenuata, senza invero essere completamente elisa.

La mancanza di una completa recisione del vincolo di dipendenza tra garante e garantito influenza inevitabilmente anche la disciplina applicata alla garanzia autonoma.

Essa si presenta alquanto affine a quella dettata in ambito fideiussorio, finendo per assottigliare il margine di distinzione tra le due figure.

Un margine di distinzione che, sotto il profilo applicativo, sembra perlopiù riasorbito in virtù del fascino dogmatico persistentemente esercitato dal crisma dell'accessorialità⁵²¹.

⁵¹⁹ BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, cit., 303.

⁵²⁰ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 321.

⁵²¹ Cassazione civile sez. III, 07/03/2017, n.5630 in *Foro it.* 2018, 3, I, 1026, evidenza che l'accessorialità è carattere indefettibile del concetto stesso di garanzia, con il garante che diviene protagonista di un nuovo rapporto rafforzativo del rapporto garantito.

2. LE GRADAZIONI DELL'ACCESSORIETÀ

Il concetto di accessorietà, rappresentato quale relazione di dipendenza tra la garanzia e un *quid* da garantire, tende progressivamente a mutare le sue forme rispetto al progetto legislativo fissato in origine.

Esso non viene più interpretato alla stregua di un principio statico, volto a determinare una assoluta e univoca subordinazione della garanzia rispetto al rapporto garantito.

Questo assume, piuttosto, un connotato dinamico, suscettivo di mutare le modalità espressive a seconda della diversa funzione ascritta in concreto alla garanzia⁵²².

Si genera così un ampio ventaglio di gradazioni di tale principio, reso elastico in un'ottica funzionale e variamente declinato a seconda della differente intensità della connessione insistente tra la garanzia e l'obbligazione garantita⁵²³.

In corrispondenza di uno degli estremi di simile scala gradata si pone l'accessorietà intesa in senso assoluto, che, secondo l'opinione maggioritaria, contraddistingue la fideiussione così come descritta in chiave codicistica, in cui massima è l'interrelazione tra il contratto principale e la garanzia⁵²⁴.

Allontanandosi da tale estremità, l'accessorietà dismette i suoi crismi granitici, presentandosi in versioni più attenuate.

È possibile riscontrare un'attenuazione dell'accessorietà nelle ipotesi in cui è la volontà contrattuale delle parti a determinare una deroga alla disciplina legale del tipo fideiussorio, così come accade per esempio nella fideiussione con clausola di pagamento "a prima richiesta".

Ma livelli intermedi di intensità dell'accessorietà si colgono altresì in taluni modelli di garanzia disciplinati legislativamente, come nel pegno non possessorio.

Si stagliano, in tal modo, orizzonti che abbracciano diverse gradazioni di strutture negoziali che il legislatore di volta in volta legittima, secondo un giudizio di valore rispetto ai vari interessi coinvolti.

⁵²² BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 925.

⁵²³ D'ANTONIO V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 82.

⁵²⁴ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 497.

Uno spettro ideale che dovrebbe trovare, almeno in linea teorica, nella garanzia autonoma l'altro estremo espressivo, posta l'assenza di alcun legame tra la prestazione del garante e quella del debitore garantito⁵²⁵.

Una garanzia autonoma, a sua volta, accompagnata da un duplice limite di operatività, rappresentato inizialmente dalla liceità della causa del rapporto di valuta⁵²⁶ e in via funzionale dall'abuso del diritto da parte del beneficiario (la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*)⁵²⁷.

Un sentiero ermeneutico, quello teso all'affermazione della carenza totale dell'elemento dell'accessorietà, che, come già anticipato, si mostra tutt'altro che scevro da problematiche.

Anche nel negozio autonomo di garanzia tale carattere non sembra del tutto mancare, come dimostrato, da un lato, dalla rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano comunque il rapporto sottostante e, dall'altro, dal meccanismo di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse⁵²⁸.

Secondo l'opinione prevalente, dunque, l'autonomia non può derogare al contenuto minimo dell'accessorietà, ovverosia alla dipendenza concettuale che insiste tra il rapporto garantito e la garanzia, ma può operare esclusivamente sul piano degli effetti, a fronte dell'inopponibilità delle eccezioni del contratto principale⁵²⁹.

Il nesso biunivoco tra rapporto di garanzia e rapporto garantito assume una portata più o meno intensa, ma non viene mai del tutto infranto, posta l'inconfigurabilità del primo senza l'esistenza del secondo⁵³⁰.

E ciò troverebbe conferma proprio nella clausola "a prima richiesta e senza eccezioni", che atterrebbe esclusivamente alla fase di escussione della garanzia e degli effetti a essa riconducibili, senza tuttavia intaccare il momento strutturale.

In tale contesto operativo occorre quindi interrogarsi se, nel diversificato ventaglio di relazioni che contraddistingue il rapporto di garanzia e quello garantito,

⁵²⁵ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 497.

⁵²⁶ Cassazione civile sez. III, 05/03/2009, n.5326, in *dejure.it*.

⁵²⁷ D'ORTA, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 37.

⁵²⁸ Tribunale Roma sez. II, 10/10/2016, n.18665, in *dejure.it*.

⁵²⁹ MONTANARI A., "Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, cit., 70.

⁵³⁰ MONTANARI A., "Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, cit., 80.

possa in concreto trovare collocazione anche il polo in cui la garanzia sia totalmente indipendente rispetto al rapporto base.

Un dubbio dalla cui risoluzione dipende la stessa possibilità di affermazione della garanzia autonoma nelle maglie dell'ordinamento giuridico italiano.

3. L'ACCESSORIETÀ FUNZIONALE E LA GARANZIA AUTONOMA

Le diverse gradazioni che caratterizzano il crisma dell'accessorietà consentono di evidenziare le plurime intensità di connessione sussistenti tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita.

Una connessione incapace di essere incardinata al di sotto di un'immagine unitaria, al cospetto della necessità di soddisfare finalità sempre più differenziate nella pratica.

L'importanza del vincolo originario e strutturale sussistente tra la prestazione del garante e quella del garantito viene, per tali ragioni, relativizzata, in un'ottica tesa alla valorizzazione della fase esecutiva del rapporto e alla soddisfazione del precipuo interesse creditorio.

Si pone quindi l'attenzione, in via prioritaria, sulla correlazione funzionale insistente tra l'obbligazione di garanzia e il rapporto base⁵³¹.

E, in tal modo, viene valorizzata la centralità della cosiddetta accessorietà funzionale.

Con simile locuzione, in particolare, si fa riferimento a quella peculiare relazione che si manifesta nella fase dinamica del rapporto di garanzia, ovverosia nella fase dell'escussione della stessa.

Una relazione inidonea a determinare un vero e proprio collegamento negoziale⁵³².

Una relazione, piuttosto, suscettiva di generare un coordinamento elastico tra le obbligazioni del garante e del garantito, funzionalmente dipendenti l'una dall'altra.

⁵³¹ Cassazione civile sez. III, 12/12/2019, n.32504, cit.

⁵³² Per la persistenza di un collegamento tra garanzia autonoma e rapporto base, cfr. Cassazione civile sez. III, 21/01/2026, n. 1292, cit.

Proprio questo carattere elastico dell'accessorietà funzionale permette, secondo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, di ritenere sussistente la medesima anche nell'istituto della garanzia autonoma.

L'individuazione dell'elemento causale nella copertura del rischio connesso all'oggettivo inadempimento del rapporto di base implica, nella visione giurisprudenziale, la persistenza di una connessione funzionale del contratto autonomo di garanzia rispetto al rapporto base.

Un rapporto base che, nello specifico, costituisce il referente necessario della garanzia, perché in questo trova fondamento e misura l'interesse economico alla cui tutela essa è preordinata.

È così che l'apparente ossimoro rinvenibile nel sintagma "garanzia autonoma" viene ricomposto nel senso di preservare l'autonomia della garanzia rispetto all'obbligazione principale, ma, al tempo stesso, di salvaguardare comunque il carattere accessorio della prima rispetto all'interesse economico sottostante alla seconda⁵³³.

Il rapporto di accessorietà, nella ricostruzione offerta, non viene dunque completamente obliterato neppure con riferimento al contratto autonomo di garanzia⁵³⁴.

Questo, tuttavia, non può essere inteso nel senso di individuare nel rapporto principale il termine della *relatio* e di assimilare in tal modo la garanzia autonoma a quella accessoria⁵³⁵.

L'accessorietà, all'opposto, dismette i connotati di limite statico e inderogabile per ogni negozio di garanzia⁵³⁶, e va a configurare un legame funzionale tra le due obbligazioni, pienamente operativo con l'escussione del garante.

Tale operatività, nello specifico, si afferma prevalentemente nelle casistiche di invalidità del rapporto base e di abuso della garanzia⁵³⁷, giustificando, da un lato, l'azione di regresso nel rapporto tra garante e debitore principale e legittimando, dall'altro lato, l'azione di ripetizione nel rapporto tra garante e beneficiario in caso di pagamento superiore al debito garantito⁵³⁸.

⁵³³ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.

⁵³⁴ Così espressamente Cassazione civile sez. III, 12/12/2019, n.32504, in *dejure.it*.

⁵³⁵ Cassazione civile sez. un., 18/02/2010, n.3947, cit.

⁵³⁶ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 276.

⁵³⁷ D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 174.

⁵³⁸ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 80.

Proprio tale vincolo dell'accessorietà funzionale, che nell'interpretazione giurisprudenziale connota anche la garanzia autonoma, non può essere inteso, contrariamente a quanto auspicato da parte della dottrina e della giurisprudenza, alla stregua di vero e proprio collegamento negoziale tra l'obbligazione di garanzia e quella garantita⁵³⁹.

La ricostruzione del contratto autonomo di garanzia in termini di collegamento negoziale trova, difatti, ostacolo invalicabile sul piano applicativo, in cui evidenti si presentano le difformità tra i due istituti.

Si pensi, per esempio, alla regola *simul stabunt simul cadent*, caratteristica dei contratti collegati⁵⁴⁰, chiaramente insuscettibile di operatività nel contratto autonomo, pena altrimenti la caducazione delle peculiarità di quest'ultimo.

Ma si rifletta ulteriormente sul regime delle eccezioni trasmissibili, rispetto al quale soltanto nel collegamento negoziale si può rinvenire la piena ripercussione delle vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, inadempimento) sull'altro⁵⁴¹.

Il vincolo di reciproca dipendenza che caratterizza i contratti collegati non può, dunque, reputarsi replicabile nel negozio di garanzia autonoma, dal momento che, in caso contrario, verrebbe a determinarsi una mera duplicazione di quanto già sostenuto in tema di fideiussione⁵⁴².

⁵³⁹ Cassazione civile sez. II, 30/06/2021, n.18508, in *dejure.it.*, spiega che il collegamento negoziale non dà luogo a un nuovo e autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, in ipotesi siffatte, il collegamento, pur potendo determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra i contratti, non esclude che ciascuno di essi si caratterizzi in funzione di una propria causa e conservi una distinta individualità giuridica.

⁵⁴⁰ RAPPAZZO A., *I contratti collegati*, Bologna 1998, 67.

⁵⁴¹ Cassazione civile sez. un., 14/06/2007, n.13894, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 4, 1141. Si veda anche Cassazione civile sez. I, 18/05/2021, n.13513, in *dejure.it.*: «Più in particolare, deve affermarsi che il "contratto collegato" non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti, caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione, ecc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa) e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio». Per l'estensione, nei contratti collegati, del rimedio dell'annullamento per vizio del consenso cfr. Cassazione civile sez. III, 07/04/1979, n.1993, in *dejure.it.* Per l'estensione della nullità cfr. Cassazione civile sez. II, 30/06/2021, n.18508, in *dejure.it.* Per l'ammissibilità dell'eccezione di inadempimento, cfr. RAPPAZZO A., *I contratti collegati*, cit., 71.

⁵⁴² Per l'esclusione della ricostruzione del nesso di accessorietà funzionale in termini di collegamento negoziale cfr. TARTAGLIA P., *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., 127.

4. IL VERO TRATTO DISTINTIVO DELLA GARANZIA AUTONOMA: L'AUTONOMIA

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente l'elemento dell'accessorietà continua a persistere anche nel contratto autonomo di garanzia, seppur in misura attenuata rispetto al modello codicistico.

Tale indirizzo, in particolare, raggiunge una soluzione di compromesso, rappresentata dalla valorizzazione dell'accessorietà funzionale.

La garanzia viene sollevata da quello stretto regime di dipendenza che accompagna la fideiussione ma, al tempo stesso, non viene privata del tutto dei legami da essa intrattenuti con il rapporto base.

Una simile ricostruzione non appare pienamente convincente.

Essa, per cercare di superare le resistenze all'ingresso dell'obbligazione di garanzia autonoma nel nostro ordinamento, rischia di determinare un primo indefettibile limite all'autonomia del relativo contratto, preservandone il carattere accessorio⁵⁴³.

La prospettazione di una garanzia autonoma rispetto all'obbligazione principale, ma accessoria all'interesse economico a essa sottostante, si limita ad attuare una superflua sovrapposizione del piano delle obbligazioni garantite con quello degli interessi che ne costituiscono la base⁵⁴⁴.

Simile soluzione di compromesso rischia, a ben vedere, di presentarsi quale malcelato tentativo di ricondurre il negozio autonomo di garanzia al modello fideiussoria fissato nel codice civile, senza invero cogliere il vero profilo differenziale sussistente tra i due contratti⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Cassazione civile sez. I, 06/10/1989, n.4006, cit. Cassazione civile sez. I, 10/02/2004, n.2464, in *Impresa*, 2004, 678.

⁵⁴⁴ FEZZA F., *Le garanzie personali atipiche*, cit., 141.

⁵⁴⁵ PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, cit., 189-190: «Il progresso rappresentato dall'individuazione dell'accessorietà funzionale come contenuto ultimo della garanzia, si è ben presto convertito in una soluzione compromissoria, in cui si si esige pur sempre che essa assista diritti di credito che il beneficiario della garanzia vanta verso il creditore principale. In tal modo si è evitato di prendere posizione univoca a favore dell'ammissibilità di garanzie che assistano non già diritti ma semplici interessi non direttamente protetti, lasciando quindi irrisolta la questione se siano ammissibili, per esempio, le promesse dirette a garantire che l'aggiudicatario di una gara d'appalto non si sottrarrà alla stipulazione del contratto».

Un profilo distintivo da estrapolare non tanto nella diversa gradazione della accessorialità, quanto piuttosto nello stesso tratto peculiare della garanzia atipica, ovvero sia nell'elemento dell'autonomia⁵⁴⁶.

È la piena autonomia, infatti, a improntare il rapporto tra il garante e il creditore beneficiario, con l'obbligazione del primo che si pone in via del tutto indipendente e parallela rispetto all'obbligo primario di prestazione⁵⁴⁷.

L'opinione tradizionale incorre, dunque, in un verosimile errore di prospettiva.

L'autonomia della garanzia viene letta quale mera sfumatura della accessorialità, quale mera venatura in grado di introdurre una deroga alla disciplina tipica dell'istituto.

Simile argomentazione finisce, però, con il marginalizzare l'elemento dell'autonomia, dimenticando come sia proprio questo carattere a segnare la ragione giustificativa della nascita e della diffusione del *Garantievertrag*.

L'indipendenza funzionale della garanzia autonoma, rinvenibile perlopiù in ragione della peculiarità prestazionale, non può quindi essere letta come mero profilo derogatorio rispetto al modello fideiussorio.

Essa, all'opposto, deve essere insignita di una propria dignità concettuale, tale da essere affiancata al profilo dell'accessorialità, senza essere assorbita nello stesso.

L'operazione di superamento del nesso di interdipendenza tra garanzia e rapporto esterno, come intuibile, si presenta tutt'altro che elementare.

E ciò non soltanto per la già ricordata complessità nel discostarsi dall'impostazione tradizionale affine al dogma dell'accessorialità.

Difficoltà operative si riscontrano altresì da un punto di vista pratico, nel disegnare una disciplina dell'istituto in grado di suggellarne i tratti di indipendenza.

E proprio tale ricerca, finalizzata innanzitutto a inquadrare sistematicamente il contratto autonomo di garanzia e successivamente a stilare la disciplina a esso applicabile, deve accompagnare l'ultima fase dell'analisi.

⁵⁴⁶ FEZZA F., *Le garanzie personali atipiche*, cit., 136, individua nell'autonomia lo stesso DNA dei contratti di garanzia autonoma.

⁵⁴⁷ Cassazione civile sez. I, 04/06/2025, n.14945, in *dejure.it*.

5. LE GARANZIE AUTONOME: SISTEMATICA DI UN FENOMENO ETEROGENEO

Le difficoltà nell'individuare, con adeguata certezza, la collocazione sistematica della garanzia autonoma nell'impianto ordinamentale si ricollegano all'impossibilità di far confluire simile istituto nell'alveo di una categoria unitaria e onnicomprensiva⁵⁴⁸.

In linea con il Progetto *Drobnig* in tema di *Personal Securities*, il contratto autonomo di garanzia, lungi dal risultare modello negoziale prefissato, si presenta quale figura eterogenea, alla quale possono essere ricondotte fattispecie estremamente differenti tra loro⁵⁴⁹.

Ciò si mostra evidente già nella ampia gamma di *bonds* rinvenibili nei traffici commerciali internazionali (*bid bond*, *repayment bond*, *performance bond*, *maintenance bond*, *retention money bond*), in cui lo strumento della garanzia appare in grado di essere variamente modellato a seconda dell'esigenza commerciale da perseguire nel rapporto imprenditoriale instauratosi.

La garanzia autonoma si pone quindi quale fenomeno variabile, capace, al pari di altri (si pensi, per esempio, alla promessa del fatto del terzo), di assumere diverse modulazioni in concreto.

E proprio la duttilità di simile forma contrattuale, rinvenibile tanto nella varietà degli eventi assunti a presupposto dell'obbligazione del garante quanto nella mutevole procedimentalizzazione della fase dell'escussione, ne consente un'ampia diversificazione di impegni, ragione del successo e della larga diffusione della medesima⁵⁵⁰.

Si parla, più correttamente, di garanzie autonome, al plurale, invece che di garanzia autonoma, intesa quale schema unitario.

Tale eterogeneità delle accezioni in cui può essere declinato il fenomeno della garanzia autonoma non esclude, in ogni caso, la possibilità di ricondurre il

⁵⁴⁸ D'ORTA, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 37.

⁵⁴⁹ VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 497.

⁵⁵⁰ D'ORTA, *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, cit., 37.

medesimo a un'unica macro-categoria, il cui comune denominatore è costituito dal requisito della automaticità⁵⁵¹.

Ogni garanzia autonoma, per quanto contraddistinta da una potenziale diversità di funzioni, si mostra infatti connotata dall'obbligo di immediato pagamento per il garante, senza la possibilità di sollevare eccezioni in ordine al rapporto garantito.

Al netto di questo tratto comune, la figura della garanzia autonoma si presenta variamente connotata nell'applicazione pratica, in ragione delle diverse esigenze prospettabili in concreto e dei mutevoli interessi delle parti bisognosi di soddisfazione.

Proprio in questo ampio ventaglio di garanzie autonome che vengono ammesse nell'ordinamento, però, non sembra trovare spazio quella indipendente per eccellenza, dove l'accessorietà giunge finalmente a scomparire.

E così rimane l'interrogativo se, quella ammessa in giurisprudenza, sia effettivamente una garanzia autonoma, oppure più semplicemente una garanzia con tratti di accessorietà meno marcati rispetto a quella fideiussoria.

Un dubbio la cui soluzione, come evidente, non assume una rilevanza meramente teorica, ma incide sulla stessa ragione giustificativa della garanzia autonoma, nonché sulla disciplina a essa applicabile.

Un dubbio la cui soluzione può essere prospettata esclusivamente tracciando con maggiore chiarezza l'effettivo criterio di discriminare tra contratto autonomo di garanzia e contratto di fideiussione, onde segnare con maggiore decisione una linea di confine altrimenti eccessivamente labile.

6. LA DIFFICILE RIDUZIONE A UNITÀ DELLA CAUSA DELLE GARANZIE AUTONOME

Tappa obbligata nel percorso di delimitazione dei confini della garanzia autonoma è quella rappresentata dal tracciamento dei crismi distintivi della stessa rispetto alla garanzia fideiussoria.

⁵⁵¹ BERNINI G., *La garanzia autonoma: luci e ombre di un istituto sovente abusato*, cit., 1.

Ciò al fine di evitare quella fungibilità tra le due figure, troppo spesso riscontrabile nell'applicazione pratica, simbolo evidente della dismissione dell'autonomia della garanzia a vantaggio del modello tipico codicistico.

Una prima distinzione può essere ricercata nella causa riferibile ai due contratti⁵⁵².

Una distinzione che viene comunemente colta nei diversi scopi riferibili ai due negozi.

La funzione della fideiussione viene, sia da giurisprudenza che da dottrina, univocamente qualificata di garanzia, posta la finalità di assicurare al creditore una maggiore sicurezza nell'estinzione soddisfattoria dell'obbligazione garantita, attraverso l'aggiunta di un altro rapporto obbligatorio⁵⁵³.

La finalità del contratto autonomo di garanzia, invece, non è quella di garantire in senso proprio l'adempimento integrale dell'obbligazione altrui, ma risulta quella di assicurare al beneficiario la pronta disponibilità di una predeterminata somma di denaro⁵⁵⁴.

La funzione indennitaria della garanzia autonoma sarebbe dunque, secondo tale prospettazione, il tratto distintivo della medesima rispetto alla garanzia codicistica.

Simile soluzione, pur cogliendo un fondo di verità, non risulta tuttavia pienamente appagante.

Ciò al cospetto della già ricordata disomogeneità nella determinazione della funzione pratica della garanzia autonoma.

I plurimi indirizzi sviluppati in ordine alla causa del contratto autonomo di garanzia, riconducibili sommariamente alle due tesi della causa interna e della causa esterna al negozio⁵⁵⁵, si mostrano all'evidenza esemplificativi della difficoltà di ricondurre tale contratto nel novero di un unico e unitario modello causale.

Per quanto la giurisprudenza maggioritaria abbia aderito alla tesi che sussume la funzione pratica della garanzia autonoma nella traslazione del rischio di

⁵⁵² BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 925, sottolinea che proprio sotto il profilo causale si può cogliere la disarmonia morfologica e funzionale della garanzia autonoma rispetto alla fideiussione.

⁵⁵³ BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 33.

⁵⁵⁴ BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 286.

⁵⁵⁵ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, in *Jus civile*, 2021, 4, 1177.

inadempimento del debitore principale⁵⁵⁶, appare invero preferibile la ricostruzione secondo cui la causa del negozio autonomo non può essere costretta nel modello della causa *cavendi* o di un altro schema causale unitario.

L'obbligazione autonoma di garanzia, più che denotare un modello causale unico, si limita a individuare il tipo di attribuzione nei negozi in essa contenuti, con la funzione della stessa che in concreto può essere alternativamente quello assicurativa, cauzionale ovvero quella propriamente di garanzia, a seconda dell'interesse perseguito dai contraenti con tale schema negoziale nella specifica operazione da questi realizzata⁵⁵⁷.

Non si ravvisano, dunque, motivazioni per circoscrivere la garanzia autonoma entro un prestabilito modello funzionale⁵⁵⁸.

Ciò che viene in rilievo è esclusivamente la prestazione di garanzia, ovverosia il compito di dare sicurezza in ordine alla realizzazione di un interesse rispetto al quale si attende la soddisfazione da parte del debitore⁵⁵⁹.

La categoria della garanzia autonoma si mostra quindi identificabile per la peculiarità dell'attribuzione, e non sotto il crisma causale, posta l'idoneità di tale istituto ad adattarsi a una variabile multiforme di interessi in gioco e di perseguire funzioni anche differenziate tra loro a seconda del concreto e differente contesto di operatività.

Proprio questa mutevolezza dell'impianto causale ascrivibile al contratto autonomo di garanzia fa sì che difficilmente questo possa essere considerato elemento dirimente al fine di tracciare una sicura e univoca linea di demarcazione rispetto alla garanzia fideiussoria.

Nonostante la diversa opinione sostenuta da parte della dottrina⁵⁶⁰, le divergenze tra garanzia autonoma e fideiussione non possono essere ricercate soltanto sul piano

⁵⁵⁶ Si veda, per esempio, Cassazione civile sez. I, 06/10/1989, n.4006, cit., secondo la quale è evidente la diversa funzione del rapporto di garanzia autonoma rispetto a quello di garanzia accessoria, con il primo che è diretto non tanto a garantire il puntuale adempimento della prestazione sottostante, quanto a riversare il rischio della mancata o non corretta esecuzione della stessa sulla banca garante

⁵⁵⁷ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1190.

⁵⁵⁸ NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., 200.

⁵⁵⁹ NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., 200.

⁵⁶⁰ Si veda SESTA M., *Le garanzie atipiche vol. I: Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, cit., 457, secondo il quale la causa del contratto è elemento di sicura distinzione tra i due contratti in discussione.

della causalità, in quanto la funzione di garanzia può contraddistinguere sia i contratti autonomi, sia i contratti accessori, sia i contratti in cui autonomia e accessorialità si presentano variamente sfumati⁵⁶¹.

Il concetto di causa di garanzia non può essere automaticamente ricollegato né all'elemento dell'accessorialità né a quello dell'autonomia⁵⁶².

E, quale contraltare, l'accessorialità concerne il tipo e non la causa di garanzia⁵⁶³.

Quanto detto, quale doverosa precisazione, non significa ridimensionare il profilo funzionale della garanzia autonoma, con la riconduzione di quest'ultima all'originaria dimensione di negozio astratto, privo di causa.

Simile limitante visione, come già avuto modo di chiarire, risente di un indiscutibile vizio di prospettiva.

Essa, in particolare, erra nell'attuare un'indebita sovrapposizione tra il concetto di astrazione, appunto riconducibile all'elemento causale, e quello di autonomia, specificamente attinente alla relazione di indipendenza del rapporto di garanzia da quello garantito.

Non vi è, in altri termini, alcun profilo di incompatibilità tra casualità del negozio e l'autonomia di questo rispetto al rapporto sottostante⁵⁶⁴.

Ma cotali parametri, per quanto interconnessi, non possono invero essere ricondotti a unità.

L'interconnessione tra causalità e autonomia è evidente, dal momento che il requisito causale non può prescindere dalle modalità con cui l'attribuzione patrimoniale è effettuata, cioè dalla concreta articolazione della garanzia e dall'eventuale incidenza delle vicende modificative ed estintive del contratto di base sul rapporto di garanzia⁵⁶⁵.

Tuttavia, per quanto il negozio autonomo di garanzia debba essere considerato un contratto dotato della caratteristica della causa⁵⁶⁶, quest'ultima non deve essere

⁵⁶¹ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 305.

⁵⁶² VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, cit., 481.

⁵⁶³ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 305.

⁵⁶⁴ DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali. Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, cit., 76.

⁵⁶⁵ Sull'interconnessione sussistente tra causalità e autonomia si veda, in particolare, BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 997.

⁵⁶⁶ SPIOTTA M., *Note in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. It.*, 2003, 3, evidenzia che l'autonomia, verso l'alto, incontra il limite di non poter divenire astrattezza, alla luce della rilevanza della causa quale elemento essenziale del contratto.

confusa con la modalità per il tramite della quale, normativamente, l'autonomia della garanzia viene a essere realizzata⁵⁶⁷.

L'autonomia della garanzia, così come l'accessorietà della stessa, tende ad assicurare non tanto la causalità del vincolo contrattuale, quanto piuttosto la funzionalità della fase esecutiva, la concreta realizzazione del risultato⁵⁶⁸.

Il giudizio di causalità attiene preminentemente al momento genetico della garanzia, mentre l'elemento dell'autonomia si proietta altresì nel momento di esecuzione della stessa e nel concreto svilupparsi della relazione sussistente tra garante e garantito⁵⁶⁹.

Per effettuare una corretta opera di raffronto tra le garanzie autonome e garanzia fideiussoria non ci si può, dunque, fermare alla causa di garanzia, potenzialmente comune a entrambe, ma bisogna estendere l'indagine alla conformazione e al contenuto del contratto⁵⁷⁰.

7. L'INDIPENDENZA DELL'OGGETTO DELLE GARANZIE AUTONOME

Il profilo differenziale tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione non può, dunque, essere univocamente individuato sotto il profilo della causa.

Il termine garanzia designa, infatti, più che un vero e proprio modello causale, il contenuto di una prestazione autonoma diversa dal dare o dal fare⁵⁷¹.

L'espressione garanzia autonoma deve quindi essere considerata non tanto quale schema strutturale riconducibile a un prefissato modello causale, quanto piuttosto quale categoria negoziale che, analogamente al contratto di cessione del credito, si caratterizza solo per l'identità del tipo di attribuzione prodotta nei negozi in essa contenuti⁵⁷².

È la diversa tecnica di attuazione che, dunque, traccia il crisma di differenza tra fideiussione e garanzia autonoma⁵⁷³.

⁵⁶⁷ VILLANACCI G., *Performance bond. Caratteri e funzioni*, cit., 62.

⁵⁶⁸ BERTOLINI A., *Natura causale e rilevanza del presupposto esterno nel contratto autonomo di garanzia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 6, 10742.

⁵⁶⁹ BERTOLINI A., *Natura causale e rilevanza del presupposto esterno nel contratto autonomo di garanzia*, cit., 10742.

⁵⁷⁰ CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, cit., 306.

⁵⁷¹ NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., 262.

⁵⁷² NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., 262.

⁵⁷³ BERNINI G., *La garanzia autonoma: luci e ombre di un istituto sovente abusato*, cit., 21.

Se, infatti, nella fideiussione il garante risulta sempre tenuto a replicare la medesima prestazione lasciata inadempita dal debitore principale, in forza dell'obbligo di assicurare l'adempimento dell'obbligazione altrui assunta, nella garanzia autonoma, all'opposto, l'indipendenza del rapporto di base rende qualitativamente diversa la prestazione del debitore principale e quella del garante⁵⁷⁴.

Quest'ultimo, nello specifico, non risulta vincolato alla medesima prestazione del debitore principale, ma è tenuto ad assicurare in ogni caso al creditore una prestazione perlomeno equivalente a quella che questi avrebbe dovuto conseguire in forza del rapporto base, in modo tale da evitare o da rimuovere il pregiudizio connesso al mancato o inesatto adempimento del debitore⁵⁷⁵.

Ciò significa che il termine "garanzia", insito nella nozione di garanzia autonoma, assume una connotazione più lata rispetto a quella rinvenibile nella garanzia fideiussoria, contraddistinguendosi per la sua capacità di assicurare la soddisfazione dell'obbligazione assunta dal debitore pur non ricalcandone esattamente il contenuto⁵⁷⁶.

Questa diversa accezione, contraddistinta dalla varietà funzionale e dall'accezione lata della prestazione di garanzia, consente di far sì che l'autonomia di quest'ultima, da un lato, non possa essere identificata con l'astrattezza del negozio e, dall'altro lato, non possa neppure essere sostanzialmente appiattita in una forma attenuata della accessorietà⁵⁷⁷.

Tale impostazione, focalizzata sulla centralità della prestazione contrattuale quale elemento differenziale tra i diversi modelli di garanzia, risulta sottoposta a un duplice profilo di critica.

In primo luogo, una parte della dottrina contesta la capacità distintiva dell'oggetto in ragione della possibilità di rinvenire anche nella fideiussione una discrasia

⁵⁷⁴ Cassazione civile sez. I, 06/10/1989, n.4006, cit.

⁵⁷⁵ Cassazione civile sez. I, 06/10/1989, n.4006, cit.

⁵⁷⁶ L'accezione lata del termine "garanzia" non deve, in ogni caso, portare all'erronea conclusione di ricondurre la stessa alla vasta accezione di garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. rispetto alla più corretta categoria della garanzia personale, comprensiva anche del contratto fideiussorio. È, in particolare, la circoscrizione dell'oggetto della garanzia a escludere la riferibilità del contratto autonomo all'impianto della garanzia patrimoniale generica.

⁵⁷⁷ RUGGIERI L., *Interesse del garante e strutture negoziali: contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento e del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., 80.

ontologica tra la prestazione insita nell'obbligazione di garanzia e quella insita nell'obbligazione principale⁵⁷⁸.

È il caso, per esempio, della prestazione principale di natura infungibile.

In tale evenienza il fideiussore non risulta tenuto a effettuare una prestazione qualitativamente identica rispetto a quella garantita, posta l'insostituibilità della figura del debitore del rapporto base, ma si presenta obbligato al risarcimento o comunque al versamento di una somma di denaro corrispondente a quella dovuta dal debitore in ragione dell'inadempimento⁵⁷⁹.

E ciò arrischierebbe il criterio di differenziazione fondato sull'oggetto, a fronte dell'assenza della necessaria coincidenza con la prestazione garantita anche nell'ambito fideiussorio.

L'esposto problema deve, a ben vedere, essere ridimensionato.

È, infatti, costante l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che, nel ricondurre la garanzia delle obbligazioni soggettivamente infungibili alla figura della *fideiussio indemnitis*, esclude la possibilità di sussumere quest'ultima nella nozione di fideiussione, in ragione della diversità di oggetto rispetto all'obbligazione principale⁵⁸⁰.

La figura della *fideiussio indemnitis*, proprio per la sua capacità di trasformare la garanzia fideiussoria in obbligazione pecuniaria in caso di prestazione infungibile rimasta ineseguita dal debitore principale, deve piuttosto essere reputata riferibile a una fattispecie di garanzia atipica avente funzione reintegratoria⁵⁸¹, assimilabile *quoad effecta* al contratto autonomo di garanzia⁵⁸².

Anche nell'ipotesi di prestazione soggettivamente insostituibile, dunque, non si riscontra una reviviscenza della fideiussione contraddistinta da una prestazione difforme rispetto all'obbligo primario del rapporto base.

⁵⁷⁸ VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., 45.

⁵⁷⁹ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 507, evidenza che anche la fideiussione può essere posta a garanzia di una prestazione infungibile e, in quanto tale, il diverso contenuto della prestazione del garante non toglie che l'oggetto della garanzia autonoma o della fideiussione sia l'obbligazione principale.

⁵⁸⁰ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 476.

⁵⁸¹ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 476.

⁵⁸² Cassazione civile sez. II, 02/08/2024, n.21796, in *dejure.it*.

Al contrario, la cessazione della funzione di garantire in senso preventivo l'adempimento depone per la fuoriuscita dall'orbita della garanzia fideiussoria, e per il consequenziale ingresso nella sfera operativa delle garanzie autonome.

Una seconda problematica suscettibile di attentare l'idoneità dell'oggetto della garanzia a tracciare il discrimine tra il crisma dell'autonomia e quella dell'accessorietà è quella rappresentata dalla possibile coincidenza contenutistica della prestazione resa dal garante autonomo rispetto a quella del debitore principale.

Ciò accade nelle ipotesi, tutt'altro che infrequenti, in cui la prestazione originaria, oggetto di garanzia, si concretizza nel pagamento di una somma di denaro.

In siffatte casistiche, anche la prestazione del garante consiste nell'adempimento di siffatta obbligazione pecuniaria, a prescindere dalla natura accessoria o autonoma della garanzia rilasciata.

Simile sovrapposizione contenutistica, pur implicando una difficoltà qualificatoria con riferimento a talune fattispecie concrete, non rappresenta in ogni caso un ostacolo per individuare, da un punto di vista teorico, nell'oggetto un importante criterio sintomatico per tracciare il discrimine del negozio autonomo di garanzia rispetto alla garanzia fideiussoria.

Anche in tali casistiche, infatti, soltanto il fideiussore risulta tenuto alla stessa prestazione dovuta dal debitore del contratto base, a differenza del garante autonomo, sul quale grava una prestazione con contenuto identico a quella principale, ma comunque concettualmente distinta da quest'ultima.

È la disomogeneità e la distinzione qualitativa tra il contenuto dell'obbligo del garante autonomo e quello del debitore principale a suggellare il profilo dell'autonomia della garanzia, e ciò anche qualora da un punto di vista naturalistico la prestazione di quest'ultima vada a coincidere con quella imposta originariamente al debitore principale⁵⁸³.

Tutti i profili di critica devono intendersi quindi riassorbiti, con il riconoscimento dell'autonomia della prestazione della garanzia non accessoria.

⁵⁸³ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, in *foroeuropeo.it*. La pronuncia richiama emblematicamente la distinzione tra la prestazione dovuta dall'appaltatore, debitore principale, e la diversa prestazione dovuta dal garante autonomo.

8. L'ESCLUSIONE DEL VINCOLO DELLA SOLIDARIETÀ NELLE GARANZIE AUTONOME

L'alterità della prestazione gravante sul garante autonomo rispetto a quella insita nell'obbligazione principale segna, dunque, un'importante differenziazione tra la garanzia autonoma e la garanzia accessoria.

Ciò che qualifica l'accessorietà, come visto nella Relazione Ministeriale, non si configura tanto l'*eadem causa obligant*, ma risulta piuttosto l'identità della prestazione, posta la necessità per tutti i debitori di essere obbligati non già a più prestazioni identiche, bensì ad un'unica prestazione⁵⁸⁴.

E proprio questa unicità della prestazione difetta nell'istituto della garanzia autonoma.

In quest'ultimo, infatti, non si mostra ravvisabile una prestazione omogenea rispetto a quella prevista nell'obbligazione principale, a fronte dell'obbligo per il garante esclusivamente di tenere indenne il creditore dall'eventuale inadempimento del debitore.

E ciò anche nell'evenienza di coincidenza naturalistica tra la prestazione principale e quella dovuta dal garante autonomo, stante la difformità qualitativa tra le stesse.

Questa alterità qualitativa di prestazioni tra garante e debitore non esclude, in ogni caso, la riconducibilità della garanzia autonoma nel novero delle garanzie personali, a fronte del carattere sussidiario dell'interesse del garante all'adempimento dell'obbligazione su questo gravante⁵⁸⁵.

Tale divaricazione funzionale tra le prestazioni incide, invece, sulla possibilità di configurare un vincolo di solidarietà tra l'obbligazione assunta dal debitore principale e quella derivante dal contratto autonomo di garanzia⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, cit.

⁵⁸⁵ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 117. FEZZA F., *Le garanzie personali atipiche*, cit., 143, coglie nella sussidiarietà il tratto distintivo delle garanzie contrattuali, posta la subordinazione dell'obbligo di pagamento del garante al mancato adempimento dell'obbligazione principale.

⁵⁸⁶ Cassazione civile sez. III, 31/05/2025, n.14704, in *dejure.it*. In senso favorevole alla compatibilità della garanzia autonoma con il regime della solidarietà, si veda PES F., *Garanzie personali e solidarietà*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2021, 483.

Con la mancanza di un'identità di oggetto viene infatti a difettare uno degli elementi affinché, tra l'obbligazione del garante e del garantito, possa essere reputata operativa in via presuntiva la disciplina della solidarietà, esclusa strutturalmente dalla mancanza di accessorietà e insuscettibile di essere reintrodotta negozialmente in forza dell'eventuale coincidenza prestativa fissata nell'esercizio dell'autonomia privata delle parti⁵⁸⁷.

Nella garanzia autonoma viene, quindi, a mancare quel crisma della solidarietà che, al contrario, è presente nella garanzia fideiussoria⁵⁸⁸, modello tipico di obbligazione solidale a interesse esclusivo sin dall'epoca romana repubblicana⁵⁸⁹.

Il fideiussore, in particolare, si presenta coobbligato solidale passivo del debitore principale, in quanto entrambi sono tenuti a una sola prestazione in modo che l'adempimento dell'uno libera anche l'altro⁵⁹⁰.

Una solidarietà, affatto scalfita dall'eventuale previsione negoziale del beneficio di escussione in favore del garante⁵⁹¹, che si giustifica, nel contratto fideiussorio, in ragione dell'esigenza di raggiungere un compromesso di fronte alle opposte tendenze che collocano l'obbligazione fideiussoria in una posizione sussidiaria rispetto all'obbligazione garantita e quest'ultima in un'identica posizione rispetto all'obbligazione aggiunta⁵⁹².

Nella garanzia non accessoria, al contrario, si riscontra una diversa natura (quantomeno sul piano funzionale) della prestazione rispetto a quella garantita, e questo crisma consente di mantenere autonoma l'obbligazione del garante, con i soli limiti

⁵⁸⁷ LOVO M., *Causalità, accessorietà e solidarietà nel contratto autonomo di garanzia: profili distintivi rispetto alla fideiussione nella giurisprudenza della Suprema Corte*, cit., 516, spiega che, con riferimento alla solidarietà, un intervento dei privati non può essere equiparato a un obbligo normativo.

⁵⁸⁸ BOZZI G., *La fideiussione*, cit., 926, proprio alla luce della diversità di prestazioni, esclude che il garante autonomo possa essere considerato un vicario del debitore principale.

⁵⁸⁹ Cassazione civile sez. III, 30/12/2024, n.34984, in *dejure.it*.

⁵⁹⁰ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 463, sottolinea che la regola fondamentale dell'unicità della prestazione e dell'adempimento liberatorio permette di superare quelle posizioni dottrinali che tutt'oggi conservano delle perplessità in ordine al carattere solidale dell'obbligazione del fideiussore. Per l'inessenzialità della natura solidale della prestazione del fideiussore si veda TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, cit., 19.

⁵⁹¹ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 463.

⁵⁹² BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 35.

derivanti della nullità del contratto base per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa e della proponibilità della cd. *exceptio doli generalis*⁵⁹³.

Ciò fa sì che, a differenza della garanzia fideiussoria, nella garanzia autonoma non si genera un vincolo di solidarietà, quanto piuttosto un cumulo di prestazioni⁵⁹⁴.

Proprio questa impossibilità di attuare un'identificazione tra la prestazione del garante e quella del garantito, data dall'assenza di un vincolo di solidarietà tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita, consente di rendere la garanzia autonoma effettivamente indipendente rispetto al rapporto di valuta, in quanto indifferente alle incidenze occorrenti alla prestazione dovuta dal debitore principale.

L'assenza di solidarietà travolge anche la configurabilità di un rapporto di accessorietà, e rende effettivamente autonoma l'obbligazione del garante.

L'elemento della solidarietà e, con esso, quello dell'accessorietà non risultano quindi più caratteri indefettibili delle garanzie, personali o reali, ma si mostrano suscettivi di essere eclissati laddove la realizzazione di una prestazione diversa rispetto a quella garantita risulti egualmente idonea a determinare la soddisfazione del creditore principale⁵⁹⁵.

Da tanto si evince la netta incompatibilità tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione.

Un'incompatibilità da ravvisare, perlomeno parzialmente, anche sotto il profilo della disciplina applicabile, vista la possibilità esclusivamente in relazione a quest'ultima di integrare la relativa normativa con le disposizioni, in quanto compatibili, dettate con riferimento alla solidarietà negoziale⁵⁹⁶.

9. LA DISCIPLINA APPLICABILE ALLE GARANZIE AUTONOME

L'ampiezza dogmatica delle figure delle garanzie autonome rende particolarmente ardua l'individuazione di una disciplina unitaria a esse applicabile.

⁵⁹³ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, cit.

⁵⁹⁴ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, cit.

⁵⁹⁵ BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, cit., 291.

⁵⁹⁶ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 463.

E proprio la ricerca di un apparato normativo riferibile al contratto di garanzia autonoma rappresenta ancora oggi uno dei problemi più rilevanti per i paesi di diritto codificato⁵⁹⁷.

Tale ricerca, difatti, lungi dall'acquisire una valenza meramente fattuale, assume pregnanza centrale anche al fine di assicurare alla garanzia autonoma quella legittimazione oggettiva che, per lungo tempo, è stata messa in discussione⁵⁹⁸.

Così come nel campo causale, le tesi in ordine agli articoli codicistici riferibili anche al contratto autonomo di garanzia sono state molteplici, dall'estensione della normativa sancita in materia fideiussoria all'ampliamento del regime della delegazione.

A ben vedere, le diverse proposte concernenti la disciplina riferibile al contratto autonomo di garanzia si giustificano in forza della già ricordata impossibilità di formulare una nozione unitaria di tale negozio e, più in generale, delle garanzie non fideiussorie.

La garanzia autonoma, più correttamente, simboleggia una frammentazione di fattispecie negoziali, in cui la autonomia tra il rapporto garantito e il rapporto di garanzia muta il proprio essere a seconda della singola tipologia di negoziazione che viene in rilievo.

Ciò, come evidente, rende particolarmente difficile l'individuazione di una disciplina unitaria per l'istituto, implicando la necessità di cogliere caso per caso la regola riferibile in concreto alla fattispecie in analisi⁵⁹⁹.

9.1. LE NORME SULLE GARANZIE PERSONALI ESTENDIBILI ALLE GARANZIE AUTONOME

Volendo comunque provare a tracciare, in prima approssimazione, le orme della disciplina riferibile al contratto atipico di garanzia autonoma, non può innanzitutto

⁵⁹⁷ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 126.

⁵⁹⁸ SESTA M., *Le garanzie atipiche vol.1: Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, cit., 457, evidenzia che, a fronte del vuoto normativo in materia di garanzia autonoma, non colmato pienamente da principi che informano i cosiddetti *Global Legal Standards*, stabilire se la garanzia mantenga o meno un collegamento con il rapporto garantito determina importanti ricadute anche avuto riguardo alla disciplina applicabile all'istituto.

⁵⁹⁹ PASCALE G., *Fideiussione*, cit., 245.

ritenersi pianamente estendibile a quest'ultimo la normativa stabilita codicisticamente in punto di delegazione pura.

Per quanto comune il tratto relativo alla tendenziale inopponibilità delle eccezioni relative al rapporto base, il contratto autonomo di garanzia presenta delle peculiarità rispetto alla figura della delegazione che ne impediscono l'automatica estensione della relativa disciplina.

A differenza della delegazione pura, innanzitutto, l'ultimo indirizzo giurisprudenziale evidenzia che la garanzia autonoma, proprio per la sua natura di garanzia personale, ammette l'opponibilità dell'inesistenza o la nullità del credito garantito risultante da prove certe e liquide, eccezioni non soppiantabili neppure a fronte dell'interesse del creditore a essere garantito della certezza e puntualità del pagamento evitando contestazioni dilatorie⁶⁰⁰.

E se la mancata liberazione del debitore principale in concomitanza con il rilascio della garanzia autonoma rende, inoltre, evidente la distinzione di questa rispetto alla delegazione liberatoria, l'insussistenza della solidarietà traccia, invece, il confine distintivo tra la garanzia non accessoria e la delegazione cumulativa⁶⁰¹.

Al contrario, appare condivisibile quell'orientamento dottrinale che ritiene applicabile all'istituto la disciplina dettata in materia di garanzie personali, salva diversa volontà delle parti e nei limiti della compatibilità della natura autonoma della garanzia con il vincolo di accessorietà caratteristico della fideiussione⁶⁰².

Questa affermazione, da ultimo riportata, merita tuttavia di essere precisata.

Essa può essere considerata attendibile esclusivamente nella misura in cui, ferma la possibilità per le parti di stilare convenzionalmente la regolamentazione contrattuale, il richiamo agli articoli dettati a livello codicistico in ambito di garanzie personali non rappresenti il pretesto per una mera trasposizione passiva delle

⁶⁰⁰ Cassazione civile sez. III, 21/01/2026, n. 1292, cit. Per il compendio delle eccezioni effettivamente proponibili dal garante autonomo, si veda più approfonditamente infra.

⁶⁰¹ Per la sussistenza di un vincolo di solidarietà tra delegante e delegato nella delegazione cumulativa si veda Cassazione civile sez. I, 15/01/1999, n.372, in *Contratti* 1999, 659.

⁶⁰² FIORENTINO F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., 140. CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1221. ASTONE F., *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione "negativa" e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali (a proposito di Cass., S.U., 18 febbraio 2010, n. 3947)*, in *Riv. notar.*, 2010, 1257.

disposizioni fideiussorie alla materia della garanzia autonoma, ma tenga di conto delle peculiarità di quest'ultimo istituto.

L'assenza di solidarietà e di accessorieta nella garanzia autonoma, oltre a consentire di attribuire al creditore un importante potere di autotutela, implica infatti delle inevitabili ricadute anche in punto di disciplina applicabile⁶⁰³.

Tanto porta, nello specifico, a escludere l'estensione, anche alla garanzia autonoma, delle previsioni insite nell'art. 1292 c.c., del regime sull'opponibilità delle eccezioni di cui all'art. 1297 c.c., della disciplina sulla prescrizione di cui agli artt. 1957, co. 4, c.c. e 1310 c.c.⁶⁰⁴.

Ferma la necessità di un'analisi a sé stante del regime delle doglianze opponibili, in tema di prescrizione si osserva che la diversa natura dell'obbligazione dovuta dal garante autonomo rispetto al debitore principale fa sì che l'atto idoneo a interrompere la prescrizione nei confronti del secondo non abbia analogo effetto nei confronti del primo, rispetto al quale il creditore deve intervenire con separato atto⁶⁰⁵.

Ciò si deve proprio all'assenza di solidarietà che contraddistingue il contratto autonomo di garanzia, e che è invece tratto distintivo del modello fideiussorio⁶⁰⁶.

Questa crasi tra obbligazione del garante e obbligazione del garantito, che si rinviene nella garanzia autonoma, porta parte della giurisprudenza, sempre in tema di prescrizione, a escludere perfino l'automatica applicabilità al primo dello stesso termine previsto per il rapporto principale, con la conseguenziale estensione di quello di cui all'art. 2946 c.c.⁶⁰⁷.

La mancanza dei crismi della solidarietà e dell'accessorieta depone altresì per l'impossibilità di estendere al negozio autonomo di garanzia rispettivamente il disposto di cui agli artt. 1939, 1941 e 1942 c.c., emblema del carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria, e di cui all'art. 1944 c.c., alla luce del diverso contenuto della prestazione del garante rispetto all'obbligazione principale.

⁶⁰³ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, cit. Cassazione civile sez. III, 11/10/2024, n.26508, in *dejure.it*.

⁶⁰⁴ Cassazione civile sez. I, 11/12/2019, n.32402, cit.

⁶⁰⁵ Cassazione civile sez. VI, 31/03/2021, n.8874, in *Guida al diritto* 2021, 19.

⁶⁰⁶ SANGIOVANNI V., *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, cit., 567.

⁶⁰⁷ Tribunale Bergamo sez. IV, 14/07/2021, n.1340, in *dejure.it*.

La natura autonoma della garanzia dovrebbe altresì impedire l'automatica applicazione della previsione dell'art. 1946 c.c. in materia di cofideiussione⁶⁰⁸.

Il collegamento tra le obbligazioni assunte dai singoli garanti, riguardanti tutto lo stesso debito del debitore principale, non si presenta requisito necessario delle plurime obbligazioni di garanzia autonoma rilasciate a copertura di una prestazione principale.

Ciò, tuttavia, non esclude che anche nella garanzia autonoma possa essere prevista una analoga regolazione dei rapporti interni tra garanti.

Nulla vieta, in proposito, che più garanti atipici decidano di prestare una garanzia autonoma e contestuale, con la promessa al creditore di rispondere in solido e con reciproco diritto di regresso; così come, del pari, più fideiussori potrebbero ben decidere di prestare una garanzia in modo indipendente, senza essere obbligati solidalmente e senza esporsi a reciproci regressi⁶⁰⁹.

Non è infatti la natura tipica o atipica del contratto di garanzia a governare l'esercizio dell'azione recuperatoria, la quale dipende invero da ben altri fattori⁶¹⁰.

Pertanto, il disposto dell'art. 1946 c.c., pur non risultando automaticamente applicabile al negozio autonomo di garanzia, non si mostra neppure del tutto incompatibile con quest'ultimo, con la conseguenziale possibilità per le parti di stabilire una specifica previsione in tal senso.

All'opposto, non si pongono specifici problemi di estensione alla garanzia autonoma di ulteriori norme dettate in materia fideiussoria ma espressive della più generale regolamentazione delle garanzie personali, quali per esempio le disposizioni sulla surrogazione nei diritti del creditore (art. 1949 c.c.), sul regresso (artt. 1950, 1951 e 1952 c.c.), sul rilievo del garante (art. 1953 c.c.) e sul regresso contro gli altri garanti (art. 1954 c.c.)⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Per l'esclusione dell'operatività degli artt. 1946 e 1947 c.c. nell'ambito della garanzia autonoma cfr. Tribunale Terni, 07/02/2024, n. 99, in *dejure.it*.

⁶⁰⁹ Cassazione civile sez. III, 31/10/2019, n.27992, in *dejure.it*.

⁶¹⁰ Cassazione civile sez. III, 31/10/2019, n.27992, cit., specifica che la possibilità di esercitare il regresso (art. 1299 c.c.) dipende dalla sussistenza d'un vincolo solidale tra i garanti, tipica o atipica che sia la garanzia da essi prestata; la possibilità di esercitare la surrogazione (art. 1203 c.c.), invece, dipende dalla volontà del creditore o, nell'ipotesi di cui all'art. 1203, n. 3, c.c. dal concorso dei requisiti ivi previsti.

⁶¹¹ BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 507.

Parimenti applicabili sono, inoltre, le previsioni in materia di garanzia della garanzia (art. 1940 c.c.) e di obbligazione di prestare fideiussione (art. 1943 c.c.).

Particolari difficoltà applicative non dovrebbero sorgere neppure in ordine alla disposizione di cui all'art. 1936, co. 2, c.c., relativa all'efficacia della garanzia in caso di mancata conoscenza della stessa da parte del debitore principale.

Nonostante alcune perplessità recentemente sollevate dalla Suprema Corte⁶¹², specifici problemi di conoscenza non si pongono con riferimento alla garanzia autonoma, stante l'indipendenza del relativo contratto rispetto all'obbligazione garantita e vista la consequenziale indifferenza della consapevolezza del rilascio dello stesso da parte del debitore principale, estraneo a tale negozio.

Altri profili, come già anticipato, creano maggiori difficoltà interpretative e necessitano di un approfondimento di analisi.

9.2. LA QUALIFICAZIONE DELLA GARANZIA AUTONOMA E IL RAPPORTO CON LA DISCIPLINA CONSUMERISTICA

La qualificazione di un contratto alla stregua di garanzia autonoma pone delle importanti problematiche per gli operatori del diritto.

Da un punto di vista teorico, la riconduzione di una figura negoziale all'ipotesi di contratto autonomo di garanzia può essere colta sulla scorta della presenza della clausola “senza eccezioni” o di altri elementi sintomatici indicativi in tal senso⁶¹³.

Simili espressioni introducono, però, una mera presunzione semplice di autonomizzazione della garanzia, suscettibile di essere ribaltata da una disamina complessiva del testo negoziale.

È, dunque, esclusivamente l'interpretazione integrale del contratto che consente di stabilirne la riferibilità all'ambito delle garanzie autonome o meno.

Dal punto di vista del diritto applicato, invece, plurime sono le incongruenze qualificatorie rinvenibili tra gli operatori giuridici.

⁶¹² Cassazione civile sez. III, 21/01/2026, n. 1292, cit., nella quale si evidenzia l'erroneità nell'apodittica applicazione dell'art. 1936, co. 2, c.c., al contratto autonomo di garanzia, senza tuttavia specificare le ragioni a monte di tale inoperatività.

⁶¹³ Per gli indici sintomatici dell'autonomia, si veda più ampiamente il Cap. 1, par. 4.1.

Ciò si riscontra, in primo luogo, con riferimento alla garanzia *omnibus* delineata nel discusso modulo ABI.

Una garanzia originariamente ipotizzata come priva di accessorietà, in un'ottica di velocizzazione dei traffici commerciali.

Una garanzia che, nonostante gli sforzi interpretativi volti a determinarne la natura automatica, deve più correttamente essere intesa in termini fideiussori.

Nessuna clausola contenuta nella garanzia *omnibus* di cui al modello ABI, infatti, si mostra idonea a determinare la trasformazione di quest'ultimo in una garanzia autonoma⁶¹⁴.

Non la clausola di pagamento "a prima richiesta", in grado di determinare solamente un'astrazione di tipo processuale.

Neppure la clausola di reviviscenza, tesa a obbligare il garante alla restituzione della somma indebitamente ricevuta in esecuzione del contratto nullo, ma inidonea a escludere l'eccepibilità dell'eventuale invalidità dell'obbligazione garantita.

Neppure, infine, la clausola che impedisce al garante di sollevare eccezioni al momento del recesso da parte della banca dal rapporto con il debitore (art. 9), non equiparabile a una clausola di pagamento senza eccezioni.

Ma, oltre alle ipotesi di mala formulazione negoziale, perplessità operative in materia di contratto autonomo di garanzia sono sollevate anche e soprattutto in ambito consumeristico.

Secondo un cospicuo indirizzo dottrinale, l'istituto della garanzia autonoma sarebbe sempre incompatibile con il diritto del consumo⁶¹⁵.

Una tesi in parte avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità, stante il carattere vessatorio della clausola "senza eccezioni" e la conseguenziale conversione della garanzia autonoma rilasciata dal consumatore in garanzia accessoria.

Nell'impostazione della Corte di legittimità, dunque, il matrimonio tra garanzia autonoma e consumatore non s'ha da fare⁶¹⁶.

⁶¹⁴ STELLA G., *Il problema della qualificazione della fideiussione "omnibus" come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, 6, 1807.

⁶¹⁵ SALVI G., *Il punto e la linea: il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza*, in *Studi senesi*, 2022, 2, 378.

⁶¹⁶ Questa la felice espressione di PAGLIANTINI S., *In "memoriam" del contratto autonomo di garanzia b2c*, in *"memoriam" del contratto autonomo di garanzia b2c*, in *Il Foro italiano*, 2022, 3, 917.

Ebbene, questa ricostruzione, ai sensi della quale il garante autonomo rivestirebbe sempre la qualifica di professionista, non pare essere pienamente condivisibile.

Essa porta a sottintendere la dipendenza dall'accessorietà della qualifica di professionista del garante, andando ad ascrivere a tale carattere una valenza, come evidente, ben superiore rispetto a quella spettante allo stesso⁶¹⁷.

Tale conversione della garanzia autonoma in fideiussione, peraltro, sembra porsi in conflitto con la stessa base giustificativa dalla medesima addotta.

Da un lato, infatti, l'art. 6, par. 1, Direttiva di tutela del consumatore n. 93/13 chiarisce l'incapacità del giudizio di vessatorietà di alterare i termini del vincolo negoziale fissati dalle parti⁶¹⁸.

Dall'altro lato, inoltre, l'art. 33, co. 2, lett. t, del Codice del consumo stabilisce l'invalidità delle clausole di limitazione della opponibilità di eccezioni relative allo stesso contenuto del contratto di garanzia, ma non appare automaticamente traslabile alla necessaria improponibilità delle eccezioni inerenti all'autonomo rapporto garantito⁶¹⁹.

Deve, quindi, ritenersi preferibile l'opzione interpretativa volta a non mutilare la clausola considerata vessatoria quando la parzialità dell'effetto ablativo produce l'effetto di snaturare l'operazione economica, pena altrimenti la determinazione di un vero e proprio naufragio del contratto⁶²⁰.

9.3. UNA RILETTURA RESTRITTIVA DELLE ECCEZIONI DI INVALIDITÀ E DI INESISTENZA OPPONIBILI DA PARTE DEL GARANTE AUTONOMO

Un'ulteriore disposizione meritevole di approfondimento risulta quella dettata dall'art. 1945 c.c.

⁶¹⁷ MONTANARI A., *"Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia*, cit., 90.

⁶¹⁸ PAGLIANTINI S., *In "memoriam" del contratto autonomo di garanzia b2c*, cit., 922.

⁶¹⁹ PASSAGNOLI G., *Fondamento e limiti della nullità consumeristica del contratto autonomo di garanzia*, cit. ILLUMINATI A., *Contratto autonomo di garanzia e clausole vessatorie*, in *Giustizia Civile.com*, 29 aprile 2022, sottolinea che un'ulteriore difficoltà nel considerare vessatoria la clausola "senza eccezioni" sorgerebbe in forza dell'art. 34, co. 2, codice del consumo, che esclude dal perimetro di operatività del giudizio di vessatorietà le clausole attinenti all'oggetto del contratto.

⁶²⁰ PAGLIANTINI S., *In "memoriam" del contratto autonomo di garanzia b2c*, cit., 922.

Nella letteratura scientifica, varie sono le opzioni ricostruttive in materia di doglianze opponibili da parte del garante autonomo.

Ciò si riscontra, in particolare, con riferimento alle eccezioni di nullità.

A un estremo, vi è chi valorizza al massimo il legame tra garanzia e rapporto garantito e ammette l'opponibilità da parte del garante autonomo di tutte le ipotesi di nullità relative a quest'ultimo.

All'altro estremo vi è, invece, chi argomenta, in linea con la disciplina della delegazione, l'impossibilità per il garante di far valere perfino la casistica di nullità del contratto principale per illiceità⁶²¹.

E varie sono anche le tesi sulla scorta delle quali si ammette l'opponibilità dell'eccezione di nullità del rapporto garantito da parte del garante autonomo, dall'insussistenza del presupposto causale all'illiceità della causa, fino ad arrivare al contratto in frode alla legge.

Tutte queste ricostruzioni si giustificerebbero, secondo un dato filone dottrinale, sulla scorta di quel contenuto minimo dell'accessorietà che segna anche la garanzia autonoma e che impone a quest'ultima il rispetto dei principi di ordine pubblico, insuscettibili di essere sacrificati sull'altare dei traffici commerciali⁶²².

La soluzione preferibile, a ben vedere, ammette la possibilità per i privati di conformare il contenuto negoziale nel senso di addossare al garante il rischio dettato dall'eventuale invalidità del rapporto base, in conformità con la libertà contrattuale a questi facente capo.

Tuttavia, il mezzo della garanzia autonoma non può spingersi fino a consentire alle parti il perseguimento di un fine vietato dall'ordinamento⁶²³.

Pertanto, il contratto di garanzia autonoma si deve reputare idoneo a coprire anche il rischio atipico derivante da vizi invalidanti inerenti al rapporto principale, ponendosi come fonte di un impegno indipendente⁶²⁴.

⁶²¹ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1158.

⁶²² MONTANARI A., "Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, cit., 83.

⁶²³ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1197.

⁶²⁴ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1203.

All'opposto, permane l'impossibilità ordinamentale di dare tutela, financo provvisoria, a una garanzia inficiata dal carattere illecito del rapporto base o comunque contraria a norme imperative, posto che la nullità può non conseguire a un espresso divieto sancito dall'ordinamento⁶²⁵.

Il giustificativo dell'opponibilità, da parte del garante autonomo, delle eccezioni di nullità del contratto principale per illiceità o per contrasto con norma imperative non può, però, essere rintracciato nell'immagine evanescente della persistenza di un residuo di accessorietà nella garanzia autonoma, ma deve essere colto nella necessaria trasferibilità delle ipotesi di invalidità funzionali ad assicurare il rispetto dei principi base ordinamentali⁶²⁶.

Non sembra, invece, ammissibile l'opponibilità al creditore principale da parte del garante autonomo di un'eccezione di nullità di protezione inerente al rapporto base, posto il carattere meramente relativo di siffatti rilievi invalidanti⁶²⁷ e stante l'impossibilità di ascrivere alla stessa la funzione di presidio di un risultato vietato dall'ordinamento⁶²⁸.

Con ciò si dovrebbe, del pari, ritenere che il consumatore garantito, a sua volta, non possa sollevare analoga doglianza nei confronti del garante nell'ambito dell'eventuale azione di regresso, potendo agire esclusivamente nei confronti del professionista che abbia azionato la garanzia per ottenere la ripetizione dell'indebito versato in regresso⁶²⁹.

Oltre alle ipotesi di nullità speciale, in grado di determinare una caducazione soltanto parziale del negozio base, non si può neppure ritenere che il garante possa opporre l'eccezione di annullabilità di quest'ultimo, salva l'ipotesi in cui l'annullamento intervenga prima dell'escussione.

La ricostruzione sino a questo punto offerta pone le basi per sciogliere taluni dei dilemmi sollevati in sede applicativa.

⁶²⁵ SALVI G., *Il punto e la linea: il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza*, cit., 390.

⁶²⁶ NAPPI F., *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4, 2010, 425.

⁶²⁷ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1203.

⁶²⁸ Corte appello Brescia, 20/06/2025, n. 647, in *dejure.it*, la quale esclude che le nullità di protezione dell'art. 117 TUB possono essere fatte valere anche dal garante autonomo.

⁶²⁹ SALVI G., *Il punto e la linea: il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza*, cit., 395.

In primo luogo, nessun dubbio dovrebbe porsi con riferimento alla legittimazione per il garante autonomo di sollevare l'eccezione di usurarietà del contratto base, a fronte della necessità di individuare nell'art. 1815, co. 2, c.c. una norma di ordine pubblico, non aggirabile neppure artatamente dalle parti⁶³⁰.

Maggiori perplessità, invece, sorgono con riguardo alla recente apertura giurisprudenziale nei confronti della proponibilità delle doglianze inerenti all'anatocismo e agli interessi ultralegali.

L'inclusione dell'eccezione di nullità per anatocismo tra quelle proponibili anche da parte del garante autonomo rischia, infatti, di pregiudicare la funzione di copertura dei rischi atipici contraddistintiva della garanzia autonoma.

Simile soluzione si pone in controtendenza con l'orientamento unionale volto a ridurre l'area di operatività della nullità, a vantaggio di rimedi idonei a garantire la salvaguardia dell'esistenza del contratto⁶³¹.

Al cospetto dei perduranti contrasti che accompagnano le pronunce giurisprudenziali in materia, risulta quindi condivisibile quell'orientamento ermeneutico che preclude al garante autonomo l'opponibilità degli interessi anatocistici rilevati nel contratto garantito⁶³², tenuto conto che tanto l'art. 1283 c.c. quanto l'art. 120 TUB ammettono la possibilità di pattuire convenzionalmente interessi di tal fatta, non vietando in assoluto il fenomeno dell'anatocismo.

A fronte della facoltà di addivenire alla relativa pattuizione negoziale, appare dunque difficile sopraelevare gli artt. 1283 c.c. e 120 TUB al rango di previsioni poste a tutela di preminenti interessi generali della collettività o di valori giuridici fondamentali, parametri necessari al fine attribuire i crismi dell'imperatività a una norma ordinamentale⁶³³.

In assenza della configurazione di una nullità per illiceità o per contrasto con norme imperative, l'eccezione anatocistica deve conseguentemente intendersi preclusa alla figura del garante autonomo.

⁶³⁰ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1198.

⁶³¹ ATTANASIO F., *Sulla legittimazione del garante a proporre l'eccezione di nullità della clausola anatocistica: perdita dell'autonomia della garanzia?*, in *Banca borsa e titoli di credito* 2/2020, 2, 249.

⁶³² Cassazione civile sez. I, 04/06/2025 n. 14945, cit.

⁶³³ Cassazione civile sez. un. - 16/11/2022, n. 33719, in *Foro it.* 2023, 1, I, 168.

E, del pari, deve essere esclusa la possibilità del garante autonomo di sollevare l'eccezione di nullità della clausola relativa all'applicazione di interessi ultralegali per la mancanza della forma scritta, dal momento che simile accordo non costituisce pattuizione contraria a norme imperative o con causa illecita, ma inerisce al requisito meramente strutturale della forma dell'accordo⁶³⁴.

Analoga soluzione deve, inoltre, essere replicata per le fattispecie di nullità del rapporto fondamentale dettate dall'indeterminatezza o dall'indeterminabilità dell'oggetto, quale per esempio l'ipotesi di commissione di massimo scoperto priva del parametro di riferimento per il calcolo percentuale, anch'essa relativa a un connotato strutturale del contratto base.

Appare, quindi, preferibile la tesi della validità del contratto di garanzia anche dinanzi a un rapporto base connotato da interessi anatocistici e ultralegali, ferma la legittimazione della parte che ha eseguito la prestazione a sollevare una *condictio indebiti* ex art. 2033 c.c. ovvero un'azione risarcitoria nei confronti del creditore ingiustamente arricchitosi⁶³⁵.

E una ricostruzione simile a quella da ultimo proposta deve altresì essere riproposta con riferimento alla casistica di inesistenza originaria o sopravvenuta del rapporto base.

Come già avuto modo di esplicitare, è costante l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità ai sensi del quale il garante autonomo si presenta legittimato a opporre al creditore garantito l'inesistenza originaria o sopravvenuta del contratto base, a prescindere dalla ricorrenza dei presupposti per l'*exceptio doli*, dal momento che, a fronte dell'insussistenza del presupposto esterno della garanzia, verrebbe a mancare la *ratio* giustificativa di quest'ultima⁶³⁶.

⁶³⁴ Cassazione civile sez. I, 23/12/2025, n. 33748, in *dejure.it*.

⁶³⁵ Per l'aderenza a tale conclusione si veda l'orientamento da ultimo adottata da Cassazione civile sez. I, 04/06/2025, n.14945, cit, in cui si precisa che il garante non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che essa dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento. Per questo in simile pronuncia viene escluso che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto neanche l'anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 c.c. e 120 del D. Lgs. n. 385 del 1993.

⁶³⁶ Sul tema dell'inesistenza originaria o sopravvenuta del rapporto base si veda diffusamente il Cap. I, par. 5.1 e 5.2.

Una siffatta lettura, volta a riconoscere in automatico l'opponibilità dell'eccezione di inesistenza, rischia tuttavia di porsi in conflitto con la ragion d'essere della garanzia autonoma.

Dubbi e incertezze possono, infatti, sorgere nell'attività di accertamento della effettiva sussistenza del rapporto base⁶³⁷.

Difficoltà che, come evidente, mettono in pericolo la stessa funzionalità del contratto autonomo di garanzia, finalizzato preminentemente ad assicurare una maggiore fluidità dei traffici commerciali.

Anche in tale ambito, pertanto, sembra da privilegiare la tesi, invero non tenuta in considerazione dalle corti, di ammettere la possibilità di addossare al garante autonomo il rischio discendente dalla potenziale inesistenza originaria o sopravvenuta del rapporto garantito, tenuto conto che una simile soluzione, da un lato, non si disperde la meritevolezza degli interessi perseguiti da tale forma contrattuale e, dall'altro lato, non si pone in conflitto con le finalità ordinamentali.

Diversamente da quanto ritenuto in giurisprudenza, inoltre, previsioni quali quelle degli artt. 1232 c.c. e 1235 c.c., dettate in materia rispettivamente di novazione oggettiva e soggettiva, non possono essere ritenute automaticamente applicabili alla garanzia autonoma, in quanto espressioni dell'accessorietà della garanzia.

Il garante autonomo, lungi dal rimanere privato di alcuna forma di tutela, si mostra anche in suddette ipotesi legittimato, in caso di esecuzione della prestazione inesistente, a far valere la *condictio indebiti*⁶³⁸, oppure analoga azione recuperatoria o di risarcimento⁶³⁹.

Soltanto nell'evenienza di escussione fraudolenta della garanzia determinata dall'inesistenza originaria o sopravvenuta del rapporto base, dimostrabile sulla scorta di prove pronte e liquide, il garante autonomo si presenta, invece, legittimato

⁶³⁷ Si veda, per esempio, Cassazione civile sez. III, 13/01/2025, n. 865, in *dejure.it*, in cui per accertare la mancata sopravvenuta estinzione del rapporto base si necessita di valutare il passaggio in giudicato della sentenza della Commissione Territoriale di annullamento dell'avviso di accertamento.

⁶³⁸ Per l'operatività della *condictio indebiti* si veda anche BARILLÀ G.B., *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e "condictio indebiti" nelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*, cit., 455 ss., il quale sottolinea che suddetta titolarità si mostra giustificata in forza del carattere proprio, e non altrui, del debito assunto dal garante autonomo.

⁶³⁹ CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, cit., 1200.

(*rectius*: obbligato) sin dal principio al rifiuto della prestazione richiesta, secondo i crismi propri dell'eccezione di dolo.

9.4. IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: L'*EXCEPTIO DOLI*

La prospettata interpretazione restrittiva delle eccezioni opponibili dal garante autonomo pone lo stesso in una posizione di evidente vulnerabilità rispetto a eventuali condotte abusive perpetrate da parte del creditore.

L'ingresso dell'*exceptio doli generalis seu presentis* nell'impianto regolativo della garanzia autonoma si giustifica proprio con l'intento di censurare eventuali comportamenti fraudolenti del creditore garantito.

Essa, come visto, offre al garante uno strumento di reazione in grado di sottrarre quest'ultimo dall'obbligo prestativo nelle ipotesi in cui manifesta sia l'infondatezza della pretesa creditoria.

Pur condivisibile nelle finalità, è tuttavia l'utilizzo estensivo dell'eccezione di dolo a destare più di una perplessità in relazione alla compatibilità della stessa con il carattere autonomo della garanzia.

Nelle applicazioni giurisprudenziali, difatti, simile eccezione viene utilizzata quale strumento funzionale a consentire il reingresso nella disponibilità del garante delle doglianze inerenti al rapporto base (compensazione, mancato rispetto delle forme per la richiesta al garante, inadempimento del creditore, ecc.) che la natura autonoma della garanzia avrebbe dovuto impedire di opporre.

Con ciò vanificando gli sforzi di indipendenza compiuti dall'istituto della garanzia autonoma.

L'*exceptio doli*, all'opposto, deve essere reputata azionabile esclusivamente in casistiche limitate, risultando idonea a paralizzare la pretesa creditoria soltanto in presenza di un'evidente e incontestabile estinzione dell'obbligazione principale ovvero a fronte di un esercizio del diritto per una finalità diversa rispetto a quella riconosciuta a livello ordinamentale o comunque contro ogni legittima e incolpevole aspettativa altrui⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ SALVI G., *Il punto e la linea: il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza*, cit., 384. FORLANI F., *In tema di escussione abusiva di garanzia bancaria autonoma: tra exceptio doli*

Il garante autonomo può, dunque, rifiutare il pagamento in ipotesi peculiari e in presenza di prove liquide della condotta abusiva del creditore⁶⁴¹, mentre in tutti gli altri casi l'azione di ripetizione spetta al debitore principale.

Solamente in tali evenienze, infatti, viene integrata una violazione del principio di buona fede suscettibile di incidere sull'automatismo della prestazione del garante autonomo, in un'ottica volta a evitare di dare legittimo ingresso nell'ordinamento a fattispecie di abuso del diritto.

In presenza dei surricordati presupposti di abusività e di liquidità, il principio di buona fede consente di ammettere la riferibilità alla garanzia autonoma anche delle norme generali sulla garanzia personale inerenti alla protezione del garante, ferma la posizione di parte debole talora rivestita dallo stesso⁶⁴².

È così che, in siffatte casistiche, devono essere reputate applicabili alla garanzia autonoma anche le disposizioni degli artt. 1937 c.c. e 1938 c.c., rispettivamente rivolte a richiedere una manifestazione espressa della volontà del garante e un massimale della garanzia.

L'esigenza di protezione del garante, esaltata nelle due norme da ultimo richiamate, non si scontra con il carattere indipendente della garanzia autonoma e, pertanto, non osta all'applicazione di tali previsioni anche a quest'ultima.

Del pari, in conformità con la giurisprudenza di legittimità prevalente, non si ravvisano motivi per escludere la riferibilità al contratto autonomo di garanzia anche del disposto di cui agli artt. 1955 e 1956 c.c.

Quanto innanzitutto all'art. 1955 c.c., relativo alla liberazione del garante nelle ipotesi di impossibilità di surrogazione per fatto del creditore, questo è espressione del principio di correttezza nella misura in cui impone al creditore di conservare le altre garanzie rilasciate a favore del credito garantito⁶⁴³.

ed opponibilità dei limiti oggettivi della dichiarazione di garanzia, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2010, 379, precisa che, in presenza dei richiesti presupposti, l'eccezione di dolo può essere sollevata anche per far valere l'eventuale invalidità del rapporto sottostante, altrimenti insuscettibile di essere opposta.

⁶⁴¹ D'ORSI S., *Garanzie autonome e locazioni commerciali al tempo della pandemia. Il regime dell'emergenza tra diritto e processo*, 2020, 13, evidenzia, per esempio, l'inopponibilità da parte del garante autonomo dell'eccezione di inadempimento per violazione dell'obbligo di rinegoziazione inerente a un rapporto principale durante la fase pandemica.

⁶⁴² BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, cit., 507.

⁶⁴³ In senso analogo cfr. art. 66 l. cambiaria.

Pertanto, nessuna incompatibilità si mostra ravvisabile rispetto al carattere autonomo della garanzia⁶⁴⁴.

Relativamente invece alla disposizione dell'art. 1956 c.c., concernente il divieto di abuso nella garanzia prestata per i debiti futuri, essa non si fonda sul carattere accessorio della garanzia, ma costituisce espressione diretta dei principi di buona fede, correttezza e solidarietà.⁶⁴⁵

Ciò rende tale previsione applicabile, in presenza dei presupposti dell'eccezione di dolo e pur in assenza di ricostruzioni di tipo strettamente analogico, anche alla garanzia non accessoria, non configgendo con il carattere automatico della stessa⁶⁴⁶.

9.5. IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: LA COMPATIBILITÀ TRA L'ART. 1957 C.C. E LA GARANZIA AUTONOMA

Maggiori problematiche pone l'analisi del rapporto tra la decadenza di cui all'art. 1957 c.c. e il contratto autonomo di garanzia.

Come già precisato, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità propende per un regime di tendenziale incompatibilità tra il termine semestrale fissato a livello codicistico e la natura autonoma della garanzia rilasciata⁶⁴⁷.

Simile ricostruzione dovrebbe comportare l'inapplicabilità della previsione dell'art. 1957 c.c. alla garanzia autonoma, fatta eccezione per l'ipotesi di richiamo esplicito di simile disposizione e di compatibilità della stessa con il restante contenuto contrattuale, fattispecie in cui sarebbe sufficiente un'azione stragiudiziale del creditore per interrompere il relativo termine semestrale.

Tale soluzione, adottata dalla giurisprudenza e recentemente rimessa al vaglio delle Sezioni Unite⁶⁴⁸, non sembra essere pienamente condivisibile.

⁶⁴⁴ CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, cit., 135. D'ANTONIO, V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, cit., 22.

⁶⁴⁵ Sull'opponibilità dell'eccezione dell'art. 1956 c.c. anche da parte del garante autonomo si veda diffusamente il Cap. I, par. 5.4.

⁶⁴⁶ FIORENTINO F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., 140.

⁶⁴⁷ Per il rapporto tra art. 1957 c.c. e contratto autonomo di garanzia si veda il Cap. 1, par. 6.

⁶⁴⁸ La rimessione alle Sezioni Unite sulla questione del rapporto tra garanzia autonoma e art. 1957 c.c. è avvenuta con ordinanza della Suprema Corte dell'11-11-2025.

Essa cade nell'errore concettuale di cogliere nella disposizione di cui all'art. 1957 c.c. un'espressione del principio di accessorietà, in quanto tale insuscettibile di applicazione al contratto autonomo di garanzia.

Al contrario, la Relazione di accompagnamento al codice civile esplicita chiaramente che il dovere di agire imposto al creditore da suddetta normativa, estranea al previgente codice del 1865, risponde non tanto alla relazione tra accessorio e principale, quanto piuttosto al dovere di correttezza, norma di condotta nell'esercizio dei diritti (art. 1175 c.c.).

La trasgressione di tale regola non attenta, pertanto, al crisma dell'accessorietà della garanzia, ma genera una responsabilità in capo al creditore, che si può realizzare in forma specifica con la perdita del diritto di credito contro il garante.

Proprio il riconoscimento della disposizione dell'art. 1957 c.c. quale modalità espressiva del principio di buona fede deve portare a un ripensamento dell'analisi, fino a questo punto condotta dalla giurisprudenza, relativa al rapporto di siffatta norma con la garanzia autonoma.

Ciò, innanzitutto, sotto il profilo qualificatorio.

La rilevata compatibilità della decadenza semestrale fissata a livello codicistico anche con la garanzia autonoma depone per il mancato carattere dirimente della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ai fini della qualificazione di un negozio come garanzia accessoria o meno, posto che detta disposizione risponde a un'esigenza di protezione del garante che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale⁶⁴⁹.

Oltre al crisma qualificatorio, il superamento dell'equivoco, oggi largamente diffuso⁶⁵⁰, teso a considerare la presenza dell'accessorietà alla stregua di presupposto indispensabile del giudizio sull'applicabilità del beneficio di cui all'art. 1957 c.c. deve *a fortiori* portare a una rilettura della disciplina riferibile alla garanzia autonoma.

⁶⁴⁹ Cassazione civile sez. III, 18/04/2025, n.10265, in *dejure.it*. In senso analogo si veda anche Cassazione civile sez. III, 30/11/2021, n.37655, in *dejure.it*: «E' stato in questo quadro affermato che la circostanza che le parti, in un contratto di garanzia, abbiano regolamentato gli oneri gravanti sul creditore ai sensi dell'art. 1957 c.c., non è da sola sufficiente ad escludere il carattere autonomo della garanzia stessa, essendo tale norma espressione di un'esigenza di tutela del fideiussore, che può essere considerata meritevole di protezione anche in caso di garanzia non accessoria (Cass. 5 aprile 2012, n. 5526)».

⁶⁵⁰ Cassazione civile sez. III, 04/12/2023, n.33860, in *Guida al diritto* 2024, 2.

Contrariamente all'orientamento maggioritario delle corti, infatti, il riferimento espresso, insito in contratto, alla decadenza dell'art. 1957 c.c. non può portare automaticamente a ritenere sufficiente un'azione stragiudiziale del creditore per interrompere il relativo termine.

Una siffatta ricostruzione, volta a considerare sufficiente l'atto interruttivo stragiudiziale, appare attendibile esclusivamente nell'ipotesi in cui la garanzia sia connotata dalla clausola "a prima richiesta", all'evidenza incompatibile con la necessità di un'azione giudiziale per l'ottenimento della prestazione del garante.

Tuttavia, come già evidenziato, la clausola "a prima richiesta" non è connotato essenziale ai fini della qualificazione in termini di autonomia della garanzia, visto il carattere dirimente in tal senso soltanto della locuzione "senza eccezioni".

In assenza dell'obbligo di pagamento "a prima domanda", dunque, il richiamo contenuto negozialmente all'art. 1957 c.c. deve essere ritenuto integrale, con l'onere per il creditore di escutere giudizialmente il garante autonomo entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita.

Questa soluzione, da ultimo esposta, oltre a non confliggere necessariamente con l'esigenza di celerità e deformalizzazione caratteristica della garanzia autonoma⁶⁵¹, appare l'unica in grado di conformarsi alla volontà privata espressa contrattualmente, nonché di assicurare quella *ratio* di tutela del garante essenziale anche nelle garanzie atipiche.

E ciò in quanto, come anticipato, la disposizione in analisi è espressione di un'esigenza di protezione del garante che, prescindendo dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale, può essere considerata meritevole di tutela anche quando tale collegamento sia assente⁶⁵².

Nell'ipotesi in cui, invece, la garanzia autonoma sia priva di un rimando espresso alla disciplina dell'art. 1957 c.c., la deroga a simile normativa è data dall'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni.

⁶⁵¹ Si è già detto della possibilità di accompagnare la clausola di richiamo all'art. 1957 c.c. e quella di pagamento a prima richiesta, al fine di evitare la necessità di azionarsi giudizialmente. Cassazione civile sez. I, 04/06/2025, n.14945, in *dejure.it*, chiarisce, in particolare, che la clausola a prima richiesta può essere prevista sia in garanzia accessorie sia in garanzie autonome, con la finalità, comune a entrambi i contraenti, di attuare una deroga parziale alla disciplina dettata dall'art. 1957 c.c.

⁶⁵² Cassazione civile sez. I, 04/06/2025, n.14945, cit.

Simile determinazione, per quanto idonea a svincolare il garante autonomo dalle stringenti incombenze prescritte al fideiussore per l'escussione della garanzia, non può comunque portare a valicare i limiti della buona fede e della correttezza.

Pertanto, pur in assenza di un rinvio pattizio all'art. 1957 c.c., il garante autonomo non può essere considerato vincolato *sine die* alla potestà del creditore principale.

All'opposto, questo si mostra pur sempre legittimato a far valere, in presenza dei relativi presupposti, l'eccezione di dolo laddove sia manifesta l'abusività del ritardo creditorio nell'escussione della garanzia rilasciata.

Anche in questo ambito, dunque, il principio di buona fede non può essere completamente dismesso, in un'ottica protezionistica del garante autonomo.

9.6. LA PIENA COMPATIBILITÀ DEL MECCANISMO DELLE RIVALSE CON L'AUTONOMIA DELLA GARANZIA

Il riequilibrio delle posizioni dei soggetti coinvolti nell'operazione inerente al contratto autonomo di garanzia viene assicurato dal sistema delle rivalse.

In caso di pagamento indebito, contrariamente al fideiussore, il garante autonomo, fatta eccezione per l'ipotesi in cui abbia scelto di pagare a fronte di una richiesta formalmente e sostanzialmente difforme dalle previsioni contrattuali o nonostante l'accertata consapevolezza della sua natura fraudolenta⁶⁵³, può agire in regresso esclusivamente nei confronti del debitore principale⁶⁵⁴, mentre non può agire in ripetizione nei confronti del creditore garantito, posto che altrimenti si legittimerebbe il garante a proporre in via riconvenzionale quelle doglianze inerenti al rapporto principale che l'autonomia della garanzia gli preclude⁶⁵⁵.

Nonostante qualche critica sollevata in materia, questa ricostruzione si presenta pienamente conforme al carattere autonomo della garanzia.

⁶⁵³ Per una critica alla limitazione della possibilità di agire in regresso nei confronti del creditore garantito nelle sole ipotesi di *exceptio doli* si veda NAPPI F., *Un lapsus di Cass. 21 gennaio 2020, n. 1186 sull'astrattezza del Garantievertrag*, in *Il diritto degli affari*, n. 2/21, 244.

⁶⁵⁴ Sul tema delle rivalse si veda ampiamente Cap. I, par. 7.

⁶⁵⁵ FEZZA F., *Le garanzie personali atipiche*, cit., 237. L'autore precisa che l'azione di ripetizione del garante è inquadrabile nell'orbita dell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c., così come l'azione promossa dall'ordinante verso il creditore principale. Quest'ultima, tuttavia, può essere avanzata anche alla stregua di azione di indebito arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.

La soluzione tesa ad ammettere la possibilità per il garante di agire in regresso nei confronti del debitore garantito appare, infatti, idonea a ricomporre l'equilibrio delle diverse posizioni contrattuali, alteratosi a seguito dell'escussione della garanzia⁶⁵⁶.

Nel solco di non trasformare la *ratio* della garanzia in senso tecnico, in particolare, si realizza uno spostamento definitivo del peso economico in una sfera ulteriore rispetto a quella del garante⁶⁵⁷ e, così facendo, si dà vita a un meccanismo essenziale al fine di ricostituire il bilanciamento causale del rapporto⁶⁵⁸.

E anche l'azione di rivalsa esperibile dal garante nei confronti del beneficiario in caso di escussione manifestamente abusiva non influisce sull'indipendenza della garanzia.

Essa, difatti, trova fondamento non già nel rapporto tra il garante e il debitore, bensì in quello tra il garante e il beneficiario stesso, determinativo di un pagamento indebito⁶⁵⁹.

La salvaguardia dell'autonomia della garanzia viene assicurata, inoltre, dalla impossibilità per il garante autonomo di far valere le eccezioni fondate sul rapporto garantito anche in sede di restituzione a seguito del pagamento indebito, e ciò a differenza della fideiussione con clausola *solve et repete*, in cui l'obbligazione del garante conserva il carattere dell'accessorietà⁶⁶⁰.

L'azione di rivalsa del garante, assieme all'azione di ripetizione dell'indebito del debitore principale nei confronti del beneficiario, assumono, in definitiva, il carattere di mezzi processuali che l'ordinamento mette a disposizione delle parti per il recupero delle rispettive posizioni economiche⁶⁶¹.

Nessun attentato all'autonomia della garanzia può, dunque, essere colto con riferimento a tali azioni.

⁶⁵⁶ RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., 205.

⁶⁵⁷ PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, cit., 95.

⁶⁵⁸ PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., 397.

⁶⁵⁹ MONTANARI A., "Accessorietà" e "autonomia" nel contratto autonomo di garanzia, cit., 83.

⁶⁶⁰ NAPPI F., *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, cit., 425.

⁶⁶¹ LAUDISA L., *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., 100.

9.7. LA MANCATA APPLICABILITÀ DELL'ART. 1263 C.C. ALLA CIRCOLAZIONE DELLA GARANZIA AUTONOMA

In materia di circolazione del contratto autonomo di garanzia, si è già avuto modo di sollevare più di una perplessità sull'operatività dell'art. 1263 c.c., determinativo della trasferibilità *ex lege* della garanzia autonoma per effetto della cessione del credito garantito⁶⁶².

Una simile soluzione si mostra, innanzitutto, in evidente conflitto con la natura autonoma della garanzia, andando a estendere a quest'ultima quelle radici di accessorialità che dovrebbero invero essere elise in ragione del carattere indipendente della stessa⁶⁶³.

Ma una siffatta ricostruzione, tesa a riconoscere il trasferimento automatico del contratto autonomo di garanzia, si appalesa altresì particolarmente gravosa per il garante, impossibilitato a proporre al nuovo creditore tutte le eccezioni fondate sul rapporto principale⁶⁶⁴.

La garanzia autonoma, dunque, non può essere trattata alla stregua di un accessorio del credito, suscettibile di traslare di pari passo con l'obbligazione principale.

Essa, al contrario, merita di essere insignita di un'autonoma dignità concettuale, irriducibile a mero elemento di complemento dell'obbligazione principale.

L'inapplicabilità analogica dell'art. 1263 c.c., precisata sulla scorta delle ragioni da ultimo esposte e in linea con il modello francese, non risolve, in ogni caso, la problematica relativa alle manifestazioni di volontà necessarie, in caso di difetto di una specifica pattuizione negoziale di libera trasferibilità, per la circolazione della garanzia autonoma.

Sul punto, non sembra condivisibile la tesi secondo la quale la garanzia dovrebbe ritenersi liberamente cedibile, senza bisogno del consenso del garante, ogniqualvolta tale cessione avvenga contestualmente alla cessione del credito garantito e purché nell'atto di cessione notificato ai debitori emerga la volontà di cedere, a uno

⁶⁶² Sul tema della circolazione si veda il Cap. I, par. 8.

⁶⁶³ ROBUSTELLA C., *La circolazione delle garanzie autonome*, in *Europa e diritto privato* 2/2010, 575.

⁶⁶⁴ ROBUSTELLA C., *La circolazione delle garanzie autonome*, cit., 575.

stesso cessionario, sia il credito principale che quello avente origine dal contratto autonomo di garanzia⁶⁶⁵.

Simile ricostruzione corre, infatti, il pericolo di non tenere conto dei possibili pregiudizi suscettibili di essere arrecati al garante a fronte della cessione della garanzia senza il suo consenso, posto che il mutamento della figura del creditore potrebbe aggravare i rischi del garante ove spetti a questo l'espletamento della *condictio indebiti* verso il nuovo beneficiario che abbia escusso indebitamente la garanzia⁶⁶⁶.

Si mostra, invece, preferibile la soluzione che privilegia la necessità dell'espressa volontà di tutte le parti coinvolte nell'operazione (creditore, debitore, garante) al fine di attuare, in concomitanza con la traslazione del rapporto garantito, anche il trasferimento del contratto autonomo di garanzia, nell'ottica di soddisfare lo specifico interesse del beneficiario rivolto in tal senso⁶⁶⁷.

Esclusivamente in tale prospettiva vengono superate le ambiguità sollevate in ordine alle potenziali lesioni patite dal garante autonomo a causa dell'automatismo di trasferimento della garanzia determinate dall'art. 1263 c.c. e si salvaguarda la libera autodeterminazione negoziale, vessillo irriducibile dell'azione dei privati.

10. LA PIENA AUTONOMIZZAZIONE DELLA GARANZIA

L'assenza di una disciplina espressa in materia di garanzia autonoma non implica un ostacolo al pieno riconoscimento di siffatta figura nel nostro impianto ordinamentale.

La normazione per principi, attuata sulla base dei parametri dell'autonomia e della buona fede, consente di tracciare un perimetro di operatività caratteristico del contratto autonomo di garanzia, distinto sotto plurimi profili (eccezioni, circolazione, regresso, decadenze) rispetto a quello fideiussorio.

I riferimenti della autonomia e della buona fede consentono altresì di conciliare l'impronta mercantilistica tipica dell'istituto con quel criterio di *favor* per il garante che accompagna la sistematica codicistica, assicurando una valutazione positiva in

⁶⁶⁵ Pret. Roma, 4-11-1992 (ord.), in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, 237.

⁶⁶⁶ ROBUSTELLA C., *La circolazione delle garanzie autonome*, cit., 582.

⁶⁶⁷ ROBUSTELLA C., *La circolazione delle garanzie autonome*, cit., 582.

ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti dall'istituto a norma dell'art. 1322 c.c., nonché una piena compatibilità dello stesso con i dettami dell'ordine pubblico.

E anche sotto il profilo statico, inerente agli elementi essenziali del negozio, la causalità contrattuale viene pienamente salvaguardata.

Lungi dall'integrare un negozio astratto, il contratto autonomo di garanzia assume i connotati di negozio a causa variabile, suscettibile di rispondere a funzioni differenziate (indennitaria, cauzionale, assicurativa, di garanzia) a seconda dell'esigenza in concreto perseguita dalle parti.

La ricostruzione offerta sino a questo punto non si pone, a ben vedere, neppure in contrasto con il principio di proporzionalità delle garanzie o con il disposto di cui all'art. 1462 c.c.

Se, quanto al primo profilo, è possibile notare che anche la garanzia autonoma appare proporzionata ai condizionamenti derivanti dal rapporto base, a fronte della necessità di adeguare la stessa ai crismi di ragionevolezza imposti dal parametro della buona fede, in ordine alla previsione dell'art. 1462 c.c., invece, si osserva la mancanza di una assoluta sovrapponibilità tra la clausola *solve et repete* ivi prevista e la clausola “senza eccezioni” stabilita dalla garanzia non accessoria.

La clausola *solve et repete*, in particolare, non impedisce di opporre le eccezioni di nullità, annullabilità e rescindibilità del contratto perché tali impugnative investono l'efficacia stessa della clausola, che non può esplicare validamente la sua funzione prescindendo dalla valida esistenza del contratto che la contiene.

Al contrario, la clausola “senza eccezioni” non inerisce alla possibilità o meno di contestare eventuali profili di invalidità del contratto in cui essa è prevista, ovverosia il contratto di garanzia, bensì si riferisce specificamente a un altro e diverso negozio, il contratto garantito.

In ragione di ciò, posto che il garante non rinuncia a opporre le eccezioni riguardanti la sua promessa, nessuna forma di frode alla legge viene introdotta a mezzo della garanzia “senza eccezioni”, posto il diverso piano di operatività di questa rispetto all'inefficacia sancita dall'art. 1462 c.c.

In definitiva, nessuna delle perplessità applicative rintracciate nel diritto interno con riferimento alla garanzia autonoma si mostra idonea a cagionare una qualche

preclusione rispetto all'ammissione della stessa nelle maglie ordinamentali nostre.

11. L'IMPIANTO DI TUTELE NEL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

L'esigenza di protezione del garante è uno degli aspetti che determina maggiori resistenze alla ammissione del contratto autonomo di garanzia nel nostro ordinamento.

Il completo svincolo del rapporto di garanzia da quello garantito e la conseguente impossibilità per il garante di avanzare doglianze inerenti al rapporto base sollevano più di una perplessità di tipo sistematico, a fronte della posizione di debolezza rivestita dal garante autonomo rispetto al potere di escussione del creditore.

E ciò, a maggior ragione, in una realtà in cui, differentemente da quella prospettata nei traffici commerciali internazionali, la garanzia autonoma non rappresenta necessariamente uno strumento contrattuale di utilizzo prevalente di banche e assicurazioni, ma si presenta, all'opposto, quale negozio rilasciato perlopiù da parenti e conoscenti a garanzia di operazioni commerciali di portata assai più ristretta.

Questo timore di sopraffazione della parte debole, pur da non sottovalutare, non merita, a ben vedere, di essere eccessivamente enfatizzato, fino a escludere spazi di operatività per la nuova figura della garanzia atipica.

Tanto, innanzitutto, perché una simile determinazione rischia di dimenticare che la fonte primaria del diritto privato è l'autonomia negoziale, volta ad assicurare la libertà delle parti di stipulare convenzioni finalizzate a perseguire qualsivoglia interesse nei limiti dell'ordine pubblico e del buon costume⁶⁶⁸.

La possibilità di adire a forme di garanzia atipica rappresenta, prima di tutto, un'opportunità per i privati di ampliare il novero degli strumenti rimessi alla propria disponibilità, con l'assunzione di connotati sopraffattori esclusivamente nelle ipotesi di utilizzo patologico dello strumento.

Ciò chiarito, e per quanto indubbio che il carattere automatico del pagamento del garante autonomo possa talvolta determinare una posizione di potenziale

⁶⁶⁸ MONTANARI A., *Garanzia autonoma e autonomia privata*, cit., 360.

vulnerabilità di quest'ultimo, non si può omettere di rilevare l'importante impianto di tutele che contraddistingue anche la figura della garanzia autonoma.

La fuoriuscita dal tipo fideiussorio non implica, come talora si vorrebbe prospettare, una rinuncia incondizionata alla difesa del garante e una sua consequenziale riduzione alla mercé della volontà creditoria.

Vari sono, infatti, i profili di disciplina che, come avuto modo di analizzare, assicurano anche al garante autonomo adeguati strumenti di tutela, sia di tipo preventivo che successivo.

Quanto alle tutele preventive, innanzitutto, ferma la possibilità di adire alla tutela cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., il garante autonomo si mostra legittimato a eccepire, al cospetto di una richiesta di pagamento, la doglianza di nullità del contratto base per illiceità o per contrarietà a norme imperative, nonché la manifesta abusività dell'escussione attuata del creditore.

L'impossibilità di sollevare eccezioni inerenti al contratto principale, essenziale al fine di corroborare la natura indipendente della garanzia rilasciata, non preclude quindi al garante autonomo di sottrarsi alle richieste di pagamento avanzate nei suoi confronti nelle ipotesi in cui l'escussione della garanzia si mostra finalizzata, direttamente o indirettamente, al perseguimento di fini vietati dall'ordinamento.

Ma la posizione del garante autonomo si presenta salvaguardata anche in un momento successivo al pagamento da questo eventualmente effettuato, posto l'importante ruolo di riequilibrio assunto dal meccanismo delle rivalse nel caso di escussione illegittima.

A completare il quadro delle tutele offerte al garante autonomo si pongono, infine, le previsioni insite nel sistema delle garanzie personali non incompatibili con il carattere indipendente della garanzia rilasciata.

Si fa riferimento, in particolare, a quelle disposizioni espressive dei principi di correttezza e di buona fede, rinvenibili perlopiù nel substrato normativo dettato in materia fideiussoria, estranee ai crismi di accessorietà e solidarietà, quali per esempio quelle inerenti al divieto di abuso nella garanzia prestata per i debiti futuri (art. 1956 c.c.) o la decadenza determinata dalla scadenza dell'obbligazione principale (art. 1957 c.c.) o, in misura più defilata, alle norme che richiedono un consenso

espresso del garante o che impongono un massimale garantito (artt. 1937 e 1938 c.c.).

Tutto quanto sino a questo punto argomentato consente di comprendere come il garante autonomo non soltanto sia libero di decidere se prestare o meno la garanzia, ma, anche nelle ipotesi in cui totale libertà sia in qualche misura indotta, questo non rimanga in ogni caso privo di tutele neppure nella fase attuativa del negozio.

L'allontanamento dal tipo fideiussorio non determina, quindi, un completo abbandono del sistema di protezione del garante, ma comporta un mero rimodellamento dello stesso, tale da assicurarne la compatibilità con i tratti distintivi della nuova forma di garanzia coniata.

Anche al garante autonomo vengono, infatti, riconosciuti plurimi strumenti di reazione, tanto preventivi quanto posteriori, che consentono a questo di controbattere agli eventuali abusi posti in essere dalla controparte.

E ciò non viene del tutto a mancare neppure nell'ipotesi, non infrequente, in cui il garante non abbia rilasciato la garanzia nell'esercizio della sua attività professionale e, per questo, rivesta la qualifica di consumatore.

Anche in quest'ultima casistica, pur non potendosi spingere fino a ribaltare la natura del negozio concluso convertendolo in fideiussione, la struttura rimediale offerta dal codice del consumo si mantiene intatta e assicura al garante la possibilità di censurare eventuali imposizioni vessatorie perpetrate da parte del creditore professionista.

L'equazione che accomuna il carattere dell'atipicità con quello della lesività merita, dunque, di essere oggetto di superamento, in ragione degli anticorpi che la normativa predispone a salvaguardia della correttezza contrattuale e della coerenza ordinamentale.

12. LA GARANZIA AUTONOMA: IL PARADOSSO APPARENTE DI UN'OMBRA SENZA UN CORPO

Ogni corpo ha la sua ombra, un'ombra che lo segue e lo imita.

Così come, del pari, ogni rapporto garantito ha una sua garanzia, una garanzia che ne ricalca origini e consistenze.

Il dilemma che si pone è se un'ombra possa provare a sopravvivere senza un corpo a cui fare riferimento; se una garanzia possa essere configurata in assenza di contratto garantito da cui dipendere.

La risposta, in conformità con l'approfondimento svolto sino a questo punto, non può che essere affermativa.

L'analisi del diritto interno dimostra che, al netto di alcune limitazioni applicative rinvenibili nella prassi, non sussistono particolari profili di incompatibilità tra la disciplina della garanzia e il crisma dell'autonomia.

Ciò si mostra, innanzitutto, sotto il profilo qualificatorio, con la garanzia autonoma suscettibile di essere configurata anche in taluni ambiti ove nel tempo si è assistito a dubbi e perplessità in materia, come per esempio nel settore consumeristico.

Ma la ricerca dell'autonomia della garanzia non trova impedimenti teorici neppure sotto il profilo del novero delle doglianze opponibili da parte del garante autonomo con riferimento al rapporto garantito.

L'interpretazione restrittiva offerta in ordine alla possibilità di sollevare eccezioni di invalidità e di dolo non finisce, infatti, per rievocare una qualche forma di accessorietà attenuata, bensì si pone quale condizione necessaria per conciliare l'indipendenza della garanzia atipica con i principi fondamentali dell'ordinamento e renderla ammissibile in questo.

E se, da un lato, il sistema delle rivalse offre un importante meccanismo di riequilibrio della posizione del garante rispetto a quella del debitore e del creditore garantito, dall'altro lato, la rilettura della regolazione del trasferimento della garanzia in una chiave distaccata rispetto a quella imposta dall'art. 1263 c.c. assicura un'effettiva indipendenza dell'istituto anche sotto il profilo circolatorio.

Tale declinazione della disciplina applicabile alla garanzia non accessoria, oltre a non porre particolari problematiche di tutela per il garante, elude altresì la tendenza, troppo spesso diffusa negli operatori giuridici, di attuare un mero appiattimento della medesima sull'impianto fissato codicisticamente in tema di fideiussione.

La normativa dettata in materia fideiussoria, infatti, si presenta suscettibile di essere estesa alla garanzia indipendente soltanto ove espressiva del principio di

buona fede o dei dettami esiziali delle garanzie personali, purché estranei al modello dell'accessorietà e della solidarietà.

Esclusivamente una simile operazione si presenta in grado di elevare l'elemento dell'autonomia a carattere qualificatorio della garanzia, antitetico rispetto all'accessorietà, senza ridurlo a mera espressione di comodo.

Tale elevazione dell'autonomia a crisma determinativo della garanzia appare, peraltro, perfettamente coerente con le linee evolutive dell'impianto regolatorio italiano.

Plurime sono, infatti, le aperture del diritto interno a forme di garanzia in cui il parametro dell'accessorietà risulta fortemente ridimensionato, fino ad essere quasi completamente eliso.

E ciò si riscontra sia nelle garanzie personali, con istituti quali l'avallo e la lettera di *patronage*, sia nelle garanzie reali, con istituti quali il pegno di crediti futuri o il pegno *omnibus*.

Ma crepe nel caposaldo dell'accessorietà si prospettano altresì in taluni settori della normativa riferibile alla fideiussione, istituto che più di ogni altro simboleggia tale principio.

Il prospettato ossimoro, insito nel sintagma "garanzia autonoma", risulta quindi soltanto apparente.

Esso risente della limitata rappresentazione della garanzia quale concetto che presuppone ontologicamente una relazione di dipendenza con un *quid* che deve essere garantito.

Quando, invece, la simmetria tra garanzia e accessorietà, tradizionalmente imposta, assume connotati meramente tendenziali, insuscettibili di essere prospettati in termini di perfezione.

E proprio in questi spiragli di asimmetria trova spazio di operatività il contratto autonomo di garanzia.

Un contratto in cui l'autonomia della garanzia viene portata al suo estremo.

Anche il concetto di autonomia, difatti, del pari rispetto a quello di accessorietà, non si mostra univoco e assoluto, ma può essere gradato e di densità variabile a seconda della rilevanza delle situazioni che, per volontà delle parti, si presentano

idonee a escludere o limitare l'emancipazione dell'obbligo di garanzia rispetto all'obbligo assunto dal debitore originario⁶⁶⁹.

Soltanto nella garanzia autonoma, però, la dipendenza della garanzia dal rapporto garantito viene completamente recisa, con la determinazione di una vera e propria autonomizzazione della stessa.

Si attua così, anche sotto il profilo concettuale, un superamento del dogma assoluto dell'accessorietà della garanzia, parvenza di una visione statica e conservatrice dell'istituto.

Il modello codicistico della garanzia viene, in tale maniera, rivisitato in un'ottica dinamica tesa ad assicurare una migliore funzionalizzazione della stessa al perseguimento degli interessi economici dei privati, in conformità con l'autonomia negoziale a questi ascrivita.

Il tutto senza alterare quei principi fondamentali sistematici che contraddistinguono l'ordine pubblico interno.

Nessun ostacolo, tanto di tipo pratico quanto di tipo teorico, impedisce, dunque, all'autonomia del garante di divenire vera e propria indipendenza.

Si attua così un definitivo svincolo della garanzia da quella rappresentazione, a essa tradizionalmente attribuita, di mera immagine riflessa del rapporto base.

Perché soltanto attraverso simile ricostruzione risulta possibile l'esistenza di un garante senza un garantito.

Perché soltanto sotto questa diversa luce un'ombra si mostra davvero in grado di vivere senza il suo corpo.

⁶⁶⁹ CERINI D., *Le Sezioni Unite sulle polizze fideiussorie: un'occasione per una riflessione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione* 1/2011, 260.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Fideiussione Omnibus e buona fede*, MUNARI A. (a cura di), Milano 1992

AA.VV., *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, DRAETTA U., VACCÀ C. (a cura di), Milano 1994

AA.VV., *Trattato di diritto privato. Vol. XIII - Obbligazioni e contratti. Tomo V*, II edizione, Rescigno P. (diretto da), Milano 2007

AA.VV., *La contratación bancaria*, GADEA SOLER E., SEQUEIRA MARTÍN A.J. (a cura di), Madrid 2007

AA.VV., *Garanzie personali e reali*, CLARIZIA R. (a cura di), Padova 2011

AA.VV., *Los contratos de garantía*, in *Fundamentos de Derecho Empresarial*, SÁNCHEZ GRAELLS A. (a cura di), Tomo III, Madrid 2012

AA.VV., *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, CARDILLI L., ESBORRAZ D.F. (a cura di), Padova 2017

ALCINI J., *Contratto autonomo di garanzia, abuso di dipendenza economia e provvedimento d'urgenza*, in *Contratti*, 2019, 4

AMBROSOLI M., *Contributo per uno studio critico del contratto autonomo di garanzia*, in *Rivista di diritto privato*, 2023, 4

ASTONE F., *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione "negativa" e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali (a proposito di Cass., S.U., 18 febbraio 2010, n. 3947)*, in *Riv. notar.*, 2010

ATTANASIO F., *Sulla legittimazione del garante a proporre l'eccezione di nullità della clausola anatocistica: perdita dell'autonomia della garanzia?*, in *Banca borsa e titoli di credito* 2/2020, 2

BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli 1971

BARILLÀ G., *Il Garantievertrag nella teoria e nella prassi tedesche*, in *Annuario di diritto tedesco*, Patti S. (a cura di), Milano 2004

BARILLÀ G., *Causa esterna e garanzie bancarie autonome*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, dicembre 2006

BARILLÀ G.B., *Il nuovo schema negoziale di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa e titoli di credito* 3/2007, 1

- BARILLÀ G.B., *Contratto autonomo di garanzia, prestazione caratteristica e giurisdizione applicabile al vaglio delle Sezioni Unite: alcune considerazioni critiche*, in *Corriere Giur.*, 2014, 2
- BARILLÀ G.B., *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e "condictio indebiti" nelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*, in *Banca borsa e titoli di credito* 4/2016, 2
- BARILLÀ G.B., *I presupposti per l'esercizio dell'"exceptio" doli nell'escussione delle garanzie bancarie autonome: obblighi del garante e diritti del beneficiario*, in *il Corriere giuridico* 6/2020
- BELFIORE C., *La clausola "a prima richiesta" tra fideiussione e garanzia autonoma*, in *Giurisprudenza di merito* 9/2003, 1
- BELFIORE C., *Garanzia autonoma e litisconsorzio (non) necessario*, in *Giurisprudenza di merito* 12/2003, 1
- BELFIORE C., *Qualche considerazione sulla exceptio doli in tema di garanzia a prima richiesta*, in *Giurisprudenza di merito* 10/2006, 1
- BERTOLINI A., *Natura causale e rilevanza del presupposto esterno nel contratto autonomo di garanzia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 6
- BIANCA M., *Diritto civile: la responsabilità*, Varese 2021
- BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli 1993
- BOZZI G., *La fideiussione*, Torino 2013
- BRAVO F., *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, Milano 2021
- BRECCIA U., *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzia bancarie attive e passive*, Milano 2004
- BRIGANTI E., *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli 1981
- CAIAFFA G., *Garanzia autonoma e clausola claims made tra atipicità e (recente) tipicità contrattuale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1, 2021
- CALABRESE G., *Fideiussione – La (non) trasferibilità della garanzia non accessoria*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2023, 2
- CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari 1989
- CAMPOLATTARO S., CHIANALE A., MARTELLI M., TERLIZZI G., *Garanzie reali e personali*, Torino 2023
- CAPASSO A., *Le garanzie fideiussorie. Esperienze nazionali a confronto*, Napoli 2022

- CARAPEZZA FIGLIA G., *Stato di emergenza e garanzie autonome. L'exceptio doli generalis al tempo della pandemia*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 1
- CARLI R., *Contratto autonomo di garanzia: differenze funzionali con il contratto di fideiussione*, in *Contratti*, 2021, 5
- CEOLIN M., *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino 2017
- CERINI D., *Le Sezioni Unite sulle polizze fideiussorie: un'occasione per una riflessione*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1/2011
- CHIANALE A., *Garanzie reali e personali*, Torino 2018
- CHIANALE A., *L'ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, Vicenza 2021
- CICALA R., *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I
- CICERO C., *L'ipoteca*, Varese 2000
- CICERO C., *Anticresi. Artt. 1960-1964*, Milano 2010
- CILENTO A., *Il credito nelle crisi: garanzia, sofferenze e regolazione bancaria*, Napoli 2020
- CIMATTI I., *Ancora sull'autonomia del contratto autonomo di garanzia*, in *Giurisprudenza di Merito*, 4-5, ottobre 1999
- COLLURA L., *Introduzione alla figura del contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. Cammino Diritto*, 12, 2019
- CONFORTINI C., *Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili*, in *Jus civile*, 2021, 4
- CORRIAS P., *Spunti in tema di garanzie personali di impresa*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 3/2014
- COSTANZA M., *Il contratto autonomo di garanzia non si addice al consumatore. Riflessioni a margine di Cass. 18 febbraio 2022, n. 5493*, in *Il diritto degli affari*, 1/2022
- CUCCOVILLO M., *Pagamento "a prima richiesta" e decadenza del creditore tra autonomia e accessorietà della garanzia*, in *Rivista di diritto civile* 3/2005, 2
- CUCCOVILLO M., *Garanzia "a prima domanda" e funzione cauzionale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4, 2015
- CUFFARO V., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna 2014
- CUSATO B., *L'ipoteca*, Padova 2007
- D'ALFONSO G., *Fideiussione a prima domanda. Garantieviertrag e libertà contrattuale. Un confronto con la giurisprudenza tedesca*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 1997

- D'ANDREA S., *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, 4
- D'ANDREA S., *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 2
- D'ANTONIO V., MEOLI B., SCIANCALEPORE G., *Della fideiussione (artt. 1936-1957)*, Milano 2023
- D'INTRONO A.M., *L'autonomia della garanzia a prima richiesta nell'esecuzione del contratto di appalto di opera pubblica*, in *Contratti*, 2023, 3
- D'ORSI S., *Garanzie autonome e locazioni commerciali al tempo della pandemia. Il regime dell'emergenza tra diritto e processo*, 2020
- D'ORTA C., *Il contratto autonomo di garanzia. Tra esigenze di mercato ed esercizio del diritto*, Torino 2018
- DE CICCIO O., *Studi in tema di patronage*, Napoli 2018
- DE GIOIA CARABELLESE P., LEMBO M., *Contratto autonomo di garanzia e fideiussione bancaria. Tra due influenze e unconscionability di oltremarina e buona fede italiana*, in *Contratti*, 2024, 1
- DE NADAI M., *Note minime sui contratti autonomi di garanzia stipulati dalle imprese assicurative*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2021
- DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, Padova 1998
- DE SANNA P., *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano 1988
- DELLA CORTE M., *Il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza di legittimità: un passo avanti e due indietro*, in *Dir. Fall.*, 2003, 4
- DI MICCO D., *Clausole ABI e nullità del contratto di fideiussione – Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. it.*, Febbraio 2020
- DORIA I., *Riflessi sull'exceptio doli generalis dei doveri di protezione gravanti in capo al garante "autonomo"*, in *Giurisprudenza italiana* 10/2001
- DROBNIG U., *Presente y futuro de las garantías reales y personales. Informe general*, in *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 2004
- FASOLINO F., *Garanzie autonome e attività bancaria nel diritto romano: alcune considerazioni*, in *Studi senesi* 1/2005
- FEDI A., *Osservazioni in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali* 2/1995, 1

- FEZZA F., *Le garanzie personali atipiche*, Torino 2006
- FIorentino F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Europa e diritto privato* 1/2021
- FORLANI F., *In tema di escussione abusiva di garanzia bancaria autonoma: tra exceptio doli ed opponibilità dei limiti oggettivi della dichiarazione di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2010
- FRATINI M., GIOVAGNOLI R., *Garanzie reali e personali. Percorsi giurisprudenziali*, Milano 2010
- FRIGENI C., *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, giugno 2003
- FRIGENI C., *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2013
- FUSARO A., *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali. l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 64, N° 6, 2011
- GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino 2015
- GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, III edizione, Milano 2011
- GENTILI A., *La nullità dei contratti a valle come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 4, aprile 2019
- GIARDINA A., VILLANI U., *Garanzie bancarie, commercio internazionale e diritto internazionale privato*, Padova 1984
- GINEVRA E., *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti dell'impresa*, in *Rivista di diritto privato*, 2001
- GIUSTI A., *La fideiussione e il mandato di credito*, Milano 1998
- GOLA C., *Tutela del consumatore, codice del consumo e contratto autonomo di garanzia*, in *Contratti*, 2022, 4
- ILLUMINATI A., *Contratto autonomo di garanzia e clausole vessatorie*, in *GiustiziaCivile.com*, 29 aprile 2022
- LAMANUZZI A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia – il commento*, in *Contratti*, 2000, 2
- LAUDISA L., *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, Milano 1993
- LAURINI G., *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, Napoli 2020

LIBERTINI M., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. contratti “a valle”*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020

LOINAZ GARCIA J., *Garantías a primera demanda: naturaleza jurídica y alcances práctico*, Madrid 2019

LOVO M., *Causalità, accessorietà e solidarietà nel contratto autonomo di garanzia: profili distintivi rispetto alla fideiussione nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2025

MACARIO F., *Garanzie personali*, in *I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, Sacco R. (diretto da), X, Torino, 2009

MARASCIULO D., *La fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano 1999

MARSEGLIA R., *L’evoluzione della disciplina del pegno non possessorio*, Torino 2018

MASSARELLI R., *La nullità delle fideiussioni omnibus conformi ai modelli ABI per contrarietà ai valori costituzionali*, in *Contratti*, 2021, 2

MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, Torino 1995

MENI I.H., *La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas. La problemática de la calificación jurídica*, in *Revista de Derecho Civil*, 8, 4, 2021

MEO G., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano 1991

MERZ S., *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie. Ipoteca, pegno, fideiussione*, Padova 1995

MEZZANOTTE F., *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Granelli C. (a cura di), Milano 2017

MIGLIETTA S., *Questioni in tema di validità delle garanzie autonome non rilasciate da operatori professionali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3, 2024

MONDINI P.F., *La codificazione in Francia della garanzia autonoma e della lettera di patronage*, in *Rivista delle società* 1/2007

MONTANARI A., *Qualche considerazione a margine di Corte di Cassazione n. 15108 del 2013: le clausole «a prima richiesta», «senza eccezioni» e «a prima richiesta e senza eccezioni» tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2015

MONTANARI A., *Garanzia autonoma e autonomia privata*, in *Banca borsa e titoli di credito* 3/2017, 1

- MONTANARI A., “Accessorietà” e “autonomia” nel contratto autonomo di garanzia, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2024, 1
- MONTANI V., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: tertium non datur*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2, 2011
- MONTANI V., *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, 7-8
- MONTICELLI S., *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 11-12, dicembre 2012
- MONTICELLI S., *Garanzia autonoma e applicabilità della disciplina del codice del consumo*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, 1
- MULA L., *Le garanzie autonome a prima richiesta nella prassi internazionale*, in *diritto-bancario.it* (aprile 2019)
- NAPPI F., *La garanzia autonoma: profili sistematici*, Roma 1992
- NAPPI F., *Recenti indicazioni della giurisprudenza tedesca in tema di prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, febbraio 1996
- NAPPI F., *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4, 2010
- NAPPI F., *Un lapsus di Cass. 21 gennaio 2020, n. 1186 sull'astrattezza del Garantievertrag*, in *Il diritto degli affari*, n. 2/21
- NATOLI R., *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, Vol. X, 2012
- NATUCCI A., *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova 1992
- ORSINGHER L., RUGGIU C., *Pegno e ipoteca. Aspetti sostanziali e risposte giurisprudenziali a questioni pratiche*, Varese 2013
- OTTOBRINO I., *La sorte delle fideiussioni bancarie redatte su schema ABI*, in *Corriere Giur.*, 2020, 3
- PAGLIANTINI S., *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 1
- PAGLIANTINI S., *In “memoriam” del contratto autonomo di garanzia b2c*, in *Il Foro italiano*, 2022, 3
- PASSAGNOLI G., *Fondamento e limiti della nullità consumeristica del contratto autonomo di garanzia (nota a Cass., 18 febbraio 2022, n. 5423 – Pres. Rel. R.G.A. Frasca)*, in *Persona e Mercato*, 1, 2022

- PECANHA D.T., TEPEDINO G., *Contornos das garantias autônomas no Direito brasileiro*, in *Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil*, Belo Horizonte, 28, 2021
- PES F., *Garanzie personali e solidarietà*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2021
- PETTA C., *Profili funzionali e meritevolezza delle garanzie autonome e indennitarie*, Napoli 2021
- PETTI G.B., *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova 2006
- PIEPOLI G., *Gli accessori del credito per destinazione*, in *Giur. Comm.*, 2011, I
- PIERRI A., SPARANO E., *La tutela del fideiussore*, Milano 2021
- PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore: un contributo alla lettura del sistema*, Padova 1992
- PORTALE G.B., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano 1978
- PORTALE G.B., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano 1989
- PUPPO C., *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorialità della garanzia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 9/2010, 1
- RAPPAZZO A., *I contratti collegati*, Bologna 1998
- REGAZZONI L., *La garanzia nel diritto dei contratti*, Milano 2022
- RENNA M., *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità – il commento*, in *Contratti*, 2016, 2
- RENNA M., *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, in *Comparazione e diritto civile*, 1/2018
- RENNA M., *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa 2021
- RENNA M., *Nullità della clausola anatocistica ed eccezione del garante autonomo*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5, 2022
- ROBUSTELLA C., *La circolazione delle garanzie autonome*, in *Europa e diritto privato* 2/2010
- ROSSI A., *Clausola di pagamento "a semplice richiesta scritta" e rinvio all'art. 1957 c.c.: modalità e termini per l'esercizio della garanzia*, in *IUS Contratti*, 18 settembre 2024
- ROSSI M., *Osservatorio in difesa della fideiussione omnibus ABI*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1, febbraio 2021
- RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino 1949

RUGGI M., SETTANNI M., *Polizza fideiussoria, garantievertrag e tutele per il garante – il commento*, in *Contratti*, 2012, 10

RUGGIERI L., *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

RUMI T., *I recenti sviluppi della garanzia del credito e il concetto di obbligazione*, Napoli 2023

SALVI G., *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, in *Contratti*, 2020, 1

SALVI G., *Il punto e la linea: il contratto autonomo di garanzia nella giurisprudenza*, in *Studi senesi*, 2022, 2

SANDULLI S., *Brevi note a margine della fideiussione, tra conferme e aperture giurisprudenziali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 6

SANGIOVANNI V., *Le caratteristiche delle garanzie personali autonome*, in *Contratti*, 2023, 5

SCHIAVOTTIELLO F., *Squilibrio contrattuale e rimedi giudiziali: il caso delle fideiussioni omnibus stipulate a valle di un'intesa vietata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020

SECONDO R., *Osservazioni in tema di fideiussione e di contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. It.*, 2012, 12

SESTA M., *Le garanzie atipiche vol. I: Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova 1998

SIMONETTO E., *La fideiussione prestata da privati*, Padova 1985

SPIOTTA M., *Note in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. It.*, 2003, 3

STELLA G., *Le garanzie del credito*, Vol. 1, 2010

STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova 2013

STELLA G., *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantes*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, febbraio 2015

STELLA G., *Fideiussioni predisposte su modello uniforme ABI dichiarato parzialmente nullo dall'autorità garante della concorrenza: quali rimedi a favore del fideiussore?*, in *Contratti*, 2020, 4

STELLA G., *Il problema della qualificazione della fideiussione "omnibus" come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, 6

TARTAGLIA P., *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano 1999

TICOZZI M., *Contratto autonomo di garanzia – qualificazione del contratto: clausole indice e tipizzazione del contratto autonomo di garanzia*, in *Giur. It.*, 2023, 1

TOMASI M., *Interpretazione contrattuale e qualificazione della garanzia personale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1, 2018

TOSI E., *Fideiussioni bancarie predisposte e protezione dei garanti deboli. Qualificazione soggettiva del rapporto di garanzia nel prisma dell'interesse del garante: disciplina applicabile e rimedi*, Napoli 2023

VILLANACCI G., *Performance bond. Caratteri e funzioni*, Napoli 1996

VILLANACCI G., *Le garanzie personali e reali*, Varese 2024

VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Torino 2020

RINGRAZIAMENTI

Ringraziare non sempre è facile.

Difficile trovare le parole giuste da spendere, ancora più complesso individuare i destinatari corretti da citare.

Il rischio è sempre quello di dimenticare qualcosa, di scordare qualcuno.

Proprio al fine di evitare di incorrere in siffatti pericoli, in questa sede ci si limiterà a dedicare un grande “Grazie” a tutti coloro che hanno illuminato questo percorso con i loro consigli, o anche semplicemente con il loro supporto.

Modelli da prendere a riferimento, tanto all’interno quanto al di fuori dello stretto perimetro universitario.

Esempi da cercare di seguire, esattamente come un’ombra prova a inseguire il suo corpo, esattamente come un garante prova a inseguire un garantito.

Ma, come precisato nella trattazione, anche per una garanzia giunge talora il tempo di divenire autonoma rispetto al rapporto garantito; anche per un’ombra arriva delle volte il momento di staccarsi dal corpo da cui dipende.

Una ricerca dell’indipendenza il cui tempo è probabilmente oramai venuto anche per chi scrive.

Un processo di autonomizzazione che, tuttavia, non potrà prescindere dai consigli raccolti lungo il percorso.

Perché ringraziare non sempre è facile.

Ma cercare di mettere in atto gli insegnamenti ricevuti è forse il modo migliore per farlo.