



CLAUDIA CONFORTINI

Professore a contratto – Università degli studi Link Campus di Roma

GARANZIA AUTONOMA E NULLITÀ DEL PATTO USURARIO. IL PROBLEMA DELLE ECCEZIONI OPPONIBILI

SOMMARIO: 1. L'eccezione del carattere usurario degli interessi di conto corrente nel quadro delle eccezioni opponibili dal garante autonomo. – 2. La rinuncia del garante alla proponibilità di eccezioni relative al rapporto base come tratto distintivo della garanzia autonoma. – 3. Le diverse ipotesi ricostruttive del fondamento causale della garanzia autonoma: riflessi sul piano della selezione delle eccezioni opponibili. – 3.1. La garanzia autonoma come strumento della contrattazione d'impresa. – 4. Il garante può opporre al beneficiario la nullità del contratto base per illiceità o illegalità, ma non la inesistenza del rapporto garantito o la nullità strutturale del contratto principale. – 5. La pattuizione d'interessi usurari è contraria a norma imperativa; la sua nullità inficia la pretesa di pagamento degli interessi del garante e tuttavia, non invalida la transazione (novativa) sul conto corrente. La transazione (novativa) sul patto usurario invece ... – 6. Considerazioni conclusive.

1. – Una serie di pronunce anche molto recenti¹, sia di merito sia di legittimità, si occupa di regolare le conseguenze che si generano, nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario e sul contratto di garanzia autonoma del credito derivante dal saldo del

¹ Cfr. Trib. Cagliari, 15 luglio 2020, n. 1632, ined. Nel caso di specie, era stata domandata revoca di un decreto col quale era stato ingiunto il pagamento in favore di BNL s.p.a. di una somma di circa 81.000 euro, asseritamente dovuta in adempimento di un contratto di fideiussione prestata a garanzia delle obbligazioni di una società e dunque, anche del debito di questa derivante dal saldo del conto corrente. L'opponente lamentava la applicazione da parte della banca d'interessi superiori sia al tasso contrattualmente stabilito sia al tasso soglia con capitalizzazione trimestrale degli stessi nel corso degli anni. Il tribunale ha rilevato come il contratto fosse «rispettoso del principio di identica periodicità di capitalizzazione» sì che l'opponente non poteva dolersi della capitalizzazione degli interessi, ma ha ravvisato il superamento del tasso soglia, osservando come questo si fosse «verificato non già per effetto di una oscillazione del tasso soglia (evenienza nella quale esso, secondo gli insegnamenti della Suprema Corte, sarebbe stato irrilevante) (Cass. S.U., 19 ottobre 2017 n. 24675), ma a causa di un aumento degli oneri imposti dalla banca [...]. Il decreto ingiuntivo opposto è stato revocato e l'opponente è stato condannato al pagamento di una somma di circa 60.000, ottenuta detraendo dal saldo finale calcolato dalla banca gli interessi maturati a partire dal trimestre in cui si è verificato il superamento del tasso soglia.



conto, allorché il tasso effettivo degli interessi applicato dalla banca superi il tasso soglia non già per effetto di un'oscillazione di quest'ultimo, bensì a causa di un aumento degli oneri imposti dalla banca².

Trattandosi non già di “usura sopravvenuta”³, ma di modifica contrattuale direttamente soggetta alla normativa antiusura, in casi come questo, viene fatta applicazione della norma contenuta al secondo comma dell'art. 1815 cod. civ., che sanziona con la nullità la pattuizione di interessi usurari: nessun interesse, di conseguenza, è dovuto e il garante richiesto del pagamento può paralizzare la pretesa del creditore-beneficiario eccedendo la nullità della previsione d'interessi usurari.

²In base all'articolo 2, comma quarto, della l. 7 marzo 1996, n. 108, così come modificato dall'art. 8, comma quinto, lett. d del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, previsto dal terzo comma dell'art. 644 cod. pen., è stabilito nel tasso medio degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari per operazioni della stessa natura, secondo le rilevazioni effettuate trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e pubblicate nella G.U. (c.d. TEGM, Tasso Effettivo Globale Medio), aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite ed il tasso medio, in ogni caso, non può essere superiore a otto punti percentuali. *Ex art. 644, quarto comma, cod. pen.* gli interessi sono, inoltre, usurari, quando, anche se inferiori al limite legale, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione ricevuta, avuto riguardo alle modalità dell'operazione, se chi li ha dati versava in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. In assenza di una definizione codicistica, sembra indubitabile che la nozione di «interessi usurari» vada ricostruita sulla base dell'art. 644 cod. pen. Cfr. E. QUADRI, *Usura (dir. civ.)*, *Enc. giur. Trecc.*, XXXVII, Roma, 1999, p. 3; D. SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Napoli (Jovene), 1999, p. 16. In giur. fa espressamente riferimento al (nuovo) testo dell'art. 644, terzo comma, cod. pen. per ricavare la nozione di interessi usurari Cass. civ. Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Foro it.*, 2014, pt. I, c. 128.

³In tema di usura sopravvenuta cfr. Cass. civ., sez. un., 19 ottobre 2017 n. 24675, pubblicata e commentata su numerose riviste, tra le quali: *Foro it.*, 2017, fasc. 11, pt. I, c. 3274 ss., con note di G. CARRIERO, *Usura sopravvenuta. C'era una volta?* e di G. LA ROCCA *Usura sopravvenuta e “sana e prudente gestione” della banca: le sezioni unite impongono di rivedere la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore*; *Contr.*, 2017, fasc. 6, p. 637 ss., con nota di L. MORISI, *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*; *Nuova giur. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 524 ss. con note di G. SALVI, *L'irrelevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio (forse) definitivo delle Sezioni Unite* e di S. PAGLIANTINI, *Dopo le Sezioni Unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*; *Banca borsa*, 2018, fasc. 3, pt. II, p. 304, con nota di G. FAUCEGLIA, *L'usura sopravvenuta nella Cassazione Sezioni Unite n. 24675/2017: più interrogativi che risposte*; in *Rass. dir. civ.*, 2019, fasc. 1, p. 205 ss., con nota di E. ADAMO, *Le Sezioni unite chiudono le porte all'usura sopravvenuta: riflessioni in tema di sorte del mutuo in caso di tassi divenuti usurari*; *Giur. it.*, 2018, fasc. 1, p. 40 ss., con nota di P. BARTOLOMUCCI, *L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite*; *Riv. dir. ec. tras. amb.*, 2018, p. 21 ss., con nota di F. GIULIANI, *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24675: le Sezioni Unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*; in *Corr. giur.*, 2017, fasc. 12, p. 1484 ss. con nota di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il “de profundis” per l'usura sopravvenuta* e di S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?* cui adde ID., *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2017, p. 95 ss.; M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa*, 2017, n. 2, pt. I, p. 213 ss. anche per ulteriori opportuni riferimenti bibliografici.



A tacere delle perplessità che può destare la scelta di applicare in modo generalizzato a ogni contratto cd. di credito una norma dettata in tema di mutuo, derogatoria «rispetto al principio di naturale fecondità del denaro *ex art. 1282 c.c.*, alle disposizioni in tema di pattuizioni di interessi ultralegali *ex art. 1284 cod. civ.* e alla disciplina della nullità parziale *ex art. 1419 cod. civ.*»⁴, non si può omettere di osservare come la giurisprudenza si limiti a ripetere in modo tralatizio che, nella garanzia autonoma: «improntandosi il rapporto tra il garante e il creditore beneficiario a piena autonomia, 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, come appunto, la

⁴Cfr. L. MORISI, *Crisi dell'usura pecuniaria e prospettive di riforma*, *Nuove leg. civ. comm.*, 2020, fasc. 6, p. 1429, per il quale, trattandosi di norma eccezionale, sarebbe dogmaticamente corretto applicarla solo in relazione al contratto di mutuo; anzi: sarebbe «opportuno meditare circa l'opportunità di una diversa *sedes materiae*». *Contra* M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, p. 255, per la quale l'art. 1815 cod. civ. reca invece una norma applicabile analogicamente a tutti i contratti di finanziamento o di «credito»; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, II, *Banca, mercati, società*, Bologna, 2012, p. 26, per il quale l'art. 1815, comma 2°, cod. civ. «è espressivo di un principio generale applicabile a qualsiasi convenzione». Per la tesi che considera la norma dell'art. 1815 cod. civ., comma 2°, eccezionale e dunque, inapplicabile in via analogica, ma suscettibile d'interpretazione estensiva F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 480; Id., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli (Jovene), 2001, p. 109; p. 111. Giustifica l'estensione dell'art. 1815 cod. civ. secondo comma, sul presupposto che regoli in via generale il patto sugli interessi, attraverso un'operazione, dichiaratamente, «di ortopedia interpretativa» A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, *Riv. dir. civ.*, 2001, fasc. 3, pt. I, p. 375. Per una disamina degli argomenti a favore e contro la «estendibilità «orizzontale» dell'art. 1815, 2° co. c.c.» v. P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, in B. INZITARI (a cura di), *Il diritto degli affari*, Padova, 2008, p. 56 ss. In giur., nel senso che l'art 1815, comma secondo, cod. civ. reca una «regola applicabile per tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione di denaro dietro una remunerazione» si segnala Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, in *Nuova giur. civ.*, 2016, fasc. 12, pt. I, p. 1593, con nota di U. SALANITRO, *Usura e commissione di massimo scoperto: la Cassazione civile riconosce il valore vincolante del principio di simmetria*; *Foro nap.*, 2017, fasc. 2, p. 539 ss., con nota di M. CICORIA, «*Così è (se vi pare)*»: nota breve a Cassazione n. 12965/2016; *Banca borsa*, suppl., 2017, p. 267; *Giur. comm.*, 2017, fasc. 1, pt. II, p. 5, con nota di M. CIAN, *Questioni in tema di commissione di massimo scoperto: a volte ritornano (anzi, sono sempre state qui)*; *Banca borsa*, 2018, fasc. 1, pt. II, p. 28, con nota di M. PASSARETTA, *Il costo del credito tra clausole di salvaguardia anti-usura e commissioni di massimo scoperto*. Nel senso che la previsione dettata in tema di mutuo ha carattere eccezionale e dunque, non può applicarsi analogicamente a rapporti diversi e che, per quanto concerne i contratti bancari, la pattuizione d'interessi usurari (nulla per contrarietà a norme imperative) determina, *ex artt. 1339 e 1419 comma secondo cod. civ.*, l'applicazione dell'art. 117, comma 7°, t.u.b. C. SILVETTI, *I contratti bancari*, in V. CALANDRA BUONAURA-M. PERASSI-C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, vol. VI, *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2001, p. 424. Reputa la tesi della sostituzione automatica della clausola nulla col criterio enunciato all'art. 117, comma 7°, t.u.b. «chiara, ma non persuasiva» M. Cian, *Appunti sul sistema dell'usura civile: complessità del fenomeno reale e rigidità del modello normativo*, *Studium iuris*, 2008, fasc. 12, p. 1382. Per l'A. «il temperamento della sanzione sul piano civilistico per tutti i contratti non riconducibili al mutuo, e specie per quelli bancari [...] determinerebbe una rottura della unità sistemica trasversalmente voluta dalla riforma tra disciplina del delitto e dell'illecito civile».



previsione di interessi usurari»⁵ senza chiarire se, nel caso di specie, si verta nell'una o nell'altra ipotesi.

⁵ Il riferimento è all'orientamento espresso da Cass., 25 agosto 2017, n. 20397, in *Vita not.*, 2018, p. 272 ss., ma anche, diversi anni prima, da Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, che può leggersi in *Dir. e giur.*, 2010, fasc. 1, p. 120 ss., con nota di C. RUSSO, *Il contratto autonomo di garanzia negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*; *Banca borsa*, 2011, fasc. 3, pt. II, p. 287 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *Clausola di pagamento "a prima richiesta" (e "senza eccezioni") e qualificazione della garanzia personale*: «L'autonomia che caratterizza il rapporto fra il garante e il creditore beneficiario nell'ambito del contratto autonomo di garanzia comporta dunque che la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale non può essere opposta al medesimo creditore, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa e salvo che, attraverso il contratto autonomo si intenda assicurare un risultato vietato dall'ordinamento. Non sempre però la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunica al contratto autonomo di garanzia, non essendo vietato nel nostro ordinamento il pagamento di tali interessi ma soltanto quello di interessi usurari (Cass., 7 marzo 2002, n. 3326). E non è neppure configurabile un divieto assoluto di anatocismo, essendo anzi quest'ultimo permesso alle particolari condizioni previste dall'art. 1283 c.c., e, per gli esercenti l'attività bancaria, dal D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 120 (T.U. bancario)». Analogamente Cass. civ. [ord.], sez. I, 25 agosto 2017, n. 20397, cit.: «[...] il garante, improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia, non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che 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. Nondimeno, si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione – eccezion fatta per la previsione di interessi usurari – non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto neanche l'anatocismo, così come si ricava dall'articolo 1283 c.c. e il Decreto Legislativo n. 385 del 1993, articolo 120». «Più in generale» proseguono i giudici «questa Corte ha chiarito che la "*exceptio doli generalis seu praesentis* ha ad oggetto la condotta abusiva o fraudolenta dell'attore, che ricorre quando questi, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, tace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui. Ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, non possono essere addotte a fondamento della *exceptio doli* circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è", proprio, "la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale" Cass. sez. 5, sent. 12.9.2012, n. 15216 (conf. Cass. sez. 1, sent. 31.7.2015, n. 16213)». I motivi di ricorso venivano, peraltro, respinti sul rilievo che la ricorrente non avesse «specificamente contestato perché, nel caso di specie, ricorrerebbe un'ipotesi di nullità della causa o di indeterminatezza, ed indeterminabilità, dell'oggetto del contratto». Nella giurisprudenza di merito, in senso conforme, v. Trib. Firenze, sez. lav., 27 ottobre 2020, n. 2323 in *Dejure.it*; App. Roma, sez. I, 3 ottobre 2020, n. 4645 in *Dejure.it*. In questo quadro, devono peraltro segnalarsi: Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2018, n. 371, in *Banca, borsa*, 2020, fasc. 2, pt. II, p. 235 ss., con nota di F. ATTANASIO, *La legittimazione del garante a proporre l'eccezione di nullità della clausola anatocistica: perdita dell'autonomia della garanzia?*, per cui la clausola che stabilisce la capitalizzazione degli interessi è invece nulla, costituendo non un uso normativo bensì — per la mancanza della *opinio juris ac necessitatis* — un uso negoziale, come tale idoneo a atteggiarsi come effetto automaticamente integrativo del contratto; la regola della normale indipendenza e insensibilità del rapporto di garanzia rispetto alle vicende del contratto di base è destinata a essere eccezionalmente superata nelle ipotesi di nullità per illiceità della cau-



La formula impiegata nelle sentenze sembra associare le due forme di nullità in unaendiadi, senza lasciare intendere in modo inequivoco se la previsione d'interessi usurari sia nulla per contrarietà a norme imperative o per illiceità.

Amnesso che possa distinguersi chiaramente tra le due ipotesi sul piano teorico, nelle pagine che seguono, si tenterà di sciogliere l'ambiguità, ponendo in evidenza le conseguenze che possono trarsi sul piano applicativo.

Proprio il nodo delle eccezioni opponibili dal garante è, peraltro, uno tra i più intricati in tema di garanzia autonoma: mentre per quanto concerne le eccezioni afferenti al rapporto di garanzia, dottrina e giurisprudenza propendono per soluzioni tendenzialmente convergenti, con riguardo alle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale si registrano dissonanze e contrasti d'opinioni.

I punti fermi sono così pochi da poter essere agevolmente sunteggiati: il garante è comunemente ammesso a formulare le eccezioni attinenti alla validità e all'efficacia del contratto di garanzia⁶; quelle cd. letterali o formali nonché le cd. eccezioni dirette o personali come la compensazione del debito nascente dal contratto di garanzia autonoma con il credito che il garante vanta verso il beneficiario⁷. In particolare, che il garante possa sempre opporre le eccezioni direttamente riguardanti la sua promessa ossia il rapporto

sa, illiceità dell'oggetto o dei motivi del contratto fonte della obbligazione principale; Trib. Avellino, 1° ottobre 2019, n. 1774, in *Dejure.it.*; Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2002, n. 3326, che può leggersi in *Banca borsa*, 2002, pt. II, p. 653 ss.; *Contr.*, 2002, p. 1085 ss., con nota di M. AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*, riguardante un caso di presunta nullità dell'accordo sugli interessi ultralegali per mancata pattuizione scritta.

⁶G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, p. 311 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 473; F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. V, t. 1, Torino, 2006, p. 602-603; F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa*, 1990, fasc. 5, pt. II, p. 569; M. VIALE, *op. loc. utl. cit.*; V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, fasc. 7-8, p. 555: «[...] il garante può opporre al beneficiario tutte le eccezioni che attengono al rapporto intercorrente tra gli stessi, di carattere diretto e personale quale, ad esempio, l'eccezione di compensazione, purché non derivante dal rapporto di base, o quella di corretto adempimento da parte del garante stesso; ove così non fosse, si legittimerebbe astrattamente una serie infinita di condanne di pagamento sulla base di un unico titolo, quello del contratto autonomo di garanzia». In giur. cfr. Cass., 7 marzo 2002 n. 3326, cit.

⁷G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di) *La fideiussione*, Torino, 2009, p. 916 ss.; G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 311; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 467; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 1994, vol. XVIII, p. 188 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in L. RUGGERI-ID., *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, sez. III, 19, Napoli, 2005, p. 249 ss.; F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 607 ss.



di garanzia lo si ricava dall'art. 1462 cod. civ., primo comma; del resto, similmente accade nel credito documentario irrevocabile⁸. Né destano grossi dubbi le eccezioni relative alle modalità e ai termini della richiesta di pagamento: il garante è ammesso (anzi, di norma, in base agli accordi con l'ordinante è tenuto) a sollevarle, rifiutando il pagamento⁹.

Problematica è, invece, la selezione delle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale.

I giudici, dal canto proprio, sono propensi a individuarle *i*) nella nullità per illiceità della causa o per contrarietà a norme imperative del rapporto di provvista (intercorrente tra l'ordinante e il garante) e *ii*) nell'inesistenza del rapporto garantito oltre che *iii*) nella c.d. “*exceptio doli generalis*” ove vi sia un'escussione dolosa e fraudolenta della garanzia da parte del creditore¹⁰. Anche di recente, la Suprema Corte ha ribadito che «l'impermeabilità del contratto autonomo di garanzia alle eccezioni di merito del garante trova un limite, oltre che nel caso in cui sia proponibile la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*, basata sull'evidenza certa del venir meno del debito garantito per pregressa estinzio-

⁸Li «dove rimane sempre conservata alla banca l'opponibilità delle irregolarità del «rapporto di conferma del credito» (art. 1530 co. 2; *rectius*: della cd. apertura di credito irrevocabile)». G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 21. Per contro, esclude che dalla disciplina del credito documentario irrevocabile possano ricavarsi norme e principi generali applicabili alla garanzia autonoma data «la mancanza del carattere di “autonomia” tra le diverse operazioni (*rectius* i diversi atti) in cui è scandita» quella fattispecie P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1992, p. 137.

⁹Si tratta delle eccezioni, nella prassi, sollevate più di frequente. Cfr. F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Tratt. dir. comm. diretto da V. Buonocore*, II, t. 3.X, Torino, 2006, p. 217.

¹⁰Cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, in *Banca borsa*, 2009, fasc. 4, pt. II, p. 411 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia e, anche se in obiter dictum*, Cass., Sez. un., 18, febbraio 2010, n. 3947, in *Banca borsa*, 2010, fasc. 3, pt. II, p. 257 ss., con nota di G.B. BARILLÀ, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia “storica” fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*; ivi, p. 425 ss., con nota di F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di “definitivamente chiarire” la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*; *Corr. giur.*, 2010, p. 1022 s., con nota di F. ROLFI, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grand arrêt delle Sezioni Unite tra massime ed obiter dicta*; *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1365 s., con note di A. LAMORGESE, *Il Garantievertrag secondo le sezioni unite e di G. PASCIOCCO, Le polizze fideiussorie e un'occasione di riflessione sulle clausole di pagamento «a prima richiesta»*; ivi, 2011, I, p. 497 s., con nota di P. TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*; *Contr.*, 2010, p. 453 s., con nota di M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 904 ss.; da ultimo, Trib. Salerno, sez. I, 15 settembre 2020, n. 2182; Trib. Salerno, sez. I, 5 marzo 2020, n. 893, entrambe in *Dejure.it*. Nel senso che il garante ha facoltà di eccepire la mancanza di causa della garanzia autonoma ove il contratto fondamentale sia inesistente o nullo (e dunque, l'obbligazione principale non sia sorta o sia nulla) ovvero l'avvenuto soddisfacimento del creditore Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2004, n. 2464, in *Foro it.*, 2005, pt. I, c. 1191 ss.; *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, fasc. 3, pt. I, p. 451 ss., con nota di G. BARILLÀ, *Il requisito del formalismo nel contratto autonomo di garanzia arriva in Cassazione: si ridimensiona la portata di un principio troppo “rigido”*.



ne dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causale, in queste altre ipotesi: quando le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia; quando esse ineriscano al rapporto tra garante e beneficiario; quando il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito; quando, infine, la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta»¹¹.

La dottrina, invece, – come si dirà più ampiamente – è su posizioni non sempre convergenti e assai variegate: l'idea che il garante possa eccepire la nullità del contratto principale per illiceità, seppur ampiamente condivisa, non è unanimemente accolta. Inoltre, è controverso che il garante sia ammesso a eccepire l'inesistenza del rapporto principale o che egli possa opporre al beneficiario la nullità del contratto principale per motivi diversi dall'illiceità.

Nella letteratura scientifica, la questione della selezione delle eccezioni tratte dal rapporto base che il garante può sollevare in confronto del beneficiario è affrontata in relazione al problema dell'inquadramento giuridico di questo contratto atipico: a seconda dell'opzione ricostruttiva scelta si approda a conclusioni differenti. Basti dire che, nel ventaglio delle sfumate opinioni dottrinali, a un estremo, v'è chi, valorizzando al massimo il legame tra rapporto garantito e di garanzia, ammette il garante autonomo a eccepire la nullità *tout court* del contratto principale¹²; all'opposto v'è chi, invocando la delegazione di pagamento pura, sostiene che il garante possa formulare la sola eccezione della nullità della doppia causa, essendogli preclusa financo l'eccezione di nullità per illiceità del contratto principale¹³. Appare evidente come, se si aderisse a questa seconda ricostruzione, dovrebbe negarsi che il garante possa opporre la nullità del patto usurario.

Considerato come il dibattito sulla selezione delle vicende del rapporto di base in grado d'inficiare il vincolo di garanzia sia condizionato da quello in ordine al fonda-

¹¹ Cass. civ. sez. VI, 10 febbraio 2021, n. 3193 in *Dejure.it*. In senso conforme v. Trib. Milano, 24 luglio 2020, cit.: per cui «l'autonomia del rapporto di garanzia trova un preciso limite soltanto al ricorrere dei presupposti dell'*exceptio doli generalis*, allorché l'escussione della garanzia da parte del beneficiario si presenti *ictu oculi* come abusiva e fraudolenta ossia quando risulti evidente, certa ed incontestabile l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per adempimento della prestazione o per altra causa ovvero quando il diritto viene esercitato al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio o ancora contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui; altro limite è costituito dalla possibilità di opporre eccezioni fondate sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa».

¹² E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 299.

¹³ M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 952, spec. p. 956-957.



mento causale della garanzia autonoma e alla rilevanza funzionale del rapporto garantito sul vincolo di garanzia¹⁴, non sembra di poter prescindere, in questa sede, dalla considerazione dei tratti distintivi di questa garanzia personale atipica e soprattutto, dall'acquisizione del portato della elaborazione teorica che si è sviluppata nella ricerca del fondamento giustificativo dell'impegno del garante e della disciplina applicabile.

Per contro, proprio per il limitato oggetto di questa indagine, è parso preferibile sovrapporre sulle origini storiche della garanzia autonoma¹⁵, le varie forme che ha assunto nella prassi¹⁶, gli aspetti comparatistici o problemi applicativi specifici come quelli concernenti la tutela cautelare dell'ordinante in caso di escussione manifestamente abusiva¹⁷.

2. – Benché in tempi passati si sia dubitato¹⁸ della validità di una clausola di deroga all'art. 1939 cod. civ.¹⁹ – da taluni giudicata «quasi rivoluzionaria»²⁰ –, superate le ini-

¹⁴Cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 470; F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, fasc. 1, p. 148: la questione delle «eccezioni legittimamente spendibili dal garante per sottrarsi alla escussione della garanzia risente in misura significativa del dibattito relativo alla rilevanza causale che il rapporto garantito esplica sul vincolo di garanzia, nella misura in cui prelude ad una differente selezione delle vicende del rapporto di base in grado di inficiare direttamente il vincolo di garanzia (per mancanza di causa)».

¹⁵Sui profili storici cfr. G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*, Frankfurt am Main, 2005, p. 1 ss. Sul progressivo arricchimento, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, della tipologia e della portata dei negozi di garanzia sul terreno sia del pegno sia della fideiussione v. L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca borsa*, 1992, fasc. 6, pt. I, p. 727 ss.; spec. 736 ss. per quanto concerne la creazione del contratto autonomo di garanzia.

¹⁶Sul punto possono vedersi F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *I singoli contratti*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, X, Torino, 2009, p. 432 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in L. RUGGERI-ID., *Garanzie personali*, cit., p. 207 ss.

¹⁷L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, Milano, 1993, p. 27 ss.

¹⁸Tra gli studiosi che hanno negato la validità di una clausola di deroga all'art. 1939 cod. civ. G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, *Riv. dir. comm.*, 1971, pt. I, p. 226; E. FAVARA, *Fideiussione di obbligazione principale invalida e validità della clausola che estende la garanzia fidejussoria anche a tali ipotesi*, *Econ. e cred.*, 1974, pt. II, p. 936; A. RAVAZZONI, *Fideiussione in Novissimo Dig. it.*, vol. VII, p. 280; R. MICCIO, *Comm. cod. civ., Le obbligazioni*, vol. IV, 4, p. 414. Su posizione diversa M. FRAGALI, *Il richiamo a norme dell'avallo nel regolamento convenzionale della fideiussione*, *Banca borsa*, 1967, pt. I, p. 313 ss.; R. RASCIO, *La fideiussione omnibus. Premesse per la discussione del tema*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, pt. I, p. 31: «Non si può sostenere che è *contra legem* la clausola secondo la quale «in deroga all'art. 1939 cod. civ. la fideiussione mantiene i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida»; il carattere di accessorietà della fideiussione, infatti, non ha «consistenza *ontologica*, né significato assoluto: pur sempre esso deve essere riguardato in senso relativo». Sul significato relativo del carattere dell'accessorietà, tradizionalmente attribuito alla fideiussione cfr., in dottrina, E. BRIGANTI, *Garanzie personali atipiche*, in *Banca borsa*, 1988, I, p. 582-583. Anche per la Suprema Corte: «tra astrazione assoluta e ac-



ziali ritrosie sull'ammissibilità del contratto autonomo di garanzia²¹, proprio nel divieto per il garante di addurre eccezioni tratte dal rapporto principale si è individuato non solo un patto valido, ma il tratto che connota questa forma di garanzia atipica²² e il principale profilo distintivo della figura rispetto al negozio fideiussorio²³.

cessorietà [...] si stagliano 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». Cfr. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

¹⁹ Cfr. in arg. G. B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 3 ss.; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, 1992, p. 17.

²⁰ G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976, p. 80.

²¹ A proposito della impostazione dottrinale meno recente, scettica rispetto alla validità della garanzia autonoma cfr. F. Nappi, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 27 ss. Per l'opinione contraria alla validità del contratto autonomo di garanzia nel nostro ordinamento M. RUBINO SAMMARTANO, *Accessorietà delle fideiussioni bancarie di buon adempimento*, *Foro pad.*, 1982, I, c. 88 ss.; M. VALIGNANI, *L'intervento del giudice nei crediti documentari e nelle garanzie bancarie internazionali*, *Banca borsa*, 1981, pt. II, p. 182, ov'è espresso l'auspicio di una graduale eliminazione di questo tipo di garanzia; G. Visentini, *Relazioni conclusive. Aspetti civilistici*, in G. DE NOVA-E. GERELLI-G. TREMONTI-G. VISENTINI (a cura di), *Nuove forme di impiego del risparmio e di finanziamento delle imprese: disciplina civile e fiscale*, Milano (Franco Angeli), 1984, p. 331 ss., spec. 333; più di recente, S. D'ANDREA, *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1203 ss.; ID., *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, fasc. 2, p. 475, il quale osserva criticamente come la dottrina sia «stata intenta a validare, più che a indagare se il contratto o una sua clausola fosse valido o invalido; la dottrina si è chiesta perché il contratto autonomo di garanzia è valido, non se sia valido». In giur. cfr. Cass. 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Banca borsa*, 1988, p. 1 ss. Per un quadro delle pronunce in ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti nel contratto autonomo di garanzia possono vedersi F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 169, nt. 95; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010, p. 811 ss.; G. GARONE, *Le garanzie a prima richiesta. La giurisprudenza italiana*, in *Dir. comm. intern.*, 1994, p. 35 ss.

²² Cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, Milano, 1977, p. 197 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa*, 1982, fasc. 2, pt. I, p. 188; S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, in U. CARNEVALI (a cura di) *Dir. comm. e ind.*, III, *Diz. dir. priv.* a cura di N. Irti, Milano, 1981, p. 393 ss.; U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, *Riv. not.*, 1992, fasc. 1-2, pt. I, p. 131 ss.

²³ Cfr. L. PONTIROLI, *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*, Milano (E.G.E.A.), 1994, p. 15; P. CORRIAS, *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, *Riv. dir. impr.*, 2014, fasc. 3, p. 437; ID., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 426: a caratterizzare il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione è «il totale distacco dell'obbligazione del garante da quella principale» nonché «la circostanza che la prestazione pattuita deve essere corrisposta a semplice richiesta [...] del beneficiario e, soprattutto, senza che a quest'ultimo il garante possa, in nessun momento contestare alcunché in ordine alla consistenza, esistenza, esigibilità o — persino — validità dell'obbligazione originaria». Nello stesso senso M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. not.*, 2008, fasc. 3, pt. I, p. 589 ss. La denominazione «garanzia autonoma» trova giusti-



La stessa giurisprudenza ha avuto modo, in svariate occasioni, di ribadire come a distinguere la garanzia autonoma rispetto alla fideiussione sia l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c. c. nonché l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere al garante di opporre al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale²⁴.

ficazione proprio alla luce della preventiva rinuncia del garante «a far valere qualsiasi eccezione relativa all'invalidità, all'avvenuto adempimento o all'impossibilità sopravvenuta del contratto principale: nel testo contrattuale è normalmente presente la clausola di pagamento «senza sollevare eccezioni», o altre equipollenti («senza contestazioni», «senza riserva alcuna», “*unconditionally*”, “*without exception*”). Così G. STELLA, *Garanzie autonome e uniform rules for demand guarantees*, *Resp. civ. prev.*, 2015, fasc. 2, p. 370 ss. In giur. cfr., a es., Trib. Roma, 21 febbraio 2018, n. 3929 in *Dejure.it*. *Contra* M. RUBINO SAMMARTANO, *Accessorietà delle fideiussioni bancarie di buon adempimento*, cit., cc. 88-89, per il quale «la rinuncia a far valere eccezioni, prima del pagamento, non modifica per nulla la natura della obbligazione ma incide solo [...] sulla tempistica delle eccezioni rispetto al pagamento [...] pospone l'esame delle eccezioni a dopo l'effettuazione del pagamento; la rinuncia a far valere eccezioni [...] non può essere certo estesa sino a farla divenire operante anche qualora la obbligazione garantita non sia mai venuta in essere». Sulle differenze tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione ci limita a richiamare qui, per tutti, F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 179 ss. A proposito dei rapporti tra garanzia autonoma, fideiussione e polizza fideiussoria, è d'obbligo il rinvio a Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, 3947, cit., successivamente confermata da Cass. civ. [ord.], sez. VI, 3 dicembre 2020, n. 27619, *Mass. Giust. civ.*, 2021; Cass., sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4717, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Cass., sez. I, 6 aprile 2017, n. 8926, in *diritto24.it*; Cass., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213, con nota di M. RENNA, *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.*, 2016, p. 135 ss. Di recente, torna sull'antica questione dei rapporti tra fideiussione, polizza fideiussoria e garanzia autonoma anche Cass. civ. [ord.], 29 aprile 2020, n. 8399, in *Contr.*, 2020, fasc. 6., p. 667 ss., con nota di S. BOSCA, *Garanzia di corretta esecuzione e fideiussio indemnitas in una recente ricostruzione della Suprema Corte*.

Per la compatibilità della clausola di deroga all'art. 1939 cod. civ. con la fideiussione v. invece M. FRAGALI, *Il richiamo a norme dell'avallo nel regolamento convenzionale della fideiussione*, cit., p. 313 ss., spec. 320 ss.; R. RASCIO, *La fideiussione omnibus. Premesse per la discussione del tema*, cit., p. 21 ss.

²⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2018, n. 16345, in *Dejure.it*; Cass., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213, cit.; Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2009, n. 14621, in *Giust. civ.*, 2010, pt. I, p. 2259 ss. e in *Contr.*, 2009, fasc. 12, p. 1103 ss., con nota di G. TARANTINO, *Contratto autonomo di garanzia: causa e operazione economica*; Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900, in *Mass.*, 2006, p. 1935; *Contr.*, 2007, fasc. 7, p. 635 ss., con nota di M. MASTRANDREA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: criteri distintivi*; *Giust. civ.*, 2007, pt. I, p. 1138 ss.; Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 903, *Mass.*, 2008, p. 174. Fa eco una nutrita giurisprudenza di merito. Cfr., *ex aliis*, Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020: «L'elemento caratterizzante della garanzia a prima richiesta viene individuato nell'impegno del garante a pagare immediatamente, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative ai rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c. caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria»; Trib. Milano, 26 febbraio 2020, n. 1786; Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, n. 419, per cui: «In linea generale va rammentato che il carattere distintivo del contratto autonomo di garanzia è costituito dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione del garante dalla facoltà di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 cod. civ. (Cass. Civ. 31 luglio 2015 n. 16213)». Tutte e tre le sentenze possono leggersi in *Dejure.it*.



In dottrina, è opinione comune che la garanzia autonoma si contraddistingua in quanto le obbligazioni del garante sono staccate dall'alea della genesi o della esecuzione del patto fondamentale; la garanzia è strutturalmente recisa rispetto al debito principale e, in linea di massima, le eccezioni relative alla validità del contratto tra terzo e beneficiario non possono essere a quest'ultimo opposte dal garante. D'altra parte, è proprio l'automatico dell'escussione della garanzia, reso possibile per l'insindacabilità da parte del garante della richiesta di pagamento, ad assicurare la rispondenza del modello negoziale alle esigenze emerse nella prassi commerciale²⁵: al beneficiario si vuol consentire d'incamerare una riserva monetaria anche ove la mancata esecuzione della prestazione principale non sia imputabile al debitore o il rapporto principale sia invalido²⁶.

Appartengono al patrimonio comune della letteratura giuridica le riflessioni sulle origini del contratto autonomo di garanzia come strumento nato per «dare sicurezza nel commercio internazionale»²⁷ e offrire una copertura rispetto ai c.d. rischi atipici²⁸, garantendo il risultato consistente in una data prestazione non solo in caso d'inadempimento, ma anche ove la obbligazione del terzo debitore non sia venuta a esistenza o sia divenuta successivamente impossibile²⁹ e «più in generale, per l'ipotesi di mancata percezione dei vantaggi legati alla completa esecuzione del programma negoziale»³⁰.

Il garante offre sicurezza contro il rischio dell'insoddisfazione dell'interesse patrimoniale del garantito³¹, impegnandosi a eseguire non l'obbligazione principale, ma la pre-

²⁵ M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, p. 223.

²⁶ Anche se questo «non significa che le garanzie «astratte» siano concepite per tutelare il creditore a fronte di qualunque evento lesivo». Cfr. F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 130.

²⁷ G. B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 7.

²⁸ Per F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 130 si tratta di una «(espressione allusiva a fattori di inattuazione del credito per lo più ascrivibili alla categoria del *factum principis*)».

²⁹ G. B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 9.

³⁰ F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 133.

³¹ Con il contratto autonomo di garanzia «piuttosto che garantire in senso tecnico l'esatto adempimento del rapporto sottostante, si mira ad assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento». G. B. PORTALE, *Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia («Causalità» ed «Astrattezza» nel Garantievertrag)*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 122. In giur., cfr. Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538 [...]. Osserva V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, cit., p. 556: «per giustificare la promessa [in esso contenuta] è sufficiente rintracciare al suo interno un interesse del beneficiario, il quale varia a seconda dello stampo



stazione di volta in volta individuata come idonea a eliminare il rischio di una perdita economica gravante sul beneficiario in dipendenza del contratto stipulato col terzo (l'ordinante)³². Anziché rispondere solidalmente del debito altrui³³, il garante assume l'obbligo – non accessorio né collegato al debito principale³⁴ – di versare *prontamente* un indennizzo (di norma, infatti, la prestazione non ha natura solutoria, bensì funzione indennitaria³⁵) per l'*immediata*³⁶ soddisfazione dell'interesse economico del beneficia-

concreto nel quale si inserisce, consistendo genericamente nel rischio per quest'ultimo di non conseguire una prestazione ovvero nel rischio del verificarsi di un evento sfavorevole, come la mancata conclusione di un contratto o la scoperta dell'inesistenza del soggetto debitore». Nel senso che il contratto di garanzia autonoma assolve «alla funzione di creare una forma di “garanzia forte”; assicurando al beneficiario la certezza della realizzazione della prestazione garantita» G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, in *Corti sal.*, 2012, fasc. 2-3, p. 277.

³² L. PONTIROLI, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., p. 24-25; ID., *Le garanzie autonome ed il rischio per il creditore*, cit., p. 51: il pregiudizio che può incidere sul garantito «va inteso come perdita economica e non come vicenda di un rapporto giuridico»; pp. 191-192. Sulla stessa linea F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda» nel commercio internazionale*, Milano, 1991, p. 28: «Causa o funzione di questo contratto è dunque quella di assicurare il pagamento di una somma predeterminata (direttamente o *per relationem*) nel caso si verifichi un rischio per il beneficiario in conseguenza di un evento indicato nella garanzia bancaria»; M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 599: «scopo della garanzia autonoma non è quello, tipico della fideiussione, di assicurare al creditore l'adempimento della stessa obbligazione assunta dal debitore principale, ma quello di dargli sicurezza che il suo interesse economico verrà comunque realizzato». Nel senso che la causa concreta della garanzia autonoma «è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no» Cass. civ. [ord.], 29 aprile 2020, n. 8399, cit.

³³ Nel senso che «non sussiste vincolo di solidarietà tra l'obbligazione assunta dal debitore principale e quella derivante da un contratto autonomo di garanzia, perché la causa concreta del negozio autonomo consiste nel trasferire da un soggetto all'altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, mentre nelle obbligazioni solidali in generale, e nella fideiussione in particolare, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale, sicché l'obbligazione del garante autonomo rimane sempre distinta da quella del debitore principale, essendo finalizzata ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione, configurandosi tra le stesse un mero collegamento negoziale ed un cumulo di prestazioni» Cass. civ. [ord.], sez. VI, 31 marzo 2021, n. 8874, Ced Cass. civ., rv. 660997-01.

³⁴ Cfr. P. CORRIAS, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione “a prima richiesta”)*, Nota a Trib. Cagliari 14 novembre 2013, n. 3273; Trib. Cagliari 24 febbraio 2014, n. 717 in *Riv. giur. sarda*, 2014, p. 351; ID., *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 432; ID., *La valenza delle clausole “a richiesta” e “senza eccezioni” nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 579.

³⁵ Cfr. F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 133, nt. 4; G. SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, *Contr.*, 2020, fasc. 1, p. 93: «l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante, sia perché non necessariamente sovrapponibile ad



rio (apprezzabile alla luce del contratto fonte del rapporto principale) senza possibilità di sollevare eccezioni relative al rapporto principale, salva la facoltà del debitore ordinante di ripetere l'indebito agendo nei confronti del creditore beneficiario³⁷.

Il garante è tenuto, indipendentemente da altro rapporto, a corrispondere una somma di denaro a fronte della mera attestazione dell'inadempimento; dunque, con immediatezza. Correlativamente, il beneficiario ha diritto di pretenderla incondizionatamente³⁸. Questi acquisisce la liquidità corrispondente al valore del credito col vantaggio di poter «litigare al sicuro» col debitore principale³⁹, ma anche di scoraggiare iniziative contenziose pretestuose e dilatorie.

L'ordinante finisce per rendere al beneficiario un «servizio *lato sensu* di natura finanziaria, consistente in ciò, nella attribuzione del diritto di ottenere una somma a sua semplice richiesta»⁴⁰. Dal canto proprio, il garante non può ripetere dal beneficiario quanto pagato e non dovuto: può soltanto agire nei confronti dell'ordinante con l'esperimento dell'*actio mandati contraria* e proprio in sede di rivalsa emerge a pieno il significato dell'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto di base⁴¹.

essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore». In giur., cfr. Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2020, n. 8399, cit., per cui, se l'obbligazione assunta non è quella di garantire in senso preventivo l'adempimento, bensì quella di assicurare, in chiave reintegratoria, il creditore privato della prestazione principale, non si ha fideiussione bensì *fideiussio indemnitis*: «la natura accessoria tipica della fideiussione nel caso di specie è allentata e comunque deve essere intesa in termini diversi da quelli relativi al contratto tipico di fideiussione, potendosi ravvisare tutt'al più un semplice collegamento/coordinamento tra obbligazioni, che induce a ragionare di una fattispecie *quoad effecta* assimilabile al contratto autonomo di garanzia». Nella giurisprudenza di merito, a proposito sulla natura indennitaria della garanzia autonoma, cfr. Trib. Roma, 3 maggio 2019, n. 9356 in *Dejure.it*.

³⁶ «Il contratto autonomo garantisce dunque non soltanto la soddisfazione dell'interesse del creditore [...] ma anche l'immediatezza di tale soddisfazione, assicurandogli una liquidità molto simile a quella di una cauzione [c.d.A.]». F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 577.

³⁷ G. STELLA, *Garanzie autonome e uniform rules for demand guarantees*, cit., p. 380 ss.; spec. p. 385-386. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1186, in *Dejure.it*, che afferma come «anche, nell'azione di pagamento dell'indebito esperita (come nel caso in esame) dal debitore garantito ex art. 2033 c.c., nei confronti del beneficiario del pagamento rilevi solo il profilo dell'eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'*exceptio doli*, e ciò proprio perché la fraudolenza dell'escussione della garanzia da parte del beneficiario qualifica come indebito (e, dunque, non dovuto) il pagamento di cui si richiede, ora, la restituzione».

³⁸ Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 428 ss.

³⁹ Ivi, p. 463 ss.

⁴⁰ Ivi, p. 513.

⁴¹ Ivi, p. 432. Sul problema dell'autonomia può vedersi G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, p. 197 ss.; p. 285 ss.



In linea generale, il rapporto di valuta è esterno al debito del garante e le vicende del primo restano estranee alla sorte del rapporto di garanzia⁴².

Il meccanismo è improntato all'automatismo, alla rapidità e alla sicurezza: tratti analoghi a quelli che connotano le cauzioni reali⁴³. Con esse la garanzia autonoma presenta indubbie affinità sul piano funzionale, ferme le differenze strutturali⁴⁴ e salvo il vantaggio di una maggiore efficienza dal punto di vista economico-finanziario⁴⁵ atteso che il debitore-ordinante non è tenuto a immobilizzare le somme⁴⁶. Attraverso la garanzia au-

⁴² Cfr. P. CORRIAS, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito*, cit., p. 351: «le eccezioni relative al rapporto di valuta non solo [...] non potranno essere opposte dal garante al creditore-garantito [...] ma esse non potranno neppure essere opposte al garante dall'ordinante in sede di rivalsa (v. art. 1203 n. 3 e 1299 c.c.), poiché sono esterne al rapporto di provvista (tra ordinante e garante)». In merito, si vedano le osservazioni critiche di S. D'ANDREA, *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, cit., p. 475: «costringere il debitore ad adempiere l'obbligazione di rivalsa, senza poter opporre al "garante" le eccezioni non dilazionabili che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore, significa collocarlo esattamente nella medesima situazione che il legislatore vieta (come frode alla legge) quando la mancata esecuzione della prestazione principale è assistita da una penale».

⁴³ A differenza della fideiussione, la garanzia autonoma consente al beneficiario di gestire un'eventuale controversia col debitore principale dopo aver comunque sia ricevuto il pagamento dal garante. Essa, dunque, tende, a un risultato analogo a quello perseguito attraverso la cauzione reale, ferma la totale diversità sia strutturale che funzionale tra i due modelli. Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 431; p. 465 ss.; Id., *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, in *Vita not.*, 2014, fasc. 2, p. 580. In questo senso già F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 173. Sull'affinità di scopi tra garanzia autonoma e cauzioni reali v. anche M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 941; Id., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 457, ove può trovarsi un ampio panorama di pronunce giurisprudenziali risalenti agli anni '80, significative sia in tema di validità della garanzia autonoma sia a proposito delle eccezioni opponibili dal garante. In giur., v. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, 3947, cit., per cui il contratto autonomo di garanzia ha la funzione «di sostituire la *traditio* del denaro tipica della cauzione con l'obbligazione di corrispondere una somma di denaro, da parte del garante, a richiesta del creditore, senza alcuna possibilità, per il primo, di invocare il meccanismo, tipicamente fideiussorio, di cui di cui all'art. 1957 c.c.».

⁴⁴ «[...] in quanto la cauzione così considerata è un contratto reale in cui la garanzia si attua attraverso il c.d. incameramento della somma depositata dal garante». Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 130 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 334-335: tra le cauzioni reali e la garanzia autonoma «esistono differenze strutturali (la prima è un contratto reale, la seconda deriva da un contratto consensuale) e sotto il profilo degli effetti: con la cauzione, la garanzia si realizza con l'esercizio di un diritto potestativo di autotutela (c.d. incameramento)» lì dove la garanzia autonoma si attua mercé una dichiarazione unilaterale recettizia del creditore cui faccia seguito la necessaria cooperazione del debitore-garante.

⁴⁵ F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 169-170. Sui rapporti tra cauzione e fideiussione cfr. A. RAVAZZONI, *Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie*, in *Ass.*, 1973, pt. I, p. 541 ss.

⁴⁶ Solitamente, tra il terzo debitore (cliente) e il garante (istituto di credito) sussiste un rapporto di conto corrente e il garante esige che la somma necessaria per dare esecuzione al contratto di garanzia autonoma gli sia messa a disposizione anticipatamente. Un deposito vincolato in conto corrente, comunque sia, è più redimitizio di un deposito sul conto del beneficiario. Ove il garante (istituto di credito) sia disponibile ad antici-



tonoma, il debitore-ordinante può guadagnarsi l'accesso a un dato affare (dal quale, altrimenti, resterebbe probabilmente escluso)⁴⁷ procurando al creditore uno strumento di rafforzamento della realizzazione del credito che non comporti i costi, in termini di immobilizzazione di ricchezza, impliciti nella costituzione di una garanzia reale o nel deposito cauzionale.

Il garante è esonerato da indesiderati *litigation costs* dal momento che il rischio di controversie concernenti il debito garantito grava interamente sul debitore-ordinante.

Il creditore-beneficiario ottiene una tutela dotata di elevato grado di effettività⁴⁸, essendo favorito non solo dall'autonomia dell'impegno del garante, insensibile alle vicende del rapporto fondamentale sottostante, ma anche dalla solvibilità del soggetto garante⁴⁹. A prestare la garanzia autonoma, infatti, normalmente⁵⁰ è un istituto di credito o comunque, un intermediario finanziario professionale⁵¹: un ente che, essendo sottoposto a penetranti controlli statali e dovendo soddisfare determinati coefficienti di solidità patrimoniale, offre (anche) certezza della propria solvibilità⁵².

Se, di regola, il beneficiario è al riparo da eccezioni relative alla validità, alla efficacia

pare la somma dovuta al beneficiario, il contratto partecipa della funzione di finanziamento nell'interesse del terzo-debitore. Cfr. G. STELLA, *Garanzie autonome e uniform rules for demand guarantees*, cit., p. 377.

⁴⁷ La garanzia autonoma «svolge una funzione promozionale dell'economia» consentendo all'ordinante di partecipare ad affari dai quali diversamente rimarrebbe escluso. Sul punto, v. F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 174; p. 179.

⁴⁸ Il contratto autonomo di garanzia «mira al soddisfacimento della triplice esigenza di: i) immediata liquidità del creditore; ii) esclusione dall'improduttiva immobilizzazione di ingenti capitali da parte del debitore depositati a titolo di cauzione; iii) collocamento del garante in una posizione di assoluta terzietà rispetto alle eventuali controversie tra debitore e creditore». Così A. MONTANARI, *Garanzia autonoma e autonomia privata, Banca borsa*, 2017, fasc. 3, p. 350-351.

⁴⁹ F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 168 ss., p. 134 ss.

⁵⁰ In realtà, «Si verifica sempre più spesso l'evenienza della persona fisica la quale, nel garantire l'attività di una impresa, sottoscrive con l'istituto di credito un contratto che, pur essendo spesso denominato fideiussione, è caratterizzato dalla presenza di previsioni che stabiliscono che il pagamento debba avvenire "a prima richiesta", "senza eccezione alcuna", "incondizionatamente", "senza beneficio di escussione"». Di qui, il problema dell'applicabilità della disciplina consumeristica alla garanzia autonoma prestata in favore del professionista dalla persona fisica che sia qualificabile come consumatore ex art. 3, comma 1, lett. a), c. cons., su cui cfr. G. SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., p. 94; G. CARRIERO, *Il garante-consumatore nella evoluzione giurisprudenziale*, *Riv. dir. banc.*, 2021, fasc. 2, p. 296 ss.; S. MONTICELLI, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice del consumo*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2014, fasc. 1, p. 131 ss.; Id., *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, fasc. 11-12, p. 527 ss.

⁵¹ Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 425, spec. nt. 184.

⁵² Cfr. M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 940; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 181.



e più in generale, alle vicende del contratto di base, è ampiamente condiviso che sussistono dei limiti all'autonomia della garanzia⁵³. Come accennato, dottrina e giurisprudenza sono tendenzialmente concordi nel reputare che l'astrattezza della garanzia autonoma trovi un confine insuperabile nell'illiceità del contratto principale⁵⁴; una seconda limitazione nella «eccezione di dolo» o frode⁵⁵, che trae origine dall'obbligo di buona fede *in executivis* (artt. 1175 e 1375 cod. civ.)⁵⁶.

⁵³ Cfr. G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le operazioni bancarie internazionali*, cit., p. 49 ss.; M. MAGGIOLÒ, *La tutela degli obbligati nelle garanzie a prima richiesta*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, fasc. 4, pt. II, p. 427 ss.; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 285 ss., spec. p. 312; F. TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, *Riv. dir. civ.*, 1992, fasc. 1, pt. II, p. 1 ss.; G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, cit., p. 279; F. Macario, *Garanzie personali*, cit., p. 477 ss.; M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 229 ss.

⁵⁴ Cfr. G. B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 48 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 182; AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*, *Contr.*, 2002, p. 1090; M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 605; L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 16, per i quali l'illiceità dell'obbligazione garantita si estende alla garanzia autonoma; F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 570-571, secondo il quale, allorché il contratto di base sia illecito, piuttosto che di «comunicazione dell'invalidità del negozio costitutivo dell'obbligazione garantita al contratto di garanzia» si dovrebbe parlare di «reiterazione di una medesima causa di invalidità in entrambi i negozi»: in tal caso, infatti, il garante promette di eseguire una prestazione per far conseguire al creditore garantito un'attribuzione patrimoniale le cui ragioni sono contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume; G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, cit., p. 299: «Non si tratta, comunque, di una generica “comunicazione” dell'invalidità del contratto garantito a quello di garanzia, costruita sul collegamento negoziale o sull'unicità dell'operazione economica, ma della constatazione della assenza del fondamento causale del negozio di garanzia, conseguente alla insussistenza di un interesse alieno da soddisfare».

⁵⁵ Su posizione radicale, invece, E. SPANO, *Garanzie bancarie internazionali e exceptio doli*, in *Banche e banchieri*, 1987, p. 55 ss., il quale considera «improponibili azioni tendenti a paralizzare l'adempimento dell'obbligazione di garanzia, pur in presenza di gravi ed eventualmente anche provati [...] inadempimenti del beneficiario nel rapporto che aveva dato occasione all'emissione della garanzia autonoma o comunque di un suo «dolo» o addirittura «ricatto» nell'escussione della garanzia»; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 300 ss., spec. 302, ove si legge: il funzionamento della clausola «senza eccezioni» «è per sua natura automatico e non può essere pertanto «regolato», non essendo rinvenibile un «limite interno» né una considerazione funzionale dei modi della sua operatività».

⁵⁶ Cfr. G. B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 78, il quale configura in capo al garante un obbligo di protezione («Schutzpflicht») della sfera giuridica del terzo debitore gemmazione del dovere di correttezza (e buona fede) di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.; G. GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra «tecnica» e «politica»: tendenze della giurisprudenza*, *Banca borsa*, 1985, pt. II, p. 91 ss.; C. COSTA, *La lettera di credito stand-by come forma di garanzia nel commercio internazionale*, *Dir. banca e merc. fin.*, 1987, p. 246-247, ove ampi riferimenti;



È, dunque, opinione diffusa che l'illiceità del patto fondamentale «contagi» ineluttabilmente la garanzia autonoma⁵⁷, anche se i pareri in merito non sono unanimi: come ci si accinge a porre in evidenza, mutano di segno in relazione all'opzione ermeneutica prediletta nella ricerca di uno schema tipico cui attingere per individuare norme e principi applicabili in via analogica a questa garanzia personale atipica.

3. – In letteratura, sono stati profusi sforzi davvero notevoli, non solo nel sostenere la meritevolezza e/o liceità degli interessi perseguiti attraverso questo contratto atipico⁵⁸, ma soprattutto, nell'individuare la giustificazione causale.

Radicata la meritevolezza degli interessi delle parti per lo più sopra l'«idoneità dello strumento atipico a sviluppare l'iniziativa economica e l'incremento degli affari»⁵⁹ nel

A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, *Banca borsa*, 1998, fasc. 2, p. 147 ss.; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 944 ss.; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Europa dir. priv.*, 2008, fasc. 4, p. 1018; p. 1023 ss.; C. D'ORTA, *Il contratto autonomo di garanzia tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto*, Torino, 2018 p. 85 ss.; L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 20 ss.; G. BARILLA, *I presupposti per l'esercizio dell'exceptio doli nell'escussione delle garanzie bancarie autonome: obblighi del garante e diritti del beneficiario*, *Corr. giur.*, 2020, fasc. 6, p. 773 ss., nota a Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2019, n. 12884; F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, *Europa dir. priv.*, 2021, fasc. 1, p. 137 ss., spec. 157 ss., p. 169, la quale dall'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto autonomo di garanzia ricava la proponibilità delle eccezioni fondate sugli artt. 1956 e 1957 cod. civ. a prescindere dalla natura (accessoria o autonoma) della garanzia. Per l'A. gli artt. 1955, 1956 e 1957 cod. civ., in tema di estinzione della fideiussione, dettano, infatti, disposizioni che non presuppongono l'esistenza di un vincolo di accessorietà. In giurisprudenza valga il richiamo, per tutte, a Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2018, n. 16345, cit.; Cass. civ., sez. trib., 12 settembre 2012, n. 15216, in *Mass.*, 2012, p. 664.

⁵⁷ In linea con la giurisprudenza, la «dottrina ritiene, senza rilevanti contrasti, che l'illiceità del negozio garantito si «comunichi» in qualche modo al negozio di garanzia autonoma». Cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 182. *Contra* M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952 ss.

⁵⁸ Sui rapporti tra valutazione di liceità e giudizio di meritevolezza cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 257 ss., per il quale il giudizio di meritevolezza implica «una più complessa valutazione alla luce dell'ordinamento. Il problema della meritevolezza [...] non si risolve col puro e semplice richiamo all'autonomia privata, sol che si mantenga nei confini della liceità» (p. 320).

⁵⁹ F. TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, cit., p. 5; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 995; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 304, la quale giudica l'operazione che si realizza attraverso la garanzia autonoma «certamente meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c. poiché conforme non soltanto alle esigenze interne dell'ordinamento, ma nella sostanza anche a quelle desumibili dalla *lex mercatoria*». Nel senso che anche «l'elemento della professionalità – a cui è connessa la capacità di affrontare e sopportare rischi legati all'operazione economica garantita – [...]



contesto di una prassi contrattuale internazionale retta dalla (nuova) *lex mercatoria*⁶⁰, la dottrina ha indagato la funzione della garanzia autonoma, prevalentemente, tentando l'accostamento a qualche modello negoziale tipico⁶¹.

Si sono evocati il credito documentario⁶², le cauzioni reali⁶³, la delegazione di pagamento⁶⁴, la promessa del fatto del terzo⁶⁵, ma anche l'assicurazione⁶⁶ e il mandato⁶⁷.

concorre a determinare la peculiare legittimità e meritevolezza dei negozi di garanzia personale d'impresa», da ultimo, M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 212.

⁶⁰L'espressione «vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti dell'epoca intermedia. Questo era stato *lex mercatoria*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti [...] la sua funzione era consistita nel derogare, per i rapporti commerciali, al diritto civile di allora ossia al diritto romano, rivelatosi non più congegnale alle esigenze dei traffici». Così F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, fasc. 1, p. 199 ss. In arg., cfr. M. SPERANZIN, *Un nuovo ordine delle fonti del diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, fasc. 5, p. 1174 ss.; R. FERRANTE, *Francesco Galgano tra storia del diritto commerciale e "lex mercatoria"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, fasc. 2, pt. II, p. 390 ss.; E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Vita not.*, 2017, fasc. 3, p. 113 ss.; C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, fasc. 3, pt. I, p. 361 ss.; E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 2007, fasc. 4, pt. I, p. 519 ss.; G. ALPA, *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, fasc. 1, p. 86 ss.; S. PATTI, *La « globalizzazione » e il diritto dei contratti*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, fasc. 3, p. 149 ss.; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, XXX, Padova, 2003; F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna (Il Mulino), 2001; ID., voce *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Agg., V, 2001, p. 721 ss.; M. J. BONELL, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. comm. int.*, 1992, fasc. 2, p. 315 ss.; A. GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1992, fasc. 3, p. 461 ss.

⁶¹Si vedano le osservazioni in tal senso di A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, p. 100 ss.

⁶²G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, *Banca borsa*, 1988, I, p. 4; ID., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, cit., p. 202 ss. Nota F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 165, nt. 86 come l'accostamento fatto da PORTALE del contratto autonomo al credito documentario sia da intendere – più che come una vera e propria assimilazione tra le due figure – quale base teorica su cui l'Illustre A. appunta la compatibilità dei negozi con causa esterna col nostro ordinamento. Per un approfondimento sul credito documentario, nella letteratura italiana, possono vedersi, tra gli altri, M. J. BONELL, *Il credito documentario: norme ed usi uniformi*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978; A. Serra, voce «Apertura di credito confermato», in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 160 ss.; C. TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, Roma, 1987; ID., voce «Credito documentario», in *Enc. giur. Trecc.*, X, Roma, 1988, p. 4 ss.; C. COSTA, *Astrattezza ed eccezioni opponibili nel credito documentario irrevocabile*, Milano, 1989; ID., *Il credito documentario nell'era dei computers e della «smaterializzazione» dei titoli rappresentativi delle merci nel commercio internazionale*, in *Banca borsa*, 1989, I, p. 601 ss.; ID., *Il credito documentario*, Torino, 1997; A. GIAMPIERI, *Il credito documentario: profili di autonomia e causalità*, Padova, 1993; L. PONTIROLI, voce «Il credito documentario», in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 207 ss.; ID., *Il credito documentario: esigenze del commercio internazionale e regole nazionali nel diritto delle lettere di credito commerciali e standby*, Milano, 2000.



⁶³ Nel senso che «il complessivo assetto funzionale del contratto autonomo di garanzia [...] manifesta, in aggiunta alla *causa cavendi*, un profilo *lato sensu* cauzionale» P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 429, p. 465 ss. ID., *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito*, cit., p. 351 ss. Sulla stessa linea F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 144, per il quale la causa di garanzia o indennitaria dell'interesse del creditore all'adempimento non esaurisce la dimensione funzionale della figura, che «assolve, accanto alla funzione di garanzia, ad una spiccata finalità cauzionale». Anche M. SESTA, in *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 949 osserva come «La finalità che le parti voglio raggiungere [...] è ben nota all'ordinamento che ne ammette la rilevanza qualora essa sia perseguita attraverso la dazione di una cauzione» concludendo: «se è consentito alle parti concedere o fare concedere da un terzo una somma di denaro o altri beni fungibili e trasferirla in proprietà al creditore di una determinata prestazione a garanzia dell'esatto adempimento di questa, allo stesso modo deve essere permessa all'autonomia dei privati la sostituzione della somma di denaro o dei beni fungibili con l'impegno di un terzo di provvedere a quel pagamento a semplice richiesta del creditore indipendentemente dalle vicende del rapporto sottostante». Nel senso che ci sono *performance bond* con carattere cauzionale e *performance bond* con carattere fideiussorio M. VIALE, «Performance bond» e *contratto autonomo di garanzia: il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità*, *Foro it.*, 1987, pt. I, c. 307-308; nt. 57; adesivamente G. MILLOZZA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 97. Critico, invece, rispetto a questa impostazione F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 163-164. Reputa che un accostamento della garanzia autonoma alla cauzione non possa offrire un contributo determinante alla ricostruzione della prima, data «la polivocità del termine cauzione e la conseguente impossibilità anche per tale istituto di trovare un quadro di regolamento unitario» P. Tartaglia, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 132.

⁶⁴ Propone l'applicazione in via analogica al rapporto di garanzia autonoma della disciplina della delegazione M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952 ss., il quale peraltro ammette: «la fattispecie del contratto autonomo di garanzia non rientra perfettamente nel meccanismo della delegazione, in quanto caratteristica della delegazione stessa e sua precipua finalità è l'assunzione di un debito altrui o l'estinzione con un unico pagamento di due distinti debiti intercorrenti tra delegante e delegatario e tra delegante e delegato»; la funzione del contratto autonomo si discosta dalla situazione in cui si inserisce la delegazione per l'«inesistenza di un debito tra delegante e delegatario, avente gli stessi caratteri di quello assunto dal delegato». Nel senso che «il contratto con cui una parte, richiamando il mandato conferitogli dal debitore, si obbliga verso l'altra (creditore) del tutto autonomamente rispetto al preesistente debito del mandante, cioè senza poter opporre le eccezioni a questo relative, è (la seconda fase di una) delegazione pura cumulativa» R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 147. *Contra* G. GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra «tecnica» e «politica»: tendenze della giurisprudenza*, cit., p. 93; M. VIALE, *I contratti autonomi di garanzia*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, fasc. 3, pt. II, p. 175 ss., spec. 180; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 139; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 163; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 63 ss.; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, cit., p. 1017.

⁶⁵ Cfr. G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 220: «parlare di *contratto di garanzia*, come fanno i tedeschi, o di *promessa del fatto del terzo*, secondo l'uso italiano, è cosa che non dipende da una differenza concettuale, ma da un modo di esprimersi diverso, avendo in mente lo stesso negozio [c.d.A.]»; una fideiussione nulla, perché l'obbligo del debitore non è sorto, può valere come promessa del fatto del terzo; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 84 ss.; p. 138 ss., per un'analisi dei rapporti tra fideiussione e promessa del fatto del terzo; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, p. 45 ss., p. 64 ss.; E. PERRIER, *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali*, Milano, 1994, p. 94. Inquadra la garanzia auto-



Di là dai molteplici, articolati tentativi rivolti a un singolo schema tipico, le tesi sulla causa della garanzia autonoma si lasciano ordinare in due insiemi⁶⁸.

Il primo comprende le teorie che ravvisano la causa della garanzia autonoma all'esterno del contratto⁶⁹: vuoi nel rapporto fondamentale tra debitore-ordinante e creditore-

noma nello schema dell'art. 1381 cod. civ. M. SEGNI, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, *Riv. dir. civ.*, 1975, pt. I, p. 155 ss. Sulla stessa linea A. MAZZONI, *Le lettere di patronage nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, II, p. 392, 399, che individua nell'art. 1381 c.c. il paradigma fondamentale cui possono ricondursi le diverse figure atipiche di negozio con funzione di garanzia; F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, p. 129 ss.; G. GRIPPO, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 387; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992, p. 135 ss., la quale ravvisa nell'art. 1381 cod. civ. un indice di ammissibilità di una siffatta funzione di garanzia (non accessoria). Reputa la promessa del fatto altrui «la figura più strettamente affine alla garanzia autonoma sul piano della struttura e delle finalità della prestazione» benché inidonea a rappresentare la giustificazione causale del contratto di garanzia dal momento che «presuppone anch'essa, per essere operante, una causa su cui fondarsi (rappresentata dal contratto principale cui accede)» A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 101; p. 81. Non condivide, invece, l'idea di ricondurre il contratto autonomo di garanzia al paradigma offerto dall'art. 1381 cod. civ., giudicato troppo distante dalla *causa cavendi* che connota le garanzie personali tipiche e atipiche P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratto di rischio*, cit., p. 361. In senso critico anche R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 149: «il ricorso *tout court* all'art. 1381, genericamente formulato con riferimento a tutte le ipotesi di garanzia autonoma, postula l'irrelevanza del richiamo, per lo più presente nel *G.*, al precedente mandato tra debitore e garante; a quanto pare generalizza l'ipotesi di copertura del c.d. rischio atipico (propria, sembra, del commercio internazionale) con probabile ultroneità rispetto al concreto intento delle parti; e riportando [...] allo schema dell'art. 1381 non solo il fondamento causale dell'impegno del garante ma anche il contenuto della sua prestazione, inesattamente presenta quest'ultima come indennitaria in ogni caso»; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 140 ss. Inquadra nello schema dell'art. 1381 cod. civ. soltanto l'ipotesi di garanzia autonoma assunta all'insaputa del debitore F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., p. 390. Sulla ricostruzione della garanzia autonoma alla stregua di una promessa del fatto del terzo nel diritto svizzero cfr. G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia nel diritto svizzero*, *Banca borsa*, 1990, pt. II, p. 37 ss.

⁶⁶ Cfr. U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 141; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 177-178.

⁶⁷ Qui per tutti, G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., spec. p. 239 ss.; p. 293.

⁶⁸ Per un'analisi delle diverse ipotesi d'inquadramento del contratto autonomo e in generale, a proposito del dibattito sulla causalità della garanzia autonoma possono vedersi P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 441 ss.; G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, in AA. VV., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, opera diretta da V. Cuffaro, Bologna, 2014, p. 295 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 415 ss.; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 200 ss.

⁶⁹ Per la tesi del negozio con causa esterna cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, cit., p. 203; F. BENATTI, *Il contratto*, cit., p. 178 ss.; Id., *Garanzia (contratto autonomo di)*, cit., p. 920 ss.; S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 397 ss.; G.B. BARILLÀ, *Performance bond tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, Bologna, 2017, p. 120.



beneficiario⁷⁰ vuoi nel mandato tra il debitore-ordinante e la banca-garante⁷¹, entro il più ampio contesto dell'operazione economica.

Il secondo include quelle ricostruzioni che rinvergono la causa del contratto autonomo di garanzia all'interno di esso: ora si è fatto riferimento alla «garanzia di un risultato considerato nella sua materialità e vantaggioso per il creditore»⁷² ora si è preferito discorrere di funzione di «*promozione contrattuale o d'affari*» più che di garanzia in senso proprio⁷³ ovvero di causa mista (la *causa cavendi* sarebbe suscettibile di combinarsi con la *causa obligandi*⁷⁴ oppure con una funzione in senso lato cauzionale⁷⁵) ora si è sostenuto che la funzione negoziale debba individuarsi all'interno del contratto, concretizzandosi nell'intento dei contraenti di garantire al beneficiario, a prima richiesta e senza eccezioni un «valore economico determinato *per relationem* con riferimento ad una prestazione dedotta nel rapporto contrattuale sottostante» lì dove «il richiamo a quest'ultimo rapporto [...] assolve ad una funzione di determinazione del *quantum* della prestazione promessa»⁷⁶.

Muovendo a una disamina più analitica: una prima e autorevole ricostruzione, la qua-

⁷⁰ G.B. PORTALE, *op. loc. ult. cit.*: «Per la validità basta, appunto, l'enunciazione dello «scopo» che le parti vogliono perseguire e quella del «fondamento» del negozio. Se poi il fondamento causale è (putativo) erroneo o per una qualsiasi ragione manca originariamente o viene meno successivamente, non ne consegue la nullità del contratto, ma unicamente spetta alla parte che ha eseguito la prestazione [...] una *condictio indebiti* ovvero un'analogia azione recuperatoria o risarcitoria»; per rendere causale il *Garantievertrag* «basta la dichiarazione in esso dello scopo di garanzia e che sia fatto comunque dalle parti riferimento ad un rapporto fondamentale, che valga a giustificare l'obbligazione del garante».

⁷¹ G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 239 ss., p. 287 ss.

⁷² F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 281 ss., il quale osserva, alle pag. 353-354: «L'asserzione che il contratto autonomo di garanzia ha una propria causa-funzione non contraddice, anzi esalta la sua autonomia dai rapporti di base».

⁷³ A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 106 ss.; p. 110.

⁷⁴ Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 151 ss., spec. 154-155: «la causa non è soltanto una causa di garanzia ma consiste nella previsione della soddisfazione degli interessi alla esecuzione dell'attribuzione: il beneficiario a ricevere immediatamente la prestazione promessa; il garante ad eseguire la prestazione per dare esecuzione all'impegno assunto nei confronti del garantito. [...] L'esistenza di un interesse autonomo e diverso è sufficiente a fondare la indipendenza della categoria e la possibilità di valutarla nella sua autonomia anche sotto il profilo della patologia dell'atto».

⁷⁵ P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 429, p. 465 ss. ID., *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito*, cit., p. 351 ss.; F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 144.

⁷⁶ G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 305; ID., *Garanzia a prima richiesta*, in V. CUFARÒ (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Torino, 2000, p. 93; ID., *Contratto autonomo di garanzia*, in *Enc. giur. Trecc.*, X, Roma, 2007. La tesi della causa interna è sostenuta anche L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 49 ss.; p. 179.



le ha avuto ampio séguito, guarda al credito documentario⁷⁷, ravvisando nel contratto autonomo di garanzia un negozio che trova giustificazione e fondamento causale al di fuori di sé⁷⁸. Sebbene il rapporto nascente dal contratto autonomo di garanzia sia staccato dal rapporto tra il terzo debitore e il creditore beneficiario e indipendente rispetto alla relazione giuridica tra l'ordinante e il garante, l'obbligazione del garante resta appoggiata a quella del debitore principale e la ragione a fondamento del trasferimento di ricchezza dal garante autonomo al beneficiario è desunta dal rapporto tra quest'ultimo e il terzo. Lungi dall'autorizzare uno spostamento ingiustificato di ricchezza, il contratto autonomo è da considerare causale nella misura in cui lo scopo di garanzia sia dichiarato e il riferimento al rapporto intercorrente tra il garante e il terzo debitore sorregga lo spostamento patrimoniale. La presenza di una norma come quella contenuta all'art. 1530, secondo comma, cod. civ. in tema di credito documentario, per cui l'eventuale nullità o inesistenza del rapporto di provvista o di quello di valuta o anche di entrambi non incide sulla validità del contratto tra banca e venditore, lascia inferire che il nostro ordinamento contempla negozi non aventi la causa al proprio interno, ma non per questo astratti⁷⁹. Le

⁷⁷ Dal quale comunque il contratto autonomo di garanzia «rimane differenziato per la sua diversa funzione: quella di garanzia». Così G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 12.

⁷⁸ Cfr. G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 42; p. 51; ID., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, *ibidem*, p. 20; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda» nel commercio internazionale*, cit., p. 144; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 144; S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 385 ss., spec. 397 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 179: «la garanzia a prima richiesta appare come un atto causale, sussistendo l'«interesse» sia del promittente sia del promissario all'esistenza del contratto, alla sua efficacia e alla prestazione. Il promittente si obbliga per permettere la conclusione di un affare [...] che senza una siffatta garanzia non potrebbe essere promosso; il promissario fa affidamento su quella garanzia e tale fiducia è meritevole di tutela secondo i moderni canoni di valutazione socio-economica». Sul contratto autonomo come negozio a causa esterna si veda anche G.B. BARILLA, *Causa esterna e garanzie bancarie autonome*, in *Banca borsa*, 2006, fasc. 6, pt. I, p. 659 ss., spec. p. 661 ove l'A. scrive: «la ragione per cui il garante assume il rischio risulta dal suo rapporto con il terzo: in genere un rapporto di mandato; la ragione per cui il beneficiario deve ricevere la prestazione si desume, invece, dal rapporto di questo con il terzo»; ID., *Performance bond tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 120; L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 14.

⁷⁹ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 19 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, *ibidem*, p. 41 ss., il quale esclude, con la dottrina straniera maggioritaria, la riconducibilità dell'art. 1530, 2 co., cod. civ. alla delegazione pura e dunque, la possibilità per la banca di sollevare l'eccezione della cd. nullità della doppia causa. Da tale interpretazione si trae la sussistenza di un divieto per la banca di formulare eccezioni relative ai rapporti sottostanti e quindi, l'astrattezza del rapporto tra la banca e il venditore. Secondo una diversa opzione ermeneutica, tuttavia, la previsione dell'art. 1530, secondo comma, cod. civ. è riconducibile allo



stesse previsioni in tema di avallo cambiario parrebbero offrire argomenti a dimostrazione del fatto che l'obbligazione di garanzia può appoggiarsi al rapporto garantito senza che tale nesso si traduca nei termini dell'accessorietà: se il legislatore contempla espressamente la validità dell'avallo cambiario in caso d'invalidità della obbligazione garantita, vuol dire che l'accessorietà non è immanente a ogni relazione di garanzia o meglio, non si traduce schematicamente in un nesso di dipendenza. Altro è l'interdipendenza che si esprime nella *accessorietà* altro è la *sussidiarietà* dell'una all'altra⁸⁰.

In questa prospettiva, nella quale la ragione giustificatrice dell'attribuzione dal garante al beneficiario si trae dalla combinazione dei rapporti tra garante e terzo-debitore e fra terzo-debitore e beneficiario⁸¹, dal momento che il contratto di garanzia autonoma contiene al proprio interno l'indicazione del rapporto garantito⁸², appare logico reputare che l'illiceità di quest'ultimo non possa che condurre alla nullità della garanzia per illiceità della causa⁸³.

Gli esiti di queste riflessioni, nella sostanza, sono condivisi anche da chi preferisce assumere a riferimento l'art. 1381 cod. civ.⁸⁴, riconoscendo a conclusioni maturate in re-

schema della delegazione sicché dovrebbe reputarsi applicabile al credito documentario la norma dell'art. 1271, secondo comma, cod. civ. per cui il delegato (*i.e.*, la banca garante) può sollevare, oltre alle eccezioni relative alla incompletezza o irregolarità dei documenti, anche l'eccezione cd. di nullità della doppia causa. Cfr. P. GRECO, in ID.-G. COTTINO, *Della vendita, Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1962, p. 391 ss.; B. CARPINO, *La vendita*, sez. II, *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XI, Torino, 1984, p. 335 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 8 luglio 1983, 4605, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2789; *Banca borsa*, 1985, pt. II, p. 145.

⁸⁰ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 12; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 142 ss. In arg., di recente M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 217.

⁸¹ G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 42.

⁸² Il riferimento al rapporto fondamentale consente l'identificazione del rischio garantito; ove, invece, il riferimento al contratto principale si sostanzia in un vero e proprio richiamo alle sue clausole, non si è al cospetto di una garanzia autonoma. Così F. BONELLI, *Garanzie bancarie «a prima domanda»*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali*, cit., p. 217.

⁸³ Nel senso che l'astrattezza della garanzia autonoma è destinata a trovare un primo limite intrinseco nella illiceità della causa del contratto principale che si comunichi al contratto di garanzia v., qui per tutti, G. B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 48 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 182.

⁸⁴ Per una ricostruzione dell'istituto possono vedersi G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955; M.C. Stasi, voce *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 69 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit.; F. ALCARO, voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 70 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1990; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992; F. MA-



lazione alla promessa del fatto del terzo⁸⁵ una valenza generale per tutto il settore delle garanzie autonome. Guardando al contratto autonomo di garanzia attraverso il prisma

STROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacato di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, pt. I, p. 695 ss.; G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, *Studi di diritto privato*, Milano, 1992, p. 465 ss.; A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, fasc. 5, pt. I, p. 563 ss. (parte I); fasc. 6, pt. I, p. 665 ss. (parte II); M.R. MARELLA, *La promessa del fatto del terzo*, in *I contratti in generale*, Torino, 2000, p. 211 ss.; ID., voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino, 1997, p. 386 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, p. 536 ss.; M. ALESSANDRINI, *Profili critici della promessa del fatto del terzo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, fasc. 4, pt. II, p. 327 ss.; G.F. BASINI, voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. IRTI, I, *Diritto Civile*, Milano, 2011; E. BATTELLI, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in V. CUFFARO (a cura di), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, p. 387 ss.

⁸⁵ Mette conto di segnalare come l'art. 1381 cod. civ., sin dall'entrata in vigore del codice del 1942, sia stato occasione di dibattiti vivaci e non ancora sopiti. Per la tesi che riconosce alla promessa funzione di sicurezza cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 44; G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955, p. 44; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit., p. 103 ss.; G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, cit., p. 215 ss. Sulla stessa linea, nel senso che il promittente si accolla tutto il rischio della mancata prestazione del terzo con impegno a indennizzarlo come farebbe un assicuratore F. GALGANO, *sub art. 1381*, in ID.-G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 157; D. RUSSO, *Promessa del fatto del terzo e frode alla legge*, in *Obbl. e contr.*, 2009, fasc. 12, p. 963 ss., in nota a Cass. civ., sez. I, 10 luglio 2009, n. 16305, p. 969: «l'oggetto della prestazione [...] non consiste in un *facere* specifico bensì in un obbligo di tipo "assicurativo"». Con varietà di toni e sfumature, sviluppano l'idea dell'assunzione di rischio M.R. MARELLA, *sub art. 1381 c.c.*, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *I contratti in generale*, *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011, p. 929 ss.; A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, II, *La natura dell'indennizzo nella promessa del fatto altrui*, cit., p. 679 ss.; E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, p. 150 ss. Per l'archetipo della prestazione di garanzia anche F. MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacato di voto*, cit., p. 709 ss.; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, cit., p. 45 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 572, il quale si esprime nel senso che «l'art. 1381 inclina verso il modello della garanzia», ma successivamente afferma: «La giusta soluzione (accolta anche in giurisprudenza) combina il modello della responsabilità con quello della garanzia». Cfr. ID., in *Il contratto*, 2^a ed., cit., p. 537 ss. Per la tesi, invece, secondo cui dalla promessa deriva un obbligo di *facere* F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXI, t. 2, Milano, 1972, p. 97; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1964, p. 197 ss.; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2^a ed., Roma, 1948, p. 288. Nel senso che il fatto del terzo è l'oggetto immediato ed esclusivo dell'obbligazione del promittente R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 39 s., ora anche in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 998; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1957, p. 525 ss. Reputa che dalla promessa scaturiscano un'obbligazione di garanzia, ma anche un obbligo di cooperare per far sì che il terzo compia il fatto o adempia l'obbligazione P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 95 ss. In giur., per tutte, v. Cass. civ., sez. lav., 19 dicembre 2003, n. 19472, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1257, secondo cui il promittente è «tenuto al mero indennizzo, nel caso in cui sia stato diligente nell'attivarsi presso il terzo onde soddisfare l'interesse del promissario [...] dovrà risarcire i danni secondo le generali regole risarcitorie allorquando siano ravvisabili colpa o negligenza e il promissario dia la prova degli effettivi danni subiti in conseguenza dell'inadempimento».



dell'art. 1381 cod. civ., si è osservato come le parti siano libere di trasferire il peso di una perdita incolpevole e che «anche un'obbligazione originariamente nulla ovvero originariamente non nulla ma successivamente «frustrata» (perché annullata o risolta o divenuta inefficace o inesigibile) può provocare l'insorgenza di un danno a carico di chi era (o si riteneva) creditore in base ad essa»; la promessa deve considerarsi nulla (soltanto) lì dove sia illecito l'interesse a che il fatto promesso si verifichi poiché «giuridicamente, ciò si traduce nell'illiceità della causa sottesa alla promessa»⁸⁶.

L'accostamento della garanzia autonoma alla promessa del fatto del terzo sarebbe giustificato dal momento che entrambi i modelli realizzerrebbero il trasferimento di un rischio economico, sebbene solo il contratto autonomo di garanzia attribuisca al creditore una sicurezza comparabile con quella offerta da una cauzione reale (senza gli svantaggi finanziari ad essa correlati)⁸⁷.

Di contro, è agevole rilevare come la promessa, a differenza della garanzia autonoma, generi una obbligazione puramente indennitaria e appaia del tutto scevra dalla *causa cavendi* che comunque sembra connotare questa forma di garanzia personale atipica, sia pure in forma spuria o mista⁸⁸.

Veniamo, dunque, al ragionamento di chi assume che la garanzia autonoma sia strumento idoneo a realizzare una funzione assimilabile a quella della cauzione.

In quest'ottica, si è opinato nel senso che, giacché l'ammissibilità del deposito a pre-

⁸⁶ A. MAZZONI, *Le lettere di patronage nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome*, cit., p. 395, p. 399. Analogamente P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 79; M. SEGNI, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, cit., p. 156: «se illecita è la causa o il motivo comune del contratto tra terzo e promissario, il promittente, assicurando la sua esecuzione, compie a sua volta un atto diretto a raggiungere un risultato vietato dall'ordinamento; e quindi con causa illecita». L'opinione che riconduce la garanzia autonoma allo schema dell'art. 1381 cod. civ. ha ricevuto diverse obiezioni. Cfr. in arg. F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 178. Si è osservato come la promessa del fatto del terzo abbia funzione indennitaria; l'intento delle parti nella garanzia autonoma diverga da quello sotteso alla promessa ex art. 1381 c.c.; la promessa del fatto del terzo costituisca un «“frammento” di fattispecie destinato ad entrare in un contratto avente propria causa» lì dove invece il contratto autonomo costituisce un'autonoma fattispecie contrattuale. Cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 15; nello stesso senso L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 27: la garanzia autonoma non coincide con la promessa del fatto del terzo atteso che, nella generalità dei casi, la *promissio facti alieni* costituisce «solo una parte, non autosufficiente, di una fattispecie giuridica». Sui tratti differenziali tra promessa del fatto del terzo e garanzia autonoma si segnalano F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 161-162; P. Tartaglia, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 141 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., p. 342 ss.

⁸⁷ Cfr. P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 64 ss.

⁸⁸ P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 361.



scindere dalla validità del contratto base è tipica della cauzione, «in caso di *performance bond* con carattere di cauzione» le eccezioni di nullità del contratto base «in linea di massima non dovrebbero essere opponibili» salvi i casi d'illiceità per manifesta contrarietà a principi internazionali di ordine pubblico⁸⁹, ove si tratti di accordi internazionali; d'illiceità per qualsiasi ragione, se il contratto sia stipulato da soggetti della medesima nazionalità⁹⁰.

Chi ascrive al contratto autonomo di garanzia funzione non solo di garanzia, ma anche cauzionale⁹¹ sostiene che, affinché questa possa esplicarsi sia «sufficiente che tra il debitore ordinante e il creditore garantito vi sia spazio per l'insorgenza di una genuina controversia in relazione al contratto richiamato nel testo della garanzia e il presupposto minimo perché ciò abbia a verificarsi è che tale contratto sia stato materialmente sottoscritto dalle parti»⁹² a nulla rilevando che sia nullo o annullabile.

Perviene invece a conclusioni più radicali chi – come anticipato – reputa che siano le norme in tema di delegazione di pagamento a fornire «utili spunti di riflessione»⁹³ nonché il parametro d'elezione per l'individuazione della disciplina atta a regolare il contratto autonomo di garanzia. Entro questa prospettiva si è, infatti, voluto scorgere uno spazio per postulare l'applicabilità in via analogica dell'art. 1271, secondo comma, cod. civ. e

⁸⁹ M. VIALE, «Performance bond» e contratto autonomo di garanzia: il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità, cit., c. 309. Muovendo dall'esame della prassi e dalla constatazione del diverso atteggiarsi, di volta in volta, degli interessi in gioco, l'A. distingue tra *performance bond* con funzione assimilabile alla cauzione (giudicati i più diffusi nella prassi europea internazionale) e *performance bond* con carattere fideiussorio. In relazione a questi ultimi, propone di «applicare per analogia [...] la regola prevista in tema di cambiale quando si tratta di rapporti tra emittente e primo prenditore (art. 23 e 65 l.c.). Di conseguenza saranno opponibili solo le eccezioni di breve indagine». Le norme sulla delegazione o sulle lettere di credito sarebbero invece inapplicabili sia per la mancanza d'identità di *ratio* sia per la loro inidoneità a comporre adeguatamente gli interessi in gioco.

⁹⁰ F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 173; ID., *Garanzia (contratto autonomo di)*, *Noviss. Dig. it.*, App. III, Torino, 1982, p. 922.

⁹¹ Come P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 429, p. 463 ss., per il quale la funzione di aumentare oggettivamente le possibilità di realizzare il proprio credito o di conseguire il valore dello stesso (cd. *causa cavendi*), nella garanzia autonoma, si combina con la funzione di porre il creditore al riparo dal rischio di contestazioni cioè d'incorrere in una lite con l'intermediario-garante.

⁹² Cfr. F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 144 ss., il quale osserva come «[...] La soluzione che eleva la validità del contratto base a requisito causale indefettibile della tipologia di bond esaminata, finisce per escludere dal novero degli interessi economicamente apprezzabili realizzabili dalla figura, l'esigenza del creditore che sottoscrive un contratto internazionale, di sapere di poter contare sul pronto incameramento della garanzia, a prescindere dalle ragioni (di validità o di responsabilità) che potranno essergli in futuro opposte dal debitore inadempiente, per contestare la sua pretesa all'esecuzione del contratto principale».

⁹³ M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952.



la proponibilità dell'eccezione di nullità della doppia causa, con esclusione della possibilità per il garante di eccepire la nullità per illiceità del contratto principale: «il richiamo del contratto base nel testo della garanzia, che si accompagna però alla dichiarazione di rinuncia a qualsivoglia eccezione da esso scaturente, non vale a trasformare in titolata quella che per il promittente e per il beneficiario vuole essere una promessa pura»⁹⁴.

Simile impostazione⁹⁵ ha il pregio di far guadagnare al contratto autonomo di garanzia un'autonomia perfetta e un grado di sicurezza pari a quello connesso con le cauzioni in contanti⁹⁶. Purtroppo, non convince del tutto⁹⁷ specie ove si consideri il collegamento tra rapporto di valuta e rapporto di garanzia essenziale alla funzione di garanzia di talché, in difetto di esso, il rischio dell'inadempimento sarebbe inesistente e il contratto *ab origine* privo di causa⁹⁸.

A questo punto, mette conto di segnalare l'opinione dottrinale che accentua al massimo grado la rilevanza causale del rapporto garantito su quello di garanzia, giungendo alla conclusione per cui il contratto autonomo è nullo per assoluta e originaria irrealizzabilità della propria funzione di garanzia lì dove il contratto di base sia nullo o inesistente⁹⁹.

⁹⁴ M. SESTA, *op. ult. cit.*, p. 956-957.

⁹⁵ Seguita anche da P. LOREFICE, *Le garanzie astratte: garanzia autonoma a prima richiesta e fideiussione omnibus*, *Riv. not.*, 1987, pt. I, p. 525.

⁹⁶ Come osserva G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 289.

⁹⁷ A proposito dei punti di debolezza di questa ricostruzione v. M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, IV, 30, Napoli, 2007, p. 119; G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 289 ss., ove sono analizzate le diverse argomentazioni critiche rispetto a tale impostazione teorica.

⁹⁸ Cfr. Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Banca borsa*, 1990, fasc. 1, pt. II, p. 1, con nota di G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia nel diritto svizzero*, in *Giust. civ.*, 1990, fasc. 3, pt. I, p. 731, con nota di M. COSTANZA, *Contratto autonomo di garanzia e ripetizione dell'indebitato*; *Corr. giur.*, 1990, fasc. 2, p. 158 ss., con nota di A. CATALANO; *Dalla fideiussione al contratto autonomo di garanzia*; *Dir. fall.*, 1990, pt. II, p. 370; *Banca borsa*, 1990, fasc. 5, pt. II, p. 553 (m), con nota di F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*; *Foro pad.*, 1990, pt. I, p. 131; *Giur. comm.*, 1990, pt. II, p. 725.

⁹⁹ «[...] la funzione di garanzia relativa al regolare adempimento di un'obbligazione risulta *a priori* irrealizzabile quando sussiste un vizio radicale dell'obbligazione principale: la nullità o l'inesistenza del contratto di base. In tal caso, non esistendo l'obbligo da garantire, si determina una assoluta ed originaria irrealizzabilità della funzione dell'atto, che comporta la sua nullità sotto il profilo causale» E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299; F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 603: «il rapporto fondamentale garantito pertiene allo scambio [...] con il «creditore», che è causa dei contratti di garanzia, e perciò la sua sopravvenuta inesistenza (dovuta anche all'adempimento o ad altri modi di estinzione dell'obbligazione) o la sua invalidità attengono allo stesso momento essenziale (causa) dei contratti autonomi». In giurisprudenza cfr. Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006, cit.



Secondo questa tesi, il garante può opporre al beneficiario sia l'inesistenza sia l'invalidità *tout court* del contratto di base¹⁰⁰: «la nullità e l'inesistenza della fonte dell'obbligazione garantita non si propagano al contratto autonomo di garanzia, ma rendono la sua funzione irrealizzabile»¹⁰¹.

Altri studi ancora hanno indagato i rapporti tra contratto autonomo di garanzia e tipo assicurativo, traendo da un confronto tra il primo e quella peculiare forma assicurativa rappresentata dall'assicurazione del credito¹⁰² l'esistenza di una «convergenza funzionale» tale da far ipotizzare l'applicazione analogica, nel campo delle garanzie autonome, dei principi contenuti, in materia di assicurazione, agli artt. 1895 e 1896 cod. civ.¹⁰³, i quali regolano le ipotesi d'inesistenza del rischio e sopravvenuta cessazione del rischio

¹⁰⁰E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 553 ss., spec. p. 565; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.; spec. p. 302; F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 602 ss. Nel senso che anche l'illiceità dell'oggetto ovvero la mancanza di forma – quando essa sia richiesta a pena di nullità – debbano rilevare giacché «in entrambi i casi, qualora si consentisse l'operare della garanzia si permetterebbe di fatto ad un soggetto (il beneficiario) di ottenere un'utilità (il pagamento) che gli è invece preclusa dall'ordinamento» A. Bertolini, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, fasc. 9, pt. II, p. 445. Sulla stessa linea di pensiero G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 274 ss., p. 304; M. RUBINO SAMMARTANO, *Garanzia bancaria: negozio atipico ma non troppo*, *Foro pad.*, 1988, pt. I, c. 8, per il quale: «resta inconcepibile che la garanzia a prima richiesta possa essere intesa come mezzo voluto dal nostro ordinamento per consentire a colui, che non vi abbia diritto, di essere malgrado ciò pagato e per giunta subito»; ID., *Garanzia a prima richiesta. Esclusione della natura di obbligazione autonoma e astratta*, *Foro pad.*, 1995, pt. I, c. 44 ss.: «l'obbligazione autonoma – ossia veramente indipendente dall'obbligazione principale (e quindi vincolante anche là dove l'obbligazione garantita non sia mai venuta ad esistere o non sussista più) – sarebbe priva di causa».

¹⁰¹E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 301.

¹⁰²L'assicurazione del credito mira a eliminare il danno rappresentato dalla diminuzione patrimoniale che un soggetto subisce per la perdita di un credito dovuta a insolvenza del debitore. Questa forma di assicurazione si colloca ai margini del campo assicurativo in quanto il premio è determinato non già in riferimento a una serie statistica, bensì valutando, caso per caso, indici come, a esempio, l'affidabilità creditizia di chi intende assicurarsi e può aumentare o diminuire al mutare dei parametri assunti a riferimento per la valutazione del rischio. A proposito della funzione dell'assicurazione del credito possono vedersi, tra gli altri, A. DONATI-G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2019, 12ª ed., p. 169 ss.; G. SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 269 ss.; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, voce *Assicurazione credito e cauzione*, in *Dig. it.*, Torino, 1987; P. RUSSO, *Fideiussione, assicurazione del credito, assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1983, pt. I, p. 240 ss., in nota a Cass., 7 aprile 1982, n. 2142. Sui rapporti tra assicurazione del credito e negozi di garanzia v. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2ª ed., cit., p. 109 ss., ove l'A. osserva come «il rischio del garante è conseguenza, non oggetto, dell'assunzione della garanzia»; spec. p. 196 ss.

¹⁰³U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 141.



nel contratto assicurativo¹⁰⁴. *Prima facie*, la garanzia autonoma e l'assicurazione del credito sembrano tendere all'analogo fine di "assicurare" il creditore rispetto ai "rischi contrattuali atipici"; cautelarlo nei confronti di eventi, futuri e incerti, capaci di cagionare una perdita economica.

Un'analisi appena più meditata, tuttavia, rivela chiaramente i tratti differenziali della garanzia autonoma rispetto all'assicurazione¹⁰⁵.

Non soltanto l'assicurato è obbligato a pagare un premio¹⁰⁶ ma, in capo al garante, difettano i requisiti soggettivi previsti dall'art. 1883 cod. civ.¹⁰⁷ Il garante, tecnicamente, non assicura contro il rischio d'inadempimento¹⁰⁸. Soltanto la qualità d'impresa assicuratrice del contraente consente la frantumazione del rischio e dunque, la sua eliminazione in luogo della sua mera traslazione¹⁰⁹. Un ulteriore e assai significativo elemento di di-

¹⁰⁴ Come il rischio, nell'assicurazione, in tanto può formare oggetto di copertura in quanto l'evento dannoso non sia connesso, in modo diretto od occasionale, con un'attività illecita, giacché tale connessione determina la nullità del contratto per illiceità della causa (A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1956, p. 141) così il rischio (della mancata esecuzione della prestazione da parte del debitore-ordinante o meglio, dell'insoddisfazione dell'interesse economico del creditore-beneficiario), nella garanzia autonoma, in tanto potrebbe essere traslato sul garante in quanto l'interesse del beneficiario sia lecito giacché, ove si colori d'illiceità, il contratto sarebbe nullo.

¹⁰⁵ G. B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*, cit., p. 32 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, p. 196 ss.; p. 352 ss.

¹⁰⁶ «Certamente taluni elementi, come la gratuità dell'assunzione della garanzia o come l'iniziativa spontanea del garante nel dar vita al rapporto, escluderanno la ricorrenza di un'assicurazione, così come la mancanza – nel soggetto che contrae col creditore o che promette in suo favore – della qualità professionale di assicuratore». Così F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 112.

¹⁰⁷ Cfr. U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 140: la garanzia autonoma opera il trasferimento del rischio da un soggetto all'altro mentre l'assicurazione realizza la sua completa eliminazione, possibile per la necessaria qualità d'impresa assicuratrice del contraente; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, p. 196-197, il quale nota: «il corrispettivo, infatti, non è, come per l'assicuratore, calcolato su basi tecniche, e dunque matematicamente non rappresenta direttamente l'entità del rischio assunto ed inserito nel compressivo portafoglio assicurato».

¹⁰⁸ Semmai «assicura solo un equilibrio di natura finanziaria» per G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 74 ss. Sul concetto di garanzia nella sua accezione classica di «mero "accrescimento della sicurezza" e non di una assicurazione "assoluta"» si vedano le considerazioni di A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa*, 2011, fasc. 5, pt. I, p. 572 ss.

¹⁰⁹ Cfr. G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, p. 39: «non vi è dubbio che il nostro legislatore [...] abbia considerato come un aspetto essenziale e, quindi, qualificante del particolare tipo contrattuale il suo intimo collegamento con l'esercizio dell'impresa, onde sia reso possibile l'inserimento del singolo rischio nella comunione tecnica ed economica dei rischi, la sola atto a realizzarne la copertura e non già un suo semplice spostamento da un patrimonio a un altro». Già AG. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1961, p. 392,



stinzione è, poi, rinvenibile nella possibilità per il garante autonomo di rivalersi sul debitore garantito con l'*actio mandati contraria* o ex art. 2031 cod. civ. o con l'azione generale di arricchimento senza giusta causa¹¹⁰. La garanzia autonoma non sposta definitivamente su altri le conseguenze economiche della mancata realizzazione del credito. Questi semplici rilievi paiono già da soli sufficienti¹¹¹ a dar conto dell'impossibilità di ravvisare un'analogia tra le due figure¹¹².

Resta da dire della tesi che individua la causa del contratto di garanzia nel più ampio contesto della complessiva operazione economica realizzata dalle parti, scorgendo nella garanzia autonoma un momento esecutivo del mandato conferito alla banca dal debitore principale¹¹³. In questa ricostruzione, il fondamento sostanziale della promessa del garante è individuato *per relationem* con una fonte esterna (*i.e.*, il mandato) idonea a far emergere l'interesse fondamentale del terzo beneficiario (promissario): la promessa verso il creditore troverebbe una propria giustificazione siccome funzionale all'adempimento dell'obbligo contratto dal promittente con il mandante. Ove l'obbligazione principale non sia sorta o sia nulla, non configurandosi *ab origine* un rischio d'inadempimento, la garanzia sarebbe priva di causa; il conseguimento da parte del creditore della prestazione dovuta, nella fase esecutiva del rapporto, farebbe venire meno la funzione di garanzia, rendendo ingiustificata l'attribuzione patrimoniale¹¹⁴. Sul piano delle eccezioni opponibili, si argomenta nel senso che, ove il contratto principale sia inesistente o nullo, anche se non illecito, il garante può eccepirlo, paralizzando la pretesa creditoria: qualsiasi fun-

aveva ravvisato nella comunione tecnica dei rischi uno dei fondamenti della disciplina dell'assicurazione, li dove il riferimento alla tecnica attuariale postula «la presenza dell'impresa assicuratrice: non genericamente l'esistenza di una impresa, ma di un'attività professionale che tenda a realizzare, avvalendosi del caratteristico procedimento statistico-matematico, una intermediazione nei rischi e quindi la neutralizzazione economica di questi». Sul contratto autonomo di garanzia come contratto con funzione di «trasferimento del rischio economico del credito dal creditore al garante» v. G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 296.

¹¹⁰ Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 521.

¹¹¹ Si è anche osservato come l'assicurato abbia diritto all'erogazione di una indennità lì dove il garante autonomo è tenuto a quell'adempimento che sia stato previsto dalle parti ed entro i termini di legge, in alternativa al debitore, a prescindere da un sinistro. Cfr. F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 591.

¹¹² Esclude che la garanzia autonoma possa essere accostata all'assicurazione data la distanza di quest'ultima dalla *causa cavendi* tipica della garanzia personale P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 361.

¹¹³ Cfr. G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., spec. p. 239 ss.; p. 293; L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali*, Napoli, 1995, p. 190 ss.

¹¹⁴ G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 998.



zione di garanzia è *ab initio* irrealizzabile «mancandone l'oggetto e il collegamento genetico con il contratto da garantire, non avrebbe alcun senso consentire mediante il meccanismo dell'automaticità dell'escussione la soddisfazione del beneficiario della garanzia indipendentemente dall'esistenza di un suo diritto»¹¹⁵.

Ponendo al centro della ricostruzione della garanzia autonoma il mandato tra debitore e garante e valorizzando in particolar modo gli obblighi d'informazione che da quest'ultimo derivano, si è voluto scorgere nel mandato «il *trait d'union* tra il rapporto di garanzia ed il rapporto garantito», il collegamento capace di «attenuare l'autonomia dei rapporti, senza sconfiggere il dato formale dell'operazione economica, legato all'inopponibilità delle eccezioni, che del contratto autonomo è il cuore»¹¹⁶. Il mandato rappresenta, in questa tesi, «il giusto punto di riferimento della strategia di prevenzione degli abusi»: dal dovere di buona fede nella sua esecuzione si fa scaturire in capo al debitore-mandante l'obbligo d'informare la banca-mandataria dell'avvenuta prestazione in modo da consentirle di sollevare in confronto del beneficiario l'eccezione di estinzione del rapporto di garanzia. Dal contratto autonomo si fa derivare un'obbligazione «preordinata alla soddisfazione di un interesse del creditore, il cui venir meno comporta l'estinzione del rapporto obbligatorio, giacché obbligazione ed interesse creditorio *simul stant simul cadunt* (artt. 1174 e 1256, co. 2, cod. civ.)»¹¹⁷.

Esaltando «il collegamento di carattere non solo economico, ma anche giuridico, che sussiste tra i vari segmenti dell'operazione complessiva» un'altra ricostruzione preferisce evocare la categoria del contratto normativo¹¹⁸. Il mandato conferito dal debitore principale e la garanzia autonoma costituirebbero i «momenti esecutivi di un accordo plurilaterale» unitario che lega ordinante, beneficiario e garante con la funzione di «promozione» di un affare.

In considerazione della professionalità dell'intermediario, altri ancora assegna alla garanzia autonoma una funzione di *liquidità*¹¹⁹. Il contratto realizzerebbe la manipolazione

¹¹⁵ Ivi, p. 921.

¹¹⁶ A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica* cit., p. 1017-1018 ss.

¹¹⁷ A. MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 1023 ss.

¹¹⁸ A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 104 ss.

¹¹⁹ Secondo una tesi, il *Garantievertrag* assolve ad una funzione «più complessa che non quella di liquidità *monetaria* in senso stretto» la quale «consiste piuttosto in una funzione di *liquidità del rapporto sottostante* [c.d.A.]». Cfr. G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 69 ss. e le considerazioni di P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, p. 445 ss. sull'impostazione dottrinale che assegna all'impegno del garante funzione di puro finanziamento. Evidenzia la «in-



o trasformazione del rischio commerciale in rischio finanziario puro mediante la sua assunzione da parte dell'intermediario professionale, con l'effetto di distrarre immediatamente dal beneficiario il rischio commerciale: la garanzia autonoma genererebbe una «sicurtà» dal momento che produrrebbe «quella sicurtà attinente alla dinamica finanziaria dell'operazione»¹²⁰.

Appare chiaro come questo contratto atipico s'inserisca nelle dinamiche dell'attività d'impresa¹²¹, atteggiandosi a strumento di sostegno degli investimenti oltre che di protezione del credito¹²². Il contratto autonomo di garanzia è funzionale all'esigenza di tutela del credito e dei rapporti commerciali¹²³. Favorisce la speditezza dei traffici¹²⁴. Proprio in ragione di ciò, nella ricerca del fondamento idoneo a giustificare l'assetto degli effetti da esso scaturenti, si è parlato «di *promozione contrattuale o d'affare*, più che di garanzia», rilevando come l'impegno incondizionato del garante sia un mezzo indispensabile per far conseguire al debitore principale la conclusione del contratto col beneficiario: la *promozione contrattuale*, nel quadro di un accordo plurilaterale, assurgerebbe a causa stessa della garanzia autonoma. Quest'ultima tenderebbe solo in via indiretta alla tutela del credito, essendo rivolta «essenzialmente alla promozione di un'impresa produttiva»¹²⁵.

Proposte come queste, se da un lato finiscono per appannare la *causa cavendi* e la funzione *lato sensu* cauzionale che sembrano connotare la garanzia autonoma, dall'altro, hanno il pregio di porre in evidenza la molteplicità degli interessi che trovano composizione all'atto della conclusione di questo contratto e la necessità di guardare non solo all'atto singolo, ma all'unità dell'affare¹²⁶.

tima connessione tra causa di finanziamento e causa di garanzia» G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*, cit., p. 5. Nel senso che «funzione di garanzia e funzione di liquidità concorrono, sia pure operando in momenti diversi» F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 577.

¹²⁰ G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 74 ss.

¹²¹ Cfr. M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, Milano, 1991; ID., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., *passim*.

¹²² M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 223.

¹²³ «Il nesso tra garanzie del credito, ragioni dell'impresa e mercato appare assai stringente: un articolato e idoneo sistema di garanzie commerciali condiziona l'accesso delle imprese al finanziamento e incide sul costo complessivo del credito». Cfr. M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 212-213.

¹²⁴ Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 169.

¹²⁵ A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 106 ss.; p. 111.

¹²⁶ Si rivela, allora, «utile approfondire non tanto l'atto (singolo) quanto la complessiva operazione, l'attività» Così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, fasc. 2-3, p. 232.



Affiora in esse l'idea, sviluppata sul piano della teoria del contratto, che questo oggi possa sempre meno «essere configurato secondo uno schema improntato alla prevalente rilevanza della struttura e del suo *nomen*, cioè mediante l'assorbente schema del tipo, giacché nel moderno diritto dei contratti ad una pluralità di strutture sovente corrisponde una unicità di funzione, con la conseguenza, sul piano ricostruttivo, che, al di là ed a prescindere dal fenomeno della fattispecie a formazione progressiva o del collegamento negoziale, la raffigurazione dell'assetto di interessi può compiutamente esprimersi solo mediante la nozione di autonomia contrattuale, e quindi secondo la sua conformità ai principi della liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti»¹²⁷.

L'atteggiarsi degli interessi in gioco è così multiforme e le soluzioni attraverso le quali questi trovano composizione, al di là dalla schematizzazione offerta dal legislatore nei tipi contrattuali, sono talmente variabili¹²⁸ che, nella garanzia autonoma, si è reputato di ravvisare un negozio capace, di volta in volta, di «assumere i contorni della cauzione, dell'assicurazione, della fideiussione codicistica o di altro negozio»: soltanto il regolamento degli interessi nel concreto perseguiti dalle parti appare in grado di offrire, nella sua oggettività, all'interprete il materiale occorrente per procedere alla qualificazione dell'atto¹²⁹.

3.1. – Per stabilire in che misura il contratto di garanzia sia stato reso “autonomo” rispetto al contratto sottostante e come si atteggi, concretamente, il regime delle eccezioni opponibili dal garante al beneficiario in relazione al rapporto sottostante appare indubbio che sia necessario indagare la comune intenzione delle parti coinvolte nella operazione economica¹³⁰. L'interpretazione e la qualificazione dello schema atipico presuppongono «di vagliare il profilo funzionale dell'operazione, inteso come [...] scopo pratico individuale perseguito dai contraenti»¹³¹.

¹²⁷ Cfr. E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, fasc. 3, p. 925.

¹²⁸ Si veda, nell'ambito di un ben più ampio discorso sulla crisi del contratto, E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 916.

¹²⁹ G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 178; p. 189.

¹³⁰ Cfr. G. TARANTINO, *Contratto autonomo di garanzia: causa e operazione economica*, cit., p. 1112: «la ricostruzione degli interessi dei contraenti diventa lo strumento per comprendere se le parti abbiano ritenuto opportuno, in relazione all'operazione economica nel suo complesso, consentire al garante di opporre al garantito, ad esempio, l'avvenuta esecuzione, parziale o totale, del contratto di base, così da attribuire al contratto di garanzia una maggiore o minore autonomia».

¹³¹ F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 143.



Il discorso sul fondamento causale della garanzia autonoma chiama sulla scena l'ampio dibattito che si è sviluppato, negli anni, attorno al concetto di operazione economica¹³² e di collegamento negoziale¹³³, disvelando la denunciata interferenza fra il tema della causa e quello del collegamento «posto che [...] tra i criteri di interpretazione del contratto viene anche in considerazione quello dell'interpretazione funzionale: e cioè l'interpretazione diretta a ricercare il significato del contratto in coerenza con la causa concreta di esso, più correttamente, ancora, con la causa di esso così come integrata dagli interessi determinanti l'operazione»¹³⁴. Il problema dell'individuazione del fondamento giustificativo del contratto di garanzia autonoma si palesa, così, in tutta la sua complessi-

¹³²E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 131 ss.; Id., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, fasc. 2, pt. I, p. 93 ss.; Id., *Mercato, contratto e operazione economica*, *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 4, p. 1044 ss.; Id., *Il «contratto frazionato» e l'unità dell'operazione economica*, *Giust. civ.*, 2008, fasc. 3, pt. 1, p. 738 ss.; Id., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 905 ss.; Id., *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2020, fasc. 3, p. 445 ss.; Id., «Operazione economica» e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

¹³³Senza pretesa di esaustività, sia consentito richiamare M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 ss.; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1943, II, 1, p. 328 ss.; M. VELLANI, *In tema di negozi collegati*, ivi, 1951, III, p. 320 ss.; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 357 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 469 e ss.; Id., voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, 1960, VII, p. 375 ss.; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, p. 273 ss.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, p. 342 ss.; F. MESSINEO, *Contratto collegato (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, X, p. 48 ss.; A. SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. giur.*, 1968, p. 837 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279 ss.; FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 256; Id., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, pt. II, p. 233; Id., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, 1, p. 127 ss.; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributi alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; S.O. CASCIO-C. ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, IX, p. 1 ss.; G. CHINÉ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1095; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; V. BUONOCORE, *Contratti d'impresa e collegamento negoziale*, in *Aa.Vv.*, *Collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, 9 ss.; C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, p. 1044 ss.

¹³⁴Appare evidente «l'interferenza tra tema della causa e quello del collegamento negoziale. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da V. ROPPO, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, p. 183.



tà, legata non solo alla ricchezza del concetto di causa, ma anche alle declinazioni che ha assunto nelle speculazioni della civilistica¹³⁵.

Per la sua soluzione si rivela indispensabile considerare gli interessi concretamente perseguiti dalle parti nell'ambito della operazione economica in cui s'inserisce il *Garantievertrag* quale strumento tipico della contrattazione d'impresa¹³⁶.

Sotto la spinta di una (nuova) *lex mercatoria* che segna inesorabilmente il passo¹³⁷, il carattere dell'accessorietà ha perso terreno e le regole atte a disciplinare il rapporto di garanzia non possono che desumersi, nel concreto, in considerazione dello specifico contenuto del contratto e quindi, alla luce degli interessi che in esso trovano tutela¹³⁸. La diffusione di forme atipiche di garanzia personale fortemente incise dagli interessi del-

¹³⁵ La riflessione dottrinale intorno alla causa del contratto è pressoché sconfinata. Per orientarsi nella teoria classica della causa come funzione economico sociale sia consentito il rinvio a C. SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, cit., p. 88 ss. Quanto invece all'elaborazione che ha condotto alla concezione della causa come funzione economico individuale e alla proposta ricostruttiva della causa in concreto si rinvia al recente contributo di C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta. Una proposta dottrinale di successo*, *Riv. dir. civ.*, 2020, fasc. 3, p. 588 ss. cui adde A.M. GAROFALO, *La causa: una 'storia di successo'? (a proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto)*, in *Jus civile*, 2018, p. 2, oltre ai classici G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI-C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 99 s.; M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 568 s.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969; ID., *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della causa reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico – sociale del negozio*, in *Riv. not.*, 1978, p. 950; ID., *Causa tipica 'motivo' del contratto, dogmi di teoria generale e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1104; V. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2379 ss.; ID., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 256 ss.

¹³⁶ Cfr. G.B. BARILLÀ, *Performance bond tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 126 ss.

¹³⁷ Negli ultimi tempi, il diritto dei contratti è stato oggetto di profonde e significative novità sia per la crescente rilevanza, nel diritto degli affari, della *lex mercatoria* sia per l'incidenza di un diritto comune europeo in continua evoluzione. Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., p. 93. Sotto l'influsso della *lex mercatoria*, il contratto «è diventato esso stesso un ordinamento giuridico, cioè l'unica legge fra le parti, sicché il diritto si ritira e lascia il passo alla totale autonomia privata alla quale gli stessi Stati ormai soggiacciono». Cfr. G. ROSSI, in *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, *Riv. soc.*, 2013, fasc. 4, p. 749 ss.

¹³⁸ Cfr. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 197 ss., spec. 205; in un più ampio discorso sulla crisi del contratto e il superamento della teoria della causa come funzione economico-sociale, E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 924: «nel moderno diritto comune dei contratti la fattispecie "contratto" va considerata ed interpretata in una dimensione concettuale che consenta di apprezzare, in tutta la loro completezza e complessità, gli interessi dedotti dalle parti nella costruzione dell'atto di autonomia privata».



l'impresa ha accresciuto l'esigenza di guardare all'affare e al concreto assetto complessivo degli interessi negoziali¹³⁹ per ricostruire, di volta in volta, l'esatto significato dell'atto di autonomia privata e la disciplina atta a governarlo¹⁴⁰. Col moltiplicarsi dei modelli e sotto la spinta della «globalizzazione», il concetto tecnico di garanzia ha acquisito maggiore elasticità¹⁴¹, svelandosi capace di assumere una connotazione non solo satisfattoria, ma anche indennitaria¹⁴² e para-assicurativa¹⁴³.

Con riguardo alla garanzia autonoma, il riferimento alla *causa cavendi* non sembra imporre di restare attaccati a una nozione restrittiva di garanzia tale da non consentire d'includere l'assunzione di rischi¹⁴⁴ *normali* in quanto statisticamente frequenti (più o meno probabili) in certe contrattazioni, ma *atipici* poiché estranei alle previsioni legislative, non compresi nell'area di copertura propria delle norme tipologiche o sul contratto

¹³⁹ La globalizzazione offre opportunità anche sul piano giuridico, ma la fuga dal tipo della fideiussione non può costituire l'espedito per eludere l'applicazione di norme imperative a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento giuridico. Cfr. G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 16 ss. e i rilievi critici di A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in F. PIRAINO-S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 402 ss.

¹⁴⁰ Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 132: «Sul piano del fatto, dell'affare, considerato e valutato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali occorre pertanto volgere l'indagine, la quale richiede e postula l'esigenza di un esame complessivo dell'assetto di interessi, al fine di coglierne, nel suo esatto significato, la disciplina che lo governa».

¹⁴¹ G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 12.

¹⁴² Nel senso che «La garanzia autonoma, in quanto diretta ad ovviare al pregiudizio economico che deriva al garantito dall'inadempimento del debitore principale, ha una funzione indennitaria, che tuttavia prescinde dall'applicazione dei criteri del risarcimento in quanto il garante si obbliga al pagamento di una somma predeterminata» L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 99. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. e il commento di F. ASTONE, *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., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947)*, in *Riv. not.*, 2010, fasc. 5, p. 1239.

¹⁴³ Cfr. M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, p. 167 ss.

¹⁴⁴ Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 338, spec. nt. 503. Reputa invece che la causa assicurativa stia progressivamente guadagnando terreno a scapito della *causa cavendi* e che la crescente esigenza di abbandono dell'accessorietà dovrebbe indurre non già a modificare in senso espansivo la funzione di garanzia, bensì a rintracciare, nelle figure negoziali coinvolte (*in primis*, nella garanzia autonoma) la presenza di una diversa causa come quella assicurativa o di sicurezza E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, p. 169 ss. *Contra* P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 512 ss., spec. 514, il quale esclude che alla garanzia autonoma possa riconoscersi funzione di "garanzia pura" giacché interesse del creditore garantito non è spostare definitivamente su altri le conseguenze economiche della mancata realizzazione del credito bensì, cautelarsi rispetto al pregiudizio della mancata disponibilità di liquidità per il periodo in cui dovesse protrarsi una eventuale contestazione relativa a un credito controverso.



in generale. La garanzia autonoma nasce proprio a fronte dell'inadeguatezza sia delle cauzioni reali sia dello schema fideiussorio a soddisfare le esigenze emerse nella contrattazione d'impresa e nella prassi bancaria. Il bisogno di accrescere la sicurezza dei traffici e la speditezza dei pagamenti ha dato vita a un nuovo schema negoziale, in cui, sul piano funzionale, l'interesse a rafforzare le possibilità di realizzazione dell'interesse patrimoniale del creditore s'intreccia con interessi ulteriori: *in primis*, quello del beneficiario ad acquisire prontamente la somma corrispondente al valore del credito, disincentivando iniziative contenziose pretestuose e comunque, guadagnando il vantaggio di poter «litigare al sicuro» col debitore principale. Proprio per la soddisfazione di questi concreti interessi e la gestione dei suddetti rischi la moderna *lex mercatoria* ha riservato un ruolo centrale a un meccanismo di protezione degli interessi in autotutela, improntato a rapidità, sicurezza e automatismo come il contratto autonomo di garanzia¹⁴⁵.

4. – Una ricostruzione della garanzia autonoma che ne valorizzi la *causa cavendi*, espandendola per connotarla di una funzione non solo cauzionale (in senso lato) ma anche di copertura di rischi atipici normali in alcune forme di contrattazione dovrebbe portare ad affermare che il garante, in linea di massima, non possa eccepire l'invalidità del contratto principale. Invero, non si vede la ragione che impedisca alle parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, di modellare il loro accordo in modo da governare non soltanto il rischio dell'inadempimento, ma anche il rischio di non poter soddisfare prontamente il proprio interesse patrimoniale per vicende come, a esempio, la impugnazione del contratto principale da parte del contraente straniero che invochi norme ignote alla controparte¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cfr. U. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali*, cit., p. 239 ss.; G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 441, il quale ricorda come le cauzioni siano spesso associate a quelle tecniche attuative della garanzia che, appunto, rimandano a una dimensione prossima a quella dell'autotutela. Della garanzia autonoma come strumento di autotutela dell'ente pubblico diffusosi, specialmente, nel settore degli appalti pubblici parla, di recente, F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 140.

¹⁴⁶ Cfr. G. STELLA, *Garanzie autonome e uniform rules for demand guarantees*, cit., p. 383, per il quale: «La garanzia di tipo autonomo potrebbe essere utilizzata per neutralizzare non soltanto il rischio di inadempimento, ma anche quello legato a qualunque altro accadimento che precluda al beneficiario il conseguimento del risultato economico del contratto principale come, ad esempio, la circostanza che il contraente straniero invochi la nullità del contratto principale avvalendosi di norme ignote alla controparte o il *factum principis* che renda impossibile l'esecuzione della prestazione del contraente estero».



In linea generale, le parti sono libere di accordarsi in modo da governare il rischio di una perdita economica che potrebbe gravare sul beneficiario in dipendenza del contratto stipulato col terzo (l'ordinante) e di distribuire i rischi che sorgano da un determinato contratto, traendoli fuori dall'alea normale, nei limiti segnati dall'art. 1229 cod. civ.; dunque, purché non sia limitata la responsabilità per dolo o colpa grave¹⁴⁷.

Quand'anche la garanzia autonoma tenda a realizzare effetti analoghi a quelli che avrebbe dovuto produrre il negozio nullo e dunque inefficace, ciò avviene in forza di un nuovo e distinto atto di esercizio dell'autonomia privata: fermo il disposto dell'art. 1344 cod. civ., nulla vieta che conseguenze identiche a quelle del negozio invalido siano raggiunte attraverso un negozio diverso¹⁴⁸. L'ordinamento, del resto, prevede, come si ricava dall'art. 1424 cod. civ., che un contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto diverso¹⁴⁹ o che la transazione novativa su titolo nullo (purché non illecito) sia valida (ove le parti abbiano transatto conoscendo la causa d'invalidità) dal momento che lo scopo di risolvere una lite può essere raggiunto ancorché il titolo dedotto sia nullo e la legittimità delle reciproche concessioni prescinde dall'accertamento della fondatezza della pretesa fatta valere¹⁵⁰.

Nella misura in cui si accolga un concetto di "garanzia" sufficientemente ampio da ricomprendere l'assunzione di rischi contrattuali *normali e atipici* nel senso sopra precisato, non sembra sussistere la necessità di oggettivare la *causa cavendi* della garanzia autonoma in un rapporto fondamentale valido¹⁵¹. Come scrivono i giudici della S.C., la

¹⁴⁷ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 335.

¹⁴⁸ M. SEGNI, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, cit., p. 158.

¹⁴⁹ Così L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 15.

¹⁵⁰ M. FRANZONI, *La transazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. Roppo, IV, *Opere e servizi*, t. 2, Milano, 2014, p. 1148.

¹⁵¹ Cfr. U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 130: "[...] il contratto autonomo di garanzia è diretto alla copertura del rischio totale da insoddisfazione dell'interesse economico del creditore, indipendentemente dalla validità e dalla attualità della pretesa come situazione giuridica soggettiva"; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 192: l'obbligazione del garante trova giustificazione nel rischio (dell'inadempimento del debitore principale o meglio, della frustrazione dell'interesse economico) del beneficiario, che sussiste a prescindere dalla validità della sua pretesa verso il debitore ordinante; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 107 ss.: la «validità del contratto tra "beneficiario" e "debitore principale", e le vicende relative, sono indifferenti per il garante»; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 154-155, che scrive: «Al beneficiario non possono essere opposte se non le eccezioni inerenti al contratto stipulato così come i vizi allo stesso inerenti». *Contra* E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.; spec. p. 313; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 471 spec., nt. 215. La garanzia autonoma «deve essere valida anche in presenza di un rap-



funzione della garanzia autonoma «non è proprio quella di garantire l'adempimento altrui quanto quella di far conseguire senza indugio al creditore l'oggetto della prestazione in attesa della chiarificazione del rapporto principale e delle contestazioni [...] il contratto non può dirsi astratto [...], giacché la causa risiede nella copertura del suddetto “rischio”»¹⁵².

Il rischio propriamente assunto dal garante autonomo è quello legato alla mancata pronta soddisfazione dell'interesse patrimoniale del garantito a fronte di vicende quali, *in primis*, l'impugnazione del contratto principale. Essere privati della disponibilità di liquidità in attesa della definizione di un contenzioso si traduce, infatti, specie nella vita dell'impresa, in un danno. Rispetto a questo rischio il beneficiario intende cautelarsi.

Il rischio della perdita economica derivante dalla mancata soddisfazione dell'interesse del creditore-beneficiario, peraltro, non è traslato con definitività sul garante, il quale ha azione di rivalsa verso il debitore-ordinante e ciò impedisce di riconoscere alla garanzia autonoma funzione di “garanzia pura”¹⁵³.

Nulla sembra precludere ai privati di regolare l'incidenza delle vicende del rapporto principale su quello di garanzia, escludendo la dipendenza dell'uno dalle altre. Così come nulla vieta, nella stesura della clausola “senza eccezioni”, di farne salve alcune: i paciscenti ben potrebbero prevedere espressamente che il garante sia ammesso a sollevare talune eccezioni relative al rapporto principale (tranne quella d'inadempimento della prestazione principale)¹⁵⁴.

Il credito garantito potrebbe esser sorto anche sulla base di un titolo invalido¹⁵⁵, purché non illecito.

porto fondamentale invalido, in quanto non garantisce “il pagamento”, ma la realizzazione di un interesse, il cui “controvalore”, per così dire, viene monetizzato nella cifra portata dalla garanzia». Così A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, cit., p. 595-596.

¹⁵² Cass. civ. sez. I, 18 novembre 1992, n. 12341, in *Giust. civ.*, 1993, fasc. 6, pt. I, p. 1535 ss., con nota di M. COSTANZA, *Contratto di garanzia e diritti di regresso della banca controgarante* e di S. DE VITIS, *Brevi riflessioni in merito alla struttura del c.d. contratto autonomo di garanzia*; *Giust. civ.*, 1993, fasc. 11, pt. I, p. 2765 ss., con nota di F. CASSERA, *Contratto autonomo di garanzia, escussione fraudolenta del garante ed exceptio*.

¹⁵³ P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 514.

¹⁵⁴ G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 847-848.

¹⁵⁵ Tuttavia «La promessa di pagare una somma a capriccio dell'oblato, senza che questi sia titolare di un interesse giuridicamente rilevante nei confronti dell'ordinante, non appare sorretta dalla causa di garanzia e pertanto, se non munita di altra giustificazione, dovrebbe considerarsi invalida». Così L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 74. Nel senso invece che a giustificare l'efficacia obbligatoria della promessa di garanzia autonoma «basta la dichiarazione in esso dello scopo di garanzia e che sia fatto comunque dalle parti riferimento ad un rapporto fondamentale» G.B. PORTALE, *Fideiussione e*



Veniamo, così, al punto nodale: i privati sono liberi di plasmare il contenuto del contratto in modo tale che il garante si addossi il rischio dell'invalidità del rapporto obbligatorio principale¹⁵⁶, ma la garanzia autonoma non può costituire il mezzo adoperato dalle parti per il raggiungimento di un risultato vietato dall'ordinamento.

Sembra allora da condividere, nonostante il parere contrario di una parte minoritaria della dottrina¹⁵⁷, l'orientamento secondo cui il garante, fuori dall'ipotesi della *exceptio doli*, può comunque formulare le eccezioni «fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta»¹⁵⁸. La conclusione, del resto, appare accoglibile sia nell'ottica della causa esterna sia ove si ragioni di causa interna.

Invero, nella prima prospettiva, si è affermato che, ove la causa del rapporto di valuta sia illecita, «la necessaria descrizione nel contratto di garanzia del rapporto di base, palesando l'illiceità del «fondamento» porta sicuramente anche alla nullità di questo contratto per illiceità della causa»¹⁵⁹. Ma anche chi sposa l'idea della causa interna sostiene che la garanzia autonoma tende ad assicurare al beneficiario l'utilità materiale che la prestazione avrebbe procurato al creditore indipendentemente dalla circostanza che l'obbligazione originaria non sia validamente sorta¹⁶⁰ salvo il caso a sé in cui il contratto di garanzia sia «contagiato» dall'illiceità dal rapporto base.

contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, cit., p. 203.

¹⁵⁶ E la conoscenza o meno da parte del garante del vizio inficiante l'obbligazione garantita resta irrilevante ai fini della validità dell'impegno di garanzia. Cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 177 ss. In senso analogo M. SEGNI, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, cit., p. 156, per il quale, all'infuori dell'ipotesi di nullità del contratto tra debitore-ordinante e creditore-beneficiario per illiceità della causa o del motivo comune ai contraenti, non vi sono «motivi per dubitare della validità di una promessa [del primo tipo, quella] fatta cioè con specifico riferimento a un vizio che già si conosce».

¹⁵⁷ M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952 ss.

¹⁵⁸ Cfr. Cass., 14 dicembre 2007, n. 26262, *Foro it., Rep.*, 2007, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 25. Conf. Cass. civ. sez. III, 7 marzo 2002, n. 3326, *Giur. it.*, 2002, p. 1205 e *Contr.*, 2002, fasc. 12, p. 1085 con nota di M. AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*.

¹⁵⁹ «[...] il più delle volte allo stesso risultato si perviene adoperando il principio della frode alla legge». Cfr. G. B. PORTALE, *op. loc. ult. cit.*; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 844. Anche per G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 921, il quale invece individua il fondamento causale della garanzia autonoma nel mandato tra debitore e garante, la nullità per motivi diversi dalla illiceità ridonda sulla garanzia autonoma, rendendo la sua funzione *ab initio* irrealizzabile.

¹⁶⁰ Sicché si dovrebbe parlare – più che di garanzia di un credito – di garanzia di un interesse del beneficiario. Così F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 336.



In senso contrario non «varrebbe obiettare che una funzione di garanzia non troverebbe giustificazione, giacché, mancando o venendo meno l'obbligazione garantita, nulla (o nulla più) c'è da garantire [...] La garanzia non consiste necessariamente nella assunzione di un'obbligazione in tutto omogenea a quella del debitore principale» potendo «consistere nell'assunzione del rischio costituito dal mancato raggiungimento di un determinato risultato economico»¹⁶¹. In questo ragionamento, l'inadempimento del debitore principale è assunto non come vicenda di un rapporto obbligatorio, ma come evento causativo della perdita di quella utilità materiale; il garante s'impegna a sopportare il rischio di un altro e l'invalidità del rapporto principale non elimina il rischio per il beneficiario di veder vanificato il risultato economico cui aveva interesse. Il contratto di garanzia autonoma ha lo scopo di coprire anche il rischio atipico che si leghi a vizi del rapporto principale¹⁶², fermo che non può trovare tutela neppure provvisoria un contratto di garanzia inficiato dalla illiceità del rapporto base¹⁶³.

Traslando queste considerazioni dal piano generale alla particolare ipotesi che qui specificamente ci occupa, sembra di poter pervenire alla conclusione che, ove il contratto base contenga un patto usurario, il garante può eccepire nei confronti del beneficiario l'invalidità della pretesa di pagamento degli interessi dal momento che la norma contenuta all'art. 1815, secondo comma, cod. civ. è di ordine pubblico¹⁶⁴ e giammai si potrebbe consentire che, sia pure mediamente, cioè per il tramite della garanzia autonoma, il patto usurario trovi attuazione o comunque, spieghi effetti lesivi degli interessi generali protetti dalla norma imperativa.

Che si parli di nullità cd. «riflessa» o «derivata» oppure, come appare preferibile, di

¹⁶¹ F. MASTROPAOLO, *op. ult. cit.*, p. 328-329.

¹⁶² Lì dove il rischio verrebbe ad assumere precipuo rilievo sul piano causale. Cfr. F. MASTROPAOLO, *op. ult. cit.*, p. 352.

¹⁶³ S'intende, il garante «che eccepisca la nullità conseguente all'illiceità della causa, non richiama già un'eccezione derivante dal (solo) rapporto di base, ma la causa, *propria* e *interna* al contratto di garanzia e che insanabilmente lo vizia». F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 571.

¹⁶⁴ Sul punto si tornerà più avanti. Intanto, sia consentito segnalare in arg. le riflessioni di A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 359: «se rispetto ai modi della concessione del credito nel mercato legale l'intervento del legislatore può definirsi misura di ordine pubblico economico, e specificamente di direzione dei flussi creditizi, e forse di concorso allo stimolo per la migliore allocazione delle risorse, e di ricerca di un difficile punto di equilibrio fra spontaneità del mercato e bisogno di regole, rispetto all'illegalità e alla delinquenza organizzata l'intervento normativo costituisce una misura di ordine pubblico *tout court*»; ID., *Usura e interessi moratori dal punto di vista della "ratio legis"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, fasc. 1, pt. II, p. 96; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli (Jovene) 2011, p. 108-109.



nullità per frode alla legge¹⁶⁵, si dà che il disvalore del patto usurario si ripercuota ineluttabilmente, anche se parzialmente, sulla garanzia autonoma che assiste il contratto bancario.

Dai rilievi precedenti sembra possibile trarre alcune conseguenze ulteriori con riferimento al regime delle eccezioni opponibili dal garante autonomo e in particolare, con riguardo alla proponibilità delle eccezioni d'inesistenza del rapporto garantito e di nullità strutturale del contratto base.

Quanto alla prima, alcuni autori inclinano per la soluzione positiva, sostenendo che l'eccezione d'inesistenza del rapporto base costituisca un autonomo rimedio, connesso a un vizio originario del contratto di garanzia: *i.e.*, la sua mancanza di causa¹⁶⁶. Ogni qual volta venga meno l'interesse oggettivo del beneficiario, verrebbe meno la causa stessa della garanzia¹⁶⁷: vizi originari e difetti sopravvenuti capaci d'incidere sull'interesse creditorio riposerebbero sullo stesso piano¹⁶⁸, dovendosi ammettere la proponibilità delle eccezioni relative alla sopravvenuta inesistenza dell'obbligazione garantita (come a es., l'estinzione per adempimento)¹⁶⁹.

Muovendo dall'idea per cui «la persistenza dell'interesse creditorio costituisce la causa del contratto di garanzia e che questo non si esaurisce al momento della posizione del-

¹⁶⁵ Cfr. G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, cit., p. 18, testo e nt. 54.

¹⁶⁶ Cfr. G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, cit., p. 304, per il quale, letteralmente: «l'eccezione di nullità o di inesistenza del rapporto base assume valenza specifica quale rimedio autonomo, connesso ad un vizio originario del contratto di garanzia (cioè la mancanza della causa)». Per la proponibilità dell'eccezione d'inesistenza del contratto di base anche E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 553 ss., spec. p. 565; ID., *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.; spec. p. 302. In giur., nel senso la rinuncia del garante a opporre le eccezioni inerenti al rapporto di base non comprende quella d'inesistenza del contratto principale cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, cit.

¹⁶⁷ A. MAZZONI, *Le lettere di patronage nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome* cit., p. 394 e P. DE SANNA, *Accessorietà e autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 44 ss.

¹⁶⁸ Così come fa P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 83 ss.

¹⁶⁹ Nel senso che «L'eccezione di pagamento deve invero restare proponibile, in quanto il pagamento già realizza l'interesse tutelato dalla clausola» F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 605: «anche le eccezioni fondate su modi di estinzione diversi dall'adempimento devono restare proponibili». In giur. v. Cass. civ., 11 dicembre 2018, n. 31956, in *Mass. Giust. civ.*, 2019, per cui, in tema di contratto autonomo di garanzia, in ragione dell'assenza dell'accessorietà propria della fideiussione, il garante non può opporre eccezioni riguardanti il rapporto principale, potendo però sollevare nei confronti del creditore eccezioni fondate sul contratto di garanzia; sicché, se il debitore principale viene liberato per novazione soggettiva o per altra sopravvenuta vicenda giuridica, il garante può sollevare nei confronti del creditore una eccezione di estinzione della garanzia.



l'obbligo a carico del garante» si è sostenuto «che in ogni caso in cui venga meno l'interesse economico originario il contratto di garanzia rimane colpito da nullità sopravvenuta per sopraggiunto difetto di causa»¹⁷⁰.

Sembra, tuttavia, preferibile l'opinione di chi, per contro, ha autorevolmente sostenuto che, ove il contratto principale, considerato il «fondamento» della prestazione del garante, (per qualsiasi ragione) difetti *ab origine* o venga meno successivamente, non si dà nullità del contratto autonomo di garanzia, bensì «unicamente spetta alla parte che ha eseguito la prestazione [...] una *condictio indebiti* ovvero un'analoga azione recuperatoria o risarcitoria»¹⁷¹.

Un conto è ammettere il garante a opporre l'escussione fraudolenta della garanzia ove non sussista il diritto del beneficiario a ricevere la prestazione originaria (per adempimento del contratto principale, inesistenza originaria o estinzione sopravvenuta dei diritti nascenti dal contratto base) allegando prove pronte e liquide; altro è ammettere il garante a opporre *sic et simpliciter* l'inesistenza originaria oppure l'estinzione sopravvenuta del diritto del creditore, a prescindere dalla sussistenza di una condotta abusiva o di una frode del beneficiario¹⁷².

Ammettendo il garante a formulare l'eccezione d'inesistenza del contratto base si rischia di mortificare gli interessi concretamente perseguiti dalle parti che stipulino un contratto di garanzia autonoma, frustrando la sua funzione di copertura dei cd. rischi atipici, *in primis*, legati appunto all'inesistenza o invalidità del rapporto base¹⁷³.

Fatti quali l'adempimento del debitore garantito, l'inadempimento imputabile al beneficiario della garanzia o comunque non imputabile al debitore ovvero la circostanza che il creditore beneficiario sia a sua volta inadempiente crediamo possano essere eccepiti dal garante nella misura in cui l'eccezione sia fondata su prova liquida, volta a far valere contegni abusivi o fraudolenti: l'unico rimedio, in questi casi, è rappresentato dall'*exceptio doli generalis*¹⁷⁴.

¹⁷⁰ U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 145 ss.

¹⁷¹ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 20.

¹⁷² In arg. v. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 850.

¹⁷³ Cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 472, nt. 215, il quale manifesta appunto perplessità rispetto alla scelta di riconoscere al garante la possibilità di eccepire l'inesistenza del contratto base. La soluzione, ad avviso dell'A., rischia di svilire l'autonomia del *Garantievertrag*, vanificandone la funzione.

¹⁷⁴ Sul punto, v. G. SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., p. 101. Si segnala anche A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimedia-*



Per quanto concerne, poi, l'incidenza sul rapporto di garanzia delle cause di nullità del contratto di base diverse dall'illiceità e dalla nullità per contrasto con norme imperative, con buona parte della dottrina sembra di poter inclinare per la soluzione negativa, escludendo che le nullità "strutturali" possano assumere rilievo, salva l'ipotesi in cui l'invalidità sia stata accertata con sentenza passata in giudicato. In un caso del genere, l'escussione della garanzia dovrebbe, infatti, considerarsi fraudolenta e il garante dovrebbe reputarsi ammesso a paralizzare la pretesa del beneficiario con l'*exceptio doli*¹⁷⁵.

Secondo altra linea di pensiero, tuttavia, anche la nullità del contratto di base per motivi diversi dall'illiceità della causa (dell'oggetto o del motivo comune) ovvero dalla contrarietà a norme imperative (come la indeterminatezza/indeterminabilità o l'impossibilità dell'oggetto del contratto principale o la mancanza della forma prescritta dalla legge *ad substantiam*) è idonea a far venir meno il presupposto causale della garanzia autonoma. Ogni forma di nullità (di stampo codicistico) del contratto base inciderebbe sulla garanzia autonoma e non potrebbero darsi «distinzioni tra le varie ipotesi di nullità radicale ai fini della eccezione di nullità del garante nei confronti del beneficiario»¹⁷⁶. A

li in una diversa prospettiva ermeneutica, cit., p. 2024. In giur., cfr. Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2019, n. 12884, in *Corr. giur.*, 2020, fasc. 6, p. 773 ss. con nota di G.B. BARILLA, *I presupposti per l'esercizio dell'"exceptio" doli nell'escussione delle garanzie bancarie autonome: obblighi del garante e diritti del beneficiario*.

¹⁷⁵ G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 49-50. Sulla stessa linea, ci si limita a richiamare qui, *ex multis*, G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 845: «non sussiste inefficacia della garanzia in caso di nullità semplice del contratto principale, dovuta a difetto di forma scritta, a indeterminatezza dell'oggetto, a difetto di rappresentanza in capo al soggetto stipulante, ecc.; ma solo nel caso specifico di nullità di tale contratto per illiceità»; V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, cit., p. 556, per la quale, in disparte quelle di nullità per contrarietà a norme imperative ovvero illiceità della causa del rapporto di valuta «tutte le altre eccezioni, tra cui quelle di nullità, annullabilità o di rescissione, inesistenza, non devono ritenersi ammissibili nei confronti del garantito. Secondo un primo ordine di ragioni, infatti, il sistema di rivalse riconosciute in capo al garante nei confronti del debitore conferisce, ad ogni modo, tutela al primo, che potrà, quindi, agire in regresso e per l'intero nei confronti del debitore stesso; questi, potrà a sua volta far valere le sue ragioni agendo nei confronti del creditore-beneficiario ove questi abbia escusso la garanzia in modo illegittimo. [...] in una logica economica spetta all'istituto creditizio o assicurativo effettuare i controlli che ritenga più opportuni al fine di valutare la consistenza di detto rischio specifico, al pari di tutti gli altri eventuali rischi sussistenti (si pensi ai cc.dd. rischi atipici nei contratti di appalto o di fornitura internazionali) onde soppesare la convenienza economica dell'operazione».

¹⁷⁶ Cfr. G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.: «non esiste alcuna giustificazione pratica e dogmatica della distinzione tra le varie ipotesi tradizionali di nullità: la indeterminatezza/indeterminabilità o l'impossibilità dell'oggetto del contratto principale ovvero la mancanza della forma prescritta dalla legge [...] non si vede quale sia il principio giuridico per il quale dovrebbero essere disciplinate in maniera diversa»; p. 301 ss., p. 314; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 79 ss.: «qualsiasi vizio o difetto relativo all'in-



fronte di un contratto principale nullo (anche se non illecito), risulterebbe *ab initio* irrealizzabile qualsiasi funzione di garanzia¹⁷⁷.

Deve, peraltro, segnalarsi che, in una posizione intermedia fra queste tesi agli antipodi, v'è chi propone di operare dei distinguo, isolando l'ipotesi di nullità del contratto base per impossibilità del suo oggetto; l'ipotesi d'indeterminabilità dell'oggetto del rapporto sottostante e infine, quella di mancanza di forma. Nel primo caso, verrebbe a mancare qualsivoglia giustificazione dell'impegno del garante; nel secondo, dovrebbe valutarsi, volta per volta, se l'impegno del garante assolve a una funzione meritevole; nell'ultimo, rimarrebbero «intatte tutte le condizioni di giustificazione e di meritevolezza»¹⁷⁸.

Si è già detto come simili conclusioni appaiano non del tutto convincenti nel momento in cui si riconosca alla garanzia autonoma una *causa cavendi* combinata con una funzione *lato sensu* cauzionale e di copertura del rischio della mancata, pronta realizzazione della materiale utilità divisata dal contratto base, *in primis*, per vicende che possano investirlo.

Appare evidente come, anche nel caso in cui il credito sia sorto da un titolo nullo (o annullabile) vi sia spazio per l'insorgere di contestazioni. D'altra parte, la causa di garanzia appare suscettibile di dilatarsi per comprendere la copertura del rischio di perdite incolpevoli legate alla mancata pronta realizzazione del risultato economico divisato dal contratto principale, a fronte di accadimenti che potrebbero precluderla come, a esempio, un *factum principis* oppure l'iniziativa contenziosa del debitore che, anche a meri fini dilatori, invochi l'invalidità del contratto base.

Salvo il caso in cui il patto fonte del rapporto garantito sia illecito o illegale e la garanzia si atteggi come lo strumento per perseguire un risultato vietato dall'ordinamento, la garanzia autonoma appare idonea a porsi come fonte di un impegno indipendente e il vizio "strutturale" del contratto base sembra incapace di comunicarsi al contratto autonomo.

Le questioni irrisolte, peraltro, non si esauriscono qui.

Si allude, in particolare, al dubbio che il garante autonomo possa eccepire la nullità di protezione del contratto principale¹⁷⁹ e che dunque, a esempio, la nullità *ex art. 9 l. 18*

teresse creditorio reagisce immediatamente sul rapporto di garanzia, traducendosi in un difetto della sua stessa causa».

¹⁷⁷ G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in Id. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 921.

¹⁷⁸ G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 325 ss.; p. 330-331: «l'impegno dell'intermediario non è commisurato sulla giuridica esistenza e validità della situazione di obbligo sottostante, ma sull'oggettivo assetto dei rischi commerciali relativi alla specifica operazione».

¹⁷⁹ Cfr. in arg. G. SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., p. 102 ss., che osserva come la nullità di protezione non incida «sulla sussistenza della garanzia, ma solo



giugno 1998, n. 192 del patto che realizzi un abuso di dipendenza economica infici la validità del contratto di garanzia autonoma stipulato per far guadagnare al debitore principale l'accesso a un dato affare col beneficiario. Verrebbe da osservare come, in ragione della relatività del rimedio, azionabile esclusivamente dal soggetto tutelato (subfornitore, consumatore ecc.), il garante non sia ammesso a sollevare l'eccezione di nullità (di protezione) del contratto principale se non nell'ipotesi in cui l'invalidità di questo contratto sia stata accertata con pronuncia passata in giudicato¹⁸⁰.

5. – Si confida di aver sin qui dimostrato come il garante non possa non essere ammesso a opporre al creditore-beneficiario la nullità del patto base per illiceità o per contrarietà a norma imperativa e come il superamento del tasso soglia nel conto corrente infici la pretesa del beneficiario di pagamento degli interessi. Nondimeno, chiarire se il patto usurario sia illecito o illegale, dissolvendo l'ambiguità che connota certe formule linguistiche ricorrenti nelle sentenze di legittimità, le quali associano le due forme di nullità in una endiadi, appare utile per la rilevanza che la distinzione riveste sotto altri aspetti applicativi, che ci si appresta a evidenziare.

In termini generali, per quanto riguarda la distinzione tra illiceità e illegalità, è appena il caso di evocare come dottrina e giurisprudenza tendano a distinguere l'*illiceità* del contratto che discende dalla contrarietà della causa, dell'oggetto o del motivo (comune e determinante) a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume dalla più generale *illegalità* che si configura lì dove il contratto contrasti con norme imperative *ex art.* 1418 cod. civ., primo comma¹⁸¹, anche se tracciare un confine netto è apparso non sem-

sull'esecuzione della stessa. Del resto, sotto il profilo disciplinare, le nullità di protezione si connotano per la relatività del rimedio, il quale può venire azionato esclusivamente dal soggetto tutelato, tanto da assumere in sostanza il carattere della personalità dell'eccezione».

¹⁸⁰ In questo senso G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 316 ss.

¹⁸¹ Sulla distinzione tra illegalità e illiceità del contratto ci si limita a richiamare qui A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, t. II, *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1494 ss., spec. 1498-1499; G. PERLINGIERI, *Negozi illecito e negozio illegale: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 12 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in ID.-G.B. FERRI-M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, Vol. XIII, t. VII, *Trattato dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, p. 73 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE (a cura di) *Il contratto in generale*, vol. XIII, t. III, *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 123; M. NUZZO, *Negozi illeciti*, *Enc. giur. Trecc.*, XXIII, Roma, 1990, p. 2 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, n. 3-4, 435 ss.; A. LIBERATI, *Invalidità della vendita e illecito penale*, in P. CENDON (a cura di), *Compravendita e figure collegate*, III, Torino, 2007, p. 119 ss.; ID., *Contratto e reato*, Milano, 2004, p. 201 ss.



pre agevole proprio perché l'illiceità, secondo l'art. 1343 cod. civ., consiste, *in primis*, nella contrarietà a norma imperativa¹⁸².

L'orientamento prevalente reputa che il contratto sia illecito e non illegale quando la nullità investa il profilo causale¹⁸³, attirando un giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento¹⁸⁴ e che le previsioni del primo e del secondo comma dell'art. 1418 cod. civ. siano in rapporto di genere a specie¹⁸⁵, disegnando come dei «cerchi concentrici»¹⁸⁶.

La questione non ha rilievo puramente teorico ed è sufficiente considerare alcune disposizioni codicistiche per avere evidenza dei riflessi sul piano pratico-applicativo.

Che il negozio invalido sia trattato in modo diverso, quando è anche illecito¹⁸⁷ lo si ricava anzitutto dall'articolo 1418 cod. civ., in base al quale la contrarietà a norma imperativa determina la nullità del contratto soltanto se la legge non disponga diversamente lì dove l'illiceità non può che determinare la nullità dell'atto¹⁸⁸. Inoltre, può prendersi a

¹⁸² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2013, p. 996.

¹⁸³ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 438: per il quale «Vi è da chiedersi se il termine “contratto illecito” non sia da intendersi come “contratto con causa illecita”»; A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, sez. IV, vol. 37, Napoli, 2003, p. 121 ss., ove si evidenzia come «l'incertezza che caratterizza il concetto di causa [...] rende evidente che la distinzione non può poggiarsi su esiti definitivi»; a ogni modo, il giudizio di illiceità ovvero di illegalità non dipende dal grado di disvalore della condotta negoziale quanto piuttosto dall'elemento del contratto che si pone in contrasto con la norma imperativa; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 76, per il quale «ogni sforzo diretto a definire il contratto *illecito* rispetto a quello *illegale* è destinato a un esito incerto»; A. Liberati, *Invalidità della vendita e illecito penale*, cit., p. 122.

¹⁸⁴ Quando non basta sterilizzare la circolazione giuridica, ma occorre reprimerla e scoraggiarla, allora all'invalidità si somma l'illiceità. Cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, *Contr. impr.*, 1987, fasc. 2, p. 547; G. PERLINGIERI, *Negozi illecito e negozio illegale: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, cit., p. 14: «L'atto illecito è contrario ad un divieto, quindi è da considerare riprovevole»; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 73 ss.; C.M. BIANCA, in *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 1984, p. 582, il quale parlava di «dannosità sociale»; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 996, per il quale «L'illiceità discende dunque da un giudizio di disfavore normativo».

¹⁸⁵ Cfr. A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 124 ss.

¹⁸⁶ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 74: «Al cerchio più ristretto costituito dal contratto con causa o motivo illeciti corrisponde un cerchio più ampio rappresentato dal contratto che si pone in contrasto con una norma imperativa»; R. SACCO, in ID.-G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano-Torino, 2016, p. 996 ss. Altri, nella previsione del primo comma dell'art. 1418 cod. civ., scorge una «norma di chiusura» ovvero «una ipotesi residuale rispetto alle ipotesi previste dagli altri commi». Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 436 ss. e i rilievi in senso adesivo di A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1510 ss. A proposito delle diverse chiavi di lettura dell'art. 1418 cod. civ. proposte dalla dottrina civilistica v. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 7 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 158 ss.

¹⁸⁷ Cfr. R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in F. VASSALLI-G. VISENTINI, *Legislazione economica* (settembre 1978-Agosto 1979), Milano, 1981, p. 271, cui si rinvia per numerosi esempi.

¹⁸⁸ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 438-439.



esempio l'art. 1972 cod. civ., per cui la transazione su titolo illecito è nulla ancorché le parti abbiano trattato della invalidità di esso¹⁸⁹, mentre la transazione (novativa) su titolo nullo per cause diverse dall'illiceità è valida se stipulata dalle parti conoscendo il difetto invalidante¹⁹⁰.

Ulteriore conferma, ove occorrente, della rilevanza pratica della enucleazione del più ristretto concetto di contratto illecito entro l'ampia categoria del contratto illegale¹⁹¹ si trae dalla disciplina differenziata dettata dall'art. 2126 cod. civ.¹⁹² Ma l'elenco potrebbe continuare¹⁹³ giacché le previsioni codicistiche che riservano al contratto illegale un trattamento diverso rispetto al contratto illecito appaiono numerose¹⁹⁴, lasciando affiorare la

¹⁸⁹ In arg., si segnala Cass. civ., Sez. III, [ord.] 20 aprile 2020, n. 7963, in *Foro it.*, 2021, 4, pt. I, c. 1403; *Giust. Civ. Mass.*, 2020; *Guida dir.*, 2020, 22, p. 76; *Giur. it.*, 2021, fasc. 5, p. 1063 ss., con commento di G. SANTORELLI, *Transazione su titolo nullo. Applicabilità dell'art. 1972 c.c. nella distinzione fra transazione novativa e semplice*, *Corr. giur.*, 2021, fasc. 4, p. 511, con nota di G. COLOMBO, *In tema di applicabilità dell'art. 1972 c.c. alla luce della natura novativa o conservativa dell'accordo transattivo*, che ha interpretato l'art. 1972 co. 1 cod. civ. nel senso che la norma in esso contenuta è applicabile alla sola transazione conservativa. La pronuncia, proprio per l'esclusione della transazione novativa dall'ambito d'operatività della regola che sancisce la nullità riflessa della transazione su titolo illecito ha comprensibilmente destato non poche perplessità e critiche già nei primi commenti della dottrina.

¹⁹⁰ La transazione conservativa su titolo nullo (qualsiasi sia la causa di nullità) si considera, per contro, priva di un presupposto essenziale. Nel senso che la transazione è nulla solo se relativa ad un contratto avente una causa illecita, mentre ove si configuri una ipotesi di contratto illegale, deve aversi riguardo alla disciplina del secondo comma dell'art. 1972 cod. civ., a tenore del quale la transazione su un titolo nullo è solo annullabile e l'invalidità del titolo non può essere invocata se conosciuta da chi ha transatto cfr., *ex aliis*, Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2010, n. 13629 *Dejure.it*.

¹⁹¹ In dottrina è riconosciuto che «La illiceità, in effetti, è nient'altro che un'ipotesi particolare di violazione di norme imperative». Cfr. A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 123. In questo senso già F. MESSINEO *Il contratto in genere*, Milano, 1972, p. 170.

¹⁹² Cfr. in arg. Cass. civ., sez. lav., 12 novembre 2002, n. 15880 in *Dejure.it* per cui: «nel lavoro prestato in violazione di norme proibitive dell'assunzione non si ha oggetto illecito (in quanto la prestazione non è intrinsecamente illecita), né illiceità della causa, mancando il contrasto "con i principi etici fondamentali dell'ordinamento", e si versa, invece, nel campo della mera, ristretta illegalità [...] l'illiceità richiede il contrasto con i principi di ordine pubblico o con norme imperative che di per sé appartengono all'ordine pubblico, nella prospettiva di una lettura dell'art. 1418 c.c. che ne riferisce il primo comma alla fattispecie (autonoma) del contratto meramente illegale per generico contrasto con norme imperative, e il secondo comma al contratto propriamente illecito (Cass., sez. un., 8 maggio 1976, n. 1609)».

¹⁹³ Sempre a titolo di esempio: l'effetto sanante di cui all'art. 2652 n. 6 cod. civ. può ipotizzarsi soltanto in riferimento al negozio illegale non anche in caso di atto illecito. Inoltre, la conferma della donazione nulla (art. 799 cod. civ.) o del testamento nullo (art. 590 cod. civ.) sono ammissibili con riguardo all'atto illegale, ma non anche in caso d'illiceità. Cfr. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, cit., p. 22.

¹⁹⁴ È appena il caso di aggiungere che, secondo l'opinione prevalente, rispetto al contratto illecito non sono applicabili le norme sulla conversione, sulla nullità parziale e sulla sostituzione automatica di clausole. Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 77.



complessità del fenomeno della nullità: lungi dall'aver natura eccezionale, esse sembrano rivelare come la disciplina positiva della nullità si atteggi in modo di volta in volta diverso a seconda della natura dell'*interesse protetto*¹⁹⁵.

Per quanto concerne, in specie, il prestito con interessi usurari, sembra pacifico che di nullità per illiceità si potrebbe discorrere solo lì dove il contratto configurasse il reato di cui all'art. 644 c.p.¹⁹⁶. Il dibattito che si è sviluppato attorno al problema delle relazioni che possono darsi tra reato e contratto e delle conseguenze della violazione di una norma penale sul terreno del trattamento civilistico dell'atto di autonomia privata è troppo ampio e noto per esser qui ripercorso¹⁹⁷.

Ai fini di questo discorso basterà richiamare l'opinione dominante per cui il contratto-reato è nullo per illiceità¹⁹⁸: il contratto che si ponga in contrasto, sotto il profilo funzio-

¹⁹⁵ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 137 ss.

¹⁹⁶ Cfr. G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Studi in onore di Pietro Schlesinger*, t. 2, Milano, 2004, p. 1683. In giur., v. Trib. Perugia, 7 gennaio 2021, n. 43, in *Dejure.it*, per cui: «il contratto derivante dalla condotta penalmente rilevante del delitto di usura (come per i delitti di estorsione o circonvensione d'incapace) è nullo ex art. 1418 c.c., perché viola norme imperative, è contrario all'ordine pubblico e costituisce il profitto del reato, così assumendo un chiaro connotato di illiceità in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti (come nel diverso caso del delitto di truffa) perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti». Nel caso di specie, peraltro, il Tribunale ha fatto applicazione degli artt. 1344 e 1418 cod. civ., dichiarando il contratto nullo siccome volto a eludere l'applicazione della norma imperativa contenuta all'art. 2744 cod. civ., che vieta il patto commissorio per «evitare che il debitore, spinto dal bisogno e dalla speranza di riuscire ad estinguere il suo debito prima della scadenza, conceda al creditore la facoltà di appropriarsi del bene costituito in garanzia, per un credito inferiore al valore del bene stesso».

¹⁹⁷ Le riflessioni condotte dalla dottrina in ordine alle conseguenze civilistiche, sul piano della validità, degli atti posti in essere per la commissione di un reato o costituenti essi stessi un reato sono approfondite e articolate. Tra gli altri, possono vedersi A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 32 ss.; 48 ss., ove si trova anche una sintetica catalogazione delle varie ipotesi di classificazione dei rapporti che possono darsi tra contratto e reato; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 86 ss.; ID., *Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto*, *Contr.*, 2013, fasc. 3, p. 307 ss.; A.A. DOLMETTA, *Sul contratto usurario (incidenza della legge penale antiusura sul regime civilistico dell'equilibrio economico)*, *Dir. banca e merc. finanz.*, 2013, fasc. 1, pp. 79 ss.; S. POLIDORI, *Illiceità della funzione negoziale e reato*, *Rassegna di diritto civile*, 2012, fasc. 2, p. 510 ss.; F. D'ARCANGELO, *Il contratto concluso in violazione di una norma penale*, in *Obbl. contr.*, 2007, fasc. 6, p. 533 ss.; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, p. 1 ss.; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 353 ss., spec. 365 ss.; A. DI AMATO, *Note introduttive sul rapporto tra contratto e reato*, *Rassegna di diritto civile*, 2002, fasc. 1-2, p. 120 ss.; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 57 ss.; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001, p. 41 ss.; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, *Contr. impr.*, 1999, n. 2, p. 442 ss.; 475 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 144 ss.; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, fasc. 3, p. 997 ss., spec. p. 1050-1051.

¹⁹⁸ «Se la stipulazione del contratto integra un reato, sembra certo che un tale contratto non possa essere



nale, con una norma penale è affetto da una nullità cd. politica o di disvalore¹⁹⁹; in altri termini, l'illiceità penale dell'atto si traduce in illiceità civile²⁰⁰.

Proprio in tema di prestito usurario²⁰¹, tuttavia, la stessa Suprema Corte ha chiarito che: «la pattuizione di interessi con un saggio superiore al tasso soglia non costituisce, di per sé, reato, dal momento che coincide esclusivamente con l'elemento oggettivo della fattispecie criminosa. L'art. 644 c.p., prevede un delitto doloso, il quale, naturalmente, è costituito anche dallo specifico elemento soggettivo. La clausola nulla *ex art.* 1815, comma 2, cod. civ., si pone su un piano diverso, a nulla rilevando l'esistenza o meno di un dolo sotteso alla formazione della volontà di stipulare detta clausola²⁰². Nell'applicazione dell'art. 1815 comma 2, cod. civ., non si è di fronte a un "usuraio" né ad una "vittima del reato", bensì, soltanto, ad una nullità per violazione di norma imperativa»²⁰³. Anche in passato (prima dell'entrata in vigore della l. 7 marzo 1996, n. 108)²⁰⁴ la giurisprudenza si era espressa, in termini generali, nel senso che la pattuizione rilevante sotto il profilo della commissione di un reato è in contrasto con norme imperative²⁰⁵.

Dal canto proprio, pure la dottrina è orientata a reputare che la pattuizione d'interessi

tutelato civilmente dall'ordinamento come un contratto valido». C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 583.

¹⁹⁹ A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 111; p. 126.

²⁰⁰ Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 51 ss.; 71 ss.; A. LIBERATI, *Invalidità della vendita e illecito penale*, cit., p. 125 ss.; ID., *Contratto e reato*, Milano, 2004, p. 53 ss.

²⁰¹ Per un'analisi delle linee di evoluzione della disciplina e dell'esegesi delle norme in materia di usura v. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 558 ss.; 582 ss. e, per una ricostruzione attenta, in chiave storica, anche all'esperienza del diritto romano (ma non solo) A. SASSI, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, fasc. 2, pt. I, p. 247 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 4 ss.; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., p. 13 ss.

²⁰² L'art. 1815, secondo comma, cod. civ. ha uno spazio applicativo autonomo rispetto all'art. 644 cod. pen. nel senso che l'applicazione della sanzione ivi prevista dal codice civile s'impone ogni qual volta gli interessi convenuti siano oggettivamente usurari. Cfr. G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, *Contr.*, 1996, fasc. 3, p. 224. L'usurarietà si lega al dato obiettivo del superamento del tasso soglia: R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 486.

²⁰³ Cass. civ. [ord.], 09 novembre 2020, n. 24992 in www.foroitaliano.it.

²⁰⁴ Per una sintesi delle innovazioni introdotte possono vedersi, *ex multis*; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, fasc. 1, pt. II, p. 62 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 33 ss.; L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997, p. 22 ss.; U. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, *Riv. dir. priv.*, 1998, fasc. 2, p. 231 ss.; G. TUCCI, *L'usura tra autonomia privata e disciplina del mercato del credito*, in F. MACARIO-A. MANNA, *Mercato del credito e usura*, Milano, 2002, p. 119 ss.

²⁰⁵ Cfr. Cass. civ., sez. II, 26 agosto 1993, n. 9021, in *Arch. civ.*, 1994, p. 31, per cui illecito è solo il negozio in cui si ravvisino gli elementi della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 644 cod. pen.



usurari sia vietata in sé, a prescindere dallo stato soggettivo delle parti²⁰⁶: la sanzione civilistica non sembra presupporre la conoscenza della usurarietà del patto da parte del creditore. Al contrario, la fattispecie appare costruita su basi oggettive lì dove è indubbio che, in ambito penalistico, debba sussistere anche l'elemento soggettivo del reato²⁰⁷.

La giurisprudenza sia pratica sia teorica è, quindi, orientata a reputare che il patto usurario sia nullo *ex art.* 1418 cod. civ., co. 1°, per contrarietà a norme imperative²⁰⁸ e che il superamento del tasso-soglia non importi la illiceità dell'intero contratto, bensì la nullità, per contrasto con norma imperativa, di una singola pattuizione: illecito è soltanto il negozio in cui si ravvisino gli estremi dell'usura, mentre (di per sé) la pattuizione di interessi usurari non inficia la causa del conto corrente o mutuo.

Da ciò sembra di poter trarre almeno due conseguenze.

La prima è che la nullità della clausola sugli interessi *ex art.* 1815, secondo comma, cod. civ. ridonda nella *nullità parziale* del contratto autonomo a garanzia del credito derivante dal saldo di conto corrente: il garante potrà paralizzare la pretesa del beneficiario riguardante il pagamento dei soli interessi.

La seconda è che cliente e banca possono definire in via transattiva la controversia che sorge relativamente al rapporto di conto corrente, pattuendo un piano di rientro dei pagamenti con rideterminazione degli interessi²⁰⁹. Invero, accade sovente che tra gli istituti di credito e i clienti scaturisca contestazione in ordine all'esposizione debitoria di questi ultimi; che la questione venga risolta in via transattiva (col riconoscimento del debito da parte del cliente, la rimodulazione dell'importo degli interessi, la dilazione del termine di pagamento da parte della banca, la prestazione di garanzie da parte di terzi ecc.); che successivamente si questioni della validità della transazione stipulata sul contratto bancario asseritamente nullo ovvero recante clausole affette da nullità (a es., *ex art.* 1815, comma secondo, cod. civ.). In questi casi, si profila specialmente un problema: se la transazione stipulata per prevenire o rimuovere una lite sul dare-avere nel rapporto di

²⁰⁶ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, p. 24 ss.

²⁰⁷ Cfr. M. CIAN, *Appunti sul sistema dell'usura civile: complessità del fenomeno reale e rigidità del modello normativo*, cit., p. 1381. Peraltro, in caso di superamento del tasso-soglia, ai fini della usurarietà si prescinde, altresì, dalla situazione patrimoniale o dallo stato di bisogno della vittima. Cfr. G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, cit., p. 223 ss.

²⁰⁸ Cfr. in arg. D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001, p. 97 ss. Nel senso che la pattuizione di interessi corrispettivi usurari integra un'ipotesi di nullità testuale stante la previsione del secondo comma dell'art. 1815 cod. civ. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, *Contr.*, 2016, fasc. 3, p. 298.

²⁰⁹ Cfr., *ex aliis*, Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2413, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, p. 103.



conto corrente bancario con interessi usurari debba considerarsi automaticamente nulla *ex art. 1972*, primo comma, cod. civ. o possa essere annullata *ex art. 1972*, secondo comma, c. c.

Se si condivide il rilievo per cui la pattuizione d'interessi usurari non rende di per sé il contratto bancario illecito, appare sensato reputare che la transazione novativa su conto corrente (o mutuo) con interessi usurari non sia automaticamente nulla *ex art. 1972*, primo comma, cod. civ. e che la nullità per contrarietà a norma imperativa della clausola che stabilisca interessi usurari non pregiudichi la facoltà delle parti del rapporto garantito di stipulare una transazione novativa sul rapporto di conto corrente, rimodulando l'importo degli interessi secondo il saggio legale o comunque, a un tasso convenzionale contenuto entro il valore soglia.

Sebbene non manchi autorevole dottrina che propende per l'estensione della nullità del patto usurario all'intero contratto²¹⁰, l'opinione prevalente è nel senso che «l'art. 1815, comma 2°, cod. civ., chiaramente limita la nullità alla clausola di interessi»²¹¹; il superamento del tasso soglia di per sé non importa nullità dell'intero contratto: non sono dovuti interessi, ma per il resto il contratto resta valido.

Secondo una tesi, l'art. 1815 cpv. cod. civ. delinea un'ipotesi di conversione *ex lege* del mutuo oneroso in gratuito²¹²; secondo altra opinione, esso configura una forma di nullità *parziale necessaria*, in funzione di conservazione del valore impegnativo dell'atto²¹³, a protezione del debitore, che diversamente, cioè in caso di estensione della nullità all'intero contratto, si troverebbe obbligato alla restituzione immediata della somma capitale con una sorta di ritorsione della sanzione a suo danno²¹⁴. La previsione

²¹⁰ Nel senso che la nullità del patto sugli interessi comporta la nullità (per contrarietà al buon costume) dell'intero mutuo, ma la somma «concessa in godimento» sarebbe irripetibile *ex art. 2035* cod. civ. G. DE NOVA, *Il contratto di credito «usurario» (gli aspetti civilistici)*, Relazione al Convegno ITA, 1997, p. 4, cit. da G. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 5, pt. I, 1999, p. 542, il quale non condivide la soluzione; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., p. 67 ss., per il quale la clausola usuraria è essenziale nel credito oneroso.

²¹¹ G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*

²¹² Per la tesi secondo la quale l'art. 1815, comma secondo, cod. civ. commina la sanzione della conversione *ex lege* del contratto oneroso in gratuito v. G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, cit., p. 483; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 369: «la vera specialità della nullità in discorso non è dunque la sua necessaria parzialità, riconducibile ai principi, quanto questa sorta di conversione *ex lege*, in deroga alla regola della parte finale dell'art. 1424 c.c.» del mutuo usurario in gratuito; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p. 26; p. 33.

²¹³ G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 229 ss.

²¹⁴ In questo senso A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit. p. 219; A.A. DOLMETTA, *Sul contratto usurario (incidenza della legge penale antiusura sul regime civilistico dell'equilibrio economico)*,



dell'art. 1815 cod. civ. contemplerebbe una nullità circoscritta alla pattuizione sugli interessi, incapace di estendersi all'intero contratto²¹⁵, destinato a rimanere in piedi privo della clausola afflitta da nullità a prescindere da un giudizio di prognosi postuma in ordine alla comune intenzione delle parti²¹⁶. Astrattamente, potrebbe anche ipotizzarsi l'operatività del meccanismo di cui all'art. 1339 cod. civ.²¹⁷ e dunque, che abbia luogo la sostituzione autoritativa della clausola sugli interessi con la previsione della gratuità del mutuo, contenuta al secondo comma dell'art. 1815 cod. civ., anche se la soluzione preferibile sembra rinvenibile nell'ottica del primo anziché del secondo comma dell'art. 1419 cod. civ.²¹⁸ Si tratta, peraltro, di una nullità *assoluta*, a tutela d'interessi di carattere generale afferenti al corretto funzionamento del mercato del credito²¹⁹. Le finalità ascrivibili alla norma appaiono, infatti, molteplici: non solo di protezione del cliente quale operatore debole del mercato²²⁰, ma anche di direzione nonché di repressione²²¹: d'incen-

cit., p. 83; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 111 ss.; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 258 ss.; G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, cit., *passim*, ma già (prima dell'entrata in vigore della l. 7 marzo 1996, n. 108) M. LIBERTINI, *Interessi*, *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 130 ss. allorché l'art. 1815 cod. civ. ancora disponeva che la pattuizione di interessi usurari fosse sostituita dall'obbligo di versare interessi al saggio legale. In relazione all'art. 1815, secondo comma, cod. civ., di «nullità piegata a scopi di protezione» parla anche G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 153.

²¹⁵ In giur., cfr. Cass. civ. [ord.], 9 novembre 2020, n. 24992 cit., che in relazione all'art. 1815, secondo comma, cod. civ. osserva: «il legislatore ha fatto una scelta conservativa – nullità parziale – di tipico genere, cioè ha investito della sanzione civile solo il focolaio di illegittimità – la clausola degli interessi usurari –, e non l'intera conformazione dell'accordo negoziale. E dunque il negozio “resta in piedi”».

²¹⁶ Del resto, che l'“usurario” non avrebbe concluso il contratto così «ridotto» appare irrilevante attesa l'illiceità dell'intento. Così G. OPPO, *op. loc. ult. cit.* La conservazione del contratto trova giustificazione sistematica anche alla luce del principio che preclude alla parte che abbia dato causa alla nullità di farla valere contro il soggetto protetto dalla norma violata. Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 260.

²¹⁷ Sembra evocarlo G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*, per il quale, se il contratto realizza un interesse illecito, «cade la clausola o previsione che realizza quell'interesse, in applicazione dell'art. 1419 c.c. e, se del caso, dell'art. 1339».

²¹⁸ A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 370, nt. 45.

²¹⁹ F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 108: «emergono con chiarezza gli interessi tutelati: non soltanto la libertà contrattuale della parte debole, ma più in generale il corretto svolgimento delle relazioni economiche nel mercato del credito e la tutela, al suo interno, delle soggettività più deboli».

²²⁰ «Che la difesa dell'usurato sia tra gli scopi non ha neppure bisogno di essere dimostrato». Così A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della “ratio legis”*, cit., p. 95. La *ratio* sanzionatoria, ma anche di tutela del consumatore sottesa alla norma contenuta al secondo comma dell'art. 1815 cod. civ. emerge con chiarezza dai lavori preparatori e dal dibattito parlamentare che ha preceduto l'emanazione della l. della l. 7 marzo 1996, n. 108. Cfr. G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, cit., p. 476; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p. 32 ss.: l'esigenza di fondo di tutela del mutuatario (il



tivo al corretto svolgimento della concorrenza nel mercato del credito²²²; di deterrenza²²³ e sanzionatorie²²⁴.

Sul piano sistematico, il trattamento civilistico dell'usura sembra denotare come la disciplina positiva della nullità sia attraversata dall'esigenza di protezione dei variabili interessi in gioco secondo ragioni operative concrete, non geometrie logiche astratte; la stessa diversità di trattamento riservata dal legislatore al contratto illegale rispetto al contratto illecito, a ben vedere, stride con l'unità logica dell'istituto classico, il quale è andato inesorabilmente incontro a una progressiva frammentazione²²⁵.

A supporto degli argomenti che si sono spesi, giova richiamare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, confermato anche da una recente pronuncia²²⁶, che si è

quale, a fronte del rischio di vedersi costretto immediatamente alle restituzioni, potrebbe essere indotto ad astenersi dal denunciare l'usura) si evince anche dal par. 735 della relazione al codice civile.

²²¹ Cfr. A. GENTILI, *op. loc. ult. cit.*; Id., *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 359.

²²² Si vedano i rilievi in proposito di M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, cit., p. 217 ss., spec. 119, per la quale le scelte di politica economica e di regolazione che si riflettono nella disciplina antiusura si dirigono alla instaurazione e al mantenimento di un mercato concorrenziale; «l'attuale disciplina antiusura, ove applicata ai rapporti tra istituti di credito e clienti, è anzitutto diretta ad assicurare la tenuta del sistema bancario».

²²³ A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit. p. 370: «il rischio della totale perdita degli interessi ha un effetto deterrente capace di scoraggiare il ricorso all'usura».

²²⁴ Il legislatore, disponendo il testo attuale dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. ha inasprito l'aspetto sanzionatorio: «Il contratto abusivo è così duramente sanzionato che al profittatore non solo non sono dovuti vantaggi impropri, ma non è dovuto nessun vantaggio. Anzi, attesa la naturale produttività del denaro, è inferto un pregiudizio economico». F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 110. Collocano la comminatoria della nullità *ex art.* 1815 cod. civ. nel quadro delle sanzioni civili M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 256 ss.; G. Meruzzi, *Usura, Contr. impr.*, 1996, fasc. 2, p. 784; G. Bonilini, *La sanzione civile dell'usura*, cit., p. 225; L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, cit., p. 72 ss. In arg. è d'obbligo il rinvio a F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, *Contr. impr.*, 1987, fasc. 2, p. 531 ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., p. 541 ss.

²²⁵ Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 136 ss. e i rilievi in arg. di G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., *passim* e spec. p. 27 ss.; 69 ss.

²²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14647, in *Dejure.it*. In senso conforme a Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14647, v. Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2413, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, che ha escluso la nullità di una transazione vertente su un contratto di conto corrente bancario con clausole di commissione di massimo scoperto, di rinvio agli usi su piazza e di anatocismo nulle, non essendo stata allegata alcuna illiceità della causa di quel contratto, né dedotta la sussistenza di un motivo illecito comune alle parti né affermata l'essenzialità di quelle clausole nell'economia del contratto; Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2016, n. 23064, in *Mass. Foro it.*, 2016, p. 802; Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2012, n. 8776 in *Giust. civ. Mass.* 2012, 5, p. 707; *Mass. Foro it.*, 2012, p. 454 ss. Nel senso che l'articolo 1972 cod. civ., comma 1, sancisce la nullità della transazione soltanto se questa abbia ad oggetto un contratto nullo per illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti e non quando si tratti di contratto nullo per mancanza di



formato in relazione al caso di transazione²²⁷ sopra un conto corrente recante clausole che prevedano la capitalizzazione trimestrale degli interessi e facciano rinvio agli usi per la determinazione del relativo tasso. Anche da ultimo, la S.C. ha ribadito che: «Poiché, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., comma 2, l'illiceità del contratto consegue soltanto all'illiceità della causa o del motivo comune ad entrambi i contraenti, la dichiarazione di nullità della transazione presuppone un'indagine, da compiersi in relazione all'intero contenuto del contratto sottostante, volta a stabilire se l'assetto d'interessi complessivamente programmato dalle parti si ponga in contrasto con norme imperative [...]. L'invalidità di singole clausole contrattuali, a meno che non risultino idonee ad evidenziare l'illiceità della causa o del motivo comune, è invece destinata a tradursi nella nullità dell'intero contratto soltanto ove se ne accerti l'essenzialità rispetto all'assetto d'interessi programmato dalle parti, e comporta non già la nullità, ma l'annullabilità della transazione»²²⁸.

La transazione su conto corrente recante clausole difformi rispetto all'art. 1283 cod. civ.²²⁹ (sul divieto dell'anatocismo) e all'art. 1284 cod. civ. (sull'obbligo di pattuire per iscritto gli interessi) non è affetta da nullità, ai sensi dell'articolo 1972, primo comma, cod. civ. Secondo il condivisibile ragionamento della Suprema Corte, la sola ipotesi in cui può contestarsi la validità della transazione è quella in cui la rilevanza delle singole clausole o della singola parte del contratto affette da nullità sia tale, avuto riguardo alla comune intenzione delle parti, da determinare la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419 cod. civ.²³⁰ Un riscontro positivo, peraltro, non condurrebbe alla dichiarazione di nullità, bensì all'annullamento della transazione, subordinatamente all'accertamento dell'ignoranza del vizio da parte dell'attore²³¹.

Seguendo l'*iter* logico tracciato della S.C., nel caso di transazione su conto corrente

uno dei requisiti previsti dall'articolo 1325 cod. civ. o per altre ragioni si segnala Cass. civ., sez. II, 27 agosto 1994, n. 7553, *Giur. it.*, 1995, fasc. 1, pt. I, p. 1248.

²²⁷ Con rinuncia da parte della banca a pretendere il pagamento immediato della somma richiesta e a una parte degli interessi; rinuncia da parte del cliente a far valere contestazioni in ordine al calcolo degli interessi anatocistici e ultralegali.

²²⁸ Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14647, cit.

²²⁹ Sulla natura, i limiti e l'ambito di applicazione dell'art. 1283 cod. civ. v. A. RICCIO, *L'anatocismo*, Padova, 2002, p. 1 ss.

²³⁰ Conf. Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2012, n. 8776, in *Mass. Foro it.*, 2012, 454. In arg. v. G. PONGELLI, *La transazione novativa*, Padova, 2020, p. 81.

²³¹ In senso critico rispetto a certe soluzioni formalistiche sposate dai giudici di legittimità, ispirate al principio d'inattaccabilità della transazione e di conservazione degli atti giuridici I. RIVA, *La transazione invalida*, cit., p. 102 ss.



con clausola nulla *ex art. 1815*, secondo comma, cod. civ., dovrebbe reputarsi che la transazione sia inattaccabile, trattandosi di nullità *parziale necessaria*.

A diversa conclusione, nel segno dell'automatica nullità della transazione *ex art. 1972*, primo comma, cod. civ., potrebbe giungersi soltanto se si accedesse alla tesi, sostenuta da dottrina autorevole anche se minoritaria, secondo la quale il contratto con interessi usurari è nullo per contrarietà al buon costume²³². Ovvero potrebbe opinarsi per l'annullabilità della transazione *ex art. 1972*, comma secondo, cod. civ. ammettendo che la nullità del patto usurario sia destinata a estendersi all'intero contratto²³³, ma ciò con evidente forzatura del dato letterale.

Resta da chiedersi a quale sorte andrebbe incontro una transazione che regoli proprio il rapporto nascente dal patto usurario.

Posto che l'imperatività della norma che, in tema di mutuo, vieta interessi usurari non sembra capace di riflettersi sulla transazione novativa atteso che, per la tipicità della propria causa, essa appare capace di derogare alle norme imperative dettate per altri tipi di contratto, senza con ciò andare automaticamente incontro alla sanzione della nullità²³⁴, bisognerebbe domandarsi, alla luce di Cass. civ., [ord.] 20 aprile 2020, n. 7963, se essa possa essere annullata sul presupposto della ignoranza del contrasto del titolo con la norma imperativa. In questa recente pronuncia, la Corte di Cassazione²³⁵, in relazione a una transazione su contratti di *franchising* nulli per contrarietà a norme *antitrust*, si è infatti espressa nel senso che, allorché la nullità del titolo derivi dall'inosservanza di norme (interne o comunitarie) di natura imperativa, come quelle a tutela della concorrenza, per ciò solo è da escludere che le parti possano affermare di essere "in errore" sulla causa di nullità. In altre parole, i giudici di legittimità hanno escluso la possibilità d'impu-

²³² G. DE NOVA, *Il contratto di credito «usurario» (gli aspetti civilistici)*, Relazione dattiloscritta del Convegno ITA, 1997, p. 2 ss., cit. da G. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 452. Colloca espressamente il negozio giuridico usurario tra quelli nulli per contrarietà al buon costume il § 138 del BGB: «(1) *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.* (2) *Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen*». Proprio la clausola generale contenuta nella suddetta previsione del codice tedesco ha consentito di sviluppare, in Germania, una «incisiva strategia di controllo sulla determinazione della misura degli interessi convenzionalmente stabiliti». Cfr. B. INZITARI, *La moneta, Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da F. Galgano, VI, Padova, 1983, p. 287 ss.

²³³ D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., p. 67 ss.

²³⁴ Cfr. M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 427.

²³⁵ Cass. civ., Sez. III, [ord.] 20 aprile 2020, n., 7963, cit.



gnare ex art. 1972, comma secondo, cod. civ. una transazione (novativa) su titolo illegale sul rilievo che le parti non possono ignorare il vizio del titolo che consista nella violazione di una norma imperativa. La previsione di cui all'art. 1972, comma 2, cod. civ. implicherebbe una deroga al principio generale che esclude l'annullamento della transazione per errore di diritto (art. 1969 cod. civ.), attribuendo rilevanza all'errore sui presupposti del contratto in via del tutto eccezionale²³⁶. L'annullamento della transazione

²³⁶ Il problema del rapporto tra l'art. 1972, secondo comma, cod. civ. e l'art. 1969 cod. civ. è solo uno dei tanti scaturiti nella interpretazione dell'art. 1972 cod. civ. (per un inquadramento delle principali questioni v. A ZACCARIA, *sub art. 1972, Commentario breve al codice civile*, a cura di M. CIAN-A. TRABUCCHI, Padova, 2020, p. 2118 ss.; E. MINERVINI, *Della transazione*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV, t. II (artt. 1537-2059), III ed., Napoli, 2010, p. 2366 ss.). A tacere del problema riguardante la distinzione tra transazione novativa e conservativa, dirimente ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 cod. civ. (nel senso che l'art. 1972, comma secondo, cod. civ. si riferisce alla sola transazione novativa F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 164 ss.; M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 349 ss.; M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, *Riv. dir. civ.*, 1982, fasc. 3, pt. I, p. 287; L.V. MOSCARINI-N. CORBO, *Transazione*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, 1994, p. 14; G. PONGELLI, *La transazione novativa*, cit., *passim*, spec. p. 65 ss.; I. PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della «prior obligatio»*, *Riv. dir. civ.*, 1999, fasc. 3, pt. II, p. 435 ss.; G. GENNARI, *La transazione novativa*, *Obbl. contr.*, 2007, fasc. 4, p. 335 ss.; Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2020, n. 7963, cit.; App. Genova, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 978 in *Dejure.it*, per cui la transazione novativa su un titolo nullo è nulla se relativa a un contratto illecito ed è invece annullabile negli altri casi su istanza della parte che ha ignorato la causa d'invalidità (comma 2); la transazione conservativa, riguardante l'esecuzione o gli effetti di un negozio nullo, è invece sempre affetta da nullità, ancorché le parti ne abbiano trattato, perché regola il rapporto congiuntamente al titolo contrattuale invalido) è sorto contrasto d'opinioni sulla natura dell'errore contemplato dall'art. 1972, secondo comma, cod. civ.: secondo una tesi si tratta di errore sui motivi (in tal senso v. M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 326 e già F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 148; p. 165) secondo altri di errore sull'oggetto della transazione (cfr. M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, cit., p. 288; I. RIVA, *La transazione invalida*, Padova, 2012, p. 89; p. 107: «L'ignoranza dell'invalidità del titolo sul quale si è transatto si risolve in una falsa rappresentazione sull'oggetto del contratto di transazione, determinante del consenso»). Discussa è, poi, la rilevanza dell'errore di fatto (in senso favorevole, purché concerna punti non controversi M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 334 ss.; p. 375; E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 92 ss.). E ancora: si dubita dell'applicabilità della norma del primo comma dell'art. 1972 cod. civ. alle transazioni su atti o fatti illeciti diversi dal contratto costitutivi della situazione coinvolta nella controversia (per la soluzione positiva v. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 166; F. CARRESI, *Transazione (diritto vigente)*, *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 213; M. GIORGIANNI, *In tema di transazione su «titolo nullo»*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 441 ss.; G. GITTI, *La transazione*, in E. GABRIELLI-F.P. LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, IV, Torino, 2005, p. 137, nt. 162; E. MINERVINI, *Della transazione*, cit., p. 2367; E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 106; E. INDRACCOLO, *sub art. 1972*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino-Milano, 2011, p. 764 ss.; G. PONGELLI, *La transazione novativa*, cit., p. 83. *Contra* App. Genova, 21 febbraio 1957, in *Foro it.*, 1957, pt. I, c. 1672 con nota critica di P. SCHLESINGER) nonché della sorte di una transazione sopra un titolo inesistente, annullato, risolto o rescisso al momento dell'accordo transattivo ovvero solo successivamente venuto meno per annullamento, risoluzione ecc. (in senso favorevole, F. CARRESI, *Transazione (diritto vigente)*, cit., p. 502; L.



novativa ex art. 1972, comma secondo, cod. civ. sarebbe possibile soltanto sul presupposto di un errore incolpevole, scusabile, inevitabile con l'ordinaria diligenza: presupporrebbe una ignoranza incolpevole, l'esistenza di un legittimo affidamento da tutelare in capo alla parte eccipiente e nel caso di transazione su titolo in contrasto con norma imperativa, sarebbe da escludere in radice che i transigenti possano ignorare la causa d'invalidità.

Pur volendo attribuire rilievo, ai sensi e agli effetti della citata disposizione, non alla ignoranza in sé²³⁷, ma soltanto all'ignoranza incolpevole, con riguardo all'ipotesi di transazione su patto usurario, sembra di poter osservare come un errore sul superamento del tasso-soglia da parte del cliente (contraente meno esperto rispetto all'istituto di credito) potrebbe facilmente apparire scusabile data la complessità delle operazioni di calcolo del tasso usurario. Si tratterebbe di un errore di diritto sulla esatta portata del precetto normativo²³⁸ che sanziona con la nullità la pattuizione d'interessi che superino il tasso usurario. Il punto è che la soglia legale non riguarda i soli interessi, ma l'intero aggregato di costi collegati al credito, dovendosi avere riguardo agli elementi che compongono il TEG; soprattutto, perimetrare il costo complessivo del credito nonché individuare la formula per il computo di tale voce²³⁹ si è rivelato assai problematico²⁴⁰.

LAUDISA, *La contestazione della transazione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1990, fasc. 2, p. 437-438: «La disciplina relativa alla nullità del titolo, in quanto espressione di un principio generale, si applica anche al caso di successiva scoperta di una causa di annullabilità e a quello di risoluzione del rapporto per causa ignota all'altra parte». Per M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 339-340, ferma la stretta tassatività delle ipotesi di cui agli artt. 1969, 1972 co. 2°, 1973, 1974, 1975, co. 2, se il titolo è stato annullato, risolto oppure revocato con effetto verso i terzi, le suddette norme consentono d'impugnare la transazione. *Contra* S. D'ANDREA, *Transazione su titolo nullo*, Riv. dir. civ., 1998, fasc. 5, pt. I, p. 620 ss.; E. Indraccolo, *sub art. 1972*, cit., p. 771; L.V. MOSCARINI-N. CORBO, *Transazione*, cit., p. 15. Nel senso che l'annullabilità del titolo non reagisce sulla validità della transazione, ma alla nullità è equiparabile l'inesistenza del titolo F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 281, testo e nt. 16; p. 168; E. MINERVINI, *Della transazione*, cit., p. 2367; P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 272, per il quale la norma non può trovare applicazione nel caso di contratto annullabile, ma è estensibile all'ipotesi d'inesistenza del titolo. E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 107, esclude l'applicabilità in via analogica dell'art. 1972 comma 2, cod. civ. all'ignoranza dell'annullabilità del titolo, ma equipara alla nullità sia l'inesistenza del titolo sia «l'avvenuto annullamento od altre cause di inefficacia vittoriosamente fatte valere prima della transazione».

²³⁷ Nel senso che a rilevare sia l'ignoranza della nullità come dato obiettivo senza che sia imposto uno specifico obbligo di diligenza App. Genova, 4 febbraio 1987, in *Foro pad.*, 1987, I, c. 241.

²³⁸ Nel senso che costituisce errore di diritto la inesatta percezione della portata di un precetto normativo CdS, Sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3045, in *Foro Amm.*, 2001, c. 1489 (s.m).

²³⁹ Sul punto, in prospettiva *de iure condendo*, v. L. MORISI, *Crisi dell'usura pecuniaria e prospettive di riforma*, cit., p. 1416 ss.

²⁴⁰ Cfr. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID., *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 47 ss.; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a



Crediamo che basti evocare la *querelle* che ha riguardato l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura²⁴¹, sulla quale di recente sono intervenute le Sezioni Unite²⁴², oppure la questione che si è posta, in passato, in relazione alla rilevanza

cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, p. 740, il quale osserva: «le questioni inerenti agli oneri da includersi o meno nel calcolo dei TEGM sono state caratterizzate, e tuttora in buona parte lo sono, da estrema vischiosità e da numerose incertezze, rilevandosi – in materia – una notevole divergenza di valutazioni da parte, da un lato della Banca d'Italia, e dall'altro della giurisprudenza». Nel complesso, appare evidente che «la linea che divide ciò che è costo da ciò che non lo è ha subito un progressivo spostamento verso l'alto». Così M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, cit., p. 228. Proprio l'espansione, nel tempo, della nozione di «interessi», dovuta a quella giurisprudenza che ha incluso sempre nuove voci nel calcolo della soglia d'usura, restituisce l'«impressione che sia inarrestabile lo sbilanciamento della disciplina a favore del mutuatario». Cfr. L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p. 31.

²⁴¹ Su cui possono vedersi G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 19 ss.; F. VOLPE, *Interessi moratori e usura. Spigolature sul mercato del credito*, in C. CICERO-G. PERLINGIERI (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, Napoli, 2017, t. II, p. 1455 ss.; C. ROBUSTELLA, *Usura bancaria e determinazione del "tasso soglia"*, Bari (Cacucci Editore), 2017, p. 163 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 127 ss.

²⁴² Le Sezioni Unite hanno sposato la tesi della rilevanza usuraria degli interessi moratori. Cfr. Cass., sez. un., 7 luglio 2020, n. 19597, pubblicata e commentata su numerose riviste, tra le quali: *Foro it.*, 2021, pt. I, p. 565, con nota di A. PALMIERI; *Danno resp.*, 2021, fasc. 2, p. 207 ss., con nota di M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni unite sull'applicazione della disciplina antiusura agli interessi moratori: luci e ombre*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 39, con nota di L. MORISI, *Usura e interessi di mora: in medio stat virtus?*; *Giur. it.*, 2021, fasc. 6, p. 1395 (m), con nota di B. PETRAZZINI, *Interessi moratori e usura: l'intervento delle Sezioni unite*; *Europa dir. priv.*, 2021, fasc. 2, p. 349 ss., con nota di V. D'ALESSANDRO, *Sulla usurarietà degli interessi moratori*. Reputa la soluzione della S.C. condivisibile, ma l'argomentazione non convincente A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della "ratio legis"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, fasc. 1, pt. II, p. 93 ss. Evidenzia come dalla pronuncia *de qua* potrebbe scaturire l'esigenza di un nuovo esame della questione A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e l'usura degli interessi moratori*. *Spunti critici, ibidem*, p. 107 ss. In senso conforme si segnalano, tra le altre, Cass., 13 settembre 2019, n. 22890; Cass., 3 settembre 2019, n. 21976 e Cass. 28 giugno 2019, n. 17447, tutte e tre in *Dejure.it*; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Corr. giur.*, 2019, p. 153 ss., con nota di G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura... per fatto del debitore. ("Aberrazioni" giurisprudenziali in tema interessi moratori e usura)* e *Banca borsa*, 2019, p. 1 s., con nota di P.L. FAUSTI, *Luci e ombre sugli interessi moratori: tra decisioni e novità normative*, e con nota di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*; Cass. 30 novembre 2017, n. 28836, *Dejure.it*. Storicamente, in senso contrario all'inclusione degli interessi di mora nel computo del TEG l'ABF. Cfr., *ex aliis*, Abf coll. Coord., 10 gennaio 2014, n. 77, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 275 ss.; Abf coll. coord., 28 marzo 2014, n. 1875, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 928 s., con nota di M.N. MIZZAU, *La riduzione equitativa degli interessi moratori sproporzionati*; Abf. coll. coord. 30 aprile 2014, n. 2666, *ibidem*, p. 482 s., con nota di F. VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario e Finanziario*; Abf. coll. coord. 24 giugno 2014, n. 3955, *Contr.*, 2015, p. 257 s., con nota di G. COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte costituzionale e Cassazione*. A proposito dell'orientamento dell'Arbitro bancario e finanziario cfr. F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 171 ss. In dottrina, per la rilevanza usuraria degli interessi moratori, *ex aliis*, L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, Torino, 2019, p. 60 ss.; ID., *Interessi moratori e usura, interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Cor-*



della commissione di massimo scoperto ai fini dell'accertamento del carattere usurario del tasso d'interesse praticato dagli istituti di credito²⁴³ per convincersi di come possa essere facilmente scusabile l'errore di diritto (del cliente) che consista nell'inesatta percezione della portata della norma antiusura.

Non sembra, dunque, che l'impugnabilità in base all'art. 1972, secondo comma, cod. civ. di una transazione su patto usurario possa negarsi *a priori* sul mero assunto sintetizzabile nel brocardo «*ignorantia legis non excusat*», fermo restando che l'accordo sarebbe inattaccabile ove l'errore di diritto involga il *caput controversum*²⁴⁴. Non potrebbe, peraltro, escludersi che la transazione che dovesse regolare in via esclusiva il rapporto scaturente dal patto usurario possa cadere sotto la scure dell'art. 1344 cod. civ. ed essere dichiarata nulla siccome posta in essere con l'intento di rimuovere i profili di illegalità del titolo, eludendo l'applicazione della norma imperativa dell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. Una transazione che risulti stipulata non già per superare una lite bensì per aggirare l'applicazione di una norma imperativa sarebbe, infatti, illecita²⁴⁵.

te, in *Banca borsa*, 2019, p. 43 ss.; N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa*, 2018, fasc. 3, pt. I, p. 363 ss.; G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 1 s.; S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284*, *ibidem*, p. 72 ss.; F. PIRAINO, *Usura e interessi*, *ibidem*, p. 192 ss.; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p. 29 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 247 ss.; A. LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, *Corr. giur.*, 2001, fasc. 8, p. 1086; B. INZITARI, *La moneta*, cit., p. 216 ss.; M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 126; Per l'opinione contraria si segnalano invece M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, cit., p. 229; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, Roma, 2014, p. 110 ss.; G. FAUCEGLIA, *sub art. 1815*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino-Milano, 2011, p. 189 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione «autentica»*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, t. 1, p. 74 ss.; A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, *Banca borsa*, 2000, p. 627; G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 534; E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur.*, 1999, fasc. 7, p. 894 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 212.

²⁴³ Su cui ci si limita a richiamare P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, *Giur. comm.*, 2006, fasc. 5, pt. I, p. 671 ss.; M. DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, fasc. 10, pt. II, p. 351 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 395 ss.; G. FICHERA, *Gli interessi usurari, Il libro dell'anno del diritto*, 2019, Roma, 2019, p. 39 ss.

²⁴⁴ Cfr. CdS, Sez. IV, 6 giugno 2001, 3045, cit., 1489 ss.

²⁴⁵ Cfr. M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 427-428: «Occorrerà valutare con attenzione l'intento perseguito dalle parti, poiché accanto alla nullità per violazione di norme c'è anche la figura della nullità per frode alla legge dell'art. 1344 c.c.». E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 83; p. 90; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 240: la transazione è *in fraudem legis* quando «l'elusione della norma cogente sta nel risultato pratico che, attraverso gli effetti del contratto posso in essere, viene *obliquo modo* a prodursi, se-



6. – Le riflessioni sin qui condotte crediamo abbiano offerto sufficienti argomenti per concludere nel senso che il garante può opporre al beneficiario la nullità del patto usurario giacché il contratto autonomo di garanzia, per quanto capace di porsi come fonte di un impegno negoziale indipendente, non può tendere a procurare al creditore garantito una utilità materiale in contrasto con una norma imperativa di ordine pubblico qual è quella contenuta all'art. 1815, secondo comma, cod. civ.

Gli effetti del patto usurario potrebbero essere, in certa misura, “recuperati” attraverso una transazione novativa, anche se un accordo transattivo che dovesse regolare in via esclusiva il rapporto derivante dal patto usurario rischierebbe di andare incontro alla declaratoria di nullità *ex art.* 1344 cod. civ.: giammai potrebbe costituire lo strumento per conseguire *obliquo modo* il risultato vietato dalla norma imperativa dettata in tema di mutuo.

Su un piano più generale, l'indagine che si è affidata a queste pagine lascia emergere, per un verso, come le istanze di protezione del patrimonio dell'usurato, di repressione e di direzione del mercato finanziario sottese alla disciplina dell'usura siano destinate a combinarsi con l'esigenza di favorire la certezza dei traffici giuridici, la sicurezza degli scambi e la spedita circolazione del denaro; per altro, come nella contrattazione d'impresa e nella prassi bancaria il contratto autonomo continui a stagliarsi come modello di garanzia personale atipica tanto paradigmatico quanto controverso²⁴⁶.

condo la previsione e volontà delle parti»; p. 309. Da ultimo, proprio all'art. 1344 cod. civ. ha fatto riferimento Cass. civ., sez. lav., 14 ottobre 2020, n. 22213, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, fasc. 1, pt. II, p. 44 ss., secondo cui è nulla siccome in frode alla legge la transazione novativa posta in essere con l'intento di cancellare gli eventuali profili di illegittimità dell'apposizione di un termine ai precedenti rapporti di lavoro.

²⁴⁶ A distanza di un trentennio, suonano quanto mai attuali le parole di E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 329: «Il contratto autonomo di garanzia benché materiale non più magmatico ma tema ampiamente analizzato, non si configura come argomento definitivamente risolto e fossilizzato nella originaria impostazione, bensì si presta ad ulteriori indagini volte ad utilizzare l'intero potenziale normativo del nostro ordinamento».

Al fine di ampliare il ventaglio degli strumenti a servizio di privati e imprese per agevolare l'accesso al credito è stato, peraltro, avviato un progetto di riforma riguardante modelli atipici di garanzia del credito sia reali sia personali diffusi nell'uso bancario e finanziario e *in primis*, la garanzia autonoma. Il disegno di legge delega del 19 marzo 2019, n. 1151 prevede, infatti, tra l'altro: «la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] o) disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario» (art. 1). Il gruppo di studio dell'Associazione “Civili Italiani” propone d'intervenire sul codice civile inserendo, nel titolo III (*Dei singoli contratti*) del libro IV del codice civile, il capo XXII-*bis*. Quest'ultimo dovrebbe intitolarsi «Contratto autonomo di garanzia» e recare, agli artt. 1957-*bis* – 1957-*duodecies*, articolate previsioni su: nozione, forma del contratto, oggetto della garanzia, regime delle eccezioni, procedura di escussione, obblighi del garante autonomo, obblighi del creditore, obblighi del debitore ecc. Particolarmente interessante è la proposta definitoria: «Art. 1957-*bis*. *Nozione*. È garante autonomo colui che si obbliga al pagamento di una determinata somma di denaro o ad eseguire un'altra prestazione a vantaggio del



Non solo persistono zone d'ombra intorno al nodo delle eccezioni opponibili, ma si continua financo a revocare in dubbio la validità del contratto autonomo di garanzia²⁴⁷ nonché a dibattere sui rapporti tra garanzia autonoma e fideiussione, dubitando dell'idoneità della presenza di una clausola «a prima richiesta» a rendere di per sé autonoma la garanzia²⁴⁸ nel solco di una *querelle* risalente, che ha visto la dottrina prevalentemente orientata a sostenere l'opportunità di un'indagine articolata²⁴⁹ e la giurisprudenza, negli anni, incline ad accogliere soluzioni non sempre conformi²⁵⁰.

creditore, allo scopo di sollevarlo dal rischio dell'inadempimento da parte del debitore» (comma 1). Art. 1957-ter: [Il contratto] Deve contenere la rinuncia espressa del garante autonomo a sollevare eccezioni sulla esecuzione o sulla validità del rapporto garantito» (comma 2), ma anche la previsione suggerita a chiusura del plesso di norme: il testo dell'art. 1957-duodecies reciterebbe: «Rinvio alle norme sulla fideiussione. Per quanto non è espressamente previsto da questo capo si osservano le norme sulla fideiussione, in quanto compatibili ed esclusa in ogni caso l'applicazione degli articoli 1939, 1941, 1942, 1944 e 1945». Cfr. in arg. G. STELLA, *Revisione e integrazione del codice civile sulle nuove forme di garanzie del credito*, [in corso di pubblicazione].

²⁴⁷ S. D'ANDREA, *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, cit., p. 465 ss.

²⁴⁸ «Se infatti tutti i contratti autonomi di garanzia contengono clausole di pagamento “a prima richiesta” (o equivalenti), non sempre è vero il contrario: e cioè, non tutti i contratti a cui è apposta tale clausola sono per ciò stesso contratti autonomi». Cfr. M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 603, il quale dà conto della copiosa giurisprudenza in tema.

²⁴⁹ Per G.B. PORTALE, in *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 63 ss. la clausola di pagamento «a prima richiesta» ha «valore di semplice indizio a favore della natura autonoma (“astratta”) della garanzia» considerato che, a volte, essa è accompagnata da clausole dal significato opposto. Nel senso invece che, pur non costituendo «prova invincibile o *iuris et de iure* della natura autonoma della garanzia, essa ne costituisce una forte presunzione» tanto che sono rari i casi nei quali, in sua presenza, si è qualificato il contratto in termini di fideiussione a prima richiesta cfr. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda» nel commercio internazionale*, cit., p. 43 ss. Di là dalla presenza della pattuizione, al fine di accertare la natura autonoma della garanzia, deve farsi ricorso a criteri qualificatori ulteriori per P. CORRIAS, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione “a prima richiesta”)*, cit., p. 354. Sul punto v. pure ID., *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, *Dir. comm. int.*, 1987, p. 127 ss.; p. 151; ID., *La valenza delle clausole “a richiesta” e “senza eccezioni” nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 577 ss. Con parte della giurisprudenza, l'A. considera la clausola “a prima richiesta” «un indice sintomatico non già del contratto autonomo, ma della diversa figura della fideiussione con clausola *solve et repetes*» (p. 579); lì dove «forte valenza presuntiva parrebbe, invece, da riconoscere alla clausola “senza eccezioni” oppure, *a fortiori*, alla clausola che contiene entrambe le dizioni “a prima richiesta e senza eccezioni”» (pp. 582-583). Per il valore dirimente della clausola “a prima richiesta e senza eccezioni” Cass. civ. [ord.], sez. III, 22 novembre 2018, n. 30181, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2019, n. 30509, *Giust. civ. Mass.*, 2019; App. Napoli, 14 luglio 2020, n. 2596, in *Dejure.it*. Nella giurisprudenza di merito, nel senso che, per distinguere tra semplice fideiussione e contratto autonomo di garanzia non è tanto dirimente la clausola “a prima richiesta”, quanto invece quella che esclude la proponibilità delle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale, *ex art.* 1945 cod. civ., a es., Trib. Napoli, 1° ottobre 2019, n. 8630, in *Dejure.it*. In dottrina, da più parti si sottolinea «l'esigenza d'indagare la volontà dei contraenti nella costruzione del regolamento contrattuale al fine di valutare se ed in che termini si è inteso escludere la comunicabilità al rap-



porto di garanzia delle eccezioni riguardanti il rapporto base». Così S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in L. RUGGERI-ID., *Garanzie personali*, cit., p. 209; analogamente, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 139, p. 156 ss.; F. CAPPALÀ, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 134. Da ultimo, sul problema qualificatorio torna F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 144 ss., p. 168 ss., per la quale, al di là dell'impiego congiunto di clausole del tipo "a prima domanda" o "a prima richiesta" e "senza sollevare eccezioni", "senza contestazioni" o altre equipollenti, per decretare la fuoriuscita dal tipo della fideiussione occorre interpretare «l'intero contenuto negoziale in armonia con la logica della causa concreta». Se l'interpretazione del contratto alla stregua dei canoni offerti dagli artt. 1362 ss. cod. civ. può portare a escludere il carattere autonomo della garanzia nonostante la presenza di una clausola "senza eccezioni" (P. CORRIAS, *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 584) d'altra parte, il divieto del garante di sollevare eccezioni relative al rapporto fondamentale potrebbe ricavarsi da quel carattere strutturale proprio della garanzia autonoma rappresentato dall'insensibilità dell'impegno del garante rispetto alle vicende del rapporto garantito anche laddove non sia esplicitamente previsto. In questo senso v. Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152, *Mass.*, 2016, 404, per cui la previsione in seno a un contratto autonomo di garanzia della clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" fa presumere l'assenza dell'accessorietà della garanzia, ma tale requisito può desumersi, in difetto, anche dal complessivo tenore dell'accordo. Per una rassegna intorno al valore discrezionale della clausola di pagamento "a prima richiesta" può vedersi A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 441 ss.

²⁵⁰ Un orientamento riconosce, infatti, natura meramente indiziaria alla presenza della clausola "a prima richiesta", escludendo che essa (o altra equivalente) abbia rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come «contratto autonomo di garanzia». Cfr., *ex aliis*, Cass., 17 giugno 2013, n. 15108, in *Foro pad.*, 2013, fasc. 4, pt. I, c. 400 ss., con nota di E. SMANIOTTO, *La Cassazione sulla qualificazione delle polizze fideiussorie: fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*; *Urb. app.*, 2014, fasc. 1, p. 32 ss., con nota di G.F. NICODEMO, *Il contratto autonomo di garanzia negli appalti pubblici*; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27333, *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 953; Cass., 7 gennaio 2004, n. 52, in *Mass.*, 2004; in *Contr.*, 2004, fasc. 10, pt. II, p. 915, con nota di M. PECORARO, *Performance bond e fideiussione*; *Banca borsa*, 2004, pt. II, p. 497, per cui «ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia»; Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Mass.*, 2003; *Contr.*, 2004, fasc. 3, pt. II, p. 271 ss., con nota di N. MONTICELLI, *La tutela ex art. 1957 codice civile tra fideiussione, clausola solve et repete e garanzia atipica*; *Giust. civ.*, 2004, pt. I, p. 103; *Banca borsa*, 2004, pt. II, p. 497 ss.; Cass., 31 luglio 2002, n. 11368, in *Mass.*, 2002; *Banca borsa*, 2003, fasc. 3, pt. I, p. 245 ss., con nota di C. FRIGENI, *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*; *Giust. civ.*, 2003, pt. I, p. 2838, secondo cui: «la presenza, in seno al tessuto negoziale di un contratto di fideiussione di una clausola del tipo "dietro semplice richiesta", importa la risoluzione, in sede di interpretazione del contratto, di una "quaestio voluntatis", ai fini di stabilire se le parti abbiano in effetti inteso, o meno, stipulare un contratto autonomo di garanzia, derogatorio della disciplina di cui all'art. 1957 c.c.». Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, n. 419, cit., per cui: «per qualificare un rapporto in termini di contratto autonomo di garanzia non è sufficiente la previsione di una clausola di pagamento a prima richiesta [...], occorrendo altri indici che attestino la volontà delle parti di rendere l'obbligazione di garanzia autonoma rispetto all'obbligazione garantita ed insensibile alle vicende di questa»; Trib. Napoli, 1° ottobre 2019, n. 8630, cit., per cui «non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia»; Trib. Rovereto, 13 settembre 2018, in *Dejure.it*. Secondo un differente indirizzo, la clausola vale, in sé e per sé considerata, a rendere autonoma la garanzia, facendo escludere l'esistenza di una fideiussione. Tra



Un'analisi meditata, tuttavia, rivela come alcuni problemi siano più apparenti che reali²⁵¹.

Se si pone mente proprio alla distinzione tra fideiussione e garanzia autonoma appare chiaro come essa non sia dirimente per la soluzione delle questioni applicative: la contrapposizione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia non conduce in modo automatico all'inapplicabilità al secondo di ogni previsione dettata per la prima, ma vale soltanto a escludere l'applicabilità al contratto autonomo di garanzia delle previsioni strettamente fondate sull'accessorietà dello schema fideiussorio²⁵².

Diretta conferma della fondatezza dell'assunto e dell'opportunità di reimpostare antiche questioni con accresciuta sensibilità alle implicazioni sul piano della disciplina applicabile si trae alla luce di quanto statuito nelle stesse pronunce, in tema di usura, dalle quali si sono prese le mosse. Vale a dire, considerando come la nullità del patto base per illiceità o contrasto con norma imperativa sia idonea a incidere sul rapporto di garanzia, a nulla rilevando che la stessa sia qualificabile in termini di accessorietà o autonomia²⁵³.

le altre, v. Cass. 14 febbraio 2007, n. 3257, in *Foro it.*, 2007, fasc. 10, pt. I, c. 2810 ss.; Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit., per cui la clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, 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 negoziale contratto; Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2011 n. 19736, in *Giust. civ.*, 2012, fasc. 1, pt. I, p. 60; Cass. 19 febbraio 2019, n. 4717, cit. In senso conforme, reputano la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" incompatibile col principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione e di per sé sufficiente per la qualificazione del contratto in termini di garanzia autonoma Trib. Roma, 11 settembre 2019, n. 17208; Trib. Siena, 28 gennaio 2019, n. 116; Trib. Torino, 8 gennaio 2019, n. 48; Trib. Napoli, 22 gennaio 2019, n. 793; Trib. Trieste, 21 agosto 2018, n. 526; Trib. Roma, 18 luglio 2018, n. 14319; Trib. Biella, 23 maggio 2018, n. 217, tutte in *Dejure.it*.

²⁵¹ Cfr. F. ADDIS, *Clausola a "prima richiesta"*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole Negoziali*, Torino, 2017, p. 65 ss.

²⁵² Secondo una tesi, a es., gli artt. 1955, 1956 e 1957 cod. civ., in tema di estinzione della fideiussione, recano disposizioni che non suppongono l'esistenza di un vincolo di accessorietà; di conseguenza, le eccezioni fondate su di essi sarebbero proponibili (dal fideiussore come dal garante autonomo, dunque) a prescindere dalla natura accessoria o autonoma della garanzia. Cfr. F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 157 ss.

²⁵³ In questo senso cfr. Trib. Cagliari, 15 luglio 2020, n. 1632, cit.