



Università degli Studi di Sassari
Dottorato di Ricerca in Diritto Privato
Corso di Dottorato in Scienze giuridiche

Autonomia d'impresa e garanzie personali

Coordinatore: Chiar.mo Prof. M. Comenale Pinto

Tutor: Chiar.mo Prof. G.M. Uda

Tesi di Dottorato del Dott. Mario Renna

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

Indice

Introduzione

Capitolo I

L'autonomia d'impresa

1. Autonomia d'impresa e fondamento normativo costituzionale
2. Tutela della concorrenza e autonomia d'impresa: tra libertà di iniziativa economica, utilità sociale e regolazione del mercato
 - 2.1. Un riflesso applicativo su contratto d'impresa e tutela della concorrenza: la centralità della causa
3. La contrattazione d'impresa e il codice civile: tentativo di categorizzazione
 - 3.1. I contratti d'impresa e la legislazione speciale
 - 3.2. Il contratto d'impresa come momento esplicativo dell'autonomia d'impresa. Riflessione a partire dal dibattito su commercializzazione del diritto privato e ricommercializzazione del diritto commerciale
 - 3.2.1. Spunti di comparazione con l'ordinamento francese
4. Diritto del mercato globale, lex mercatoria e autonomia d'impresa
5. L'autonomia d'impresa e la rilevanza dell'attività

Capitolo II

Le garanzie personali d'impresa nel sistema giuridico domestico. Spunti dal diritto privato europeo, dal diritto transnazionale e dal diritto francese

1. Le garanzie d'impresa nel sistema giuridico italiano: teoria di sistema e aspetti funzionali
2. La disciplina delle garanzie personali d'impresa nel DCFR
3. La disciplina dell'UNCITRAL in materia di garanzie personali d'impresa
4. Le regole della CCI in materia di garanzia personale a prima richiesta
5. Le garanzie personali d'impresa nel diritto francese

Capitolo III

I contratti di garanzia personale d'impresa. Logiche delle fattispecie, autonomia d'impresa e parte generale del contratto

1. Dinamiche ed efficacia dei contratti di garanzia personale d'impresa. Ruolo dell'impresa quale momento determinativo
2. L'evoluzione degli schemi di garanzia personale del credito: le garanzie a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni. Considerazioni su autonomia ed accessorialità
3. Il contratto autonomo di garanzia nel rapporto tra ammissibilità sistematica e peculiarità funzionali
4. I problemi connessi all'elemento causale del contratto autonomo di garanzia e l'autonomia d'impresa
5. La fideiussione omnibus: peculiarità strutturali e conformazione negoziale
6. Le interrelazioni tra fideiussione omnibus, teoria dell'oggetto e autonomia d'impresa

Indice

Introduzione

Il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione omnibus, epicentri del sistema delle garanzie personali, rappresentano un importante banco di prova, ove misurare le istanze delle imprese e il loro imporsi, nonché valutare l'impatto generato dal successivo spiegamento di effetti in raffronto alla parte generale del contratto ed alle norme codicistiche sulla fideiussione.

Quale prisma attraverso cui osservare questi fenomeni è stata prescelta la proposta teorico-pratica dell'autonomia d'impresa. Attraverso tale opzione vuole porsi in esponente un'analisi dell'autonomia negoziale, principiante dal mondo dell'impresa, in discontinuità rispetto ai canoni dell'autonomia privata classica dell'individuo proprietario.

L'autonomia d'impresa merita di rinvenire un basamento normativo ed un sostrato culturale su cui innestarsi: il rischio, d'altro lato, è che una mera declamazione di distinguo in chiave meta-individuale possa, facilmente, risolversi in una improduttiva petizione di principio.

Il punto di partenza può rinvenirsi nell'art. 41 della Costituzione, laddove si garantisce, pur in presenza di limiti stringenti e puntuali, il libero esercizio dell'iniziativa economica privata. Tale libertà d'impresa può assurgere a momento centrale per l'affermazione di una autonomia contrattuale particolare e singolare. Può legittimare la creazione e l'applicazione di negozi di garanzia personale atipici, espressione esclusiva dell'attività d'impresa, capaci di aprire una breccia nella parte generale del contratto e nelle disposizioni in tema di fideiussione.

Il riconoscimento di garanzie personali d'impresa, ausiliato dall'operatività dell'art. 41 Cost., può consentire una diversa prospettazione delle regole riguardanti gli istituti della causa e dell'oggetto; prospetticamente, ribaltare una applicazione monolitica delle regole in favore di una flessibile e non respingente che tenga in debito conto le ragioni del mercato in cui l'impresa opera e in cui gravitano i meccanismi contrattuali.

L'autonomia d'impresa, inoltre, affonda le proprie radici nella più consolidata teoria della contrattazione d'impresa. Ripercorrere gli studi sui rapporti tra codice civile, legislazione speciale e contratti d'impresa conduce ad esaminare, ancora una volta, la questione della contrattazione d'impresa in chiave categoriale o meno.

Vale a dire, se essa manifesti un portato categoriale dogmatico, oppure se, di contro, configuri una mera locuzione convenzionale, o, ancora, assurga a prassi euristica e di supporto ermeneutico-giudiziale.

Un altro referente su cui fondare la teoria dell'autonomia d'impresa è costituito dalla lex mercatoria, dal diritto del mercato globale, espressione della costante autopoiesi contrattuale d'impresa.

Lo sviluppo internazionale dei traffici economici ha richiesto, parallelamente, l'ammmodernamento degli strumenti di garanzia personale del credito. Ne ha preteso snellezza ed irrobustimento, confinando quei negozi di garanzia ingessati e poco mobili. Nuove ed evolute forme di garanzia personale - spicca, tra tutti la garanzia a prima richiesta e senza proponibilità d'eccezioni - hanno acquisito una posizione apicale, derubricando le obsolete e tradizionali garanzie fideiussorie e, imponendosi, anche sulle garanzie reali (per quanto, da diversi anni, il processo di ammodernamento delle garanzie reali è assai notevole e fecondo).

Inoltre, a sostegno dell'autonomia d'impresa milita la dinamica dell'attività: essa designa una traiettoria diversa dall'atto, perimetra un più ampio spazio in cui legittimare e contenere i contratti d'impresa. Denota la crisi della fattispecie produttiva di effetti e richiama in gioco l'elemento e momento, apparentemente, distinto rispetto al singolo contratto, qual è quello del mercato.

Il tema delle garanzie personali d'impresa merita, al fine di rinvenirne le peculiarità distinguenti, di essere problematizzato secondo le soluzioni fornite a livello extra-domestico.

Di indubbio rilievo è la disciplina tratteggiata dal DCFR, ove si tende a strutturare un'autentica bipartizione tra garanzie personali d'impresa e garanzie personali accessibili all'individuo comune ed al consumatore.

Lo scenario, inoltre, si arricchisce dalle regolamentazioni sorte in seno all'Uncitral e alla Camera di commercio internazionale. Esse rappresentano due moderni momenti di disciplina delle garanzie personali d'impresa, tratteggiati sulle istanze e sulle necessità delle imprese.

Diametralmente opposta, rispetto al contesto italiano e, quindi, all'affermazione dell'autonomia d'impresa, è la soluzione che si radica nel diritto francese. Con la

consacrazione del contratto autonomo di garanzia, avvenuta nel 2006, all'interno del *Code civil*, si è rimessa al legislatore la capacità di riconoscere un congegno contrattuale a lungo diffuso nella prassi. Ciò, però, non impedisce di apprezzare la flessibilità normativa che governa e la garanzia autonoma e la fideiussione omnibus. Tali contratti vengono disciplinati tenendo in debito conto le soggettività coinvolte nell'operazione negoziale; negando, di conseguenza, la possibilità che sia i privati cittadini che le imprese accedano, indifferentemente, ai medesimi moduli negoziali.

Ritornando al contesto domestico, preme rilevare che il tema delle garanzie personali d'impresa necessita di essere affrontato attraverso un'interpretazione funzionale, che sappia coerentemente intendere la realtà e i bisogni delle imprese che sono protagoniste di questi contratti.

La prospettiva che si predilige è quella della ricerca della peculiarità che conferisce la dinamica d'impresa alla garanzia personale; del rinvenimento necessario delle ragioni che hanno condotto all'affermazione di nuovi modelli ed all'affrancamento da quelli tradizionali.

La disamina riguarda la rottura del dogma dell'accessorietà e l'antitetico imporsi delle garanzie a prima richiesta e senza eccezioni, connotate da una recisa autonomia rispetto all'obbligazione sottostante garantita.

La teoria dell'autonomia d'impresa, infine, non consente solamente l'affermazione e la validazione di nuove forme di garanzia personale del credito ma, al contempo, offre la possibilità di approdare ad una lettura della causa e dell'oggetto del contratto, modulata sulla scorta delle ragioni d'impresa. Assai densi appaiono i problemi connessi all'elemento causale del contratto autonomo di garanzia; così come quelli connessi all'oggetto in rapporto alla fideiussione omnibus.

L'autonomia d'impresa potrebbe essere un referente imprescindibile, almeno sino ad una eventuale riforma legislativa, omologa della soluzione francese, per coonestare e interpretare il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione omnibus, ponendo al centro la dinamica dell'impresa, in chiara discontinuità con la teoria contrattuale classica fondata sull'individuo proprietario.

Capitolo I

L'autonomia d'impresa

SOMMARIO: 1. Autonomia d'impresa e fondamento normativo costituzionale; 2. Tutela della concorrenza e autonomia d'impresa: tra libertà di iniziativa economica, utilità sociale e regolazione del mercato; 2.1. Un riflesso applicativo su contratto d'impresa e tutela della concorrenza: la centralità della causa; 3. La contrattazione d'impresa e il codice civile: tentativo di categorizzazione; 3.1. I contratti d'impresa e la legislazione speciale; 3.2. Il contratto d'impresa come momento esplicativo dell'autonomia d'impresa. Riflessione a partire dal dibattito su commercializzazione del diritto privato e ricommercializzazione del diritto commerciale; 3.2.1. Spunti di comparazione con l'ordinamento francese; 4. Diritto del mercato globale, lex mercatoria e autonomia d'impresa; 5. L'autonomia d'impresa e la rilevanza dell'attività

1. Autonomia d'impresa e fondamento normativo costituzionale

La ricerca di un fondamento positivo dell'autonomia d'impresa rappresenta una questione assai delicata che necessita d'esser compresa attraverso l'analisi del dato costituzionale, del codice civile e delle fonti extrastatali maggiormente indicative, nonché tramite le ricostruzioni dottrinali.

L'unificazione dei codici avvenuta nel 1942 ha sancito il superamento della centralità dell'atto di commercio - sia soggettivamente che oggettivamente inteso - in favore dell'attività, da intendersi, soprattutto, come espressione compiuta dell'impresa¹.

Parrebbe, quindi, almeno formalmente acquisito il passaggio nell'incidenza pratica dell'impresa da una dimensione statica (quella dell'atto) ad una dinamico-continuativa (quella dell'attività)².

¹ Cfr. B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1 ss. a p. 12 ss. Di ruolo sistemico-ordinamentale dell'impresa parla P.G. JAEGER, *L'impresa*, in AA. VV., *I cinquant'anni del codice civile*, I, *Relazioni*, Milano, 1993, p. 305 ss. a p. 306. Cfr. G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 981 ss.; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2010, p. 5 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1970. Spiega L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2012 che «la differenza che sussiste tra l'atto di commercio previsto dal codice del 1882 e l'attività di impresa presupposta nel sistema del codice unificato del 1942 sta nella continuità e complessità di quest'ultima: la sequenza atti di commercio-attività commerciale-qualifica di commerciante si inverte nell'attuale sistema, organizzato intorno ad un'attività che si compone di articolazioni, negoziali e non negoziali, e che contribuisce a modificare la disciplina dell'atto che in essa si inserisce».

² Questo indice è rilevato, da ultimo, in G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1 ss. V. T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 7 ss. a p. 31 ss. V. F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili*

La centralità dell'impresa nel sistema complessivo del diritto privato³, come avrà modo di vedersi nel prosieguo, ha dato la stura a numerose e difformi ricostruzioni teoriche, certune protese alla salvaguardia del codice civile da spinte centrifughe ed erosive, cert'altre inclini a salutare con favore una riacquisizione di spazi espansivi del diritto commerciale, inteso quale diritto del mercato (pur rifuggendo da spinte neocorporativistiche⁴), o in una più lata ed omnicomprensiva configurazione, quale diritto dell'economia dei privati⁵.

Il fattore impresa vuole essere qui esaminato e problematizzato, anche, in relazione alla disciplina del contratto, al fine di individuarne specificità e regole disciplinari autonome⁶. Questa esigenza principia dall'opportunità di analizzare la diversa funzionalità

ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa), in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 417 ss. a p. 435 propugna una tesi autonomista dell'attività, per cui, la ricostruzione dell'autonomia d'impresa coincide con l'intendimento dell'attività medesima quale dimensione distinta, cogliendo nella dinamica del suo svolgimento la ragione e la misura della sua essenza giuridica. Nel tracciare il distinguo tra atto ed attività l'A. sostiene che «l'atto è realtà compiuta, delineata, formalizzata, staticamente apprezzabile, adeguata ad una certa istanza; l'attività è un *quid* svolgentsi nell'attualità e solo nel suo svolgersi realizza progressivamente la funzione, lo scopo cui è orientata» (p. 440); ID., *Attività e soggettività: circolarità funzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 883 ss. Sul tema dell'attività in generale, cfr. N. RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, Milano, 2001; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. Lipari*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 48 ss. Secondo G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 107 ss., l'essenza della nozione d'impresa risiede nel superamento e nella unificazione concettuale dei singoli atti. Per spunti problematici, G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 109 ss.

³ Per riflessioni introduttive e problematiche, F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in AA. VV., *Le prolusioni dei civilisti*, III, (1940-1979), Napoli, 2012, p. 2371 ss. (v. le osservazioni sul punto di V. SCALISI, *Il diritto civile nelle «prolusioni» del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 503); R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, *ivi*, p. 2825 ss. (su cui cfr. la rilettura critica di O.T. SCOZZAFAVA, *Rosario Nicolò e il diritto di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 847 ss.); A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 1 ss.; G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950; P. BARCELLONA, *L'autonomia privata e il mercato. (Il modello codicistico)*, in ID., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 320 ss.; F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in *Tratt. Galgano*, II, *L'impresa*, Padova, 1978, p. 1 ss. In chiave storica, P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quad. fior.*, 1999, p. 999 ss.; G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, spec. p. 484; G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, *cit.*, p. 1 ss.; M. LIBERTINI, *L'impresa*, in B. LIBONATI (a cura di), *Giuseppe Ferri e il legislatore. Atti del convegno commemorativo della nascita di Giuseppe Ferri. Roma 23 ottobre 2008*, Napoli, 2009, p. 27 ss. che offre una ricostruzione delle tesi di Giuseppe Ferri. V., anche, le considerazioni di P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985, spec. p. 1 ss.; P.G. JAEGER, *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*, Milano, 1985; D. IANNELLI, *L'impresa*, in *Giur. Bigiavi*, Torino, 1987, p. 10 ss.; G. SANTINI, *Le teorie sull'impresa (Civilisti e laburisti a confronto)*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 405 ss.

⁴ Secondo la teorica di G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, I, I, Torino, 2001, p. 5. V., anche, V. BUONOCORE, *Il diritto dell'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in ID., *Diritto commerciale e diritto dell'impresa. Per ricordare Salli Pescatore*, Napoli, 2008, p. 9 ss.

⁵ Il riferimento è a F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1213. Cfr. F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Tratt. Galgano*, I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, p. 1 ss. Per approfondimenti, L. ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato?*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 751 ss.; G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, in *Bbtc*, 2012, I, p. 252 ss.

⁶ Per un primo inquadramento generale, V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001. V. G. OPPO, *Impresa e mercato*, in

del contratto circa i livelli in cui esso opera, denotando la necessità di spostare l'attenzione dall'atto o dal rapporto strettamente inteso al piano dell'attività economica complessiva⁷.

Occorre analizzare la presenza di ragioni che inducono a teorizzare l'autonomia d'impresa come plesso concettuale e normativo⁸ distinto dall'autonomia privata⁹, strettamente collegato alle dinamiche del mercato¹⁰, poiché senza la logica del mercato non è possibile giustificare, appieno, le soluzioni normative di riferimento¹¹.

A sostegno di quanto asserito, può farsi richiamo, a mo' di esempio corroborante, alle sempre più frequenti forme di contratti atipici di garanzia personale, tra cui il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione *omnibus*, che si connotano per l'insistere

Riv. dir. civ., 2001, I, p. 421 ss. (e la rilettura critica del saggio offerta da G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, *ivi*, 2012, p. 509 ss.).

⁷ Il meccanismo di funzionalità per l'impresa del contratto è messo in luce da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 56 s.; D. CONSERVA, *Autonomia contrattuale e iniziativa economica*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari, 1975, p. 368 ss. a p. 408 s.

⁸ Può leggersi di potere normativo dell'impresa in P. BARCELLONA, *Il contratto fra dirigismo e diritto dell'impresa*, in ID., *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 420 ove sostiene che «il potere normativo d'impresa (è) considerato "naturale" in qualsiasi mercato a struttura capitalistica e sostanzialmente privo di alternative possibili in tutti gli ordinamenti occidentali [...]». Tiene conto di questa prospettiva G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 857.

⁹ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., spec. p. 37 ss. Importanti riscontri sul tema sono offerti da M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 33 ss.; ID., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1 ss. a p. 32 s.; già, ID., *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, ed. provv., 1971, *passim*; G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, p. 148 ss.; ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Bbct*, 1984, I, p. 14 ss.; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1 ss.; V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. Buonocore*, I, 2.I, Torino, 2002, p. 339 ss.; ID., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 177 ss.; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 266 ss. Esamina l'autonomia d'impresa M.C. TATARANO, *La «prenotazione» tra prassi e autonomia d'impresa*, Napoli, 1996, p. 114 ss. Sin d'ora, *contra* la categorizzazione dell'autonomia d'impresa, A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 7 e G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 23. V., anche, G.C.M. RIVOLTA, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1274 ss.

¹⁰ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss. a p. 528 ss.; ID., *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 223 ss.; ID., *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 21 s.

¹¹ E. BOCCHINI, *Sostituzione giuridica nell'attività d'impresa e asimmetria informativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 341 ss. a p. 345. Per riflessioni generali, cfr. i saggi di T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, e *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, ambedue in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1959, rispettivamente a p. 69 ss. e p. 113 ss.

dell'elemento dell'impresa¹², delle sue ragioni e delle sue istanze: ovvero, per la penetrazione, con ripercussioni sul diritto privato comune, di una regolamentazione d'interessi che si basa sul rilievo strutturale delle competenze professionali dei contraenti¹³ e del mercato in cui l'attività d'impresa opera e si afferma (il che, letto dall'altro lato della medaglia, certificherebbe l'imporsi, reciso, delle esigenze della *societas mercatorum* in tema di tutela del credito¹⁴).

Il ricorso a tali meccanismi di garanzia, se da un lato consente alle imprese di dotarsi di strumenti che rafforzano la tutela del credito, in una dimensione di competizione nazionale ed internazionale, dall'altro rimanda al rapporto tra contratto e mercato¹⁵, contribuendo a delineare una ideale linea di continuità funzionale tra gli strumenti operativi e l'ambiente sottostante¹⁶.

¹² Cfr. M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, Milano, 1991; ID., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990. Molti rilievi interessanti sono contenuti in G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1999, spec. p. 11 ss., p. 19 ss.

¹³ Così, U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea (Messina 4-7 giugno 2002)*, Milano, 2004, p. 769. In una più articolata prospettiva, G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 491 ss. a p. 494 ss.

¹⁴ V. le riflessioni di F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1517 ss. a pp. 1522-1524.

¹⁵ In una prospettiva più ampia, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ID., G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss. In tema, RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, in AA. VV., *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 2339 ss.; G. BENEDETTI, *Il contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 77 ss.; F. GUERRERA, *Contratto e mercato*, in *Quad. giur. impr.*, 1990, p. 13 ss. e da ultimo, A. BELVEDERE, *Le dinamiche contratto-mercato*, in P. CORRIAS (a cura di), *Liber Amicorum per Angelo Luminoso*, I, *Contratto e mercato*, Milano, 2014, p. 237 ss. V., inoltre, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss. a p. 881; R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in *Tratt. Sacco*, I, *Il contratto*, p. 16 ss. a p. 30 s. ha, nitidamente, sostenuto che «un primo dettato, invocato come salvaguardia dell'autonomia contrattuale, è il 1° co. dell'art. 41, che garantisce libertà all'iniziativa economica privata. "Iniziativa economica" è concetto distinto rispetto ad "autonomia contrattuale". Ma l'azzeramento dell'autonomia contrattuale è azzeramento dell'iniziativa economica privata, così come ogni riduzione dell'autonomia contrattuale implica un limite alla libertà dell'iniziativa economica». V. lo studio monografico di L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003 e di L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, spec. p. 87 ss. Per alcuni spunti, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, spec. p. 15, p. 31 s., p. 56 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuali. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, spec. p. 71 ss. a p. 107 ss.; M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-formali per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli-Treviglio, 2008, spec. p. 59 ss. a p. 253 ss. Recentemente, P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, Torino, 2015, p. 3 ss. e V. RICCIUTO, *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1337 ss.

¹⁶ V. l'itinerario tracciato da G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 113 ss. Anche, G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007, p. 5 ss. a p. 11 rileva che

Il dato costituzionale rivela, già, all'art. 41 la complessità e le tensioni che si radicano attorno all'impresa, e quindi alle relate dinamiche contrattuali¹⁷, ove dirompono accentuazioni valoriali pubblicistiche e/o socializzanti¹⁸. Sebbene essa rivesta un ruolo assai rilevante nel contesto sociale e nel tessuto relazionale economico in generale, dal dato costituzionale, imperniato su una formula tendenzialmente compromissoria¹⁹, ne risulta una de-fondamentalizzazione in qualità di diritto economico-patrimoniale.

L'iniziativa economica privata, infatti, oltre a non essere garantita con lo stigma dell'inviolabilità e con la medesima ampiezza riconosciuta ai diritti di libertà, è subordinata

«[...] i mercati della contrattazione tra imprese manifestano peculiarità ed esigenze non rinvenibili nei mercati della contrattazione tra imprese e consumatori». In una prospettiva più vasta, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010.

¹⁷ Spiega E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, p. 601 che «se è vero infatti che l'economia è plasmata dal diritto, è altrettanto evidente che le vicende economiche e l'assetto sociale condizionano fortemente le soluzioni giuridiche e si proiettano precipuamente sul contratto». V., per un'analisi complessiva, F. LUCARELLI, *Negoziato, contratto, rapporto sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 1502 ss. a p. 1511 ss. L'ordito di problemi è già, sapientemente, atterrato da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 47 s. per cui considerando il rapporto tra il contratto e l'iniziativa economica privata «[...] non è possibile sfuggire all'alternativa seguente: o l'art. 41 della Costituzione è inteso come lo statuto fondamentale dei rapporti economici, e allora ogni specie di contratto può essere ricondotto ad esso, in virtù del carattere patrimoniale richiesto dalla disciplina civilistica per l'istituto, così ricadendosi nella tesi della tutela diretta; oppure si ritiene che l'art. 41 disciplina soltanto l'impresa, e allora lo stesso tipo contrattuale sarà o no costituzionalmente protetto (o lo sarà in forme differenziate) a seconda che attenga o meno ad un'attività imprenditoriale [...]». Per un raccordo tra dato costituzionale e codice civile, G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale*, Milano, 1990, p. 35 ss.

¹⁸ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi confini attuali*, in AA. VV., *Le prolusioni dei civilisti*, III, (1940-1979), cit., p. 2945 ss. a p. 2962 ove spiega che «allorché, quindi, si vuol valutare il senso di quelle limitazioni poste all'attività economica privata, occorre tener presente che esse non sono espressione di una sovrastruttura del sistema liberista, ma costituiscono invece ormai la struttura intima del nuovo sistema economico, inteso a giovare degli strumenti dell'iniziativa economico-privata e pubblica ai fini del benessere generale». Cfr. U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, 1955, p. 85 ss. a p. 94 ss.; G. MINERVINI, *L'evoluzione del concetto di impresa (spunti per una ricerca)*, in *Riv. soc.*, 1976, p. 496 ss.; G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 15 ss. Un interessante spaccato è offerto da L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, spec. p. 11 ss. Per una impostazione che tiene conto anche del dato giurisprudenziale v. A. GENTILI, *L'iniziativa economica privata*, in AA. VV., *I rapporti economici nella Costituzione. Rassegna di 40 anni di giurisprudenza sul titolo III*, III, *Impresa, proprietà e credito*, Milano, 1989, p. 6 ss. Per alcuni spunti cfr. D. CATERINO, *Concentrazioni e attività bancaria*, Milano, 2004, p. 144 ss.

¹⁹ N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 439. Per E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit., p. 601 il carattere compromissorio contenuto nella norma costituzionale in rassegna «[...] dimostrò storicamente la sua forza non solo nel riflettere una complessità sociale che avrebbe visto costantemente coesistere visioni conservatrici e visioni progressiste, ma soprattutto nell'asseverare la prevalenza ora delle une ora delle altre voci, mano a mano che l'evolversi del contesto politico e i cambiamenti nella realtà economica vedevano alternarsi fasi di sviluppo a fasi di crisi e recessione». Cfr. F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 61 ss. V. le riflessioni critiche di A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in P. CORRIAS (a cura di), *Liber Amicorum per Angelo Luminoso*, II, *Contratto e mercato*, Milano, 2014, p. 723 ss. Per G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 51, invece, i valori sottesi all'art. 41 Cost. «[...] non possono essere espressi se non con clausole generali e tentarne la conciliazione non significa cedere a compromessi».

ad altri valori costituzionali (nel senso del superamento dell'ottica dell'individualismo possessivo)²⁰. La formulà testé indicata quale compromissoria non deve, invece, essere equivocata alla luce di una contraddittorietà insita nel basamento della costituzione economica italiana. Ben chiaro appare che la logica e la vocazione d'impresa siano costitutivamente e istituzionalmente accumulative²¹: indi per cui, si tratteggia un'economia di mercato capitalistica legittimante interventi diretti e indiretti pubblici e contemperamenti (correttivi) discendenti da profili assiologici collocati su di un piano più alto rispetto all'iniziativa economica privata²².

I commi secondo e terzo dell'art. 41 Cost, appunto, offrono un bilanciamento di valori ed interessi, nonché una modulazione dell'agire privato²³: limitazioni e mitigazioni che sono espressione dell'ordinamento giuridico e, gerarchicamente, superiori agli interessi del mercato, quand'anche giuridicamente tutelati²⁴.

Il secondo comma prescrive che l'iniziativa economica privata oltre ad essere conformata al rispetto dell'utilità sociale non debba svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana²⁵.

²⁰ V. l'analisi di C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, spec. p. 74, p. 90 ss.

²¹ Così, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, p. 254.

²² P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, p. 79, p. 98 s.; M. LIBERTINI, *Relazione generale concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, in P. MONTALENTI (a cura di), *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, Milano, 2016, p. 10. Per alcune affinità, P. GRECO, *I rapporti economici nella costituzione italiana*, in *Aa. Vv., Maestri della facoltà di giurisprudenza torinese. Paolo Greco*, Milano, 1991, p. 91 ss. a p. 171.

²³ R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in ID., P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, pp. 194-211; G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss. In generale, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983. Spiega, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 29 che «già ad una superficiale analisi del dettato costituzionale si può ben constatare che nelle norme richiamate è segnato il tramonto definitivo dell'idea che vede nel libero gioco delle forze economiche lo strumento naturale e più idoneo per raggiungere un ordine sviluppato della società nel rispetto delle libertà individuali». F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, cit., p. 11, parla di rivalutazione della socialità della produzione.

²⁴ Spiega A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, p. 11 ss. che «[...] l'autonomia privata incontra, sul piano giuridico solo i limiti posti dall'ordinamento giuridico. La circostanza che si eserciti nel mercato non comporta l'assoggettamento della stessa ad interessi del mercato che non siano tutelati dall'ordinamento». V., in questo senso, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 51 s. In una differente prospettiva, v. E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediale. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012, spec. p. 99 ss.

²⁵ Per T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 33, utilità sociale merita di essere rapportata all'interesse del privato cittadino consumatore. V. l'interessante spaccato di U.

L'ultimo comma concerne la possibilità, attraverso la legge, che vengano determinati i programmi ed i controlli opportuni che indirizzino e coordinino l'attività economica tutta verso fini sociali²⁶.

Stante il dato testuale, da cui la locuzione "iniziativa economica privata", non è mancato l'affermarsi di ricostruzioni volte ad estendere, soggettivamente, la tutela apprestata dall'art. 41 Cost. ad ulteriori realtà distinte dall'impresa²⁷, intesa quale archetipo del funzionamento produttivo²⁸: tra queste, basti pensare al lavoro autonomo²⁹, alla propaggine delle professioni intellettuali che risultano qualificate come attività professionali economiche aliene dallo statuto dell'impresa³⁰. Questa esigenza può sembrare essere

SALVESTRONI, *Teorie negoziali, principi generali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 337 ss. a p. 356 ss. Pur collegato al tema della responsabilità civile cfr. G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, p. 515 ss. a p. 524 ss.

²⁶ *Ex multis*, in argomento, v. i contributi raccolti nei due volumi intitolati *Aspetti privatistici della programmazione economica*. (Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970), Milano, 1971. V. L. FERRI, *Autonomia privata, libera iniziativa economica e programmazione*, in *Arch. giur.*, 1968, p. 31 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 13 ss. Per una disamina assai particolareggiata G. IUDICA, *Autonomia dell'imprenditore privato e interventi pubblici*, Padova, 1980, p. 3 ss.

²⁷ In tema, G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 46 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582 ss. Secondo P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 40 «l'art. 41 Cost. [...], peraltro, nel proclamare libera "l'iniziativa economica privata", contempla una fenomenologia certamente inclusiva di, ma altrettanto certamente non esaurita da quella imprenditoriale». Cfr. l'attenta ricostruzione di V. BUONOCORE, voce *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir. Annali*, I, Milano, 2007, spec. p. 763 ss. a pp. 765-766 ove «l'art. 41 cost. non ha solo un alto valore ideale, né serve solo come ausilio interpretativo delle norme ordinarie. Esso costituisce anche l'occasione per ribadire un concetto assai importante per le implicazioni concrete che se ne possono trarre: anche se nella quotidianità costituisce - come si è avuto occasione di accennare - quasi la norma, "esercizio di attività economica" non può considerarsi sinonimo di "esercizio di attività d'impresa" come pure si è ritenuto. Da questo principio scaturiscono conseguenze di non poco momento, ed in particolare: 1) la possibilità di distinguere dall'impresa il lavoro autonomo, che è pure attività economica: l'esclusione di esso dall'attività d'impresa può dipendere o dalla mancanza di organizzazione o dal diverso rapporto tra attività del soggetto e mezzi impiegati; 2) la possibilità di distinguere dall'esercizio dell'impresa l'esercizio delle professioni intellettuali: imprenditore e professionista intellettuale producono entrambi un servizio, ma il secondo - *id est* il professionista singolo - non può essere considerato imprenditore non tanto e non solo perché, salvo l'esercizio in forma associata e salva l'ipotesi prevista nell'art. 2238 c.c., non produce il servizio attraverso l'organizzazione dei fattori della produzione, ma anche perché l'esclusione è frutto di una scelta legislativa dettata dalla particolare natura dell'attività esercitata e dalla considerazione della dignità e della personalità della di lui opera». Per G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 573 ss. a p. 582 «[...] tutele e limiti previsti dall'art. 41 Cost. non vanno ridotti all'espressione più vistosa, dell'iniziativa economica privata che si realizza nell'impresa, ma sono estesi più in generale all'autonomia del privato e allo strumento che ne costituisce la sua esplicazione».

²⁸ Sul profilo dello svolgimento v. G. IUDICA, *Autonomia dell'imprenditore privato e interventi pubblici*, cit., p. 55 ss.

²⁹ Per alcuni spunti, U. BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 149 ss. Di recente, v. R. CATALANO, *Profili di convergenza tra «impresa» e «professionista»: la questione dell'ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1173 a p. 1185 ss. V. E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 31 ss.; EAD., *Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa*, in *ODC*, 2014, 3, p. 1 ss. Ben documentata è la monografia di E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, Roma, 2014.

derivata da (a seguito di) una angolatura eminentemente oggettiva dell'art. 41 Cost. Infatti, dal dettato costituzionale può evincersi la centralità della libertà e dell'iniziativa economica, piuttosto che l'individuazione dei soggetti destinatari di tale libertà³¹. Più esattamente, nelle elaborazioni culturali, si è assistito ad un'autentica tripartizione della definizione dell'ambito applicativo dell'autonomia riconosciuta ai privati di intraprendere una iniziativa economica³² conferendo, per l'appunto, all'art. 41 Cost. una vera e propria natura ultra-anfibologica³³.

Una corrente di pensiero ha posto l'accento sul rapporto sinonimico intercorrente tra iniziativa economica ed attività d'impresa³⁴; un differente filone ermeneutico, di contro, ha rilevato che la locuzione iniziativa economica debba individuarsi nella scelta di esercitare una qualsivoglia attività economica, pur non configurandosi l'organizzazione imprenditoriale³⁵; una terza linea di veduta, ancor più radicale della precedente, ha sostenuto

³⁰ P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, cit., p. 16 ss. Si v. la rassegna sul tema di R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Tratt. Galgano*, LV, Padova, 2010, spec. pp. 18-34. Cfr. F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. impr. Eur.*, 1997, p. 1 ss.; A. BERLINGUER, *Stato, mercato e concorrenza nella UE: il caso delle professioni intellettuali*, *ivi*, 2004, p. 390 ss.; M. TICOZZI, *Autonomia contrattuale, professione e concorrenza*, Padova, 2007; G. SICCHIERO, *Professione e impresa dal codice civile al diritto comunitario*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, cit., p. 2327 ss. Da ultimo, V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 126 ss.

³¹ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili ricostruttivi)*, II, Torino, 2013, p. 33, cui si rinvia per l'apparato bibliografico contenuto.

³² Come ricorda V. BUONOCORE, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in ID., *Diritto commerciale e diritto dell'impresa. Per ricordare Salli Pescatore*, cit., p. 190 s. Cfr. G.B. FERRI, *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, in AA. VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica. (Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970)*, cit., p. 44 pone in rapporto dialettico, di logica correlazione, la libertà di iniziativa economica con l'autonomia economica. V., anche, M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm. Tar*, 2004, p. 541 ss.

³³ Per alcune notazioni, G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 6 ss.

³⁴ Di questo avviso, già, L. CARIOTA FERRARA, *Osservazioni sull'iniziativa economica privata*, in *Riv. giur. edil.*, 1962, II, p. 195 ss. a p. 196. Per F. GALGANO, sub *art. 41 Cost.*, in ID., S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, II, in *Comm. Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 3 la nozione di iniziativa economica rimanda, linguisticamente, alla nozione di impresa, per la parentela lessicale tra iniziativa e "intrapresa" economica e per la sequenza: intrapresa economica-impresa economica-impresa senza aggettivo, che è alla radice dell'odierno concetto di impresa; ID., *Libertà dei privati: la libertà economica*, in ID., *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, p. 125 ss.; V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Tratt. Galgano*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, p. 435 ss. a p. 452 ove rileva che «l'art. 41 intende garantire non la libertà di qualsiasi soggetto di compiere atti aventi rilievo economico, ma soprattutto la libertà di operare come imprenditore e quindi di organizzare energie umane e beni materiali per svolgere un'attività economica». Cfr. P. PERLINGIERI, M. MARINARO, sub *art. 41 Cost.*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 284 a p. 286. Per alcuni spunti, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., spec. p. 51 ss.

³⁵ Che l'iniziativa economica sia formula più ampia della nozione di impresa in guisa da ricomprendervi l'attività produttiva in genere lo sostiene G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988,

che l'iniziativa economica coincidesse con l'investimento, ovvero con la destinazione di beni capitali al processo produttivo³⁶.

Proprio quest'ultima versione, rimasta comunque assai minoritaria, collide con un'importante pronuncia della Corte costituzionale. La Consulta, infatti, ha statuito che la semplice destinazione di un capitale a fini produttivi non costituisca, irrefragabilmente, espressione di iniziativa economica e debba, pertanto, godere della tutela apprestata dall'art. 41 Cost. che, invece, protegge la posizione dell'imprenditore, ossia di colui che eserciti un'attività economica organizzata al fine della produzione o scambio di beni e servizi³⁷.

La Corte, quindi, ha delimitato e riconosciuto la libertà di iniziativa economica come proiezione dell'agire imprenditoriale, ovvero quale libertà di organizzazione concreta delle modalità produttive e delle attività pratiche: quindi, libertà di intraprendere, di svolgere e di cessare un'attività³⁸. Una lettura coordinata del testo costituzionale potrebbe condurre a sostenere che la scelta della produttività, quale attributo costitutivo dell'iniziativa economica, rinvenga proprio nel sostrato costituzionale piena tutela.

p. 2. In questo senso, anche, P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, cit., p. 16. Per M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 380 ciò è corretto teoricamente ed inevitabile sul piano del diritto positivo. Per alcuni spunti, in ambito di applicazione della disciplina antitrust, G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., p. 39 s.

³⁶ Sono le parole di A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., p. 594 il quale precisa che «la Costituzione insomma identifica l'iniziativa economica con l'investimento, quale atto che costituisce il fondamento logico di un processo produttivo qualitativamente determinato, o, più precisamente, definendone la natura nell'ambito generale degli investimenti patrimoniali, con quello che gli economisti qualificano, per l'appunto, come investimento di iniziativa (o speculativo), il quale può determinarsi giuridicamente come atto di destinazione di beni capitali al processo produttivo. Soltanto in questo atto, che, per definizione, non è assoggettabile ad organizzazione, ma, a sua volta, dà vita a nuove organizzazioni produttive, può razionalmente e realisticamente individuarsi l'iniziativa economica privata, sempre che non si voglia stravolgere il tenore letterale delle disposizioni costituzionali e non si pretenda, nel medesimo tempo, di avanzare azzardate ipotesi interpretative che, non solo non si armonizzano con altre norme costituzionali, ma risultano altresì di estensione pressoché indeterminata nonché di difficilissima applicazione pratica». Per alcuni indici comuni, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, p. 30 ss.

³⁷ Corte cost., 7 maggio 1984, n. 183. V. BUONOCORE, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 191.

³⁸ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 53 ss.; V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 345 ss.; P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, cit., p. 53, pp. 431-433. Secondo F. GALGANO, sub *art. 41 Cost.*, cit., p. 4 l'iniziativa economica è capace di sottolineare sul piano linguistico quel momento propulsivo e creativo dell'attività dell'imprenditore e che la libertà di intrapresa si sostanzia nella libertà dei privati di produrre ed organizzare ricchezza, nonché di decidere cosa, dove, quanto e come produrre. Sul profilo della cessazione, F. D'ALESSANDRO, *I «fini sociali» nella cessazione dell'attività d'impresa*, in AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, III, *Iniziativa economica e impresa*, Napoli, 2007, p. 223 ss. Così, anche, P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 101 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 713 s.

Ciò poiché essa risulterebbe in linea con aspirazione solidaristico-redistributiva di diffusione del benessere, in quanto uniforme al diritto, nonché al dovere, di contribuire al progresso sociale mediante la propria attività lavorativa (come divisato all'art. 4 Cost.)³⁹.

La libertà di intrapresa costituzionale, limitata per l'appunto alla realtà economica organizzata sotto forma d'impresa⁴⁰ - con logica esclusione di scelte economiche isolate dei singoli privati⁴¹ - si lascia apprendere nella sua problematicità, ma anche nella sua dinamicità, dal punto di vista di libertà di organizzazione contrattuale⁴²: solo mediante una

³⁹ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 59; ID., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 221 ss. a p. 231. Secondo M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili ricostruttivi)*, cit., p. 65 «l'impresa (commerciale) rileva, allora, quale fenomeno protetto perché valutato - in linea di principio e in generale - come forma socialmente utile di esercizio della libertà di iniziativa economica; ed è forma addirittura necessaria al modello di sviluppo ordolibera (a base capitalistica e proprietaria) prescelto per lo sviluppo generale della comunità sociale di riferimento, e al quale perciò l'intero ordinamento giuridico tende». V. M. BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in *Tratt. Sacco*, IV, *I singoli contratti*, Torino, 2004, p. 5 ss. Nel rapporto tra solidarietà, etica e mercato nella società complessa, si consultino i contributi contenuti in P. D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), *Mercato ed etica*, Napoli, 2009; G. CONTE, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 679 ss.; R. CLARIZIA, *Diritto privato ed etica: coesistenza o distinzione*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, *Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009, p. 245 ss. In sintesi, R. DI RAIMO, *Impresa, profitto e categorie dello spirito*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 603 ss. Per alcuni spunti, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato commerciale*, in A. PALAZZO, EAD., *Etica del diritto privato*, II, Padova, 2002, pp. 265-269 e F. DI SABATO, *Profili giuridici dell'etica negli affari*, in *Bbtc*, 2005, I, p. 383 ss.

⁴⁰ Cfr. G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, cit., p. 112 s. ove sostiene che l'impresa sia forma di attività o meglio attività in una certa forma; ID., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss. a p. 596 ss. (su questi due saggi, cfr. G.C.M. RIVOLTA, *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, *ivi*, 1987, I, p. 203 ss.). Ma v. anche la teorizzazione di P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1969, p. 193 ss. (su cui v. P. SPADA, *La rivoluzione copernicana [quasi una recensione tardiva ai Contratti associativi di Paolo Ferro-Luzzi]*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 143 ss.) e di V. PANUCCIO, voce *Impresa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, spec. p. 591 ss. a p. 621 ss. ove ricostruisce la prevalenza dell'attività nella configurazione teorica e nella disciplina normativa dell'impresa. A sostegno di tale tesi, ed in riferimento al dato costituzionale, asserisce che «[...] lo statuto dell'impresa in generale mostra che nei rapporti verso lo Stato viene in primo piano l'attività: l'art. 41 Cost. menziona espressamente l'attività economica, ne prevede indirizzi e coordinamenti a fini sociali. I rimedi: interventi, controlli, orientamenti, incentivi, programmi operano tutti sull'attività, e sia nella forma dell'intervento repressivo, sia in quello sostitutivo sono a loro volta attività che o orientano l'attività di impresa verso certi fini, o la interrompono, sospendono, eliminano, ecc.». V. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 31 ss. In una ulteriore prospettiva, F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, cit.

⁴¹ Per tutti, A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, pp. 77-86.

⁴² Per F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 802 la libertà contrattuale è il «[...] principale equivalente giuridico» dell'iniziativa economica privata. Per un inquadramento, P. RESCIGNO, voce *Contratto I) In generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 11 s. Per diversi spunti, M. LA TORRE, *Il problema dell'inizio dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 43 ss. V., anche, le riflessioni di N. LIPARI, *Il contratto come bene. (Spunti di riflessione)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2011, p. 187 ss. a p. 191 s.

fitta trama di contratti - cui è consustanziale il volgere dinamico-relazionale⁴³ - s'invera il potere dell'imprenditore di avviare ed organizzare l'attività operativa sottostante⁴⁴.

L'impresa, pertanto, potrà operare nel mercato⁴⁵ ma, come si evince dall'art. 41 cost., comma 2, sarà soggetta al rispetto di limiti e parametri che orientano e modulano lo svolgimento dell'attività⁴⁶ e, al contempo, garantiscono che la libertà di scelta e di svolgimento delle attività economiche proprie dei privati non possa essere ristretta da arbitrarie limitazioni⁴⁷.

Di tal fatta, non è disagevole sostenere che il riconoscimento costituzionale della libertà economica privata è, al medesimo tempo, sia fonte di libertà positiva verso lo Stato, sia fonte di libertà negativa-oppositiva dallo Stato⁴⁸.

⁴³ A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, p. 1 ss. Per un accostamento con il rapporto obbligatorio v. A. BARBA, *La relatività dinamica del rapporto obbligatorio: prima riflessione storica*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 297 ss.

⁴⁴ Eloquente, G. OPPO, *Impresa e mercato*, cit., p. 423 sottolinea che «[...] può identificarsi nel contratto il punto di incidenza e coincidenza della disciplina giuridica vuoi dell'impresa, vuoi del mercato: il collegamento dei dati economici avviene con la mediazione giuridica del contratto. Le vicende del contratto sono quindi vicende e dell'impresa e del mercato, incidono sull'una o sull'altro. E quindi lo stato del contratto all'inizio del nuovo secolo disegna un aspetto essenziale (non l'unico, naturalmente) e dell'impresa e del mercato, come pure del rapporto tra i due termini». Sin d'ora, per una tassonomia "istituzionale" dei contratti d'impresa, A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 1; ID., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962. Cfr. le riflessioni puntuali di L. DI DONNA, *Gentlemen's agreements. Notazioni sulla fenomenologia degli accordi*, Napoli, 2013, spec. p. 25 ss. a p. 51 ss.

⁴⁵ Parla di mercato quale contesto di senso, L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 87 ss. a p. 126 ss. Cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 379 ss.; G. OPPO, *Contratto e mercato*, in ID., *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 193 ss.; ID., *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 43 ss.; G. AULETTA, *Contratto e mercato a proposito del III volume de «Il Diritto Civile» di C. M. Bianca*, Milano, Giuffrè, 1984, in ID., *Scritti giuridici*, VIII, Milano, 2001, p. 227 ss. V. G. TERRANOVA, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, cit., p. 12 ss.

⁴⁶ In generale sul tema, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 26 ss. Scrive G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 15 che «l'esistenza di una sfera, ancorché circoscritta, ove l'autonomia risulta sacrificata (quella ove albergano le norme imperative), costituisce, in un certo qual modo, espressione della prevalenza delle ragioni di "utilità sociale" e sembra, dunque, rinviare ai limiti di cui all'art. 41 Cost.» e prosegue arguendo che la predisposizione costituzionale di limiti all'iniziativa economica privata «è la risposta ad un'esigenza di "strutturazione del mercato" e rimanda, dunque, all'istanza di definizione, nei suoi lineamenti essenziali, della cornice giuridica entro cui è consentito alle relazioni tra i privati di dispiegarsi liberamente». Cfr. M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, p. 195 ss.

⁴⁷ V. l'attenta analisi di V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, cit.; A. LISERRE, *Osservazioni in tema di programmazione e autonomia negoziale*, in AA. VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica. (Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970)*, cit., p. 398.

⁴⁸ A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., p. 9 ss., p. 67 ss.; A. PACE, *Libertà «del» mercato e libertà «nel» mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 327 ss.; F. GALGANO, sub *art. 41 Cost.*, cit., p. 7. Per l'A. la libertà di iniziativa economica privata va intesa quale libertà fra le libertà (p. 45); G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 52 sostiene che la non dichiarata inviolabilità della libertà di iniziativa economica privata non ne riduce il portato rispetto ai diritti riconosciuti dalla Costituzione e a quelli espressamente definiti quali inviolabili; C.M. MAZZONI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, IV, Torino, 1983, p. 270 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, p. 16 ss.; per ID., *I*

Come si conciliano, quindi, effettivamente, il limite dell'utilità sociale e la libertà di intrapresa economica⁴⁹? Quale sintesi può essere ricavata tra l'esigenza dell'impresa di creare e far circolare ricchezza⁵⁰ - attraverso il contratto, inteso in guisa di strumento efficiente di gestione del rischio e di allocazione delle risorse⁵¹ - e il benessere aggregato della comunità sociale di riferimento⁵²?

Può assurgere l'utilità sociale - intesa secondo un noto pronunciamento della Consulta come epitome degli interessi che fanno capo mediatamente o immediatamente alla collettività nazionale e non esclusivamente a singole categorie di operatori economici⁵³ - a criterio di meritevolezza dell'agire imprenditoriale⁵⁴?

Si addivene, di tal fatta, ad individuare nell'autonomia contrattuale d'impresa un c.d. valore aggiunto con un grado maggiore di attitudine a recepire (*rectius*, conformarsi) le limitazioni positive della libertà di contrarre rispetto all'autonomia contrattuale dei

cinquant'anni del codice civile, in ID., *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 2016, p. 66 s. l'autonomia privata coincide con la disciplina del mercato e della concorrenza, non consistendo più nella difesa contro lo Stato, ma nella difesa dello Stato contro lo strapotere economico; U. SALVESTRONI, *Teorie negoziali, principi generali e principi costituzionali*, cit., p. 348 ss.

⁴⁹ In generale sull'autonomia privata, il contratto e gli interessi a questo coesenziali e quelli sociali confliggenti cfr. l'approfondito saggio, di taglio storiografico, di F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 1491 ss. V. A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., pp. 86-103.

⁵⁰ Per un'analisi, anche, metagiuridica v. V. PANUCCIO, voce *Impresa (diritto privato)*, cit., p. 576 ss. Parla di impresa quale aggregazione con fini non solidali M. PORZIO, *Contro una nuova teoria dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1976, p. 532 ss.

⁵¹ Così, F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Torino, 2012; ID., *Contratti tra imprenditori, equilibrio delle prestazioni ed efficiente gestione del rischio: tra «terzo contratto», «contratti asimmetrici» e codice civile*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, Roma, 2012, p. 316.

⁵² Attraverso la lente del rapporto (teorico ed assiologico) tra dinamica concorrenziale e coesione sociale v. le riflessioni di M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in B. DE DONNO *et alii* (a cura di), *Persona e attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, Napoli, 2016, p. 2343 ss. Da ultimo, E. GLIOZZI, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 767 ss. In una prospettiva generale, cfr. i contributi di F. LUCARELLI, *Costituzione e diritti civili e Ideologie costituzionali*, in ID., *Diritti civili e istituti privatistici*, Padova, 1984, rispettivamente p. 31 ss. e p. 53 ss. In termini di analisi economica del diritto F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, cit., p. 15 ss. a p. 55 ss.

⁵³ Corte cost., 10 giugno 1969, n. 97, con nota di G. MINERVINI, *La legislazione sulle licenze di commercio al vaglio della corte costituzionale*, in *Giur.it.*, 1970, p. 13 ss.

⁵⁴ V. U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, cit., spec. p. 105; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, spec. p. 39 s. Per un primo problematico inquadramento, P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1345 ss. Cfr., anche, L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, p. 7 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 32 ss.

privati⁵⁵? Occorre, subito, considerare che l'autonomia d'impresa, da un lato, va coordinata con l'utilità sociale⁵⁶ e, dall'altro, non può costituire cagione di nocimento nei confronti della sicurezza⁵⁷ - quindi, anche, in riferimento all'ordine pubblico⁵⁸-, della libertà⁵⁹ e della dignità⁶⁰, valori propri del pluralismo democratico e parametri rispetto ai quali - nell'ottica,

⁵⁵ V. la ricostruzione di M.C. TATARANO, *La «prenotazione» tra prassi e autonomia d'impresa*, cit., p. 118. L'A. articola la sua ricostruzione dell'autonomia privata asserendo che «[...] quando si tratta della sfera giuridica dell'impresa destinataria dei limiti alla libertà di contratte, è probabile che il “principio” della intangibilità della sfera giuridica altrui [...], sia destinato a subire una forte attenuazione». Da ciò ne inferisce «[...] l'accertamento di una sostanziale indifferenza dell'effetto, a prodursi nella sfera dell'imprenditore, rispetto alla struttura - consensuale o unilaterale - dell'atto che di tale effetto costituisca la fonte, al di là della qualificabilità dell'effetto stesso nei termini (di per sé riduttivi) di un incremento patrimoniale della sfera incisa». Per spunti interessanti, A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 196.

⁵⁶ Secondo una più ampia prospettiva tratteggiata da G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 53 s. «l'“utilità sociale” va riguardata, non già affidandone allo Stato la poiesi, ma regolando, sia l'ingresso delle singole operazioni sul piano dell'ordinamento, sia la loro collocazione nel sistema del diritto positivo, e ciò nella misura segnata dalla loro attitudine a realizzare, in modo concreto e specifico, i diritti della persona». Precisa che il rilievo categoriale all'utilità sociale è dato dal legame agli artt. 2 e 3 Cost. e ciò impedisce tanto al legislatore quanto all'interprete di «[...] assimilarla a un qualsivoglia interesse di carattere generale, talmente vago [...] da renderne incerti i caratteri e dubbia la rilevanza ai fini applicativi» (p. 151 s.).

⁵⁷ E. CATERINI, *Costituzione «materiale» e principi «generali» europei*, in ID., *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, Napoli, 2009, p. 57 ss. Una recente indagine è condotta da L. ROSSANO, *Principio di precauzione e attività di impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 65 ss.

⁵⁸ Tre importanti monografie sono quelle di G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1992. Sul tema dell'ordine pubblico come riflesso della programmazione economica sull'autonomia privata cfr. A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 161 ss. a p. 164 per cui «il riferimento dell'art. 41 co. 2° Cost. all'“utilità sociale”, se non comporta - proprio perché è esclusivamente inteso ad evitare che l'iniziativa privata si svolga in contrasto con essa - la funzionalizzazione dell'autonomia privata all'utilità sociale, segna alla prima anche un limite di ordine pubblico». Una lettura che correli l'interdipendenza tra contratto, mercato ed ordine pubblico è offerta da G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., pp. 68-72; ID., *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 7 ss. In riferimento all'autonomia contrattuale d'impresa e all'ordine pubblico, v. F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato. Profili attuali della invalidità contrattuale. Nullità speciali, ordine pubblico e attività d'impresa*, Napoli, 2011, spec. pp. 155-181; V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 166 ss. a p. 172 qualifica l'ordine pubblico economico quale «[...] strumento idoneo a leggere il presente nell'unico modo possibile, cioè con duttilità, (che) si pone quale clausola generale in grado di percepire le mutevoli dinamiche del mercato e le sue fisiologiche oscillazioni: una sorta di «sismografo» suscettibile di registrarne le sfaccettature, le evoluzioni e le periodiche difficoltà». Di recente, P. PAPANTI-PELLETIER, *Note sul principio di ordine pubblico nell'attuale ordinamento italiano*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 2015, p. 5 ss.

⁵⁹ G.A. CIANCI, *Diritto privato e libertà costituzionali*, I, *Libertà personale*, Napoli, 2016, p. 179 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 76 ss. Cfr., N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289 ss.; A. SOMMA, *Razzismo economico e società dei consumi*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2009, p. 447 ss.

⁶⁰ Di recente, C.M. MAZZONI, *Dignità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, spec. p. 170 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, spec. p. 193. Cfr. G. ALPA, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 100; G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, *ivi*, 2007, p. 7 ss. In una prospettiva più vasta, G. RESTA, *Contratto e persona*, in *Tratt. Roppo*, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 3 ss.; ID.,

anche, di un progressivo addensarsi e oggettivarsi della buona fede⁶¹ - (devesi) conciliare l'iniziativa economica privata⁶².

L'art. 41 Cost. costituisce l'ancoraggio normativo principale per il riconoscimento positivo dell'autonomia d'impresa, concretamente esplicantesi nella libertà di contrattazione⁶³, necessariamente, strumentale all'esercizio della medesima⁶⁴, nonché teleologicamente e continuativamente orientata verso lo svolgimento dell'impresa⁶⁵.

Per inciso, giova premettere che, specie nel settore delle garanzie personali atipiche, poi, questo fondamento è apparso ancora più immediato, alla luce della convinzione per cui

Dignità, persone, mercati, Torino, 2014; P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Padova, 2012; G. COMANDÈ (a cura di), *Diritto Privato Europeo e Diritti Fondamentali. Saggi e ricerche*, Torino, 2004. Di sicuro interesse, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, spec. p. 86 ss. Per C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, cit., p. 74, la dignità non viene ad essere considerata atrattamente, bensì «[...] ancorata alle effettive condizioni sociali della persona». Anche, ID., *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema* e G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, rispettivamente a p. 1 ss. e p. 135 ss.

⁶¹ I doveri di socialità o solidarietà sociale vengono analizzati in correlazione tra autonomia contrattuale e oggettivazione della buona fede da G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, spec p. 61 ss. a p. 63 ove rileva che la centralità dell'interesse sociale nell'ordinamento giuridico «[...] si traduce sotto il profilo applicativo nella considerazione di interessi non direttamente egoistici nell'ambito delle vicende [...] contrattuali». In tema, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, spec. p. 147 ss.

⁶² V. le riflessioni di L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione* e di G. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario*, ambedue in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, cit., rispettivamente a p. 33 ss. e p. 131 ss., p. 136 ss. a p. 140. In tema, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 80 s.; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 57 ss. V., anche, M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., p. 93 ss., p. 150 ss. Di recente, sul tema dei valori costituzionali contenuti all'art. 41 Cost. e sul margine di ambiguità di questi, F. BENATTI, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Bbtc*, 2015, I, p. 699 ss. a p. 701 s. Per una riflessione in tema di diritto dispositivo v. lo studio monografico di M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, *passim*.

⁶³ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1084 ss. *Contra*, M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 74 ove tratteggia il suo pensiero per cui «la protezione dell'an, ossia della libertà economica di scambiare (art. 41 Cost.), non implica per logica necessità una simmetrica protezione del quomodo, ossia della libertà di disciplinare negoziando; lo stesso art. 41, della Costituzione garantisce la sola libertà di iniziativa economica, intesa quale decisione di compiere atti economici e di stringere affari, mentre prescinde dalla autonomia negoziale dei soggetti dello scambio e nulla dice circa la sovranità giuridica delle parti». Prosegue, poi, non ravvisando «[...] un nesso di strumentalità necessaria tra l'una e l'altra libertà: l'iniziativa economica può essere libera anche in assenza di autonomia negoziale» (p. 74, nt. 15).

⁶⁴ G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 121 ss. a p. 126 ss. In una riflessione più generale, volta a constatare l'esaurimento della spinta propulsiva delle norme costituzionali quali fonti del diritto dei contratti, V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 529 ss. Cfr., anche, A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, p. 41 ss.

⁶⁵ V. PANUCCIO, voce *Impresa (diritto privato)*, cit., p. 596.

gli schemi del codice civile, che tradizionalmente sono stati reputati rigidi⁶⁶, oltre ad apparire inutilizzabili fossero perfino fuorvianti⁶⁷.

Sempre lo stesso articolo, però, poi, nei commi successivi limita e riduce l'esercizio della libertà medesima: la sfera degli interessi privati si contrae, compressa dalla sfera degli interessi pubblici che la circoscrive⁶⁸, non potendo essere esclusivamente fine a sé stessa, necessita di essere predisposta e misurata sino al limitare del sacrificio di rilevanti interessi costituzionali⁶⁹. Ora, è interessante capire quale debba essere l'effettivo rapporto tra contrattazione d'impresa e il limite dell'utilità sociale: ovvero, l'operatività di detto limite rispetto alla libertà garantita.

Parte della dottrina domestica, sul tema, ha assentito che l'utilità sociale assurga a limite ontologico - in guisa d'un giudizio di valore orientativo⁷⁰ e- o intrinseco dell'iniziativa economica privata⁷¹ e che, in ragione di ciò, la sua operatività possa prescindere, anche, dalla necessaria mediazione della legge (c.d. *Drittwirkung* della norma costituzionale)⁷².

⁶⁶ *Ex multis*, ora, L. BARBIERA, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani (Venezia 23-26 giugno 1989)*, Padova, 1991, p. 843 s.; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 50.

⁶⁷ Così U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 794.

⁶⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, cit., p. 1216.

⁶⁹ Sui criteri di temperamento costituzionale posti all'impresa (bancaria), F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. Contributo allo studio dei contratti bancari, Milano, 1981, p. 9 ss. V. A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., p. 47 ss.

⁷⁰ N. LIPARI, *Il problema degli strumenti di programmazione economica incidenti sull'autonomia dei privati. (Schema di riflessione)*, in AA. VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica. (Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970)*, cit., p. 162. Cfr., anche, L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 6 ss. a p. 11; L. FERRI, *Autonomia privata, libera iniziativa economica e programmazione*, cit., p. 31 ss. Secondo P. RESCIGNO, *I contratti in generale*, in *Diritto civile Lipari-Rescigno*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 28 l'utilità sociale è la ragione stessa dell'iniziativa economica privata.

⁷¹ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 28. V. P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit.

⁷² Da ultimo, v. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 712 ss. In tema, G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 38 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Bbtc*, 1997, I, p. 1 ss. a p. 4 ss.; ID., *Forma giuridica e materia economica*, cit., p. 1090; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 29 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 282; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 145 ss. Di recente, V. RIZZO, *Contratto e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 349 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 247 ss.; ID., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, *ivi*, 2016, p.

Una lettura radicale di quest'impostazione⁷³ finirebbe e per condurre ad un costante sgretolamento, nonché ad un progressivo impoverimento della libertà di iniziativa economica privata, e per veicolare la temuta ipotesi di funzionalizzazione dell'impresa privata⁷⁴.

Oppure, anche, alla realizzazione, da parte di questa, di compiti di utilità sociale⁷⁵.

Da un'altra angolatura, di contro, è stato rilevato che la problematica connessa all'utilità sociale e ai limiti contenuti al secondo comma dell'art. 41 Cost. si lasciano meglio comprendere in termini operativi e di incidenza effettiva, nonché di distinzione e "smarcamento" da quelli di finalità sociale ed interesse generale⁷⁶.

Vale a dire, stante il riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, essa deve misurarsi e non confliggere con i valori *riequilibratori*⁷⁷ di solidarietà economico-sociale che sono accettati dalla collettività⁷⁸.

443 ss. a p. 487 ss. Si analizzi, anche, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 128 s.; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codice di settore*, in AA. VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 2145 ss.

⁷³ In questo senso, per una panoramica in tema di legislazione vincolistica e art. 41 Cost. cfr. V. G. IUDICA, *Autonomia dell'imprenditore privato e interventi pubblici*, cit., p. 105 ss. a p. 157 ss. (*amplius*, p. 167 ss. a p. 176 ss.).

⁷⁴ Cfr. le note e dissonanti opinioni di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, I, p. 149 ss.; G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 618 ss. e L. CARIOTA FERRARA, *Osservazioni sull'iniziativa economica privata*, cit., p. 186 s. V., malgrado temporalmente distanti, i saggi critici di A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 ss. e G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo. (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, *ivi*, 2005, p. 693 ss. V. C.M. MAZZONI, *I controlli sulle attività economiche*, in *Tratt. Galgano*, I, *La costituzione economica*, cit., p. 307 ss. a p. 317 ss. In una prospettiva storica, focalizzata sugli anni '70, M. RICOLFI, *L'impresa e il mercato*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 199 ss. a p. 204

⁷⁵ Sul rapporto tra la libertà di intrapresa e quanto divisato all'art. 41, comma 3, Cost., P. RESCIGNO, *I contratti in generale*, cit., p. 28 sostiene che non trattasi di opposizione a prescindere o inconciliabilità (spiega l'A. che, solitamente, l'imprenditore non respinge(va) le programmazioni pubbliche ma le accetta(va) e sollecitava in funzione servente).

⁷⁶ Precisa A. GENTILI, *L'iniziativa economica privata*, cit., p. 10 s. che «il criterio dell'utilità sociale deve, inoltre, essere distinto da quelli, pur simili, di "fine sociale" ed "interesse generale". Tale precisazione, lungi dal tendere ad una mera puntualizzazione terminologica, intende sottolineare il differente rilievo e, quindi, la diversa funzione ricoperta nel sistema costituzionale dalle norme al cui interno si rinvengono i termini ora menzionati. I "fini sociali" [...] rappresentano gli scopi "indiretti" dell'attività economica pubblica e privata e possono in tal modo paragonarsi ai "motivi di interesse generale ed ai "fini di utilità generale", previsti rispettivamente nel 3° co. Art. 42 Cost e nel cpv. art. 43 Cost., che giustificano i provvedimenti ablativi di carattere amministrativo aventi ad oggetto la proprietà privata o le imprese».

⁷⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, cit., p. 1218; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 196 ss., p. 199 ss.

⁷⁸ Recentemente è stata edita l'opera di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016. Importanti contributi in tema di solidarietà e relazioni di mercato sono costituiti, *ex multis*, dai saggi di N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 24 ss.; ID., *Ancora su persona e mercato*, in

Valori che inoltre si pongono su un piano più alto e risultano atti a contrastare la logica della redditività strettamente individualistica⁷⁹.

Più correttamente, è stato sostenuto che i limiti vadano intesi non già come imposizione sui soggetti agenti di specifici doveri positivi, quanto come dovere (onere⁸⁰) di non contrastare i medesimi⁸¹, operando in vista di funzioni utili dotate di rilevanza sociale e per tale ragione tutelate dal diritto⁸².

Questa ultima focalizzazione permette di accentuare la rilevanza esterna del duttile limite dell'utilità sociale, inquadrando quest'ultimo come fattore socialmente necessitato che comprime lo spazio della libertà d'iniziativa economica privata senza modificarne i

Riv. trim. dir. proc. civ., 2013, p. 423 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»*, oggi, *ivi*, 2013, p. 413 ss.; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 84 ss. In tema, anche, R. PERCHINUNNO, *La «vera storia» del privato-sociale (riflessioni sparse a margine di un convegno)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 723 s.; M. MANTELO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, spec. p. 139 ss. Assai stimolante pare il libro di A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007, p. 10 s. ove rileva la funzionalizzabilità delle libertà economiche, il coordinamento con valori costituzionali e la democratizzazione del mercato; ID., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 275 ss.; F. PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1001 ss. Ora, v. M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016, spec. p. 18 ss.

⁷⁹ Cfr. l'analisi critica e di contestualizzazione storica di P. BARCELLONA, *Il contratto fra dirigismo e diritto dell'impresa*, cit., pp. 379-381. Da un'altra angolatura, R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., p. 195. In un approccio di analisi economica, R. WEIGMANN, *L'impresa nel codice civile del 1942*, in L. VACCA (a cura di), *Il Codice Civile ha 70 anni ma non li dimostra (Roma 7-9 marzo 2013)*, Napoli, 2016, p. 179 ss. a p. 187. Sulla teoria dei limiti nei riguardi del mercato cfr. la lucida analisi di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, *Teoria della democrazia*, cit., p. 253 ss. il quale ripartisce i limiti in due classi: interni, posti a tutela dello stesso mercato, ed esterni, volti a tutelare la sfera pubblica e consistenti nella difesa dal mercato di diritti e beni fondamentali. In tema, v. C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss. a p. 657 ss.

⁸⁰ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, cit., p. 95 a p. 105. In generale sull'onere, cfr. le pagine di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, II, Torino, 1943, pp. 76-78. Cfr. V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, spec. p. 175 ss.; G. AMADIO, *Controllo sull'esecuzione ed efficacia negoziale*, in ID., *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 216 ss.

⁸¹ F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 90; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 639 sostiene che, onde evitare e scongiurare i rischi assai avvertibili, specie nella contrattazione d'impresa, di funzionalizzazione dell'autonomia privata, alla medesima è rimesso non già il dovere di perseguire od attuare l'utilità sociale del bene economico comune, quanto, piuttosto, il dovere di non contrastarla; ID., *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, *ivi*, 1995, I, p. 508; ID., *Impresa e mercato*, cit., p. 421 ss. Per G. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario*, cit. p. 140 «[...] iniziativa economia e mercato sono liberi e non finalizzati ad interessi collettivi o pubblici. La libertà non è attribuita nell'interesse altrui, non soffre limiti al suo interno: l'esigenza di tutela della persona e dell'utilità sociale è il limite esterno a quella libertà». Per B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1555 «il precetto costituzionale (art. 41, comma 2) è in negativo, non in positivo». Cfr. gli studi di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 170 ss. a p. 345 e V. BUONOCORE, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 194 ss.

⁸² Secondo M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 38 «il fine di interesse generale o collettivo si pone al di fuori della fattispecie, è un effetto riflesso del regolamento realizzato dalle parti e non qualifica il conflitto di interessi sotteso, apprezzabile alla stregua dei consueti strumenti privatistici».

tratti costitutivi⁸³: esso, a scanso di equivoci, costituisce ragione e limite dell'intervento pubblico nella disciplina dei rapporti economici e non fine teleologico imperativo imposto ai privati⁸⁴.

Come accennato in precedenza, è assai utile valutare se la soglia parametrica dell'utilità sociale possa anche costituire cifra della meritevolezza⁸⁵ della contrattazione imprenditoriale - la cui importanza si affermerebbe, sì significativamente, in relazione ai contratti atipici⁸⁶ - e con ciò concorrere ad elemento fondativo dell'autonomia d'impresa⁸⁷.

La questione va impostata non già in relazione ad un'analisi per compartimenti stagni di atti e attività d'impresa - basti pensare ai casi in cui l'impresa sia illecita ma i contratti stipulati perfettamente conformi ai parametri normativi di riferimento⁸⁸ -, quanto in

⁸³ V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in ID. (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, p. 10 ss.; ID., *Di alcune norme del codice civile in tema di impresa, in rapporto al principio di «utilità sociale», di cui al comma 2° dell'art. 41 della Costituzione*, in *Bbte*, 1971, I, p. 197 ss. *Contra*, V. RIZZO, *Contratto e Costituzione*, cit., p. 357. Per una prospettiva assiologica della contrattazione d'impresa, v. P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., p. 1347 ss.; S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato: fra disomogeneità del quadro normativo e responsabilità dell'interprete*, in P. D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), *Mercato ed etica*, cit., p. 353 ss.; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 365 ss.

⁸⁴ Nette sono le asserzioni di A. PAVONE LA ROSA, *Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale*, in *Riv. not.*, 1970, p. 216 ss. a p. 222. G. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario*, cit. p. 140.

⁸⁵ Sul rapporto tra causa dei contratti d'impresa e meritevolezza dell'agire, cfr. le tesi di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 43 s.; M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 273 ss. V., inoltre, M. NUZZO, *La causa*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 195 ss.; ID., *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., spec. p. 105. Per U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, cit., p. 95 l'utilità sociale deve tradursi in «[...] momento interno della determinazione della attività del soggetto, incidendo sulla sua funzione causale in modo da adeguarla al rispetto di certi fini ulteriori, che appaiono decisamente prevalenti rispetto a quelli puramente individualistici dell'agente». V. le riflessioni critiche di A. GENTILI, *L'iniziativa economica privata*, cit., p. 11 ss.

⁸⁶ Scrive P. RESCIGNO, *I contratti d'impresa e la Costituzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 33 che «[...] la norma sull'iniziativa economica e sull'intento di evitare il contrasto con l'utilità sociale forse non basta ad una lettura "in positivo", pur se aiuta, tra l'altro, a guardare ai contratti estranei ai tipi legislativi, nel senso che la compatibilità con l'utilità sociale può diventare metro di giudizio utile per valutare la meritevolezza degli interessi che nell'ambito dell'impresa il soggetto imprenditore faccia materia di negozi preordinati a creare o ad esercitare o a continuare l'impresa». Cfr. R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 788 ss. a p. 802; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., spec. p. 74 ss. a p. 93.

⁸⁷ V. l'approfondita analisi di G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 47 ss. a p. 90 dove viene sottolineato come l'elemento della imprenditorialità acquisti, talora, un autonomo rilievo improntando di sé modelli contrattuali tipici e atipici, in cui trasfonde, poi, le esigenze e le condizioni di compatibilità tecnica dell'operazione professionale.

⁸⁸ T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 31. Cfr. V. PANUCCIO, *La contrattazione dell'impresa individuale illecita*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, II, *Iniziativa economica e contratto*, Padova, 1992, p. 71 ss. Cfr. G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, cit., p. 986.

riferimento ai singoli contratti che qualificano l'agire imprenditoriale e ne sostanziano l'operatività⁸⁹ e che, in breve, siano strumenti espressivi dell'attività d'impresa⁹⁰ ed adeguati funzionalmente.

Il contratto, quale atto funzionalmente inserito nell'attività d'impresa, e momento attuativo dell'impresa medesima⁹¹, risulterà meritevole di tutela e compatibile con l'ordinamento giuridico qualora abbia, effettivamente, rispettato i valori (e le prescrizioni) contenuti all'art. 41, comma 2, Cost.⁹². Quindi, solo tramite un puntuale coordinamento dei primi due commi dell'art. 41 cost. può derivarne un giudizio di compatibilità dell'autonomia contrattuale d'impresa con l'esercizio dell'iniziativa economica privata⁹³: il vaglio di meritevolezza, rispetto alla disciplina posta all'art. 1322, comma 2, c.c.⁹⁴, appare più

⁸⁹ G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit., spec. p. 47 ss.; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili ricostruttivi)*, cit., p. 85 sostiene che «rispetto alla fattispecie *impresa*, intesa come attività economica e organizzata, ma oggettivamente considerata, il concetto di *meritevolezza* non ha [...] un significato troppo ampio e pregnante, perché il concetto di libertà dell'iniziativa che la sorregge (libertà *di*, e, insieme, libertà *da*), non pare, di per sé, funzionalizzabile a [...] valori diversi da quello che costituisce l'interesse privato ai risultati dell'attività medesima (normalmente, sebbene non necessariamente il *profitto*)». Prosegue, poi, l'A. asserendo che «altrimenti, si rischia di alterare l'ordine giuridico ed economico complessivo: si rischia cioè di inserirvi una sorta di “*tarlo*” capace di portare alla *pianificazione* (amministrativizzazione) dell'iniziativa economica, sebbene, paradossalmente, nel nome del (la tutela del) mercato». Inoltre, secondo la tesi di G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 23 s. l'art. 41 Cost. facilita nella forma e nella sostanza l'azione di mercato e, dunque, l'azione contrattuale delle imprese. Precisa, poi, che il contratto d'impresa si inserisce non solo nell'attività dell'impresa ma nel mercato e nel mercato le imprese entrano in contatto con gli interessi della collettività e devono fare i conti con il valore dell'utilità sociale.

⁹⁰ *Ex multis*, M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 312 ss.

⁹¹ G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit., p. 46 ha sostenuto che «la contrattazione asseconda ed al contempo detta i “tempi” di gestione dell'attività d'impresa; ne interpreta le istanze organizzative e di programmazione, si traduce in concreta azione economica»; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 173. Cfr., pur in un'ottica comunitaria, E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2005, p. 61 ss. In una prospettiva più estesa, v. A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit., p. 178 ss.

⁹² V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 358 s. a p. 373 sostiene che «i valori indicati all'art. 41 c. 2 non devono leggersi nel senso della funzionalizzazione né dell'autonomia contrattuale né dell'iniziativa economica ex art. 41 cost. ed è anzi necessario rifuggire dalla utilizzazione di criteri generici per dare alla meritevolezza un contenuto effettivo: occorre cioè valutare in termini concreti se nell'organizzazione e nello svolgimento dell'attività d'impresa siano stati rispettati quei valori, dalla cui osservanza dipende il giudizio di meritevolezza che deve tener conto del comportamento effettivo dell'imprenditore». Cfr. G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 108; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., p. 883.

⁹³ V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 345. Secondo, P. STANZIONE, *L'autonomia contrattuale e la lex mercatoria nel commercio interno e internazionale*, in G. SCIANCALEPORE, ID., *Prassi contrattuali e tutela del consumatore*, Milano, 2004, p. 91 il giudizio di meritevolezza deve essere espresso secondo i principi costituzionali.

⁹⁴ In commento alla sentenza di App. Milano, 29 dicembre 1970, v. G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss. In tema, A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, cit., p. 1919 ss.; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss. a p. 58 ss. In un

pregnante, poiché deve uniformarsi ai valori ed ai paletti costituzionali espressivi di interessi ultraindividuali⁹⁵.

In sintesi, dalla valenza costituzionale che permea l'iniziativa economica d'impresa, e quindi incide sul potere di contrattazione dell'impresa stessa, può evincersi il fondamento primario della categoria dell'autonomia d'impresa⁹⁶: dalla concatenazione tra contratto, attività d'impresa e principi costituzionali preclari⁹⁷ può arguirsi che l'atto di autonomia non costituisca un valore in sé, ma diviene tale allorquando, all'interno dell'attività d'impresa ordinante, in ossequio alla ragione sociale dell'impresa medesima, ne costituisca un momento giuridico-esplicativo uniforme all'utilità sociale⁹⁸.

quadro più ampio e problematico, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 63 ss.; G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 1 ss. (l'A. ritorna sul tema dopo oltre 30 anni con *Motivi, presupposizione e l'idea della meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 331 ss.); P. RESCIGNO, *Tipicità ed atipicità dei rapporti: prassi e regole notarili*, in AA. VV., *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, p. 1909 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, spec. p. 30 ss. Per un affresco delle problematiche sottese v. K. FIORENZA, *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale. Profili comparatistici*, Napoli, 2012, pp. 18-23. Un'analisi interessante di interrelazione tra meritevolezza contrattuale ex art. 1322, comma 2, c.c. e art. 41 Cost. è tratteggiata da G. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 127 s. per cui «si tratta di una norma di codice che esprime un principio intrinsecamente connesso a un valore costituzionale (art. 41 cost.), proprio perché segna la posizione che l'ordinamento giuridico riconosce al privato in ordine al regolamento dei propri interessi: fondamento e regola dell'iniziativa privata nell'area patrimoniale, fonte normativa del potere positivo del privato». V. le considerazioni critiche di M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 93 ss. Per una analisi puntuale del significato di meritevolezza v. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, I, Napoli, 2013, p. 223 ss.

⁹⁵ Così, G.C.M. RIVOLTA, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, cit., p. 1278. Scrive G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, cit., p. 507, «sono note le discussioni sul rapporto tra legittimazione dell'iniziativa economica e legittimazione dell'autonomia contrattuale, tra la "meritevolezza" del fine del contratto e i "valori" privilegiati della costituzione: in sostanza, sul rapporto tra i precetti 41 cost. e l'art. 1322 c.c. Senza affermare che l'autonomia contrattuale in genere trovi oggi il suo fondamento e il suo limite in quel precetto costituzionale, si può ben ritenere che almeno il contratto d'impresa, come strumento tipico di iniziativa economica, non possa essere considerato "meritevole secondo l'ordinamento giuridico" ove contrasti quei valori, almeno se percepibili e osservabili dai consociati senza necessità di specificazione legislativa. Ciò non appare discutibile per i valori di sicurezza, dignità, libertà umana (libertà certo non solo economica): ma va riconosciuto anche per l'utilità sociale, cioè per il rispetto del bene economico comune». Cfr. M. NUZZO, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, cit., p. 62 ss.; C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Napoli, 2008, p. 13 ss. a p. 27 ss. Di recente, S. MAZZAMUTO, *Autonomia privata e principi europei di rango costituzionale*, in ID., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 97 ss. a p. 120 ss.

⁹⁶ Per alcuni spunti, G. BENEDETTI, *Negoziato giuridico e iniziativa economica privata*, cit., p. 573 ss.

⁹⁷ Secondo P. BARCELLONA, *Il contratto fra dirigismo e diritto dell'impresa*, cit., p. 388 s. «tutti i limiti che sono posti alla iniziativa economica si riflettono nei confronti dell'autonomia contrattuale e che il criterio per valutare la legittimità o meno degli interventi sui rapporti contrattuali è quello che si ricava dall'art. 41 della Costituzione».

⁹⁸ P. STANZIONE, *L'autonomia contrattuale e la lex mercatoria nel commercio interno e internazionale*, cit., p. 96. Secondo P. PERLINGIERI, *L'autonomia nella pluralità e gerarchia delle fonti e dei valori*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 289 ss., p. 322 ss. a p. 336 s. ove può leggersi «l'attenzione si sposta dal dogma dell'autonomia all'atto da valutare non soltanto isolatamente, ma

Si rende, pertanto, necessaria una valutazione dell'assetto operativo-negoziiale, non più imperniata sul singolo contratto isolatamente inteso bensì sul ruolo che questo esercita quale frammento dell'attività d'impresa⁹⁹.

La valutazione globale, quindi, si sposta dall'ammissibilità del singolo contratto a quella dell'attività complessiva¹⁰⁰ in cui esso si radica e agisce, in stretta correlazione, proceduralizzazione e interdipendenza con il contesto e la struttura di mercato circostante¹⁰¹.

nell'ambito dell'attività svolta dal soggetto. Il giudizio di meritevolezza va espresso sull'iniziativa concreta, verificando tra l'altro l'adeguatezza dell'atto e degli strumenti adoperati per raggiungere il risultato e lo svolgimento dell'iniziativa nella concatenazione degli atti, in una visione procedimentale». L'A. ha precisato che ciò è possibile tenendo presenti il ruolo dei soggetti concreti, l'oggetto, la materia in relazione all'ambiente storico-sociale, la gerarchia degli interessi. Spiega, L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 51 che «al cospetto del mercato le scelte compiute dai protagonisti non possono essere riguardate in una prospettiva atomistica, in cui ciò che rileva è la volontà individuale, poiché in detto contesto esse assumono un rilievo aggregante in relazione agli effetti che si producono sul piano socioeconomico».

⁹⁹ Secondo M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 62 «[...] la strumentalità del contratto rispetto all'attività emerge in modo incisivo e come tale deve essere valorizzata un'interpretazione sistematica. Una prima conseguenza riguarda l'ammissibilità di negozi astratti atipici. Solo per gli atti di autonomia privata che costituiscono momenti di una più ampia attività imprenditoriale può ammettersi che il giudizio sulla meritevolezza dell'interesse perseguito sia svolto a livello di attività e non di atto»; ID., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 45 ss. a p. 52 s. G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, cit., p. 11. Così, anche, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., p. 897.

¹⁰⁰ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, cit., p. 11 s. (anche p. 43 ss.) sottolinea che la valutazione compiuta attraverso il contesto economico ed il mercato di riferimento riguarda «[...] elementi questi, entrambi esterni rispetto al contenuto del contratto, ma che possono incidere, in certi casi sulla sua validità ed efficacia». Su questo specifico tema, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 535; C. GIUSTOLISI, *La validità sopravvenuta*, Roma, 2016. In una prospettiva più ampia, può essere utile leggere i contributi di V. BUONOCORE, *Contratti d'impresa e collegamento negoziale* e M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in AA. VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, rispettivamente a p. 9 ss. e p. 43 ss.

¹⁰¹ Parla di complesso operativo alla stregua del quale vagliare liceità e meritevolezza degli atti d'impresa E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, XXI, *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 5 ss. a p. 6. In relazione alla circolarità tra atto, attività e rischio d'impresa, ed alle implicazioni da ciò scaturenti, cfr. A. IANNARELLI, *Appunti per una teoria giuridica del "rischio d'impresa"*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 1233 ss., p. 1254 s., p. 1281. Si può trovare un riscontro in G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., p. 22 ss. a p. 24 ove viene premesso che: a) il contratto, soprattutto, non può essere immaginato isolatamente, pensato al di fuori del gioco competitivo generale, poiché esso si determina anche in ragione di plurimi stimoli complessi che provengono da più parti; b) l'affare diviene una variabile della concorrenza, in quanto condizionato e condizionante; c) il valore del contratto muta, altresì, nel contesto peculiare del mercato in cui si svolge come vicenda. L'A., quindi, inferisce da ciò la centralità dell'operazione economica, come cornice in cui il contratto si svolge (p. 27). Precisa, poi, che questo rilievo è assai più frequente quando l'atto contrattuale è inserito all'interno di un'attività d'impresa. Sarà proprio l'insistere dell'attività d'impresa a «[...] esplica(re) la propria influenza all'interno della singola vicenda contrattuale, rimodulando la formazione del consenso negoziale e le manifestazioni dell'autonomia privata» (p. 28). Sembra opportuno - e confortante con il ragionamento svolto - richiamare le considerazioni di P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata*, Napoli, 1996, p. 540 ss. ove distingue l'atto come frammento dell'attività e l'attività complessivamente intesa in termini effettuali tra autonomia privata (contrattuale) e divieto di discriminazione. L'A. sostiene che il controllo sulla discriminazione richieda un vaglio diverso a seconda che il fatto sia qualificabile

La modulazione degli interessi d'impresa, la rilevanza dell'attività, il rilievo della qualità soggettiva dell'imprenditore¹⁰² conduce quindi ad individuare nell'art. 41 Cost. una possibile giustificazione culturale e normativa per la creazione di nuovi contratti¹⁰³.

La stessa autonomia d'impresa non va, tuttavia, intesa in una logica atomistica: seppur con le sue peculiarità e le sue caratterizzazioni individualizzanti, essa si fonda concettualmente su un ordinamento giuridico che si delinea e come competitore e come necessario correlato, in cui essa si esplica e propaga, da cui risulta riconosciuta e condizionata¹⁰⁴. La capacità dell'impresa di creare nuovi schemi contrattuali (dove per schema può intendersi il monogramma rappresentativo della sintesi degli elementi costitutivi del negozio¹⁰⁵), di porre in essere contratti derivanti dalla prassi degli affari e del commercio, nazionale ed internazionale¹⁰⁶, se da un lato può conferire linfa al concetto

isolatamente o come tassello di un'attività. Infatti, quando la fattispecie consiste nell'attività, il controllo «[...] è più penetrante; investe il risultato dell'attività nel suo complesso e la congruità della forma organizzativa prescelta; investe, inoltre, la forma concreta di esercizio dell'azione. Il potere organizzativo non può svolgersi in contrasto con la dignità umana (art. 41 cost.) e non può ledere, pertanto, l'eguaglianza» (p. 543). Ulteriori spunti in tema del rapporto atto-attività in ID., *Partecipazione associativa e rapporto giuridico*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli, 1993, p. 25 ss., p. 50, p. 72 s. In tema, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, cit., spec. p. 724.

¹⁰² G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 122.

¹⁰³ Il problema, connesso all'esigenza dell'impresa in materia di contratti atipici di garanzia personale, è stato esaminato da G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16. L'A. sostiene che il principio contenuto all'art. 41, comma 1 e 2, Cost. «[...] se sfruttato in tutta la sua valenza positiva, da un canto, sarebbe probabilmente in grado di fornire la chiave per recuperare quell'elasticità del sistema delle fonti, che si assume perduta in conseguenza dell'unificazione dei codici, ridando l'antica forza normativa all'uso commerciale, soprattutto per consentire anche al nostro di recepire nuovi modelli contrattuali elaborati dalla prassi internazionale» ancora «pure quando nei loro confronti una risposta dell'ordinamento sulla base dei principi strettamente civilistici, risulterebbe a taluno dubbia o anche negativa»; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 10 ss.

¹⁰⁴ Cfr. R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, cit., p. 2833. Secondo l'opinione di W. BIGIAVI, *Un altro libro sull'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 147 (recensendo il libro di G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, cit.) nell'ottica di una funzione affidata o ascrivibile all'impresa «se si vuol parlare di una "funzione dell'impresa" [...]; bisogna ravvisare tale funzione non già nel semplice agire per il mercato, ma, caso mai, nell'agire per il mercato secondo fini d'interesse generale». Fugando ogni rischio e pericolo di funzionalizzazione dell'impresa (come teorizzato da G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, cit.), N. IRTI, *Persona e mercato*, cit., p. 291 sostiene che «il secondo comma dello stesso art. 41 enuncia un divieto, un limite non superabile dall'iniziativa economia [...]. La norma vieta modalità che siano o contrastanti con l'utilità sociale o fonte di danno per taluni beni. Essa non introduce un controllo sugli scopi perseguiti, né un sindacato sul merito dell'impresa». Che l'art. 41 Cost. abbia rifiutato la concezione funzionale dell'impresa sono parole di T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale. Un'introduzione*, Milano, 1955, spec. p. 96.

¹⁰⁵ Secondo la prospettazione di P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., p. 59 s., nt. 38.

¹⁰⁶ In generale, P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti d'impresa)*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 43 ss. a p. 53s. dove non mancano riferimenti alla rigidità sistematica e alla necessità di revisione e correzione del principio di tipicità al fine di impostare diversamente le promesse unilaterali e l'obbligazione astratta.

dell'autonomia d'impresa, d'altro lato non può svolgersi in maniera avulsa dal rispetto dei principi ordinamentali¹⁰⁷. L'autonomia d'impresa come capacità contrattuale recettiva ed espressiva dei bisogni e delle esigenze del mercato potrà giustificare un'interpretazione differenziata o riduttiva delle regole disciplinanti i requisiti essenziali del contratto¹⁰⁸. Ciò non significa, per forza, obliterare le medesime, quanto misurarsi con esse assumendo non più come parametro la prestazione di scambio isolatamente considerata, quanto il contratto all'interno dell'attività giustificativa. L'atto (contratto) d'impresa, esplicitazione dell'attività complessiva, pertanto, dovrà, pur sempre, misurarsi con il rispetto dell'utilità sociale - e quindi con i valori di interesse generale¹⁰⁹ - che, appunto, resta valore fondante che innerva e legittima la preclara autonomia¹¹⁰ e guida la valutazione di liceità e meritevolezza dei contratti che nascono dall'impresa per soddisfare le proprie necessità¹¹¹.

¹⁰⁷ Per N. IRTI, *Codice civile e plusvalore politico (a modo di prefazione)*, in ID., *Codice civile e società politica*, cit., p. 8 «[...] commerci e negozi tra singoli non (sono) concepibili né attuabili fuori dalle 'maglie' dello Stato».

¹⁰⁸ Così, G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16 s.; ID., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione del diritto commerciale»*, cit., p. 148 s. Favorevole alla teorizzazione dell'autonomia d'impresa, come categoria recettiva delle tendenze contrattuali (e non) emerse e sviluppatesi nella prassi degli affari, appare L. DI DONNA, *Gentlemen's agreements. Notazioni sulla fenomenologia degli accordi*, cit., p. 54 il quale assegna all'autonomia d'impresa un ruolo centrale in termini di riconoscimento dei *gentlemen's agreements* (difficilmente ammissibili se visti nella prospettiva rigida della formazione del contratto prevista dalla disciplina generale codicistica). Spiega l'A. che «[...] la categoria dell'autonomia d'impresa [...] riconosce agli impegni assunti dagli operatori economici solamente sul piano sociale e/o morale un valore che si trascende il piano giuridico, ma che getta le basi per la regolamentazione ed il componimento dell'assetto di interessi delle parti».

¹⁰⁹ Spiega G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 166 che, riferitamente al contratto d'impresa, l'interesse generale vada inteso «[...] non come esterno al contratto [...] ma come componente della sua funzione e, diciamo pure, della sua causa».

¹¹⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II (1967-1987), Padova, 1988, p. 435. Precisa P. BARCELLONA, *Il contratto fra dirigismo e diritto dell'impresa*, cit., p. 420 che le limitazioni all'autonomia d'impresa sono, pertanto, misure di razionalizzazione e correzione, volte a trovare un punto di equilibrio tra gli interessi variamente coinvolti e, quindi, ad impedire abusi. Precisa ancora che «la logica dell'autonomia privata, dunque, qui nella versione che vede l'impresa quale valore primario, non ne esce affatto compressa, ma tutt'al più sottoposta a nuove e più rigorose regole del gioco. I meccanismi mercantili di circolazione della ricchezza non sono posti in discussione, né alterati o corretti: se ne circoscrive soltanto a dimensioni più tollerabili e prevedibili l'effetto negativo su alcuni dei gruppi sociali che ne sono coinvolti». Cfr. M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Napoli, 2016, p. 132 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, cit., p. 1291 ove sottolinea che «l'autonomia privata di fronte all'esercizio dell'impresa non può essere apprezzata di per sé come un valore, indipendentemente dalle modalità con cui si esplica e quindi dai suoi limiti. Si può dire, invece, che quell'autonomia - sia essa configurata o meno come autonomia d'impresa - è apprezzabile come un valore solo se si pone entro corretti limiti e si esplica nel rispetto di essi. Limiti che devono essere ragguagliati ai principi che ispirano l'ordinamento». V. G. OPPO, *Principi*, cit., p. 7 s. Per una prospettiva assiologica, P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., p. 1349 ss.; N. IRTI, *Diritto europeo e techno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 1 ss. Ciò può, chiaramente, evincersi in V. FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, Napoli, 2011, p. 52 per cui «il contratto di impresa non può essere valutato come mero atto di autonomia, volto a realizzare esclusivamente gli interessi dei contraenti, ma, in quanto espressione dell'attività di impresa, deve essere rispettoso di quella utilità sociale, intesa come parametro di meritevolezza dell'agire imprenditoriale, a cui deve necessariamente adeguarsi».

2. Tutela della concorrenza e autonomia d'impresa: tra libertà di iniziativa economica, utilità sociale e regolazione del mercato

Il limite rappresentato dall'utilità sociale ed il rispetto della sicurezza, della dignità e delle libertà dell'uomo costituiscono sì degli argini all'iniziativa economica ma, d'altro lato, assurgono a metro di misurazione della meritevolezza dell'esercizio contrattuale dell'impresa¹¹².

Il rapporto che può derivare dalla correlazione tra attività contrattuale e diritto della concorrenza ha storicamente conosciuto una pressoché scarsa interazione, almeno fino all'introduzione della legge 287/1990. A tale defezione si accompagnava anche un vistoso disinteresse maturato nel panorama culturale e dottrinario¹¹³.

Ai fini di una feconda individuazione di un plesso disciplinare autonomo ed ordinante dell'autonomia d'impresa¹¹⁴, merita di essere sottolineato il rapporto tra

¹¹¹ Seppur per un'analisi in tema di patto commissorio autonomo v. quanto riportato da F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, per cui «[...] non potranno essere trascurate le implicazioni derivanti da un inquadramento sistematico delle pattuizioni autonome, le quali, per non essere state espressamente regolate, devono necessariamente valutarsi alla luce della meritevolezza di tutela che da una ponderazione complessiva dei valori emergenti dall'intero ordinamento giuridico è possibile dedurre: il che, difatti, potrebbe anche portare a concludere per un giudizio di liceità di siffatte convenzioni, ove direttamente o indirettamente confermate da altre norme di sistema».

¹¹² Per tutti, V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 358; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili ricostruttivi)*, cit., p. 91; N. IRTI, *Persona e mercato*, cit., p. 291 a p. 294 ss. In stretta connessione al principio di buona fede, P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 421 ss.

¹¹³ Ora, E. GLIOZZI, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, cit., p. 770. Spiega R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, cit., p. 159 che «[...] la morale corrente tra giuristi e addetti ai lavori voleva che l'antitrust rappresentasse un'utopia nostalgica». Secondo l'A. lo spartiacque è stato rappresentato dalla avveniristica opera di P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit. che ha rotto la congiura del silenzio. Contributi importanti nell'offrire un inquadramento critico riguardo il rapporto tra libertà contrattuale e sistema concorrenziale sono costituiti dagli scritti di C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, e di V. MELI, *Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, ambedue in A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., rispettivamente a p. 26 ss. e p. 43 ss. Circa gli sviluppi delle fonti (e dell'attenzione) del diritto della concorrenza appare esauriente la ricostruzione diacronica e politica di M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006, spec. p. 21 ss. a p. 77 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*, Napoli, 2015, spec. p. 33 ss. e G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, spec. p. 83 ss.

¹¹⁴ Quello che G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 11 definisce come specialità in senso "forte" che «[...] equivale ad un diritto autonomo rispetto al diritto privato generale e dotato di propri principi, capaci di applicazione analogica, senza per questo escludersi, nel caso di lacune, la possibile utilizzazione dei principi del diritto privato generale». Idee riprese, di recente, in ID., *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, I, Torino, 2014, p. 125 s. Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., spec. p. 517 ss.

quest'ultima forma d'autonomia e la tutela della concorrenza, che costituisce a sua volta un corollario del più ampio principio della libertà di iniziativa economica¹¹⁵.

Oppure, se si vuole, trova la sua fonte proprio nel riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata¹¹⁶.

Immediatamente, ne discende che la libertà contrattuale è condizione essenziale ed indefettibile per l'esercizio della libertà di iniziativa economica, al cui interno riposa la facoltà di assumere o meno iniziative concorrenziali¹¹⁷. La tutela della concorrenza come

¹¹⁵ Cfr. lo studio di P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., spec. p. 80. Spiega G. OPPO, *Principi*, cit., p. 13 «la giustificazione della disciplina *antitrust* va dunque ricercata altrove e non è difficile identificarla anche sul piano costituzionale. La giustificazione non è nella libertà ma *nell'utilità sociale* e dovrebbe valutarsi *con questo metro*. È, o può essere ritenuto, di utilità sociale che la competizione continui, riconoscendo ad essa un valore non soltanto economico; può essere ritenuto di utilità sociale evitare che la vittoria di un concorrente possa svolgersi in pregiudizio di altri interessi. Ma l'impedimento o la repressione della vittoria della gara devono, anche a stare al nostro ordine costituzionale, essere misurati e legittimati secondo l'utilità sociale»; ID., *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 543 ss. definisce l'utilità sociale come canone da tener presente anche nella tutela della concorrenza e più in generale nel governo del mercato. Precisa G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, cit., p. 515 s. che il diritto *antitrust*, come del resto lo stesso mercato, non costituisce il fine ma il mezzo (uno dei mezzi) per realizzare l'utilità sociale in concorso con altri principi e valori costituzionalmente garantiti dall'ordinamento sia a livello nazionale che comunitario. Cfr. N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1 ss. Sull'art. 41 come referente normativo costituzionale esclusivo - prima della riforma del 2001 - della tutela del mercato concorrenziale, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, p. 195, p. 226 ss.

¹¹⁶ F. GALGANO, sub *art. 41 Cost.*, cit., p. 11 nel fissare l'endiadi libertà di iniziativa economica privata-libertà di concorrenza, rileva che «della libertà di iniziativa economica possono fruire, per un medesimo settore di attività, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata di imprenditori. È il principio della libera concorrenza: un principio che protegge l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno e, al tempo stesso, si propone di giovare alla prosperità collettiva». Cfr. G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 188 ss.; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, II, p. 1429 ss.; F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 33. *Contra*, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 16 ss. per cui il metodo competitivo ha, esclusivamente, una squisita ascendenza europea; ID., *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 225 s. sostiene che «il principio di concorrenza, o, più in generale, i principi costitutivi dell'economia di mercato siano ricavabili dall'art. 41 [...] soltanto con fatica esegetica ed in ispregio della lettura complessiva della norma». L'A. precisa che «la libertà [...] è una *figura verticale*; la concorrenza, una *figura orizzontale*. L'una indica sfere di azione, protette contro lo Stato; l'altra indica rapporti *tra* imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano, od hanno esercitato, la libertà d'iniziativa economica. Né varrebbe replicare che eguali libertà d'iniziativa economica fanno la concorrenza, poiché l'*eguaglianza esprime un'identica protezione verso lo Stato*, ma nulla dice circa i rapporti tra coloro che esercitano la libertà». V., anche, ID., *Idea del codice civile*, in ID., *Codice civile e società politica*, cit., p. 43 s.

¹¹⁷ Secondo l'insegnamento di M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 433 s., p. 441. A detta di G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Contratto e costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, Padova, 2005, p. 86 «[...] la libera concorrenza è tendenzialmente [...] un segno della libertà del mercato e di autonomia di coloro che in esso agiscono». Per S. GRUNDMANN, *Un diritto economico europeo in mutamento dall'unione della concorrenza all'unione finanziaria*, in G. ALPA (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 167 ss. a p. 170 precisa che «[...] il controllo e la lotta contro i cartelli e le concentrazioni [...] non sono in prima battuta intesi come una limitazione dell'autonomia privata [...], ma piuttosto come una garanzia dell'esercizio effettivo della libertà e dell'autonomia privata di tutti (gli) attori del mercato. Tale libertà non è dunque considerata formale [...] ma sostanziale». Spunti interessanti sono contenuti in A. IANNARELLI, *Considerazioni critiche sull'attuale stagione del diritto privato europeo*, *ivi*, spec. pp. 304-306.

salvaguardia e promozione di un mercato libero e competitivo - nella sua tradizionale posizione mediana tra logiche economiche e logiche giuridiche¹¹⁸ - si accredita a divenire il terreno di elezione (anche tramite il sostegno ermeneutico¹¹⁹) su cui misurare l'intricato problema della compatibilità tra i vantaggi privati d'impresa, in termini di produttività, e potere contrattuale ed i bisogni diversi stratificati e ramificati nella società¹²⁰. Ogni sintesi appare difficilmente auspicabile qualora si proceda ad una visione atomistica degli interessi delle imprese, da una parte, e della tutela del mercato, quale reticolo plurale di istanze, dall'altra¹²¹: correttamente, è stato rilevato che la disciplina antitrust non si arresti a singole vicende operative quanto, piuttosto, si atteggi a principio regolatore della disciplina dell'impresa in generale¹²². Di contro, malgrado non siano mancate voci dissonanti¹²³, proprio tramite il principio aperto dell'utilità sociale¹²⁴ può arriversi a strutturarsi il rapporto

¹¹⁸ V. ZENO-ZENCOVICH, *Contratto e concorrenza come luogo di incontro/scontro fra giuristi ed economisti*, in A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 195 ss. Il tema è analizzato anche da R. FRANCESCHELLI, *La concorrenza in generale*, in ID., *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974, p. 3 ss. a p. 15, p. 24 ss. per cui il riferimento alla concorrenza offre vantaggi, oltre che sistematici, valutativi e costruttivi legati «[...] a) un più intimo e immediato legarsi dei nostri istituti con la struttura politico-economica del nostro paese, con le variazioni di essa, quindi con la storia economica e in generale con la storia; b) una più diretta rilevanza dei fenomeni economici» (p. 15).

¹¹⁹ R. FRANCESCHELLI, *La concorrenza in generale*, cit., p. 15 ss.

¹²⁰ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 543 ss.; N. LIPARI, *Diritto e mercato nella concorrenza*, in ID., I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000, spec. p. 27 ss.; ID., *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 755 ss. Per L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 14 «poiché la tutela della libertà di contratto è insieme uno strumento di protezione del mercato, fondamento costituzionale di questi limiti legali, non è soltanto il secondo, ma anche il terzo comma dell'art. 41, riletto nel senso che i fini sociali, ai quali la legge deve indirizzare l'attività economica, includono anzitutto il corretto funzionamento del mercato in condizioni uniformi di concorrenza». In tema, V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 382 ss. ove ampi riferimenti. Da ultimo, v. S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 3 ss.; T. GUARNIER, *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza. Alcuni spunti di riflessione*, in AA. VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, p. 471 ss. Per E. CATERINI, *Costituzione «materiale» e principi «generalisti» europei*, cit., p. 37 ss. a p. 41 «[...] i problemi dell'economia di mercato divengono anche di coesione sociale e di scelte assiologiche».

¹²¹ Di recente v. i contributi raccolti in AA. VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015; G. PIEPOLI, *Soggetto, soggetti e mercato nello scenario europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 41 ss. V. M. BARELA, *Teoria della concorrenza e libertà del consumatore: l'insegnamento di Tullio Ascarelli*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 909 ss.

¹²² B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2013, p. 941 ss.; ID., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, cit., p. 1540 ss. a p. 1550 ss.

¹²³ Come quella di U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, cit., p. 99 s. per cui il vero fondamento della garanzia dell'utilità sociale riposa nella garanzia della personalità dell'individuo (p. 102, p. 104). Perciò, «che la libera concorrenza si riflettesse, in definitiva, in un vantaggio per la generalità è un fatto innegabile, ma puramente consequenziale, al quale, del resto si accompagna la creazione di nuove disuguaglianze e di nuovi privilegi, anche se questa volta, non più di diritto, ma di fatto».

¹²⁴ V. l'analisi di G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 51, p. 152 s.

tra libertà di iniziativa economica e concorrenza tra imprese¹²⁵. Coerentemente con quanto sopra asserito in termini di centralità dell'attività d'impresa¹²⁶, il tema in rassegna manifesta una dimensione, spiccatamente, circolare. Esso permea la contrattazione, il mercato, l'iniziativa economica e la concorrenza¹²⁷. Nell'ambito delle rispettive competenze¹²⁸ - nonché secondo i rispettivi metodi¹²⁹ - sia l'Unione europea che lo Stato italiano prevedono

¹²⁵ Secondo A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 518, la tutela della concorrenza non sembra costituire, esclusivamente, lo scopo della sola disciplina antitrust quanto, piuttosto, un principio tendenzialmente pervasivo dell'intera materia dei rapporti economici. Per N. LIPARI, *Persona e mercato*, cit., p. 760 «il principio enunciato all'art. 41 cost. rimane criterio fondamentale del regime giuridico destinato a disciplinare sia i rapporti tra imprenditori che quelli tra imprenditori e consumatori». Per A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, cit., p. 27 «[...] se, come oggi si dice, il problema è quello di garantire il libero mercato nella cornice di regole che valgano ad assicurarne una sua asserita naturale, provvidenzialità, si deve convenire che a questo scopo un controllo della libertà contrattuale dei reali protagonisti del mercato, che sono le [...] imprese, è essenziale e irrinunciabile perché valutare gli accordi economici che le [...] imprese concludono tra loro sul metro esclusivo della loro reciproca convenienza, non varrebbe a garantire alcun effetto benefico sull'assetto generale del sistema». Cfr. G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 765 ss.

¹²⁶ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 16 s. Anche, G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit., p. 51 ss.

¹²⁷ Come teorizzato da A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 3 ove secondo l'A. «il contratto è la regola volontariamente scelta dalle parti, ordinata a dare disciplina a interessi di natura patrimoniale. La concorrenza è lo statuto normativo dell'iniziativa economica e del mercato che quel contratto è destinato ad accogliere». Ed ancora può leggersi, specificamente, che «l'autonomia contrattuale genera l'iniziativa economica e, quale potere di dettare regole per sé medesimo, non può esprimersi senza la possibilità d'una scelta che consenta alla domanda e all'offerta di chiudersi in un accordo. La concorrenza è la veste che assumono più iniziative economiche nei loro rapporti reciproci: essa non è neppure pensabile senza la libertà di chi sceglie la regola e l'interesse disciplinato; è solo nel mercato concorrenziale che è possibile determinare e garantire il corretto svolgersi dei rapporti di scambio» (p. 3). Sull'influenza che il mercato dispiega sul contratto cfr., anche, G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., p. 160 s. In tema, i saggi di G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza e Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, ambedue in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, cit., rispettivamente p. 57 ss. e p. 195 ss. e di L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 163 ss. a p. 171 ss. Inoltre, cfr. i contributi raccolti in A.M. AZZARO (a cura di), *Contratto e mercato*, Torino, 2004. V. anche, A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., *passim*. Per alcuni spunti, inoltre, F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. Galgano*, LVII, Padova, 2010, p. 11 ss.

¹²⁸ Scrive M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 89 che «[...] il diritto italiano della concorrenza si pone esplicitamente [...] come una sorta di appendice del diritto comunitario della concorrenza [...]». Per una sintesi, V. MELI, *Impresa, mercato, concorrenza: l'influenza del diritto comunitario sull'applicazione della disciplina codicistica della concorrenza*, in AA. VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010, p. 447 ss.

¹²⁹ Come tratteggiato in generale da A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 84, mentre il metodo comunitario «[...] è di tipo funzionale, perché valorizza la visione del diritto come strumento di governo dell'economia [...]» il metodo della legislazione statale «[...] è di tipo strutturale, perché valorizza la visione del diritto come strumento di qualificazione e coazione dei comportamenti attraverso categorie concettuali, elaborate per stabilire se deve o non deve essere ciò che di fatto è». Per l'A. dalla diversa visione sul reale discende la considerazione per cui «[...] si può dire che il diritto comunitario dello scambio regola il mercato laddove il diritto interno dello scambio regola il contratto» (p. 85). L'A. precisa poi che, anche nella prospettiva liberista del mercato, l'intervento pubblico correttivo costituito dalla disciplina sulla concorrenza (e dai conseguenti rimedi invalidativi) è giustificato poiché «il modello liberista di mercato (stesso) non può fare a meno della concorrenza» (p. 128).

differenti misure volte a contrastare, prevenire e reprimere quegli esiti inefficienti che possono derivare dalle scelte delle imprese e si pongono in contrasto con le prescrizioni antitrust¹³⁰. I plessi disciplinari principali, nell'intreccio tra disciplina comunitaria e normativa nazionale¹³¹, sono compendati nel TUE, nel TFUE, nella CDFUE, specialmente all'art. 16¹³² dove viene riconosciuta la libertà d'impresa, nell'art. 41 Cost. (specialmente, comma 2)¹³³, nell' art. 117, comma 2, lett. e), Cost. e nella l. 287/1990, recante disposizioni in materia di tutela della concorrenza e del mercato¹³⁴ ed istitutiva dell'AGCM¹³⁵, nonché negli artt. 2595-2601 c.c.¹³⁶.

Gli artt. 2596-2601 c.c., quantunque indicativi della subordinazione della volontà delle parti alla superiore volontà dell'ordinamento giuridico in chiave concorrenziale¹³⁷,

¹³⁰ Così, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 16 s. V. l'analisi critica di L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., p. 36.

¹³¹ Da ultimo E.M. LANZA, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2016, p. 89 ss. In modo più problematico, F. MACARIO, voce *Autonomia privata*, cit., p. 66.

¹³² In tema, G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 669-679; L.C. NATALI, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta di Nizza*, in *Contratti*, 2004, p. 734 ss. Di recente, A. LUCARELLI, *La libertà di impresa (art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 2016, p. 43 ss. Per una lettura critica che ravvisa il contrasto tra quanto disposto nella carta comunitaria e nell'art. 41 Cost. cfr. C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, cit., spec. p. 213 ss. a p. 215.

¹³³ Per G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 69 s. l'analisi delle misure limitative della concorrenza e la conseguente valutazione «[...] non può essere fatta astrattamente alla stregua del rapporto con la libertà di iniziativa, ma deve essere fatta concretamente alla stregua del canone, ad essa esterno, dell'utilità sociale. Qui l'iniziativa trova la sua regola nei confronti della collettività, così come nei rapporti tra concorrenti trova la sua regola nel principio di correttezza».

¹³⁴ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 518.

¹³⁵ V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 364. Nella vastissima letteratura che si è occupata del ruolo, dei poteri, delle funzioni e della policy dell'AGCM v. i contributi contenuti in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I e II, Torino, 2010.

¹³⁶ Una puntuale disamina riguardante i limiti che l'autonomia d'impresa incontra dinanzi alla disciplina civilistica in materia di concorrenza (monopolio e obbligo a contrarre) è offerta da M.C. TATARANO, *La «prenotazione» tra prassi e autonomia*, cit., p. 118 ss. Per una complessiva analisi storica e coordinata delle disposizioni in materia di concorrenza, G. FONDERICO, *La concorrenza dimenticata. L'infanzia breve del diritto italiano della concorrenza agli inizi del '900*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 623 ss. a p. 639 s. Sul punto, G. GHIDINI, *Tendenza concorrenziale e tendenza monopolistica nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, II, *Diritto commerciale e del lavoro*, Milano, 1978, p. 1147 ss.; F. SCAGLIONE, *La concorrenza sleale e il mercato*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 327 ss.; M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, cit., p. 30 ss.

¹³⁷ Sul punto, già, F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., p. 797 a p. 800.

vengono, però, ritenuti appannaggio di una dimensione strettamente individuale-statica (quasi simpateticamente al fulcro personalista del codice civile)¹³⁸.

Parrebbe logico individuare, comunque, all'art. 3 TUE e all'art. 2595 c.c. i referenti normativi e gli ancoraggi culturali del mercato concorrenziale: l'art. 3, par. 3, TUE enuclea, tra i valori fondanti e gli obiettivi precipui dell'Unione europea, l'instaurazione di un mercato interno basato su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva¹³⁹.

L'art. 2595 c.c., rubricato "Limiti legali della concorrenza", recita che la concorrenza debba svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti previsti dalla legge.

Questi dati normativi servono ad irrobustire l'intendimento per cui la concorrenza merita di essere intesa quale strumento di equità distributiva ma, anche, di efficienza allocativa, volta ad eliminare alterazioni e distorsioni in un mercato, effettivamente, competitivo e plurale¹⁴⁰.

Sotto il versante pratico, occorre registrare una convergenza funzionale tra la politica europea e quella nazionale.

L'art. 101 TFUE divisa l'incompatibilità con il mercato interno di tutti gli accordi tra imprese, di tutte le decisioni di associazioni di imprese e di tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.

¹³⁸ RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2344. V., però, i rilievi di P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 210 ss. a p. 247 ss.

¹³⁹ A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, cit., p. 14 ss. a p. 16 s., p. 72 ss. Cfr. M. LIBERTINI, *L'iniziativa economica privata e l'economia sociale di mercato*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 53 ss.; ID., *L'impatto dei vincoli comunitari sulla libertà di iniziativa economica*, in AA. VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, cit., p. 391 ss.; ID., *Concorrenza e coesione sociale*, cit., p. 2343 ss.; A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, cit., spec. p. 95 ss. a p. 100 s.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 108 ss.; ID., *Concorrenza e contratto*, in P. D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), *Mercato ed etica*, cit., p. 341. Cfr. G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 905 ss. In tema, E. CATERINI, *La tutela giuridica del consumo nell'economia sociale di mercato europea. Dal globalismo ai globalismi*, in P. PERLINGIERI, ID. (a cura di), *Il diritto dei consumi*, II, Napoli, 2005, p. 5 ss.

¹⁴⁰ Cfr. F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, cit., p. 42 ss.; M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit., spec. pp. 114-117. In tema, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili ricostruttivi)*, cit., p. 111; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., p. 493 a p. 498; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'autonomia*, cit., p. 192 s.

Fatte salve le deroghe previste al par. 3¹⁴¹, ove vengono prese in considerazione le externalità contrattuali positive (di modo che esse possano costituire la giustificazione per l'ammissibilità di contratti che seguendo i generali principi della concorrenza non sarebbero ammissibili¹⁴²), lo stesso art. 101, par. 2, TFUE stabilisce che le intese e gli accordi anticoncorrenziali siano nulli di pieno diritto¹⁴³.

L'art. 102 TFUE, invece, dichiara incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo¹⁴⁴.

Sul versante italiano, preme rammentare le fattispecie vietate, così come censite dalla l. 287/90. Esse si riducono, essenzialmente, a tre: a) intese restrittive della libertà di concorrenza; b) abuso di posizione dominante; c) concentrazioni¹⁴⁵.

¹⁴¹ Ove viene previsto che il regime della nullità delle intese venga ad essere caducato laddove qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi. Per una analisi puntuale M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit., p. 117 ss.

¹⁴² In un quadro più problematico, P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 150 ss.; V. ZENOVICH, *Contratto e concorrenza come luogo di incontro/scontro fra giuristi ed economisti*, cit., p. 196 s.

¹⁴³ In connessione al boicottaggio, v. P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 116 ss. Per un commento v. i contributi di M. LIBERTINI, *Le intese illecite* e di M. ONORATO, *La nullità delle intese*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, XV, *I contratti della concorrenza*, Torino, 2011, rispettivamente a p. 82 ss. e p. 187 ss.; ID., *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012. Cfr. M.C. DE CICCO, *La nullità delle intese restrittive della concorrenza*, in L. FERRONI (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998, p. 497 ss.; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Tratt. Ajani-Benacchio*, VII, *La concorrenza*, Torino, 2006, p. 25 ss.; D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, Napoli, 2013, spec. p. 34 ss.

¹⁴⁴ Tali pratiche abusive possono consistere, in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. Per un commento, F. GHEZZI, *L'abuso di posizione dominante: alcune nozioni di carattere generale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, XV, *I contratti della concorrenza*, cit., p. 211 ss.; C. OSTI, voce *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 1 ss.

¹⁴⁵ V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 365; A. PATRONI GRIFFI, *Antitrust e concentrazioni bancarie*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 395 ss. Per una analisi efficace, M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 175 ss.

L'art. 2 vieta e sanziona con la nullità¹⁴⁶, salvo le deroghe previste dal successivo art. 4¹⁴⁷, le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante¹⁴⁸.

L'art. 3, ancora, vieta l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, in modo tale da vanificare e mettere a repentaglio l'effettiva concorrenza¹⁴⁹.

Dagli artt. 5 e 6 può leggersi, invece, il divieto delle operazioni di concentrazione, consistenti in fusioni, cessione di controllo e formazione di un'impresa comune, allorché esse comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza¹⁵⁰.

¹⁴⁶ In tema, *ex multis*, G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza*, cit., p. 550 ss.; G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, cit., p. 88 ss. Cfr. l'articolato saggio di V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, I, p. 260 ss.

¹⁴⁷ Ove è previsto che l'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. In tema, F. DELFINI, *Il controllo ex art. 4, legge n. 287/1990 dell'Autorità antitrust sul contenuto del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, cit., p. 175 ss.

¹⁴⁸ Esse possono, in particolare: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

¹⁴⁹ Le ipotesi abusive descritte all'art. 3 riguardano, anche: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi. In dottrina, M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 543 ss.; D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, cit., p. 40 ss.

¹⁵⁰ Tra gli studi monografici v. G. DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, Padova, 1999; D. CATERINO, *Concentrazioni e attività bancaria*, cit., spec. p. 139 ss. (ove l'A. si sofferma con preciso riferimento alle relazioni tra legislazione antitrust, artt. 41 e 47 Cost.), p. 168 ss. Cfr. G. ALPA, *Concentrazioni e misure ripristinatorie*

Dalla rassegna delle norme del TFUE e da quelle contenute nella legge antitrust nazionale possono desumersi diverse considerazioni in tema di autonomia d'impresa¹⁵¹.

Sembrerebbe perspicuo, anzitutto, che il centro gravitazionale delle prescrizioni concorrenziali risulti essere l'impresa e il suo concreto operare¹⁵²: ovvero, la disciplina antitrust fa riferimento ad una considerazione complessiva dell'attività d'impresa, alla razionalità strategica dell'attività coinvolta, non curandosi, invece, degli atti dispositivi isolati ascrivibili a singoli individui proprietari¹⁵³.

Tale rilievo conduce a predicare l'esistenza di una disciplina oggettiva¹⁵⁴ delle relazioni tra imprese che, anche in chiave di regolazione del mercato¹⁵⁵, mira a valutare non

della concorrenza. *Aspetti di diritto contrattuale*, in *Contratti*, 2003, p. 514 ss.; G. GUIZZI, *L'art. 5 della l. n. 287/1990 e le operazioni infragruppo. Brevi note intorno al significato e alla funzione del fatto «concentrazione» nella disciplina antitrust*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, cit., p. 109 ss.

¹⁵¹ In una prospettiva più ampia, E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 69 spiega che «il perché di questo interesse della normativa comunitaria al contratto e in particolare a quello caratterizzato, almeno da una parte, dalla presenza dell'imprenditore, trova agevole spiegazione proprio nei principi cui si ispira l'assetto comunitario: nell'esigenza, in altri termini, di realizzare uno spazio senza frontiere interne, contrassegnato dalla necessità di eliminare la tendenziale disparità di legislazione tra gli stati membri si da evitare possibili distorsioni della concorrenza tra le imprese e da permettere l'instaurazione di un mercato il più possibile libero, trasparente e in cui gli acquirenti dei beni e i fruitori dei servizi fossero protetti da eventuali "abusi" di potere».

¹⁵² Pur relativamente alla disciplina della concorrenza sleale, pare opportuno richiamare quanto sostiene V. PANUCCIO, voce *Impresa (diritto privato)*, cit., p. 588 per cui «se la concorrenza sleale concerne [...] le modalità dell'attività, se il principio fondamentale in materia è quello della libertà della concorrenza (art. 41 Cost.), e se la disciplina legislativa mira a garantire il libero giuoco concorrenziale nell'espletamento dell'attività d'impresa, è chiaro che il regime giuridico non può riferirsi che all'attività imprenditrice, non già a un bene immateriale non meglio identificato, che si fraziona in tema di tutela, sia patrimoniale che morale, nella tutela della ditta, dell'insegna, del prodotto, delle invenzioni, ecc. Val quanto dire: la tutela propria dei beni immateriali si specifica e fraziona in tema di impresa nella tutela dei singoli elementi sopraindicati, e non si concreta nella tutela dell'impresa come energia vivente e complessiva, come idea creatrice, e simili, tant'è che l'idea predetta non impedisce a qualsiasi altro soggetto di porre in essere un'impresa che abbia la stessa natura e lo stesso oggetto dell'impresa concorrente». Cfr. G. SANTINI, *Concorrenza sleale e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 125 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 190 s., p. 225 ss.

¹⁵³ Così, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 54 ove precisa che «[...] viene in evidenza l'assurdità di alcune pronunce giurisprudenziali che hanno considerato non provata un'intesa anticoncorrenziale fra imprese, analizzando la fattispecie alla luce di criteri garantistici che potrebbero avere plausibilità con riferimento all'accertamento di comportamenti penalmente rilevanti o, su altro piano, con riferimento ad atti di disposizione isolati»; ID., *Adeguata istruttoria e standard probatori nei procedimenti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1105 ss. ove commenta Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1006. Anche, RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2340 a 2342.

¹⁵⁴ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., p. 1430 ss., cui si rinvia anche per una complessiva casistica giurisprudenziale.

¹⁵⁵ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 530. Sul diritto privato regolatorio, ID., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss. a p. 526 ss.; ID., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, ID. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss. (nonché gli altri contributi ivi). V. G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, cit.

già isolatamente il singolo atto o il singolo contratto quanto, piuttosto, mette in relazione la protezione della struttura concorrenziale del mercato con il binomio atto-attività¹⁵⁶. Questa oggettivizzazione non va, però, radicalizzata o malintesa¹⁵⁷. Ovvero, ponendo al centro l'attività economica oggettivamente considerata, la disciplina antitrust è volta ad assicurare la massima ed effettiva protezione al mercato, agli attori ivi coinvolti - tra cui i consumatori¹⁵⁸ -, ed al funzionamento complessivo del sistema¹⁵⁹: essa assurge a legge dei

¹⁵⁶ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 536. Secondo RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2340 s. la disciplina antitrust «consente di ripensare la figura medesima del diritto dei contratti d'impresa, ovvero di quell'insieme di norme che costituiscono deroga ai principi posti nel libro quarto del codice civile in ragione appunto della collocazione del negozio in un'attività obiettivamente considerata». L'A. sostiene, quindi, che «ne esce conseguentemente rivalutato il rapporto fra atto ed attività, o meglio fra disciplina dell'atto e disciplina dell'attività. Come la libertà d'impresa esiste in funzione della conservazione della struttura concorrenziale del mercato, anche la disciplina degli atti deve essere funzionale e coerente alla conservazione del mercato, non potendosi tollerare un accordo lesivo di quella dimensione (il mercato appunto) cui esso è destinato». Cfr. G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., p. 8.

¹⁵⁷ Scrive L. DI NELLA, *Concorrenza e contratto*, cit., p. 341 s. che «la funzione della concorrenza è quella del potenziamento dell'efficienza economica e del buon funzionamento del mercato. In questo senso, tanto l'assetto complessivo degli scambi quanto ogni singola transazione, quale segmento del predetto assetto, sono portatori di interessi generali che si affiancano inscindibilmente a quelli privati, ciò che conferisce natura imperativa alla maggior parte delle nuove norme. Alla commistione di interessi privati con quelli pubblici si affianca l'oggettivizzazione della normativa, la quale perde quasi del tutto i profili soggettivi in forza della necessità di garantire una effettività sostanziale e funzionale alla regolamentazione dei fenomeni economici di massa». Sempre sul ruolo del contratto nella dinamica concorrenziale, N. LIPARI, *Diritto e mercato nella concorrenza*, cit., p. 35 ss.; G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 765 ss.

¹⁵⁸ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 35 ss.; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 404 ss.; ID., *L'interesse dei consumatori e le norme antitrust*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, II, Napoli, 2005, p. 47 ss.; per. A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., p. 63 s. «[...] la tutela dei singoli contraenti che vengono in contatto con l'impresa può ricevere vigore da una protezione della libertà di concorrenza soltanto nella misura in cui la lesione della autonomia contrattuale dei soggetti indicati si riveli di pregiudizio alla struttura globale del mercato al punto da minacciare il conseguimento delle generali finalità di politica economica perseguite dall'ordinamento». In una prospettiva più ampia, riferita ai contratti d'impresa e ai propri confini, G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 393 ss. a p. 397 ss. Sul tema del rapporto tra contratti d'impresa e contratti del consumatore, nella prospettiva ordinante del mercato, cfr. in generale, C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 185 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 3 ss.; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 1 ss.; D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratti di impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 657 ss. Cfr., però, le criticità di M. BARCELLONA, *Controllo contenutistico e forme di eterointegrazione del contratto*, in P. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, Napoli, 2008, p. 503 ss. V. L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, cit., p. 178 ss.

¹⁵⁹ Parla di stabilizzazione del profitto, S. PUGLIATTI, *Terra, azienda agricola e impresa agricola*, in ID., *Scritti giuridici*, IV, 1958-1964, Milano, 2011, p. 15. Sempre secondo le parole di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 39 s. la disciplina della concorrenza non risponde solo alla «disciplina delle modalità di questa, ma ben anco alle regole concernenti le modalità nell'esercizio di un'attività, in quanto disciplina intersoggettiva che tutela l'interesse di un esercente (o possibile esercente) nei confronti di altro o altri esercenti (o possibili esercenti) nell'utilizzazione di cose pur loro appartenenti».

soggetti del mercato ovvero di chiunque abbia interessi alla conservazione del suo carattere competitivo.

La tutela della concorrenza, soprattutto in termini di effettività¹⁶⁰, agisce nel solco del principio costituzionale della libertà di iniziativa economica rapportandosi ad esso¹⁶¹, più puntualmente, non solo quale mero completamento e specificazione, laddove l'ordinamento decida di farlo assurgere a principio di utilità sociale¹⁶²; anzi, essa è, come già annotato, al medesimo tempo, improntata a garanzia dell'impresa stessa e del corretto funzionamento del mercato: la concorrenza si eleva a dimensione in cui l'impresa deve vivere per legittimare la sua esistenza e il suo profitto¹⁶³. È al mercato concorrenziale ed alle dinamiche proprie di questo che dovrà aversi riguardo per individuare i comportamenti ammessi e consentiti e per reprimere, di contro, quegli illeciti: da qui, si inferisce il nesso tra normativa antitrust, utilità sociale e contratto quale forma esplicativa dell'attività imprenditoriale¹⁶⁴.

¹⁶⁰ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., *passim*; ID., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., p. 434 ss. Seppur in termini più ampi circa i contratti di impresa, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 530 spiega che «le norme imperative che si connettono al contratto tra imprenditori e che autorizzano il giudice a intervenire sul contenuto del contratto non sono ancorate alla natura soggettiva della parte: ciò che rileva non è l'attività economica in sé considerata ovvero l'assumere la qualità d'imprenditore, e poi d'imprenditore commerciale, ma l'effettiva struttura organizzativa dell'impresa, indipendentemente dalla forma di imputazione soggettiva, e la sua concreta collocazione nel mercato».

¹⁶¹ Secondo la sentenza Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 ss., la legge antitrust nazionale è espressione attuativa dell'art. 41 Cost. poiché la libertà di concorrenza è valore implicito nella libertà di iniziativa economica.

¹⁶² Spiega, chiaramente, G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in A. ZOPPINI, ID. (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 75 s. che «la concorrenza, intesa come forma di mercato costituzionalmente protetta, rappresenta ormai, al tempo stesso, un valore da preservare e un obiettivo da realizzare anche ove comporti un sacrificio o, comunque, una compressione dell'autonomia privata. In questa prospettiva, il diritto antitrust non costituisce più, come sostenuto in passato, un limite estrinseco alla libertà d'iniziativa economica da giustificare, ai sensi dell'art. 41 Cost., nei limiti consentiti dalla sua utilità sociale; ma informa di sé, dall'interno, l'esercizio di quella stessa libertà da parte dei singoli in modo da renderla coerente con il modello di mercato ora espressamente indicato dall'art. 117 Cost. Il tradizionale rapporto tra contratto e diritto antitrust tende di conseguenza a rovesciarsi: il primo diventa funzionale alla realizzazione degli obiettivi propri del secondo, con conseguenze rilevanti [...] anche (ma non solo) in punto d'interpretazione dei precetti in esso contenuti». In tema, G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 190 s.

¹⁶³ Così, M. LIBERTINI, *Libertà di iniziativa e concorrenza*, in AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, III, *Iniziativa economica e impresa*, cit., p. 232.

¹⁶⁴ Come nota V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., spec. p. 421 s. Per D. CARUSI, *Geometria e valori nel discorso privatistico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 17 «[...] i benefici del mercato concorrenziale non sono il dono di una mano mistica o naturale, da proteggere contro settoriali disfunzioni o accidentali derive monopolistiche, ma invero il frutto di una difficile, permanente opera di giuridica promozione e custodia». M. LIBERTINI, *Relazione generale concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, cit., p. 22 s.

La disciplina antitrust, dunque, corregge e sanziona le condotte d'impresa anticoncorrenziali e impedisce la competizione dannosa¹⁶⁵.

L'iscrizione sotto l'egida dell'utilità sociale consente, inoltre, di porre al riparo la disciplina medesima da rischi di conformazione o di funzionalizzazione, larvata o immediata, dell'iniziativa economica privata¹⁶⁶.

La tutela della concorrenzialità e la successiva apertura del mercato appare, quindi, volta ad allargare la base sociale di fruizione dell'aumento del benessere e della ricchezza collettiva, tramite una efficiente allocazione delle risorse e a sindacare il potere contrattuale-normativo dell'impresa (correggendo l'autonomia contrattuale d'impresa)¹⁶⁷.

Accettando l'idea che la concorrenza agisca quale *policy* economica e modulazione regolatoria del mercato ne discenderebbe una rilettura dei rapporti contrattuali in cui il fattore mercato dispiega, decisamente, la sua carica propulsiva condizionante al punto da favorire il superamento del momento statico dell'accordo tra le parti per conferire centralità al contesto in cui la negoziazione privata s'inserisce¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Per un'efficace sintesi, cfr. i saggi di G. GUIZZI, *Interessi individuali e interessi collettivi nella disciplina della concorrenza e Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, cit., rispettivamente a p. 279 ss. e p. 297 ss. V. G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1 ss. Per una riflessione generale v. M. LIBERTINI, *Relazione generale concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, cit., p. 20 s. per cui la competizione tra imprese non è un idilliaco equilibrio tra soggetti che si scambiano il *surplus* delle proprie produzioni, realizzando la massima efficienza allocativa. Per l'A. «[...] la pura competizione fra imprese capitalistiche [...] non può mai trovare un punto definitivo di equilibrio, ma produce inevitabilmente progresso e instabilità, vittoria e sconfitte, promozioni e retrocessioni, sicché porta con sé anche prospettive di catastrofe per i perdenti».

¹⁶⁶ Cfr. i diversi approcci di RIC. ALESSI, voce *Concorrenza 1) Libertà di concorrenza*, in *Eng. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 2 e di E. CAMILLERI, *La tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 43 ss. Anche, G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., p. 38 rileva che «(la) legge antitrust è estranea (a) ogni prospettiva di funzionalizzazione e programmazione delle attività economiche e, dunque, (a) qualsiasi logica dirigitica [...] (pur muovendosi) in una logica di controllo degli atti in cui l'iniziativa economica, privata o pubblica, si esplica in vista della protezione dell'utilità sociale [...], rappresentata dall'interesse della collettività all'esistenza di un effettivo regime di concorrenza»; ID., *Concorrenza e teoria del contratto*, cit., p. 205 ss. Per B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, cit., p. 1555 il precetto costituzionale dell'art. 41, comma 2, si traduce in un limite e non in un fine e «ciò rappresenta forse il più significativo riconoscimento alla legge economica sulla libertà di mercato, ai sensi della quale è la libera competizione che realizza di per sé [...] il massimo di utilità sociale».

¹⁶⁷ V. la puntuale osservazione di ANN. GENOVESE, *Disciplina del rapporto obbligatorio e regole di concorrenza*, in A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 139 per cui la legislazione antitrust riscrive i termini e le conseguenze dell'esercizio dell'autonomia privata. In tema, P. BARCELLONA, *Il contratto fra dirigismo e diritto dell'impresa*, cit., p. 405; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., p. 896.

¹⁶⁸ Stimolanti paiono essere le osservazioni di V. ZENO-ZENCOVICH, *Contratto e concorrenza come luogo di incontro/scontro fra giuristi ed economisti*, cit., p. 195 ss.; A. CATRICALÀ, *Postfazione*, in A. ZOPPINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 207 a p. 210.

La tutela della concorrenza (“in nome del mercato”) modula le contrattazioni dalla genesi agli obiettivi¹⁶⁹: ovvero, condiziona e struttura l’autonomia privata nella sua fenomenologia dinamica¹⁷⁰. Sperando di conservare l’adeguata cautela, nel voler formulare una considerazione di sintesi, potrebbe asserirsi che essa tenda a favorire l’interesse generale dell’accessibilità e del concorso delle libere iniziative economiche private¹⁷¹.

In modo tale da addivenirsi ad un ordine normativo che opera *i*) verticalmente, in una accezione negativa, ove venga inteso quale limitazione e controllo dell’attività contrattuale d’impresa, e in una accezione positiva, come pretesa di regole volte ad eliminare vincoli e barriere, tali da comprimere l’effettivo gioco competitivo¹⁷²; *ii*) orizzontalmente, vale a dire come limite nei rapporti intersoggettivi destinati al mercato rispetto ad abusi di potere e situazioni distorsive che vulnerino libertà e potere decisionale (diversamente, realizzando la condizione di una parità di accesso al mercato)¹⁷³.

¹⁶⁹ Sul rapporto tra disciplina generale del contratto ed interferenze normative concorrenziali v. la pregevole analisi di ANN. GENOVESE, *Disciplina del rapporto obbligatorio e regole di concorrenza*, cit., p. 131 ss. In tema, L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell’ordinamento comunitario*, cit., p. 242 ss. a p. 393 ss.

¹⁷⁰ Con molta nettezza, C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, cit., p. 49, nt. 39 rileva che «concepire il mercato come alcunché di aggiuntivo rispetto all’autonomia, pensando a regole come quelle che la “dirigono” in funzione correttiva, preventiva (come nel caso del divieto delle intese anticoncorrenziali) o direttamente vertente sul contratto (come nella disciplina delle clausole abusive), significa pensare a una autonomia allo stato puro rispetto alla quale la regola estrinseca sia altro». Ancora, asserisce che «[...] in un ordinamento giuridico preminente rispetto all’autonomia privata quest’ultima non può esistere allo stato puro, essa è soltanto come l’ordinamento la conforma ed essenzialmente intrinseca al mercato, dal quale perciò non può essere distinta. Contratto e mercato sono due categorie che esprimono prospettive diverse, rispettivamente quella atomistica e quella globale, di una medesima realtà, dalle quali sono partiti gli studiosi dell’autonomia privata e quelli della concorrenza, scoprendo alla fine di avere fatto due strade diverse per vedere lo stesso panorama». In un quadro più complesso spiega K. FIORENZA, *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale. Profili comparatistici*, cit., p. 113 che «[...] il mercato sussiste in quanto ha preso consistenza un complesso di regole che assicura la corretta competizione nelle negoziazioni ed è in grado di rimuovere gli ostacoli e le imperfezioni sempre nuove che possono emergere in ordine al dispiegamento dell’attività negoziale». E prosegue rilevando che, invece, vi sono gravi difficoltà nel processo di strutturazione del mercato nei paesi dell’est, «[...] laddove le regole giuridiche non sono accompagnate dalla presenza di una cultura del mercato e dell’iniziativa concorrenziale».

¹⁷¹ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 31; A. PACE, *Libertà «del» mercato e libertà «nel» mercato*, cit.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, cit., p. 1553 ss.

¹⁷² RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2345. Per L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 42 «[...] il mercato concorrenziale rappresenterebbe il paradigma attraverso il quale verrebbe esercitato il controllo (sui contratti d’impresa)». V. le interessanti riflessioni sistematiche di M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell’intesa anticompetitiva*, cit., p. 95 ss.

¹⁷³ Spiega C. RABITTI BEDOGNI, *Introduzione*, in EAD., P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, cit., p. LV che «(l’)interesse generale diviene in definitiva, la giustificazione e il limite entro cui ammettere l’intervento di regolazione, il quale non potrà che assestarsi al punto di equilibrio dato dal minimo sacrificio concorrenziale che risulti compatibile con il raggiungimento dell’obiettivo di interesse pubblico perseguito». Per RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2341 «[...] il mercato concorrenziale è un valore senz’altro economico ma che ha valenza anche etica, in quanto, sempre attraverso la mobilità delle risorse garantita dal dinamismo concorrenziale, è assicurata la realizzazione delle libertà individuali, prima fra tutte quella

2.1. Un riflesso applicativo su contratto d'impresa e tutela della concorrenza: la centralità della causa

Dalla relazione tra contratto e mercato¹⁷⁴ - nonostante le inevitabili polisemie che si palesano¹⁷⁵ - e dalla imperatività della disciplina della concorrenza¹⁷⁶, volta ad assicurare in chiave eteronoma l'efficienza del sistema¹⁷⁷, e dal rapporto tra concorrenza e metapprincipio d'utilità sociale discende, invero, l'esigenza di un controllo di liceità e di meritevolezza del potere normativo d'impresa¹⁷⁸ per verificare la compatibilità dell'atto di autonomia - destinato al mercato - con i principi e i valori incardinati nell'ordinamento¹⁷⁹.

d'iniziativa economica di cui all'art. 41 cost. Da qui l'introduzione di una tutela a livello giuridico del mercato concorrenziale, in quanto struttura che assicura il dinamismo e la mobilità necessari per la realizzazione di valori costituzionalmente garantiti». In questi termini, anche, K. FIORENZA, *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale. Profili comparatistici*, cit., p. 100. Per un quadro ricostruttivo, G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, cit., p. 6.

¹⁷⁴ RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2343 sostiene che la legge antitrust sia e disciplina dell'impresa e disciplina del contratto, ma ancora di più disciplina peculiare dell'impresa (o meglio dei rapporti fra imprese) solo in quanto questa è la naturale protagonista del mercato (p. 2345). È proprio il mercato, secondo l'A., «[...] nella sua dimensione oggettiva, ad essere il vero perno attorno a cui ruota la normativa» (p. 2345). Malgrado la natura polisensibile del termine mercato, F. GUERRERA, *Contratto e mercato*, cit., p. 16 rileva che «la considerazione del mercato consente allora una rilevazione ragionata del dato economico ed una prospettiva realistica di ricostruzione dei fenomeni; ma non ostacola certo il ricorso ad altre direttrici gnoseologiche dell'indagine giuridica, dotate di più intensa capacità ordinante, come quella assiologica, che può porre in risalto i principi organizzativi cui l'azione (privata e pubblica) "costruttiva dell'ordinamento" effettivamente si ispira; o come quella sistematica che consente di indagare, al di là dei confini dei singoli fenomeni, la ricorrenza delle forme e dei meccanismi giuridici nei vari campi dell'esperienza economica». Cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 379 ss. a p. 393 ss.; G. OPPO, *Contratto e mercato*, cit., p. 193 ss.

¹⁷⁵ Per alcuni spunti v. R. FRANCESCHELLI, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 501 ss. a p. 512 ss.

¹⁷⁶ Cfr. N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 133 ss. Per alcuni spunti, B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, cit., p. 1540 ss. e M.R. MAUGERI, *Invalità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, cit., p. 175 ss.

¹⁷⁷ F. GUERRERA, *Contratto e mercato*, cit., p. 18 ove rileva la necessità che spetti all'intervento eteronomo la ricomposizione del dissidio tra i valori organizzativi e i valori funzionali che minano l'efficienza concorrenziale.

¹⁷⁸ Spiega RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2340 che con la disciplina antitrust si sia in presenza di «[...] un'espressa funzionalizzazione del contratto al corretto svolgimento del mercato, e in tale prospettiva divengono ammissibili (e necessarie) limitazioni all'uso dello strumento contrattuale dettate da considerazioni di sapore oggettivo e per questo estranee al diritto dei privati non imprenditori». E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 64 ss. a p. 69. Sul depotenziamento della distinzione tra giudizio di meritevolezza e liceità del contratto, M. NUZZO, *La causa*, cit., p. 199 s. precisa che tende ad affermarsi nell'ambito dell'attività d'impresa che «[...] ciò che favorisce lo scambio, e dunque il più efficiente funzionamento del mercato, è in sé meritevole di tutela; con la conseguenza che in quest'ambito è consentito solo il giudizio di liceità del contratto».

¹⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., p. 896. Sulla normazione di ispirazione costituzionale, volta a rendere effettivamente ossequiato il principio dell'utilità sociale nell'attività contrattuale dell'impresa, A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, cit., p. 728 a p. 730 sostiene che la libertà contrattuale d'impresa non possa non conformarsi ai principi costituzionali di riferimento «[...] l'autonomia contrattuale non vive in un mondo separato da quello dei diritti primari di rilevanza costituzionale, anzi, può essere, e in parte già è, fattore propulsivo per l'attuazione di questi diritti». V. l'analisi globale di C. OSTI, *Il contratto anticoncorrenziale: nozioni e confini*, in *Tratt. Roppo*, VI,

Il contratto d'impresa, nell'orbita del diritto antitrust, si misura col mercato che cessa di essere una cornice neutra per divenire un contesto operativo dell'azione economica cui rapportare le molteplici manifestazioni dell'autonomia privata¹⁸⁰; il contratto diviene, quindi, strumento di intervento sul mercato in generale¹⁸¹.

Esso viene ad essere letto in una prospettiva funzionale ed oggettiva in cui la considerazione precipua attiene alle modalità d'incidenza sulla competizione nel mercato e sull'eventuale pregiudizio di interessi e diritti altrui, inevitabilmente confliggenti¹⁸², ma soprattutto quale frammento dell'attività d'impresa la cui valutazione è connessa al contesto economico di riferimento ed alla struttura di mercato sottostante¹⁸³.

Nei contratti della concorrenza - qui intesi quale *species* del *genus* dei contratti d'impresa ovvero, secondo la terminologia derivante dalla tesi di Dalmartello, come contratti attinenti al coordinamento dell'attività d'impresa¹⁸⁴ -, ovvero in quelle forme di manifestazione dell'autonomia negoziale ove la limitazione della concorrenza costituisce

Interferenze, cit., p. 635 ss.; L. DI NELLA, *Concorrenza e contratto*, cit. Cfr., anche, la sintesi di R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, spec. pp. 47-55.

¹⁸⁰ F. GUERRERA, *Contratto e mercato*, cit., p. 19. Parla di frazionamento del concetto unitario di autonomia privata «[...] rispetto a regimi non più espressione del solo agire individuale; ma, paradigmaticamente, connessi a interessi di gruppi, ceti e categorie sociali», P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., p. 14., p. 153 ss.

¹⁸¹ Precisa V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, cit., p. 398 che occorre fare riferimento al contratto «[...] non come strumento costitutivo di un rapporto tra le parti, bensì come momento dell'attività di mercato dell'impresa». In una prospettiva volta a centralizzare il ruolo della buona fede, v. E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 507 ss.; EAD., *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, in J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge, 2015, p. 135 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., p. 420 ss. rileva che la buona fede delimita le mosse ammesse nel gioco competitivo. V., anche, C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 797 ss.; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, *ivi*, 2015, spec. p. 238 ss.

¹⁸² Per G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, cit., p. 9 la normativa europea dà rilievo all'impresa per disciplinare gli effetti che l'esercizio della stessa produce nell'ambito del mercato comune; ID., *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, cit., p. 89. V., anche, N. SCANNICCHIO, *Mercato comune, mercato unico e tecniche di integrazione del diritto privato in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 415 ss.

¹⁸³ Così, G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 796. Precisa l'A. che «il contratto è oggi una forma giuridica assai diversa da quella presupposta dalla teoria classica [...]. L'uso di una tecnica di conclusione (la parola, il formulario, l'immagine) e il tipo di attività e di bene determina l'entrata in un sistema che orienta e condiziona l'atto di autonomia».

¹⁸⁴ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., spec. p. 291 ss.

l'oggetto della regolazione tra i paciscenti o comunque l'effetto del contratto¹⁸⁵, pare ottenere un ruolo centrale l'elemento della causa contrattuale¹⁸⁶.

Se si assume a parametro di riferimento l'art. 101 TFUE è possibile assistere ad una ipostasi della causa come elemento dirimente tra intese lecite ed intese illecite. Ciò al fine di valutare, puntualmente e sostanzialmente¹⁸⁷, se l'atto privato incidente sul processo concorrenziale possa essere considerato riprovevole e, pertanto, venire espulso dall'ordinamento, oppure no¹⁸⁸.

Il giudizio sulla liceità o illiceità delle intese restrittive della concorrenza viene, oggi, ad essere condotto in forza di quanto disposto dal reg. 1/2003: attraverso questo meccanismo¹⁸⁹, qualsiasi giudice di ogni Stato membro potrà verificare la sussistenza dei criteri automatici di esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza¹⁹⁰.

¹⁸⁵ In questi termini, G. GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, cit., p. 59. L'A. precisa che, in questo caso, il contratto «non assumerà rilevanza nella sua dimensione di autoregolamento di interessi. Esso viene, invece, in rilievo e preso in considerazione essenzialmente come accadimento, come fatto cioè che incide, ovvero, è potenzialmente *capace di incidere su un altro fatto* - ossia sulle *condizioni di concorrenza nel mercato rilevante*». Nella prospettiva dell'attività contrattuale d'impresa quale strumento di dominio del mercato, B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. Galgano*, II, *L'impresa*, p. 321 ss.

¹⁸⁶ Sostiene M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit., p. 89 che «[...] il diritto della concorrenza fornisca un osservatorio privilegiato per verificare l'attendibilità della tesi - oggi prevalente - che configura la causa come funzione concreta del singolo atto negoziale, nonché per evidenziare il valore sistematico ancora attuale dell'impostazione causalistica nella disciplina degli atti di autonomia privata»; ID., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 277 a p. 279 ss.

¹⁸⁷ Secondo L. DI NELLA, *Concorrenza e contratto*, cit., p. 345 «la causa del contratto [...] si attegga sempre più come requisito da valutare sostanzialmente in relazione al caso concreto, con l'ampliamento del novero degli effetti che tradizionalmente concorrono alla qualificazione del contratto. Nel diritto *antitrust* la illiceità dipende dagli effetti restrittivi che l'accordo, la decisione e la pratica concordata producono. Qualora abbiano per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, queste fattispecie sono vietate indipendentemente dal tipo contrattuale cui appartengono. Quello che conta è la dimensione sostanziale, concreta del profilo funzionale».

¹⁸⁸ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 41 s. Per G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 785 «l'antigiuridicità che si vuol reprimere va oltre la funzione del contratto o la sua meritevolezza e si rivolge alle conseguenze dell'atto contrastante con la tutela della concorrenza e con l'utilità sociale espressa nell'art. 41 della Costituzione». In chiave francese, C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat*, in AA. VV., *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXème siècle*, Paris, 2001, p. 601 ss.

¹⁸⁹ M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 280, nt. 12, ne attribuisce una significanza di vera e propria rivoluzione copernicana.

¹⁹⁰ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 42 precisa che ciò «[...] implica un'analisi di merito approfondita degli effetti economici che queste producono». V. G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, cit., p. 76 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Contratto e concorrenza come luogo di incontro/scontro fra giuristi ed economisti*, cit., p. 196 s. Per un'analisi di taglio pratico-casistico, A. CARUSO, *Il regolamento d'esenzione 2790/1999: nuovi scenari per la valutazione delle intese verticali e qualche ...* «Missed opportunity», in R. GUIDOTTI, N. SOLDATI (a cura di), *Contratti d'impresa e restrizioni verticali. Agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione*, Milano, 2004, p. 3 ss.

Di tal fatta, l'art. 101, par. 3, TFUE assurge a *rule of reason*¹⁹¹ europea volta a valutare effettivamente le caratteristiche delle intese e a verificarne l'eventuale apprezzabile e sensibile incompatibilità con l'ordinamento per manifesta contrarietà all'utilità sociale¹⁹².

In questo sistema di controllo di intese con possibili effetti anticoncorrenziali si appalesa, quindi, la necessità di una complessiva considerazione della concreta funzionalità economica della fattispecie vagliata. Stante l'insufficienza di un esame puramente strutturale delle clausole del contratto, il ruolo della causa emerge in modo assai preponderante¹⁹³.

Tale soluzione può essere idonea a segnare una linea di displuvio rispetto ai contratti stipulati dai singoli individui proprietari¹⁹⁴ e a rinvenire, proprio, nella causa un elemento centrale dei contratti d'impresa¹⁹⁵.

¹⁹¹ In generale, P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 157 ss. Per una aggiornata rassegna della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, S. PELLERITI, *L'art. 101 TFUE e la rule of reason europea: nuovi spunti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 290 ss. *Ex multis*, L. DI VIA, *Alcune riflessioni sulla «rule of reason» ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, *ivi*, 1996, p. 289 ss.; S. GHOSH, *Vertical Restraints, Competition and the Rule of Reason*, in K.N. HYLTON (a cura di), *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham-Northampton, 2010, p. 213 ss. Cfr. F. DENOZZA, *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità*, in *Riv. it. econ.*, 2005, supp. 1, p. 49 ss.

¹⁹² M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 280 ss. In relazione all'autonomia d'impresa assai importante è la riflessione di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 42 per cui «un siffatto modello normativo [...] si ritiene costituisca l'applicazione specifica di una più generale disciplina degli atti di autonomia d'impresa, da differenziarsi rispetto ai meri atti di scambio, in ordine ai quali la scelta anticausalista può non essere censurabile nel momento in cui si volesse sottrarre i medesimi all'incertezza che il concetto sottende, mentre l'abbandono della stessa prospettiva non può considerarsi giustificato là dove ci fossero più puntuali parametri di valutazione ai quali ancorare la regole operativa che il modello causale intende esprimere».

¹⁹³ Per M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 64 questo modello di disciplina può estendersi all'intero campo dei contratti d'impresa; ID., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit., p. 102 ss. a p. 106 ss.

¹⁹⁴ Secondo la ricostruzione di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 42 «[...] se la disciplina delle intese restrittive costituisce il punto di emersione sistematica della perdurante rilevanza della causa, da intendersi come funzione economica dell'atto di autonomia privata imprenditoriale (mediante il quale le parti perseguono interessi da valutare secondo criteri di meritevolezza), ciò evidenzia come la differenza tra la serie di atti di autonomia, con cui si esplica l'attività d'impresa, e i contratti di scambio c.d. occasionali implichi, singolarmente, la conservazione del requisito, in origine pensato per i secondi, nella sola disciplina dei primi. Il recupero di causa (o, meglio, delle regole operazionali che a questo concetto fanno riferimento), come delineato a livello europeo, sarebbe, allora, funzionale al valore sistematico (e non meramente descrittivo) dei contratti d'impresa».

¹⁹⁵ Sostiene M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 277 che «si può capire il rifiuto (ideologico) di un controllo dei fini e dei risultati rispetto ai contratti occasionali fra individui proprietari. Non si può invece accettare tale rifiuto programmatico per quanto riguarda i contratti d'impresa, intesi come contratti che vengono conclusi come momenti di attività e “mosse” nel “gioco della concorrenza”, e che comunque normalmente incidono, per varie ragioni sul benessere economico collettivo. I contratti d'impresa sono momenti di uno sviluppo continuo, che può assumere direzioni virtuose o viziose, al di là delle intenzioni dei contraenti, e che richiede pertanto il controllo permanente da parte di un ordine giuridico sovraordinato [...]».

Infatti, per quanto attiene ai contratti individuali, da oltre un decennio, nelle codificazioni europee di *soft law* dei Principi di diritto europeo dei contratti, dei Principi dei contratti commerciali internazionali dell'UNIDROIT e nel DCFR si assiste ad un depotenziamento della causa, altrimenti intesa quale elemento essenziale del contratto, per cui alla volontà di chi dispone dei propri diritti deve agganciarsi una giustificazione oggettiva, che renda questo atto dispositivo patrimoniale sostanzialmente accettabile¹⁹⁶.

Il *fil rouge* che tiene assieme questi tre impianti è il riconoscimento della bastevolezza dell'accordo quale indice di vincolatività. Nei Principi di diritto europeo dei contratti è stato previsto, all'art. 2:101, che il contratto è concluso quando le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e hanno raggiunto un accordo sufficiente, non essendo richiesto alcun altro requisito.

Nei Principi UNIDROIT, all'art. 3.1.2, è stato divisato che il contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti.

Nel DCFR, Libro II, art. 4:101, per la conclusione del contratto è stabilito che essa non necessita di ulteriori requisiti, quando le parti: manifestino la volontà di costituire un rapporto giuridico vincolante o di produrre altri effetti giuridici e raggiungono un accordo sufficiente.

L'assenza di ogni riferimento alla causa quale elemento essenziale del contratto¹⁹⁷ non lascia, però, di contro, il nudo patto o le nude promesse del tutto sguarniti di un

¹⁹⁶ Fondamentali appaiono le analisi di U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, Milano, 2008, p. 355 a p. 360 s. e di C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss. V. i rilievi in chiave di diritto europeo di M. NUZZO, *La causa*, cit., p. 195 ss.; E. NAVARRETTA, sub art. 1343, in EAD., A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 650 ss.; EAD., *Causa e giustizia contrattuale a confronto. Prospettive di riforma*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, cit., p. 1757 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, p. 97 ss.; M. SERIO, *Il Contract e l'Europa*, in *Manuale Castronovo-Mazzamuto*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Torino, 2007, p. 643 ss. Di recente, S. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesl*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 719 ss. Cfr. da una speciale angolatura, G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 325 ss. Cfr. R. ROLLI, *Causa in concreto e causa in astratto*, Padova, 2008, spec. p. 109 ss.

¹⁹⁷ Per una panoramica più completa v. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, spec. p. 184 ss. In riferimento al DCFR, E. NAVARRETTA, sub art. 1343, cit., p. 653, correlando l'articolo in rassegna con la disposizione sull'ingiustificato arricchimento, sostiene che «la causa non è un elemento essenziale del contratto correlato con il rimedio della nullità, bensì è un requisito eventuale che, ove scelto dalle parti, diviene causa di giustificazione dell'attribuzione, sicché il suo difetto viene correlato con il rimedio dell'arricchimento ingiustificato». Cfr., anche, V. GORLA, F. SILVA, *La causa come elemento essenziale del contratto. Assente o solo "nascosta"?*, in C. MARCHETTI (a cura di), *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012, p. 156 ss. V., altresì, gli spunti di G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 100 ss. a p. 114 ss.

controllo nei termini di giustizia sostanziale degli scambi¹⁹⁸. Da un lato, è possibile rinvenire nelle formule dello scopo e della natura i criteri con cui affrontare i problemi pratici concernenti la qualificazione, la liceità e la meritevolezza del contratto¹⁹⁹.

Dall'altro, una posizione centrale sembra essere accordata al principio della buona fede che costituirebbe il pilastro su cui è retta la complessa architettura del DCFR, sia come obiettivo da perseguire nell'interpretazione delle regole contrattuali sia come generale parametro di condotta che le parti debbono avere²⁰⁰.

Non si è mancato di sostenere che il problema dell'espulsione della causa tra i requisiti essenziali del contratto sia stato connesso più a logiche nominalistiche e alle inquietudini teoriche che tale concetto ammantavano che ad un'effettiva esigenza di porre al riparo la contrattazione da spinte funzionalistiche o che potessero minare l'efficienza degli scambi e del mercato²⁰¹.

¹⁹⁸ V. C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 495 ss. a p. 504 ss. che parla di un volontarismo ben temperato dalla buona fede e dalla sua attitudine a far emergere ciò che di razionale vi è nel contratto voluto dalle parti. Già, ID., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, *passim*.

¹⁹⁹ Spiega M. NUZZO, *La causa*, cit., p. 198 che «le ragioni di fondo che hanno spinto a non impiegare la nozione di causa [...] sono da un lato, l'insofferenza per un concetto scomodo a causa della sua intrinseca indefinitezza e della variabilità delle prospettive da cui può essere guardato; dall'altro la rigidità delle valutazioni risultanti dall'utilizzo della nozione di causa quale si è affermata nella nostra esperienza, le quali mancano della possibilità di adattamenti richiesti dalle esigenze del mercato». Cfr. l'analisi di C.M. BIANCA, *Contratto europeo e principio causalista*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)*, Milano, 2005, p. 387 ss.

²⁰⁰ V. l'analisi di R. RASCIO, *I principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 2011, p. 403 ss. Cfr. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, cit., spec. p. 390. Precisa L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 41 che la pervasiva applicazione del principio di buona fede «costituisc(e), in realtà, una conferma dell'applicazione di parametri causalistici orientati al controllo della giustizia sostanziale degli scambi. Pertanto, scompare il concetto di causa ma non la norma che con tale concetto viene riassunta; conseguentemente, al di là delle declamazioni, la regola operativa domestica, costituita dagli usi giurisprudenziali e dottrinali della nozione di causa in concreto (che viene piegata allo scopo di verificare l'equità dello scambio), riceve una conferma, nell'ambito del *soft law* europeo e internazionale, dalle previsioni miranti a sottoporre a scrutinio il contratto con il medio logico della buona fede». La buona fede come indice distintivo del contratto rugiadoso è teorizzata da P.G. MONATERI, *I contratti d'impresa e il diritto comunitario*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 86. In una prospettiva generale, S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 633 ss. Brevi spunti in M. ZACCHEO, *Diritto privato e buona fede*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2005, p. 809 ss. Sul tema, v., anche, lo studio monografico di G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, spec. p. 83 s.

²⁰¹ M. NUZZO, *La causa*, cit., p. 197 ss. V. le riflessioni assai critiche di F. MAIOLO, *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 569-576.

Il problema, a questo punto, va coordinato appunto con l'autonomia d'impresa, la capacità contrattuale peculiare della medesima e il ruolo della causa nelle relazioni di mercato²⁰².

Il modello normativo delle intese restrittive della concorrenza, qui in rassegna, non è eccezionale ma, piuttosto, deve reputarsi quale punto di emersione di un più generale principio di disciplina degli atti d'impresa²⁰³. Il contratto, come già precedentemente si è tentato d'asserire, deve essere letto in una logica di complementarità con l'attività d'impresa e non in modo disgiunto al fine di valutare la sua compatibilità con l'utilità sociale e con gli altri interessi, potenzialmente, contrastanti²⁰⁴.

Pertanto, può ricavarsi che l'eliminazione dell'elemento causale nella contrattazione d'impresa può non essere giustificata allorché le scelte autonome dell'impresa vengano a tradursi quali comportamenti relativi allo svolgimento dell'attività e rispetto a cui i singoli atti di scambio si pongono, solitamente, come momenti attuativi²⁰⁵.

La centralità della causa nei contratti d'impresa²⁰⁶ prova a corroborare un distacco disciplinare e normativo tra contratti conclusi da singoli individui e contratti conclusi nell'esercizio dell'impresa conferendo, contestualmente, all'autonomia d'impresa un valore regolamentare autonomo ed ordinante²⁰⁷. Questo assunto, come si vedrà poi nel prosieguo,

²⁰² Per un inquadramento recentemente problematico, E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 14, p. 21 ss., p. 99 ss.; M. BARCELONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 143 ss.

²⁰³ M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 282.

²⁰⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 94 s.

²⁰⁵ V. l'attenta riflessione sul rapporto tra causa e autonomia d'impresa di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 43 s. L'A. sottolinea che per quanto concerne la configurazione del rapporto tra attività d'impresa e interesse collettivo «[...] parlare di autonomia d'impresa o di causa non produce significativi scostamenti in punto di disciplina. Difatti, sia la speciale autonomia considerata sia la meritevolezza di tutela dell'interesse economico consentono un ampliamento dello strumentario disponibile all'imprenditore così che, qualunque sia l'argomento sistematico utilizzato, l'obbiettivo di attribuire all'attività negoziale dell'operatore economico un respiro più ampio, ammesso che sia configurabile, può essere perseguito mediante entrambe le ipotesi ricostruttive. Questo rilievo si giustifica in base al fatto che i parametri di valutazione dell'autonomia privata e della causa - specie se si accetta che tale analisi debba essere operata secondo criteri attenti all'attività complessiva dell'impresa di cui il singolo atto costituisce un epifenomeno (v. nt. 72) - sono, nel settore dei rapporti di mercato, sostanzialmente gli stessi, attenendo alle regole di conformazione e di funzionamento delle relazioni commerciali secondo la disciplina che per esse ha predisposto il legislatore».

²⁰⁶ V. A. FALZEA, *Introduzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 5.

²⁰⁷ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 63 asserisce che «debba essere confermata l'idea relativa all'importanza che, nei contratti d'impresa, assume il controllo oggettivo della causa (quindi la rilevanza

allorquando si passerà alla considerazione strutturale del contratto autonomo di garanzia, deve essere correlato in merito alla capacità dell'impresa di porre in essere dei contratti di garanzia personale con causa astratta-esterna²⁰⁸ (ove, come non si è mancato d'osservare, si rientrerebbe nell'ambito delle c.d. prestazioni isolate giustificabili, sistematicamente, nel favorire una peculiare tutela del credito)²⁰⁹.

La causa deve essere collegata all'autonomia d'impresa, ancora una volta intesa quale articolazione dell'autonomia privata che si connota per la natura economica dell'interesse considerato²¹⁰, tenendo in conto l'esigenza di costruire regole differenti ed appropriate rispetto a quelle pensate per i singoli individui²¹¹.

Se il contratto di garanzia viene assunto in una logica di scambio atomistica, rimanendo la causa accantonata od astratta, potrebbe non trovare copertura all'interno dell'ordinamento italiano.

della funzione economico-sociale concretamente svolta dall'accordo). In effetti il controllo della causa in senso oggettivo può apparire superato (o, addirittura, frutto di discutibile nostalgie dirigistiche) con riferimento ai contratti individuali (rispetto ai quali si pone solo qualche problema libresco di meritevolezza di contratti futili o capricciosi o frutto di superstizione, e l'applicazione della clausola generale di buona fede può apparire necessaria e sufficiente a realizzare un controllo esterno sul contenuto del contratto). Il controllo della causa rimane invece - al di là delle professioni di principio "anticausalistiche", presenti nel diritto europeo - un tassello essenziale della disciplina positiva dei contratti regolanti i comportamenti delle imprese nel mercato».

²⁰⁸ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, p. 1045 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Bbtc*, 1985, I, p. 169 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, ivi, 1988, I, p. 1 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, ivi, 1982, I, p. 171 ss. Più recentemente, G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005, p. 27 ss., p. 36 ss.

²⁰⁹ In tema, fondamentali sono gli scritti di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 72 ss.; EAD., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, spec. p. 839 (in riferimento al contratto autonomo di garanzia e all'elemento della causa quale connesso con un particolare apparato rimediabile cfr. EAD., *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*, cit., p. 559 s.) e di C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 131.

²¹⁰ G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Torino, 2016, p. 17 ss., nell'analizzare l'evoluzione dell'interesse nella concezione del diritto soggettivo, scrive che «[...] l'interesse è la ragione che muove l'individuo ed al contempo il fondamento della situazione giuridica che l'ordinamento intende tutelare, la cui consistenza non può essere determinata in astratto entro rigide pareti normative, ma di volta in volta accertata tenendo conto delle circostanze che delineano la fattispecie concreta». Per una approfondita analisi sulla dinamica dell'interesse v. le dense pagine di P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., ed il volume di R. DI RAIMO (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Napoli, 2006. Sul tema possono ricavarsi diversi spunti da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., spec. p. 167 ss., p. 249 ss.; L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995.

²¹¹ Così, L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 42 s.

Se si valuta, invece, il contratto autonomo di garanzia come precipitato dell'autonomia d'impresa, i guasti connessi all'erosione dell'efficacia protettiva del principio causalistico di scambio potrebbero reputarsi compensati, anche, dai benefici che deriverebbero dall'aumento del finanziamento bancario e parabancario²¹².

Nella prestazione isolata rappresentata dalla garanzia autonoma, non si assisterebbe, pertanto, ad una ablazione del principio causalista quanto, vieppiù, ad una differente modalità di ricerca della giustificazione dell'operazione che va ad essere sganciata dalla singola pattuizione per rinvenire la propria e specifica ragion d'essere in una lettura compiuta e sistematica dell'affare²¹³.

Ciò emerge, malgrado la prosa non immune di difficoltà²¹⁴, da quanto statuito nella sentenza resa a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione, 18 febbraio 2010, n. 3947²¹⁵, che ha

²¹² In questi termini, F. GUERRERA, *Contratto e mercato*, cit., p. 28. Utili le riflessioni di L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 66 ss. a p. 70 ss. *Contra* l'astrattezza causale del contratto autonomo di garanzia si schiera A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, p. 101 ss. per cui il contratto autonomo sarebbe giustificato da una causa di promozione contrattuale o d'affari, piuttosto che da una causa di garanzia. V., anche, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, cit., p. 16 ss. In tema, C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 188. Per un più problematico inquadramento connesso alla causa cfr. R. ROLLI, *Causa in concreto e causa in astratto*, cit., spec. p. 66 ss. e A. LA TORRE, *La causa del contratto*, in S. CICCARELLO, A. GORASSINI, R. TOMMASINI (a cura di), *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 405 ss., p. 424, p. 430 ss.

²¹³ Possono ricavarsi spunti interessanti da C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 133 secondo cui «[...] la teoria delle prestazioni isolate complet(a) la teoria della causa del contratto, assicurando, anche nell'ambito di incidenza delle prestazioni isolate, la realizzazione del principio di razionalità degli spostamenti della ricchezza [...]». In generale, G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, cit., spec. p. 39. Per un recupero dell'interesse suffragato dal metodo assiologico cfr. R. DI RAIMO, *Spunti su metodo assiologico e categorie (e schemi) tradizionali dell'autonomia negoziale*, in AA. VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 347 s. Rispetto a distinzioni tra causa esterna, causa del contratto e causa dell'attribuzione, per l'A. «il metodo assiologico porta a rifiutare duplicazioni e superfetazioni dogmatiche e invece ad affermare [...] il rilievo della funzione complessiva delle operazioni programmate e la correlativa impossibilità di confinare sempre la causa nelle strette linee della struttura degli atti». Per una riflessione di carattere generale sul negozio di garanzia, spiega A. MAZZONI, *Contratti di garanzia e normativa valutaria*, in *Bbtc*, 1986, I, p. 617 che «[...] il fondamento dell'attribuzione va ricercato [...] nel quadro di una vicenda più ampia e complessa di cui l'obbligazione di garanzia costituisce soltanto una parte o "frammento". È dunque il contesto in cui l'obbligo si colloca, anziché il contenuto del rapporto, a svelarne il supporto causale e, quindi, a consentire il controllo della causa sotto il profilo della sua sufficienza, liceità e meritevolezza».

²¹⁴ Sono parole di V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 958. Per alcuni rilievi, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 267. Prima di questo pronunciamento, in riferimento a causa e fattispecie fideiussoria, G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995)*, Torino, 1997, p. 274.

²¹⁵ Tra le tante annotazioni, M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, p. 453 ss.; G.B. BARILLÀ, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia «storica» fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Bbtc*, 2010, II, p. 279 ss.; F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, *ivi*, p. 425 ss.; F. ASTONE, *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione*

ricostruito i tratti distinguenti del contratto autonomo di garanzia. Può, infatti, leggersi che “va inoltre considerato che [...] appaia oggi predicabile una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che la configurava come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)”.

E, ancora, come se si fosse voluta tracciare una ellissi tra autonomia d'impresa, contrattazione d'impresa, intesa nella destinazione funzionale al mercato del contratto, ed operazione economica complessiva sottostante è stato asserito che la “causa concreta viene correttamente individuata in quella di assicurare la libera circolazione dei capitali”²¹⁶.

In sintesi, può condividersi, e qui tracciare un ideale parallelismo, con quanto ritenuto in tema di diritto cartolare, ove l'autonomia d'impresa è stata elevata a strumento necessitato per la creazione di titoli atipici ma pur sempre soggetta al principio del controllo causale. Da ciò ne è disceso che un nuovo titolo di credito potesse essere ammesso solo se strumento immediato o mediato dell'attività di impresa²¹⁷.

“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. inf. mal. prof.*, 2010, I, p. 1239 ss.; P. TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 497 ss.

²¹⁶ Per una considerazione più articolata, E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., pp. 45-49. Per alcune considerazioni, in tema di garanzie personali atipiche e collegamento con le ragioni del mercato, U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 794 a p. 800 ove sostiene che «[...] è nell'interesse del mercato la difesa della ragion pratica dell'operazione complessa secondo il senso che le è immanente». In un esame complessivo, G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 32 s. (il capitolo 1 rileabora considerazioni formulate in *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997), sostiene che occorra procedere «[...] con un certo distacco dalla logica tradizionale propria del causalismo contrattuale, per valorizzare appieno la dimensione dell'impegno in garanzia, in sé e per sé considerato. Se è, poi, vero che, nella gran parte dei casi, detto impegno si colloca (integrandone l'assetto) nell'ambito di un'operazione economica complessa, ove sono implicati diversi interessi, non bisogna, per ciò stesso, credere che a tale composito assetto debba, di necessità, assegnarsi valenza decisiva onde avviare a soluzione il problema dianzi posto; ciò non toglie che - magari ad altro fine - dovrà tenersi conto della regolamentazione (*in toto* valutata), degli interessi perseguiti e della peculiare conformazione dei vari rapporti in essa aggregati».

²¹⁷ M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 316; ID., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 286. Precisa, però, A. PAVONE LA ROSA, *Titoli “atipici” e libertà d'emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, in *Riv. soc.*, 1982, p. 705 ss. a p. 719 che «l'esercizio di un'attività commerciale non può da solo legittimare l'impiego di un qualsiasi (nuovo) strumento cartolare, anche se utile a favorire una sua migliore esplicazione od un'economia di costi. Quel che non è consentito al privato non può essere consentito all'imprenditore commerciale come tale. L'introduzione di nuove figure di titoli di credito individuali, nei ristrettissimi margini segnati dall'ordinamento giuridico (e, tra l'altro, chiaramente desumibili dalle leggi “cambiarie”), potrà dirsi giustificata solo ove concorrano esigenze *obiettive* del particolare settore di attività;

Il controllo della causa viene quindi ad essere traslato dall'atto in sé all'atto in funzione (inserito nell') dell'attività d'impresa. In questo modo, pare possibile conciliare e far convivere con i principi ordinamentali, e con l'utilità sociale, prassi contrattuali nate ed affermatesi nei mercati di riferimento - bancario, parabancario e assicurativo - che, altrimenti, rischierebbero un ingiusto asilo²¹⁸.

Come puntualmente rilevato, dinanzi alla rigidità dell'alternativa giusta la quale considerare o il mercato e l'impresa come elementi esterni determinativi-causali oppure reputare gli atti sì privi di causa, ma tutelati stante la loro appartenenza all'attività d'impresa e al mercato, sarebbe preferibile un'impostazione che abbracci una visione sistemica.

Da qui, ne discenderebbe che il contratto d'impresa suggerirebbe un'applicazione differenziata e adattativa delle regole della parte generale del contratto²¹⁹ e ciò, nel caso in esame, potrebbe agevolare la conclusione per cui il controllo causale operi identicamente tra controllo sugli atti in cui l'attività d'impresa si esplica e controllo sull'attività medesima, tutelando, di conseguenza, gli atti nella stessa misura in cui debba essere protetta - specie ai sensi dell'art. 41 Cost. - l'iniziativa economica privata che in essi si compendia²²⁰.

e solo dalla disciplina del settore (industria, trasporti, attività bancaria, ecc.) sarà possibile trarre indicazioni utili per una eventuale recezione ed inquadramento delle nuove figure cartolari». V. i rilievi di F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 50 ss. a p. 64 ss., p. 72 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992, p. 6 ss., p. 31 ss. a p. 54. Cfr. le considerazioni di L. MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con causa esterna*, in *Bbicc*, 1975, I, p. 385 ss.

²¹⁸ Assai chiaramente, U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 800 precisa che «nel momento stesso in cui si prende universalmente congedo dalle sovrastrutture equivoche proliferate sulle nozioni di *causa* e *consideration*, il nucleo razionale di una tradizione comune sembra così rivivere nel recupero, talvolta sotto altre spoglie, di un'unità minima o marginale che sembrava ormai smarrita o deviata»; per alcuni spunti molto interessanti, in una trattazione più generale, v. ID., *Equilibrio fra le prestazioni e causa del contratto di scambio*, in P. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, cit., p. 521 ss. Di recente, sulla valorizzazione della causa mercantile cfr. M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 186 ss. (ed il commento, sul punto, di S. MAZZAMUTO, *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 484 ss.). Sempre in chiave di recupero dell'elemento funzionale, G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 61 ss. E in generale sul rapporto tra contratto e mercato ed emersione dei negozi astratti, RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2343 s. V. G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., spec. p. 23. In riferimento all'ammissibilità della fideiussione *omnibus* (tema che verrà approfondito, dettagliatamente, più avanti), tra contratto d'impresa, esigenze contrattuali espressive della medesima realtà professionale e determinabilità dell'oggetto, cfr. G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 109 ss.

²¹⁹ G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16 s.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 528 s.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 43 ss.

²²⁰ Cfr. le riflessioni di L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 308 s. Per un raffronto con il sistema del diritto valutario v. A. MAZZONI, *Contratti di garanzia e normativa valutaria*, cit., p. 625.

Ciò condurrebbe all'emergere di una linea di tendenza tesa a valorizzare i fenomeni negoziali d'impresa e a giustificarli all'interno del quadro dell'iniziativa economica privata e del suo corretto esercizio²²¹. L'autonomia d'impresa si rende, quindi, quale necessario criterio per un'argomentazione sistematica diretta alla realizzazione di nuovi schemi contrattuali e di nuove discipline, e per coonestare contratti astratti e negozi causali atipici che nascono e si affermano nei rispettivi mercati d'azione delle imprese e cercano validazione ordinamentale²²².

²²¹ V. G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale*, cit., p. 133 ss.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 303.

²²² Spiega L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 45 che l'autonomia d'impresa, come momento di valorizzazione dell'attività contrattuale dell'imprenditore, diverrebbe imprescindibile ai fini della legittimazione sia di atti astratti, siano essi contratti o atti unilaterali, sia di negozi causali atipici, modulandone e definendone struttura ed effetti. Cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 286. Di tutt'altro avviso pare essere G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, p. 704 ove rileva che non vi siano ragioni giustificative sufficienti, in riferimento alla legittimazione di operazioni in cui la causa non è tipizzata, come il contratto autonomo di garanzia - per cui occorra individuare una causa specifica per legittimarlo all'interno dell'ordinamento - che possano portare alla teorizzazione dell'autonomia contrattuale d'impresa rispetto alla libertà contrattuale *tout court*.

3. La contrattazione d'impresa e il codice civile: tentativo di categorizzazione

L'autonomia d'impresa sembra aver offerto alcune indicazioni assai importanti volte a rivendicare la centralità dell'impresa e le particolarità del suo effettivo dispiegarsi in termini contrattuali²²³.

Le regole costituzionali, quelle della disciplina antitrust, la rilevanza della causa portano ad una particolare considerazione tra il contratto ed il mercato, prima, e tra il contratto quale realizzazione e perpetuazione dell'agire imprenditoriale e sistema normativo²²⁴, poi.

Occorre, anche, provare a valutare se la contrattazione d'impresa²²⁵ possa accreditarsi quale indice dell'autonomia d'impresa.

Al fine di riconnettere tali specificità circa la sussistenza e, quindi, l'utilità (eventuale)²²⁶ di una vera e propria categoria dei contratti d'impresa meritano, ora, di essere esaminate alcune disposizioni contenute nel codice civile, che sono accomunate dal profilo di assicurare modalità formative ed esecutive del vincolo contrattuale peculiari, la virtuale continuità dei rapporti giuridici dell'impresa, nonostante il mutamento dell'imprenditore²²⁷, nonché un regime interpretativo differenziato.

²²³ Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., spec. p. 28 s. Per una riflessione generale improntata alla rivendicazione della centralità del contratto e all'impresa quale elemento caratterizzante, in senso forte, i contratti stipulati in funzione del suo esercizio, cfr. C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, spec. p. 61 ss. per cui «[...] (dai) sempre più numerosi schemi contrattuali nuovi (o semi-nuovi) che la concreta esperienza dei traffici sottopone all'attenzione dell'interprete, soprattutto nel campo della contrattazione d'impresa [...], si può ulteriormente dedurre [...] la multifunzionalità e la flessibilità del "contenitore-contratto"». Precisa l'A. che il contratto «[...] resta un contenitore funzionalmente non definito, seppure il relativo contenuto è spesso astretto da vincoli di vario genere, in fatto ed in diritto, che lo limitano, a volte ne negano (in tutto o in parte) l'intima essenza di atto di autonomia, ma sono ben lungi dall'annullarne valore e rilevanza all'interno del sistema».

²²⁴ Centrale appare la riflessione di G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 22 s.

²²⁵ Malgrado sia stato, già, ampiamente fatto riferimento al lemma contrattazione, appare qui utile ricordare la definizione di P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 272 per cui «la contrattazione è l'istituzione del contrarre. "Contrattazione" è qualsiasi insieme di condotte ripetibili che si riferiscono alla creazione di possibilità di selezionare parti di quelle condotte come funzioni di un segno chiamato "contratto" (condotte che sono "conclusioni di x"; altre condotte che sono "esecuzioni di x"; altre ancora che sono annullamento di "x" e così via). La x di questi discorsi è il contratto. L'ambiente, nel quale le funzioni di x di riproducono, è la contrattazione». In tema, V. FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., spec. p. 47 s.

²²⁶ Nega ogni pregio alla locuzione contratti d'impresa M. ORLANDI, *La forma*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, cit., p. 237.

²²⁷ In questi termini, F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 2389. V., anche, A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, cit., p. 11.

L'aspirazione alla natura categoriale²²⁸ è, in larga parte, discesa dal duplice obiettivo di rinvenire un complesso di regole che possa far risaltare la contrapposizione tra contratto di scambio e contratto d'impresa, edificando un plesso disciplinare proprio e di utilizzare i principi immanenti dei contratti d'impresa anche in via analogica, per colmare lacune normative²²⁹.

Traguardando il dato normativo di riferimento²³⁰, subito inteso quale ausilio verso una razionalizzazione cognitiva, si proverà a ricostruire il sistema complessivo che innerva i

²²⁸ Precisa G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 38 che «ovviamente il giurista è libero di costruire le sue categorie, il cui successo dipende sia dall'accoglienza che esse ricevono dalla comunità di interpreti, sia dalla loro pratica utilizzazione, ed è libero di abbandonarle, quando dovesse riscontrare che esse non rispondono più alle esigenze dei tempi». Ciononostante, per l'A. «[...] gli intenti tassonomici, talvolta perseguiti per mere ragioni didascaliche, si tramutano spesso in tecniche normative, presupponendo inclusioni od esclusioni che portano con sé, per via consequenziale, regole, imperativi, contemperamenti di interessi, soluzioni».

²²⁹ Così, A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 140 ss.; sull'applicazione analogica, V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., p. 371 ss.

²³⁰ Come annota in una rassegna esauriente F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, p. 311 ss. il tema della contrattazione d'impresa è stato diffusamente esaminato dalla dottrina italiana sia commercialista che civilista, soprattutto a partire dagli anni '80. Infatti, se si esclude lo studio di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., l'argomento è apparso abbastanza negletto nei decenni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice civile del 1942. Tra le voci enciclopediche ID., voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 1 ss.; F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, III, I, A-G, Torino, 2007, p. 313 ss.; G. CAPO, voce *Contratti d'impresa (evoluzione recente)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2008, p. 1 ss.; G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 243 ss. (su cui v. il commento di G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 149 s.). Le riflessioni non sono mancate all'interno di studi monografici, tra cui V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit.; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., spec. p. 69 ss.; G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit.; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà d'iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, I, Torino, 2011; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit. Una articolata panoramica sulla contrattazione d'impresa è rappresentata dai contributi confluiti in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit. In questa sede occorre, anche, menzionare importanti saggi che hanno concorso a definire e a problematizzare la categoria della contrattazione d'impresa. Tra questi, B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., p. 309 ss.; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 185 ss.; P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti d'impresa)*, cit., p. 43 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 108 ss.; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 629 ss.; G. VECCHIO, *In tema di contratti d'impresa*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1562 ss.; G. ALPA, *Osservazioni sulla categoria dei contratti d'impresa*, in *Contratti*, 2004, p. 1059 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit.; P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit.; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codice di settore*, cit.; A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, cit.; A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in *Jus*, 2009, p. 291 ss.; A. MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 117 ss.; S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 326 ss.; L. NONNE, *I contratti d'impresa nel diritto italiano ed europeo: problemi attuali e prospettive future*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 533 ss.; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in V. BUONOCORE (ideato da), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2013, p. 872 ss. Tra le riflessioni più recenti, cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., spec. pp. 55-58; G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, cit., p. 695 ss.; ID., *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 511 ss.

contratti d'impresa per verificare, quindi, se ad un'intelaiatura normativa particolare - individuativa di un *proprium* dei contratti tra imprenditori²³¹ - possa equivalere una categoria²³².

Oppure, se ci si imbatta, più modestamente, dinanzi ad una mera variante disciplinare dai tratti più suggestivamente evocativo-descrittivi²³³ che costitutivo-prescrittivi²³⁴. Ovvero, se si appalesi una categoria disciplinare-dogmatica²³⁵ oppure una categoria euristica²³⁶ o,

²³¹ Espressione di A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, cit., p. 239. Per l'A. ciò presuppone che «[...] a tali indici possa assegnarsi un valore «segnalatico» delle peculiarità della contrattazione tra imprese e, conseguentemente, la relativa disciplina detta regole tendenzialmente transtipiche, (se e) in quanto esprimano una coerenza ai presupposti del fenomeno disciplinato che va al di là dello specifico istituto per il quale quelle norme sono state dettate».

²³² Che la questione non sia di facile risoluzione lo attesta la riflessione di G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 634, il quale rileva che sarebbe propenso a risolvere affermativamente il quesito della configurabilità della categoria «[...] come in genere quando si sia in presenza di più fattispecie collegate da momenti di disciplina comune per un loro carattere comune senza che ciò escluda distinzioni al loro interno». Pur tuttavia, i dubbi sul valore della categoria non si dipanano, in quanto l'A. asserisce che «la qualificazione ha valore classificatorio ma non solo classificatorio». A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, cit., p. 292 a p. 299, invece, esorta ad avere, nella trattazione del tema, un uso ponderato e trasparente delle espressioni coinvolte. Con parole prudenti, P. RESIGNO, *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 65 ss. a p. 74 rileva che «[...] se riflettiamo sulla circostanza che la disciplina del contratto contiene eccezioni per ciò che riguarda il contratto dell'imprenditore commerciale, con ogni probabilità si giustifica oggi l'ipotesi di riportare alla luce una categoria di contratti commerciali o dell'impresa commerciale, restituendo ad essa, anche sul piano della considerazione scientifica, quell'autonoma configurazione già raggiunta sul piano della realtà pratica».

²³³ F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 344 ss. a p. 349 asserisce che la formula «“contratti dell'impresa”, nella sua estrema ampiezza, ha carattere essenzialmente evocativo. Nondimeno, la attenta valorizzazione dei costituenti “contratto” e “impresa” nelle reciproche connessioni evidenzia il nucleo del complesso fenomeno, dato dai “contratti d'impresa”: qualificativi dell'attività. La formula “contratti d'impresa” - ormai intesa nell'accezione di “contratti professionali” - nella sua minore estensione dimostra una maggiore performatività descrittiva». L'A., poi, rileva che «il discrimine tra contratti civili e contratti imprenditoriali si apprezza non tanto sul piano dogmatico quanto soprattutto su quello fenomenologico» (p. 349). V. i dubbi riferiti a questa possibilità di E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, p. 115. Cfr. G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra costituzione, codice civile e codici di settore*, cit., p. 2157.

²³⁴ In questo senso, problematizzando il tema dei contratti d'impresa in termini di disciplina differenziata dell'interpretazione contrattuale, v. A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, spec. p. 627 ss. a p. 641 ss. e V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, spec. p. 442 ss., p. 444 ss. che ricostruisce puntualmente le opinioni dottrinali in tema.

²³⁵ V. M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., spec. p. 67 s.; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 69 ss.

²³⁶ L. NONNE, *I contratti d'impresa nel diritto italiano ed europeo: problemi attuali e prospettive future*, cit., p. 555 ss.; G. ALPA, *Diritto privato europeo*, cit., p. 524. La problematizzazione in chiave categoriale del problema dei contratti d'impresa è stata affrontata all'interno del volume di P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., da A. FALZEA, *Introduzione*, da G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale* e da G. CIAN, *Dall'antica bipartizione “contratti civili-contratti commerciali” all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, rispettivamente a p. 3 ss., p. 15 ss., p. 393 ss.

ancora, se al plesso dei contratti d'impresa debba essere negato ogni diritto di cittadinanza²³⁷, stante l'attuale regime codicistico²³⁸, in modo da decretare l'infondatezza di un sistema di diritto (statuto contrattuale) differenziato²³⁹. Vale a dire, ancora, quale riflesso l'impresa commerciale²⁴⁰ - ove la commercialità è data in funzione dell'attività esercitata²⁴¹, escludendo con ciò le ulteriori forme di impresa²⁴² - riverbera sulla contrattazione, a seguito

²³⁷ In questi termini, F. GALGANO, *L'imprenditore. Impresa, contratti di impresa, titoli di credito, fallimento*, Bologna-Roma, 1991, pp. 1-3; v., anche, D. IANNELLI, *L'impresa*, cit., p. 126; B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., p. 309 ss. a p. 315 ss. Con toni meno aspri, cfr. i rilievi dubitativi di C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 185 ss. L'A. sottolinea che nell'attuale sistema contrattuale la disciplina generale del contratto prescinde dalla portata civile o commerciale del contratto stesso e, pertanto, se ciò «[...] non esclude certamente la possibilità di individuare vicende ove essa assume nuovamente rilievo, impone inevitabilmente di considerarle quali manifestazioni sporadiche ed episodiche». Ed ancora «[...] non pare possibile al momento presente andare oltre una catalogazione di dati eterogenei, ben difficilmente poi disponibili ad essere raccolti in una sintesi del sistema (che costituirebbe in effetti una sorta di reviviscenza, allo stato preclusa, della categoria degli atti di commercio)» (p. 187). In questa linea di veduta, G. BENEDETTI, *Il contratto*, cit., p. 81 ss. (per cui una ridivisione contrattuale minerebbe l'unità del sistema); e, *amplius*, ID., *La categoria generale del contratto*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, cit., p. 51 ss. a p. 75 ss. V., ancora, A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, cit., p. 56. In tema, anche, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. p. 97 ss. a p. 101 per cui il diritto vigente, dopo l'unificazione del diritto civile e commerciale, tende a qualificare e disciplinare i tipi contrattuali sotto un profilo unitario, senza dare rilievo alla circostanza che siano o meno collegati ad un'impresa (quest'impostazione trova poi il suo addentellato nell'equazione contratti d'impresa: contratti alieni, fatta da ID., voce *Contratti di impresa*, cit.).

²³⁸ In tema, pur datato, resta fondamentale G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 523 ss. V. A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 1; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., spec. pp. 22-68. Ora, la sintesi di F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 348 ss. V. i rilievi critici di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., spec. p. 38 e p. 59.

²³⁹ È l'opinione di E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 113 ss.

²⁴⁰ Che i contratti d'impresa siano, per antonomasia, i contratti dell'impresa commerciale lo si evince in L. MOSSA, *La nuova scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 445 ss. Proprio l'impresa commerciale per G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 405 costituisce il *Volltypus* dell'impresa in senso giuridico. Per una ricostruzione storico-teorica dell'impresa commerciale, A. IANNARELLI, *La commercialità dell'impresa nell'elaborazione del libro V del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 257 ss.; G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in ID., *Principi e problemi del diritto privato*, VI, *Scritti giuridici*, Padova, 2000, p. 159 ss.; ID., *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 561 ss.

²⁴¹ Come spiega G. OPPO, *Ancora sulla «svolta» del diritto commerciale*, in ID., *Principi e problemi del diritto privato*, VI, *Scritti giuridici*, cit., p. 181 ss. a p. 187.

²⁴² In tema A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., p. 101. Parla di prospettiva eccezionale, stante l'esiguità numerica di norme richiamanti le ragioni d'impresa, irrilevante, per raffronto alla disciplina tipica, immaginaria ed antistorica nonché in chiaro contrasto con l'intento specifico del legislatore italiano V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, Padova, 1974, p. 12 s., nt. 10. Per l'A. «[...] le norme che derogano alla disciplina normale di un atto in considerazione della circostanza che è stato compiuto nell'esercizio di un'impresa, (sono) norme eccezionali, che non possono essere estese per analogia».

della presenza di notazioni comuni e individualizzanti che caratterizzano un insieme di modelli negoziali²⁴³.

Giova, quindi, valutare ed analizzare quale sia, in termini di conseguenze, il rapporto tra contratto d'impresa, che si esprime e prende forma da una fenomenologia composta di modelli e tecniche, caratterizzati da un'angolatura oggettiva²⁴⁴, e disciplina generale del contratto²⁴⁵.

La disamina impone una prima ed inevitabile precisazione (nominalistica e) logica, ai fini di una giustificabile classificazione²⁴⁶.

Nel discorrere di contratti d'impresa si allude alla considerazione ed al trattamento normativo dei contratti in cui *ex uno latere* od ambedue le parti siano necessariamente imprenditori²⁴⁷.

²⁴³ Così, A. FALZEA, *Introduzione*, cit., p. 4.

²⁴⁴ G. CAPO, voce *Contratti d'impresa (evoluzione recente)*, cit., p. 3; A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, cit., p. 295 a p. 301 dove mette in guardia dal rischio di incorrere in «[...] un soffocamento da pancontrattualismo». Secondo l'A., poi, focalizzare tutta l'attenzione sul rapporto tra impresa e contratto è sì tranquillante ma rischia «[...] di immiserire l'impresa: di emarginarla, di perderla sotto il profilo dommatico» (p. 300). Malgrado le perplessità su quali sistemi possano oggi, effettivamente, darsi nell'ordinamento cfr. F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 69 ss.

²⁴⁵ Secondo L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 8 «[...] il tema del contratto dell'impresa è in realtà anzitutto il tema della congruità dello schema generale del contratto per inquadrare i fenomeni che si producono nell'esercizio (e nell'attuazione) di un'attività economica organizzata in forma d'impresa» (p. 52 ss.). Sul punto rileva, subito, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 17 che «[...] ad onta delle pulsioni unificatrici e di interpretazioni meccanicamente abrasive la partecipazione di un imprenditore ad un contratto e la circostanza che il contratto serva all'esercizio dell'impresa non possono essere senza conseguenze sulla disciplina del contratto». V., però, in una visuale assai distinta P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., p. 1349 ss. Assai approfondito resta, sul punto, lo studio di P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., p. 424 s. L. A., dapprima, sostiene che «in particolar modo, sussistono i presupposti normativi e assiologici per accreditare in senso forte la categoria dei contratti d'impresa, come strumento concettuale necessario per formalizzare la disciplina generale del contratto» e, in seguito, assegnando all'elemento dell'attività un'incidenza solo indiretta e non tipizzante-qualificatoria rileva che «i contratti d'impresa non sono dunque una categoria di parte speciale, ma di parte generale, perché non attengono alla disciplina dei singoli tipi contrattuali, bensì alla disciplina del contratto in quanto tale, ossia in quanto strumento di autonomia privata: da questo punto di vista, è giuridicamente rilevante se l'interesse per cui l'autonomia negoziale è esercitata sia costituito o meno dall'esercizio della libertà di iniziativa economica». Pare opportuno menzionare P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., p. 5 s. per cui «il mercato organizza le relazioni economiche disponendole [...] su strati successivi che rispecchiano altrettanti segmenti del diritto contrattuale ormai divenuto oscillante rispetto alla (supposta) invariabilità originaria del suo paradigma».

²⁴⁶ Spiega P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, cit., p. 265 che «classificare è strategia regolativa: disporre un insieme di oggetti, separandoli dal loro istante originario, al fine di richiamare o reclamare un insieme di norme intorno a quegli oggetti».

²⁴⁷ In maniera inequivoca A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 528 precisa che si tratta di quei contratti «[...] nei quali l'attività economica professionalmente esercitata è un coelemento del fatto, in assenza del quale quel (tipo di) contratto non potrebbe nemmeno aversi». L'A. continua asserendo che metodologicamente «ciò sottende, e a sua volta implica, che esista una recisa differenza tra il

La contrattazione d'impresa, comunque di primo acchito, potrebbe apparire terminologicamente concetto anfibo²⁴⁸, diluita tra molteplicità di formule ed attribuzioni qualificative e culturali e empiriche e categoriali²⁴⁹. Infatti, sovente, si assiste all'uso di termini quali contratti commerciali, contratti dell'impresa, contratti dell'imprenditore, contratti d'impresa²⁵⁰.

Od ancora, nel reticolo classificatorio²⁵¹, basti pensare alle formule B2B, B2C²⁵².

piano tipicamente individualistico dell'autonomia negoziale e la diversa logica organizzativa e metaindividuale in cui si colloca la contrattazione d'impresa» (p. 528). Sul riconoscimento del carattere di concetto idealtipico dei contratti d'impresa, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia privata*, cit., p. 44. Sulla pluralità semantica che ammantava i contratti d'impresa, pare opportuno rinviare alla spiegazione di G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit. p. 630 per il quale «contratti "d'impresa", possono dirsi i contratti tipici (se non necessariamente esclusivi) dell'esercizio di una o altra attività imprenditoriale. Contratti "dell'impresa", tutti quelli che sono o possono essere posti in essere nell'esercizio dell'impresa (di una, di altra o di qualunque impresa), siano o non siano tipici della specifica attività esercitata. I contratti "dell'imprenditore" [...] coincidono con quelli "dell'impresa concreta" se l'imprenditore viene in considerazione e agisce come soggetto dell'attività imprenditrice [...]».

²⁴⁸ Diversamente, A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 101 spiega che la nozione contratti d'impresa «[...] ha una precisa *estensione*: contratti "d'impresa" in quanto "dell'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"; e una specifica *intensione*, che da tali aspetti comuni deriva regole comuni: contratti "d'impresa" in quanto "regolanti in modo coerente l'impresa"».

²⁴⁹ Spiega G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 6 che dinanzi alla miriade di tipi e sotto tipi «[...] ai quali un nuovo diritto commerciale tende ad attribuire, in modo sempre più accentuato, rilievo categoriale [...] il contratto si disgrega, per cedere il passo a una molteplicità di formule [...], nelle quali la disciplina eteronoma degli interessi caratterizzanti l'autoregolamento negoziale finisce per campeggiare pressoché indisturbata». V. i rilievi critici di A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., p. 19, p. 210 ss. Spiega, in generale, P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., p. 44 s. «col consumarsi delle teorie, compare una sorta di cartografia dei modelli contrattuali, sovente frutto di mescolanza tra loro, che, non più osservabili attraverso un weberiano "idealtipo" (cioè attraverso un processo nel quale si razionalizzano e conducono ad unità le diversità), aprono le epifanie di figure innominate morfologicamente ordinate - per struttura, composizione e derivazione - mercé una sorta di tassonomia numerica (primo, secondo, terzo contratto)». Ammonisce A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1264 ss. a p. 1276 che «accolto nel discorso giuridico con riguardo alle categorie tecniche, l'aggettivo numerale ordinale rischia di realizzare una strategia epistemologica meno incisiva di quella che riesce ad assicurare alla riflessione storico-politica o economica; soprattutto se trascura la considerazione dell'evoluzione culturale ed istituzionale che accompagna, genera e sollecita l'affermazione di un modello successivo».

²⁵⁰ Cfr. G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 16 ss.; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 94 ss.; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 80 ss.; C. ANGELICI, *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 237 ss. V. lo spaccato critico di L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 52 ss.

²⁵¹ Sulle ragioni della classificazione contrattuale, *ex multis*, E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, Torino, 2006, p. 3 ss. Da ultimo, sul tema, A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165.

²⁵² Sulla complessità del tema, G. ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in ID., V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 204 ss. a p. 209 ss. V. le osservazioni critiche di L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., spec. p. 65 s. a p. 216 ss. Per un affresco generale delle problematiche legate all'evoluzione del diritto contrattuale, G. DORIA, *Il contratto tra post-modernità e tradizione*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 485 ss.; ID., *Mercato ad economia mista e nuovi archetipi contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 132 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 ss. (ove la bipartizione tra contratto rugiadoso e contratto rude). Scrive, acutamente, M. ORLANDI,

A quella del contratto asimmetrico²⁵³ e allo schema del c.d. Terzo contratto, polo della fenomenologia contrattuale d'impresa in cui una parte imprenditrice appare in grado di poter prevaricare l'altra parte²⁵⁴ (è, pur tuttavia innegabile, che l'asimmetria del potere contrattuale tra imprenditori, a livello generale, discenderebbe dal moderno concetto d'impresa, quale struttura si dedica alla produzione di massa ma che rinviene al suo interno profonde differenziazioni dimensionali²⁵⁵).

Autonomia privata e autorità indipendenti, cit., p. 73 che «sul piano fenomenologico sarebbero da disegnare e distinguere mercati dei negozi ove sono le parti dialoganti, e mercati degli scambi ove l'autonomia - concessa dall'art. 1322 c.c. e solennemente proclamata dagli interpreti - si restringe alla banalità di un sì o di un no, alla scheletrica povertà della decisione di scambiare».

²⁵³ Proposto da V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; ID., *Paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, cit., p. 25 ss. Cfr. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, cit., p. 370 ss.; E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, cit., p. 90 ss. V. le ultime riflessioni critiche di S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 606 ss. Recentemente, anche, M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, cit., p. 45 ss. a p. 251 ss.

²⁵⁴ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 1 ss.; per una analisi complessa, a partire dal tema della nullità consumeristica, ID., *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 979 ss. La genealogia concettuale del Terzo contratto spetta a R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XII (poi, sul punto, v. la riflessione successiva di ID., *Dalla Pangea al Terzo contratto?*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, cit., p. 2143 ss.); sul tema, cfr. i contributi contenuti in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit.; F. DI CIOMMO, *Contratti tra imprenditori, equilibrio delle prestazioni ed efficiente gestione del rischio: tra «terzo contratto», «contratti asimmetrici» e codice civile*, cit., p. 320 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; A. GIANOLA, voce *Terzo contratto*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IV, Torino, 2009, p. 570 ss. Sul tema non sono mancate voci critiche e dissonanti. Oltre a Roppo (nt. 230) v. D. MESSINETTI, *Conclusioni*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, cit., p. 387 ss. a p. 389 (per un quadro problematico si v. no i contributi presenti in quest'ultima opera); E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 493 ss.; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, spec. p. 509 s. Per una prospettiva più ampia sull'imprenditore debole e dinamiche contrattuali, cfr. le monografie di M.M. PARINI, *«Forza contrattuale» e rapporti tra imprese*, Roma, 2013 e di B. AGOSTINELLI, *L'imprenditore debole*, Torino, 2005 e il saggio di C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 845 ss.

²⁵⁵ Così, A. IANNARELLI, *Considerazioni critiche sull'attuale stagione del diritto privato europeo*, cit., p. 304. V. le considerazioni critiche di D. CARUSI, *I precedenti*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese*, cit., p. 31 ss. a p. 35 s. per il quale la figura che si profila dinanzi a contratti tra imprese in mancanza di simmetria - concetto «[...] da riferire alla posizione dell'operatore economico sul mercato e ai concreti suoi rapporti con il partner commerciale» (p. 36) - «[...] non è a rigore quella del «primo contratto», ma del contratto numero zero: un'astrazione che non trova riscontro nell'esperienza storica» (p. 31). Per considerazioni, sì più datate, quanto incalzanti sul tema del potere di mercato e contrattuale dell'imprenditore v. P. BARCELONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Auricchio*, Napoli, 1983, I, p. 87 ss. Diversamente, M. ZACCHEO, *Le «tuileries» del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 35 s. V., anche, lo studio monografico di M. ROMANO, *Squilibri di mercato e tutele dei contraenti*, Torino, 2012.

La pluralità semantica e la disgregazione numerico-terminologica non osta - o, quantomeno, non pregiudica irrimediabilmente - al rivenimento dei tratti costitutivo-categoriali della contrattazione d'impresa²⁵⁶.

Questo può essere, funzionalmente, decodificato alla luce di un intendimento globale dell'impresa all'interno del codice civile²⁵⁷, di cui la contrattazione esprime, comunque, l'epitome o la confluenza dell'aspetto soggettivo (l'imprenditore), dell'attività²⁵⁸ e dell'oggetto dell'attività (azienda), rimarcando la funzionalità del contratto alla realtà economica organizzata²⁵⁹.

Occorre, però, partire dall'assunto per cui il potere di autodisciplina degli interessi patrimoniali assume una configurazione peculiare quando riveste le forme e s'intreccia con l'attività economica organizzata per la produzione e scambio di beni o servizi²⁶⁰.

I contratti delle imprese commerciali sogliono essere distinti in quattro macrocategorie²⁶¹:

i) i contratti attinenti alla costituzione e all'organizzazione dell'impresa: vale a dire, tutti quei contratti che servono al funzionamento effettivo dell'impresa per il procacciamento della disponibilità di fattori umani e materiali²⁶².

Tra questi, i contratti di lavoro col personale dipendente, i contratti di dotazione, i contratti di finanziamento e di strutturazione patrimoniale²⁶³;

²⁵⁶ *Contra*, G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, cit., p. 243 ss. per cui tale frammentazione conduce alla svalutazione in chiave categoriale della contrattazione d'impresa. L'A. insiste, invero, sull'affermazione del contratto alieno.

²⁵⁷ Il riferimento è a G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, cit., p. 591 ss.

²⁵⁸ V., sul punto, i rilievi critici di G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 137 ss.

²⁵⁹ Per una visione olistica, F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 314 s. Cfr. M.C. TATARANO, *La «prenotazione» tra prassi e autonomia*, cit., spec. p. 155 s.

²⁶⁰ Sono parole di, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 527. V. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 503.

²⁶¹ Secondo la tradizionale partizione offerta da A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., pp. 97-101. V., anche, la sintesi di D. IANNELLI, *L'impresa*, cit., pp. 128-132.

²⁶² A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, Napoli, 1999, p. 12; G. COTTINO, *I contratti «commerciali»*, in *Tratt. Cottino*, IX, *Contratti commerciali*, Torino, 2009, p. 2 ss. In generale, V. AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura giuridica dell'imprenditore*, Milano, 1973. V., anche, G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, spec. p. 484 s.

ii) i contratti concernenti l'esplicazione concreta dell'attività economica dell'impresa o, altrimenti detti, contratti qualificativi (per l'appunto, volti all'erogazione della prestazione d'impresa e, quindi, segnatamente espressivi della ragione sociale d'impresa)²⁶⁴;

iii) i contratti riguardanti il coordinamento dell'attività dell'impresa: il riferimento è specialmente, alla disciplina della concorrenza e ai contratti consortili e a quelli di rete²⁶⁵;

iv) i contratti attinenti alla crisi dell'impresa²⁶⁶.

I maggiori problemi o, se vogliamo, spunti, per la ricostruzione di una categoria o per una riflessione critica d'insieme, quand'anche ad esclusivo supporto dell'attività ermeneutica²⁶⁷, sono dati dai contratti c.d. qualificativi o di attuazione del programma d'impresa.

All'interno di questa classe si è soliti procedere ad un'ulteriore partizione tra:

a) contratti necessariamente o esclusivamente d'impresa. Si pensi, ai contratti bancari e assicurativi²⁶⁸.

²⁶³ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 97 a p. 98 ove precisa che «naturalmente non è detto che tutti questi contratti per il solo fatto che sono collegati all'impresa, siano contratti commerciali [...]. Bisogna vedere se, nell'ambito di questi contratti di lavoro, vi siano alcuni contratti, qualificati da determinate particolarità i quali possono riferirsi soltanto all'impresa commerciale e non anche all'impresa generale. Se questi contratti esistono, sono indubbiamente dei contratti che fanno capo all'impresa commerciale [...]». Precisa V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 91 s. che «a ben riflettere, l'importanza della categoria dei contratti per l'avvio e per l'organizzazione dell'attività d'impresa si comprende appieno soprattutto ove si consideri che la loro presenza [...] e il loro contenuto, possono pesantemente condizionare la vita dell'impresa e possono danneggiare le componenti che nell'impresa convivono [...]». In tema, M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 102.

²⁶⁴ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 100; A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, cit., p. 298. Sul punto, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 93 ss. rileva che i contratti c.d. qualificativi sono quelli che permettono di far vivere l'impresa.

²⁶⁵ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 100.

²⁶⁶ A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 100. Sulla assai complessa tematica si v. no i contributi confluiti in F. DI MARZIO, F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010; nonché, F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, spec. p. 108 ss.; T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014; G. VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 486 ss.

²⁶⁷ Ci si riferisce alle considerazioni di G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 399 ove menziona la rilevanza dei contratti d'impresa come ricerca volta all'acquisizione di concetti funzionali all'attività ermeneutica e di A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 95 ss. che assegna ai contratti d'impresa il rango di proposta interpretativa.

²⁶⁸ V. G. TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per un codice europeo dei contratti?*, in *Bbtc*, 2008, I, p. 525 ss. a p. 527 ss.; ID., *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Firenze, 2015, pp. 229-231, pp. 389-391; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXV, I, Milano, 1981, p. 27 s.; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. Vassalli*, VII, III, Torino,

Contratti in cui l'impresa è, appunto, elemento essenziale della fattispecie, in difetto del quale tali accordi non verrebbero ad essere²⁶⁹;

b) contratti naturalmente d'impresa, nel senso che si addivene alla rispettiva stipulazione

nell'ambito di normali attività d'impresa. Il riferimento è, ad esempio, ai contratti di somministrazione, di deposito, di spedizione, di agenzia, di mandato (oneroso)²⁷⁰.

I contratti qualificativi, che d'ora in poi saranno considerati quali contratti d'impresa, per distinguerli dalle altre forme di contratti delle imprese commerciali, come visto nella tassonomia precedente, vanno raccordati con i dati positivi del codice civile.

Tra gli indici, o *interna corporis* dei contratti d'impresa²⁷¹, qui intesi come elementi in grado di comportare una sostanziale alterazione, rispetto alla disciplina del contratto comune, si possono annoverare le disposizioni contenute agli artt. 1330, 1341 e 1342, 1368, comma 2, 1722, n. 4 e 2558 c.c.²⁷².

Tali disposizioni incidono, differentemente, *i*) sul profilo genetico-formativo del contratto; *ii*) sul profilo esecutivo; *iii*) sulle regole interpretative e *iv*) sulla successione nella posizione contrattuale. Prima di passare in rassegna le singole norme, possono notarsi e distinguersi dei profili che accomunano e delineano i contratti d'impresa.

1983, p. 27 ss. a p. 37 ss. Per P. VITALE, *Funzione bancaria e responsabilità contrattuale della banca*, in S. MACCARONE, A. NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, p. 3 ss. a p. 6 «lo strumento contrattuale, adattandosi a riflettere una precisa logica imprenditoriale, esprime, con questo filtro, i limiti massimi della sua elasticità ed eventualmente - nel palesare la "storicità" del suo essere - denuncia la forzatura cui è sottoposto». Sui contratti assicurativi cfr., *ex multis*, F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000.

²⁶⁹ G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 630; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 98; G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 120 parla di atti essenzialmente d'impresa. Nell'accertamento dell'idoneità dell'impresa ad essere elemento distintivo fra tipi - in riferimento ai contratti assicurativi e bancari -, cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 100 s.

²⁷⁰ G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 630; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 97.

²⁷¹ Così, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 101.

²⁷² *Ex multis*, G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 120 ss.; G. GANDOLFI, *Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano*, in Aa. Vv., *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, cit., p. 1902 ss.

Ovvero, il contratto d'impresa, pur essendo soggettivamente imputabile all'imprenditore, si inserisce all'interno della sovraordinata dinamica dell'attività²⁷³ cui esso è legato in modo servente (ancillare, potremmo dire) e funzionale²⁷⁴.

Questo conduce ad una progressiva oggettivazione del contratto d'impresa, che lo influenza nella fase formativa, nella fase interpretativa e nell'eventuale successione, pur non comportando una totale erosione, quanto vieppiù, un'attenuazione del momento volitivo-soggettivo²⁷⁵.

Dalla oggettivazione del contratto ne discende un corollario definitorio. Il contratto d'impresa si distingue per essere inerente all'attività d'impresa, insensibile (impermeabile)²⁷⁶ rispetto alle vicende personali di chi lo ha posto in essere e, specularmente, ambulatorio, in quanto esso prosegue il suo corso pur transitando soggettivamente²⁷⁷.

Questi dati normativi, seppur sporadici²⁷⁸, sono accomunati dal (e nel) profilo dell'oggettività e consentono di coonestare, a tutta prima, senza andare a riesumare le vecchie categorie del codice di commercio previgente²⁷⁹, una considerazione d'insieme, destinata a mettere in luce comuni aspetti disciplinari che riguardano il contratto d'impresa²⁸⁰.

²⁷³ Parla, però, di rilievo indiretto dell'attività, P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., p. 425. In termini più ampi, B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., spec. p. 322 s.

²⁷⁴ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 3. In tema si osservino le considerazioni di G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 596 ss.

²⁷⁵ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 5; A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, cit., p. 142 per cui dall'allentamento del momento soggettivo si evince che «[...] la volontà programmatica contrattuale è diretta a soddisfare l'interesse obiettivo dell'impresa organizzata». In riferimento alla volontà, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, cit., p. 493 ss.

²⁷⁶ Così, G. COTTINO, *I contratti «commerciali»*, cit., p. 4.

²⁷⁷ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 3 ss.

²⁷⁸ Così, L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 46. Anche, C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 187. Parla di riferimenti timidi e scarsi, G.C.M. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 1.

²⁷⁹ V. P. RESCIGNO, *I contratti d'impresa e la Costituzione*, cit., p. 31.

²⁸⁰ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 2. *Contra*, G. COTTINO, *I contratti «commerciali»*, cit., p. 5. Diversamente, cfr. le perplessità di B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., p. 319 per cui una considerazione normativa differenziata, nell'attuale diritto privato, potrebbe stridere con «[...] il carattere dell'indifferenza, rispetto alle qualità del soggetto (imprenditore o non imprenditore, soggetto pubblico o privato) e alla materia regolata (attività di impresa o di consumo, di scambio o di godimento), (che costituisce) la caratteristica

Il contratto che per l'appunto si contraddistingue per la sua operatività dinamica²⁸¹, o anche ultrattiva, segna il superamento della squisita considerazione privatistica dell'atto isolato, spersonalizzandosi e ponendosi in distonia, anche, come sopra menzionato, con il principio cardine della volontà degli atti²⁸².

Veniamo ora ad esaminare, da vicino, le singole disposizioni “derogatorie” che costituiscono l'addentellato codicistico del contratto d'impresa²⁸³.

L'art. 1330 c.c. prescrive che, contrariamente al regime comune, la proposta o l'accettazione non perda, tuttavia, efficacia in caso di morte o sopravvenuta incapacità del proponente ove provenga dall'imprenditore nell'esercizio dell'impresa²⁸⁴.

Come si arguisce dal dato normativo, la deroga non trova applicazione quando trattasi dei medesimi atti unilaterali compiuti da piccoli imprenditori ovvero che risulti diversamente dalla natura dell'affare o da altre circostanze quali, ad esempio, un'espressa rilevanza dell'*intuitus personae*.

La deroga alla caducazione della proposta e dell'accettazione si inserisce in linea con la summenzionata spersonalizzazione del contratto d'impresa e con la dimensione oggettiva

principale del nuovo diritto delle obbligazioni del '42». Sul punto v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 46, nt. 78. V. G. ALPA, *Osservazioni sulla categoria dei contratti d'impresa*, cit., p. 1059 ss.

²⁸¹ G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 630; ID., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 17 rileva che queste disposizioni tutelano la vitalità dell'impresa; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 101 ss.; ID., *L'autonomia del diritto commerciale nel sistema del diritto privato*, in ID., *Diritto commerciale e diritto dell'impresa. Per ricordare Salli Pescatore*, cit., p. 25 ss. a p. 65.

²⁸² Il superamento del principio della volontà può spiegarsi, mutuando le parole di A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 525 se si ritiene che «le scelte e i comportamenti degli attori privati non sono considerati quali isolate e irrelate manifestazioni della volontà individuale, ma in ragione degli effetti sociali aggregati che si generano».

²⁸³ Sempre in riferimento all'intensione dei contratti d'impresa, A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 101 ne arguisce che a fattispecie speciale comune, conseguono effetti speciali comuni. L'A., poi, puntualizza che «ciascuna di queste fenomenologie a prima vista giustifica il ricorso al concetto di contratti d'impresa come ragione di disciplina derogatoria. Tuttavia per ciascuna sussistono a ben vedere pesanti dubbi circa la capacità di giustificare il concetto: laddove le regole derogatorie sono costanti non sono però realmente significative, laddove sono sicuramente significative, non sono costanti» (p. 106).

²⁸⁴ Per più puntuali riferimenti, G.C.M. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, cit., p. 1 ss.; D. IANNELLI, *L'impresa*, cit., pp. 132-138; A. MUSTO, *La circolazione “mortis causa” dei “rapporti giuridici in via di formazione” e dei “rapporti preliminari a parziale indeterminatezza soggetti”*, in *Studi mat.*, 2013, p. 323 ss. Per un'analisi teorica A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1965, p. 138 ss.

di operatività del contratto medesimo²⁸⁵ e offre un giustificativo all'insensibilità del contratto d'impresa alle vicende personali dell'imprenditore²⁸⁶.

L'abbandono della mistica dell'incontro di volontà²⁸⁷ come momento unitario ed omnicomprensivo nella formazione del contratto parrebbe riconoscere un diverso procedimento formativo dello stesso che, però, è soggetto a contemperamenti che non ne snaturano, del tutto, la portata degli atti coinvolti²⁸⁸.

Se, in linea teorica, la morte o l'incapacità sopraggiunta non elimina l'efficacia della proposta o dell'accettazione, *de facto*, affinché tale meccanismo operi occorra che il successore - erede, tutore, curatore o amministratore di sostegno, legalmente capace -²⁸⁹ seguiti nell'esercizio della impresa²⁹⁰, evitando dilatazioni temporali soverchie, dopo aver richiesto ed ottenuto tutte le autorizzazioni, eventualmente, necessarie²⁹¹.

A questo punto, potrebbero balzare agli occhi due interrogativi afferenti a questioni pratico-applicative.

²⁸⁵ Per F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 2389 «senza una concezione oggettiva dell'impresa, la disposizione resterebbe campata in aria e inoltre non potrebbe essere dedotta alle conseguenze implicite nel suo dettato». Cfr. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 46 ss.; B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., p. 336 ss.

²⁸⁶ Per A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 3 «[...] l'insensibilità deriva dalla funzione oggettiva del contratto "d'impresa": ossia dal fatto che esso concorre a realizzare l'attività d'impresa; ponendosi come un fattore della "dinamica d'impresa" e, quindi, come un coefficiente di valore della impresa stessa nel suo "profilo oggettivo" di azienda». Da ultimo, U. PERFETTI, *Il contratto in generale*, II, *La conclusione del contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2016, spec p. 134.

²⁸⁷ Così, C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 190.

²⁸⁸ Precisa L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 50 s. che «[...] la disposizione in esame presenta un'unica oggettiva giustificazione nel sistema, ossia la spersonalizzazione dell'interesse all'affare inerente all'impresa rispetto alla persona dell'imprenditore ed il suo obiettivo ricollegarsi all'organizzazione, mentre non può considerarsi tale la facilitazione, derivante dal cennato profilo organizzativo, consistente nella possibilità, per l'erede dell'imprenditore defunto o il legale rappresentate dell'incapace, di conoscere in via immediata le trattative in corso. Che sussista l'agevolazione ipotizzata è difatti dubbio, atteso che il riferimento all'organizzazione non sembra costituire un indice significativo in tal senso, oltre al fatto che una siffatta giustificazione della norma potrebbe accordarsi solo con le proposte o le accettazioni formulate per iscritto».

²⁸⁹ U. PERFETTI, *Il contratto in generale*, II, *La conclusione del contratto*, cit., p. 135 s. In tema, G. AULETTA, voce *Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 72 ss.; A. VENCHIARUTTI, voce *Capacità all'esercizio di impresa [dir. comm.]*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*, 2016. V. gli studi di V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, cit., *passim*; F. GALGANO, *L'impresa del folle: infermità di mente e diritto commerciale*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli 1988, p. 505 ss.

²⁹⁰ Su questo punto, e sulla diversa menzione della continuazione effettiva *ex art.* 1722, n. 4, c.c., v. G.C.M. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, cit., p. 6.

²⁹¹ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 4.

Il primo profilo attiene ad un'ipotetica controversa applicabilità della norma alle ipotesi in cui l'imprenditore morto o divenuto incapace rivesta la posizione di oblatore. Come ovvio, sia la proposta che l'accettazione sono atti unilaterali recettizi; ciò implica, quindi, che ai sensi dell'art. 1334 c.c. la loro efficacia sia condizionata al momento in cui pervengono a conoscenza dei destinatari (salva la presunzione ex art. 1335 c.c.).

L'efficacia del 1330 c.c., invece, abbraccia sia la proposta che l'accettazione. Quest'ultima difficilmente potrebbe trovare copertura pratica ai sensi dell'art. 1334 c.c., poiché il momento iniziale dell'efficacia coinciderebbe con quello della conclusione del contratto e, quindi, col momento finale della sua possibilità di esistenza come accettazione²⁹².

Si tratterebbe, come acutamente rilevato, di una sorta di "efficacia preliminare" o prodromica che porta a ritenere che la morte o l'incapacità sopravvenuta dell'imprenditore lascino in vita le sue dichiarazioni contrattuali se si verificano prima dell'arrivo a conoscenza del destinatario²⁹³.

Risolto questo nodo, è stato, di contro, pacificamente ammessa in via teorico-pratica la possibilità di succedere nella titolarità del diritto di accettazione da parte degli eredi o dei rappresentanti legali dell'imprenditore, in guisa alla considerazione per cui *i)* stante l'offerta quale destinata ad un contratto attinente all'esercizio dell'impresa, non vi sarebbe motivo per impedire ai soggetti subentranti di accettarla;

ii) nessun problema sorge dal lato del proponente che ha interesse alla conclusione del contratto e che, in caso contrario, provvederebbe alla revoca²⁹⁴.

Il secondo profilo critico attiene, invece, all'estensibilità della regola incardinata all'art. 1330 c.c. alle ipotesi di successione nell'impresa *inter vivos*.

²⁹² Questo comporta per A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 4 che «non possa rimanere spazio per una sua sopravvivenza come tale... "prima della conclusione del contratto" (come voluto dall'art. 1330 c.c.)».

²⁹³ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 5. V. le note critiche di G. MINERVINI, *Rilievi sulla formazione del contratto rispetto all'imprenditore*, in *Dir. giur.*, 1947, p. 16 s.

²⁹⁴ *Ex multis*, A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, cit., p. 180; R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1330, in ID., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, spec. p. 140; G.C.M. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, cit., p. 1 ss.

Sul punto, pare registrarsi una spaccatura tra chi ha offerto un'interpretazione restrittiva della disposizione, relegandola a norma eccezionale e, pertanto, non suscettiva di applicazione analogica²⁹⁵ e chi, di contro, ne ha intravisto una regola di portata generale²⁹⁶.

I criteri informatori dell'ambulatorietà, dell'insensibilità e dell'inerenza del contratto d'impresa, sommessamente, potrebbero riecheggiare più decisamente laddove si aderisca alla seconda ipotesi ricostruttiva. Infatti, per un discorso d'insieme²⁹⁷, occorre porre in relazione i preclari requisiti con quanto divisato all'art. 2558 c.c. che, pur ponendosi nel medesimo solco dell'art. 1330 c.c., concerne situazioni negoziali e non meri atti preparatori²⁹⁸.

²⁹⁵ G. MIRABELLI, sub art. 1330, in ID., R. MICCIO, *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1469*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino, 1980, p. 78; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, p. 21.

²⁹⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 2390; R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1330, cit., p. 139. Sul punto, si rinvia alle considerazioni di A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 5 il quale correla l'art. 1330 c.c. ad una regola di portata generale sulla scorta di un sofisticato ragionamento ove reputa «[...] non corretta l'interpretazione *a contrario* che si pretendesse fondare sull'art. 2558 c.c. (nel senso di ritenere una tal successione, in quanto affermata per i contratti perfezionati, esclusa per quelli non ancora conclusi, sulla base del principio *inclusio unius exclusio alterius*), dal momento che, nei casi di trasferimento dell'azienda funzionante (in proprietà, usufrutto o affitto), la continuazione dell'impresa [...] è *in re ipsa* ed è in questa continuazione la *ratio* giustificativa (necessaria e sufficiente) del subingresso del nuovo imprenditore a quello che ha formulato la proposta o l'accettazione per un contratto destinato a realizzare l'attività d'impresa». Ed ancora, precisa che non sembri possibile opporre a tale soluzione la considerazione in forza della quale «[...] nel caso di successione *inter vivos*, non può essere pattiziamente esclusa la successione nella proposta o nell'accettazione, dato che "la norma dell'art. 1330 c.c. non tollera deroga da parte dei privati"». A questo punto, l'A. ricorda l'impressione di A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1958, p. 163 per cui sarebbe assurdo che le parti possano escludere la successione nei contratti già perfezionati, e pienamente vincolanti, e non giovarsi della deroga per contratti, invece, *in fieri*. Fugando ogni dubbio, l'A. spiega che «la verità è che l'art. 1330 c.c. non considera l'ipotesi della successione *inter vivos* e, non considerandola, non fa salva la possibilità di "pattuire diversamente" da quanto la norma dispone: ma questo non significa che una tale possibilità non sussista nel caso in cui quella disposizione si estenda (come deve estendersi) alle ipotesi (non previste) di successione *inter vivos*; ipotesi per le quali non vi è nessuna ragione di escludere la possibilità del "patto contrario" che la legge ammette anche nei riguardi dei contratti già conclusi». In questa direzione, v. G. SANTINI, *Le teorie sull'impresa (Civilisti e laburisti a confronto)*, cit., p. 410 s.

²⁹⁷ A riaffermare legittimità e considerazione d'insieme dei contratti d'impresa è sempre la voce di A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 5. *Contra*, l'opinione inequivoca di A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 106 per cui non appaiono significative le regole sulla conservazione della proposta e sulla successione nei contratti. L'A. precisa che «[...] gli stessi fattori della nozione di contratto d'impresa rilevano che la persona dell'imprenditore è normalmente irrilevante, sicché la regola apparentemente speciale, in concreto si rivela un semplice adattamento ragionevole delle regole ordinarie al caso di un "soggetto" identificabile più nella continuità di un'attività che nella personalità di un individuo. [...] Non a caso, quando la persona dell'imprenditore è invece rilevante, la regola non vale. Si dimostra così che il discrimine è la rilevanza soggettiva e non l'esercizio dell'impresa, e si rivela così che la regola è costante solo dove non è significativa».

²⁹⁸ Così, L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 51; A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, Milano, 2006, spec. p. 332 s. Su questo fenomeno attrattivo del transito soggettivo contrattuale a seguito degli atti di disposizione aziendali, cfr. R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti. Azienda e proprietà*, Milano, 1986, spec. p. 142.

Anche il profilo esecutivo, quindi, conosce l'incidenza derogatoria delle dinamiche legate all'esigenza della continuità d'impresa²⁹⁹.

In tema di trasferimento d'azienda, l'art. 2558 c.c., infatti, prevede, in linea di principio e salvo patto contrario, come effetto naturale della fattispecie traslativa, la successione dell'acquirente in tutti i rapporti contrattuali derivanti da negozi a prestazioni corrispettive, non ancora eseguite, inerenti alla gestione aziendale e che non abbiano carattere personale³⁰⁰.

Successione che, peraltro, si realizza ogni qualvolta, oltre alle ipotesi di alienazione, usufrutto e affitto d'azienda, il trasferimento dell'azienda sia conseguenza di un fatto negoziale³⁰¹.

Essendo i contratti funzionali e vitali per l'attività d'impresa essi tendono a divenire componenti dell'azienda e patrimonio dell'impresa per cui alla loro essenzialità corrisponde un regime normativo particolare che ne decreta l'ambulatorietà o, possiamo anche dire, la libera ed automatica trasferibilità rispetto all'ordinario regime previsto dall'art. 1406 c.c.³⁰².

Il meccanismo di modificazione della soggettività contrattuale dall'imprenditore originario al cessionario pur operando *de plano*, senza il consenso dell'altro contraente, è soggetto, comunque al contemperamento ed alla mitigazione del recesso per giusta causa da parte, appunto, del contraente ceduto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento³⁰³.

²⁹⁹ Da un'altra angolatura, A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 106.

³⁰⁰ Sul tema, *ex multis*, G. FERRARI, voce *Azienda (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 680 ss. a p. 715 ss.; M. CASANOVA, voce *Azienda*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm.*, II, Torino, 1987, p. 77 ss. a p. 88 ss.; G.E. COLOMBO, *Contratti, crediti e debiti nel trasferimento dell'azienda in piena titolarità*, in *Tratt. Galgano*, III, *L'azienda e il mercato*, cit., p. 61 ss. a p. 65 ss.; F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, pp. 63-68; G.U. TEDESCHI, *L'azienda*, in *Tratt. Rescigno*, IV, *Impresa e lavoro*, Torino, 2012, p. 81 ss.; F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Tratt. Buonocore*, 1.3, Torino, 2010, p. 119 ss.; R. TOMMASINI, *L'azienda*, in *Tratt. CNN*, V, *Statuto dell'imprenditore e azienda*, II, Napoli, 2009, pp. 248-255; G. RECINTO, *Trasferimento dell'azienda e sorte dei contratti unilaterali o bilaterali eseguiti ex uno latere*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 591 ss. Prima, A. VANZETTI, *Osservazione sulla successione dei contratti relativi all'azienda ceduta*, in AA. VV., *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, V, Napoli, 1968, p. 1997 ss. In giurisprudenza, sul limite operativo dei contratti personalmente caratterizzanti, cfr. Cass., Sez. I, 12 aprile 2001, n. 5495, con nota di S. LUONI, *Cessione di azienda e contratti personali: brevi riflessioni alla luce di una recente pronuncia della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, p. 2315 ss. Da ultimo, G. RACUGNO, voce *Azienda*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*, 2016.

³⁰¹ In giurisprudenza quest'assunto è ribadito in Cass., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 18805, in *Foro it.*, 2016, I, c. 631 ss. e prima in Cass., Sez. III, 7 novembre 2003, n. 16724, *ivi*, 2005, I, c. 1152 ss.

³⁰² V. F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 2390; A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, cit., p. 142.

³⁰³ Giusta causa che dovrà corrispondere a qualcosa di diverso rispetto al fatto stesso della cessione, come spiega A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 4; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 51.

I contratti d'impresa continuano, quindi, a vivere affinché sia garantito il mantenimento della funzionalità economica dell'unità dell'azienda³⁰⁴.

Come precedentemente menzionato, un'altra disposizione da cui possono arguirsi i caratteri dell'insensibilità, dell'inerenza e dell'ambulatorietà del contratto d'impresa risulta essere quella dell'art. 1722, n. 4 c.c., in tema di estinzione del contratto di mandato³⁰⁵.

Il mandato continua a dispiegare ultrattivamente i suoi effetti, anche a seguito della morte, dell'interdizione o dell'inabilitazione del mandante o del mandatario³⁰⁶, qualora esso abbia per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa. Tale norma, coerentemente a quanto disposto dall'art. 1330 c.c., mira ad assicurare la prosecuzione dell'attività d'impresa, conferendo ai contratti esplicativi della stessa, ancora una volta, un'angolatura oggettiva ed unitaria³⁰⁷.

Pur nel silenzio della disposizione³⁰⁸, attraverso una valutazione funzionale ed un'applicazione analogica di quanto stabilito all'art. 1330 c.c.³⁰⁹, pare possibile sostenersi l'esclusione della sopravvivenza del mandato per i piccoli imprenditori (laddove, infatti, gli elementi personali prevalgono sulla continuità dell'attività imprenditoriale)³¹⁰.

La prosecuzione degli effetti contrattuali neutralizza la rescissione del vincolo di gestione e in omaggio al profilo informatore dell'insensibilità, comporta che il mandato non

³⁰⁴ Sulla centralità del meccanismo operativo contenuto all'art. 2558 c.c., v. A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, cit., p. 301.

³⁰⁵ In questi termini, anche, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 101; G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 120 s.; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 196. Per alcuni spunti v. F. ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988, spec. pp. 57-78; G. CAPO, *Il mandato «commerciale»*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 343 ss. a p. 357 ss.

³⁰⁶ Così, F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 2391.

³⁰⁷ Per una sintesi dei temi qui analizzati, V. PUTORTI, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 737 ss. Cfr. M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 196. Spiega L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 52 che «[...] l'ultrattività del mandato [...] realizza un interesse attribuibile, più che al mandante o al mandatario, alla stessa impresa, assicurando la continuità dell'organizzazione produttiva come condizione necessaria per l'esistenza e lo sviluppo della medesima».

³⁰⁸ G. CIAN, *Dall'antica bipartizione «contratti civili-contratti commerciali» all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 403.

³⁰⁹ G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, VIII, Torino, 1957, p. 207.

³¹⁰ *Ex multis*, W. BIGIAMI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, p. 15 ss.; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, spec. p. 129. Cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, spec. p. 451.

si estingua se l'esercizio dell'impresa è continuato, salvo il diritto di recesso delle parti o degli eredi³¹¹.

L'irrelevanza delle modificazioni soggettive nei rapporti contrattuali d'impresa, sempre in riferimento alla fase esecutiva del contratto, emerge chiaramente dalla lettera dell'art. 1674 c.c., ove viene previsto che il contratto di appalto non si sciogla per la morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia il motivo determinante del contratto. Viene fatto salvo, al contempo, il diritto del committente di recedere dal contratto se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio³¹².

Per quanto attiene al profilo dell'uniformità negoziale, le esigenze dell'impresa paiono emergere, perspicuamente sia in sede di interpretazione, *ex art.* 1368, comma 2, c.c. sia in sede di predisposizione di schemi contrattuali, *ex artt.* 1341 e 1342 c.c., laddove verrebbero ad essere fornite autentiche immagini di oggettivazione del contratto³¹³.

La prima disposizione è volta a favorire, in chiave ermeneutica, una lettura unitaria - nonché funzionale all'evidenziazione della metaindividualità ed oggettività, denotative delle vicende negoziali in cui insiste la dinamica dell'impresa³¹⁴ - dell'attività imprenditoriale alla stregua di cui, nei contratti ove una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue

³¹¹ Per L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 52 la deroga all'estinzione del mandato inserito in un'attività d'impresa dovrebbe ritenersi operare oltre che nei confronti del mandante (e suoi successori), anche nei confronti «[...] (dell'imprenditore mandatario e, in generale, in tutti i casi in cui l'amministrazione dell'impresa è assunta, per provvedimento dell'autorità, da un soggetto diverso dall'imprenditore» (nt. 102, 103); B. CARPINO, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. Bessone*, XIV, Torino, 2007, p. 163. *Contra*, L. NANNI, sub *art.* 1722, in ID., *Dell'estinzione del mandato. Art. 1722-1730*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 32.

³¹² Cfr. G. IUDICA, sub *art.* 1674, in D. RUBINO, ID., *Appalto. Art. 1655-1677*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 491 ss.; G. MUSOLINO, *Il recesso e le altre cause di estinzione del contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.*, 2000, p. 75 ss. Di recente, V. TAGLIAFERRI, *Le vicende dell'appalto*, in V. DI GREGORIO (a cura di), *L'appalto pubblico e privato*, Torino, 2013, spec. p. 382 ss.; S. POLIDORI, *Appalto*, in *Tratt. CNN*, IV, 23, Napoli, 2015, p. 240 ss.

³¹³ In riferimento alle regole interpretative, C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, cit., p. 495 s. ove ricorda che, già agli albori del codice civile era stata offerta una lettura vivacemente critica dell'art. 1368 c.c., nell'osservazione per cui la stessa norma apparisse "a garanzia di aderenza agli interessi di una delle parti, ma assai meno a ... l'interesse del contratto"; per ulteriori spunti dalla visuale consumeristica, ID., *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 947 ss. Per un'analisi dettagliata si rinvia a A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, cit., p. 151 ss. e L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 284 ss. Cfr., anche, AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, spec. p. 116 ss. *Contra*, L. BIGLIAZZI GERI, sub *art.* 1368, in EAD., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 309 ss.

³¹⁴ C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013, spec. p. 68.

s'interpretano secondo la pratica generalmente vigente nel luogo in cui v'è la sede dell'impresa, rispetto a quella vigente nel luogo di conclusione del contratto³¹⁵.

Questa norma, pur non decretando - almeno formalmente - la reviviscenza e la perpetuazione degli usi commerciali quale fonte contrattuale³¹⁶, garantisce un'uniformità di interpretazione dei contratti d'impresa e soddisfa, inoltre, l'esigenza della tutela delle ragioni d'impresa nei contratti individuali³¹⁷.

Si andrebbe, quindi, verso l'ancoraggio dell'interpretazione ad un metodo che sia compatibile con la spersonalizzazione dei contratti d'impresa³¹⁸. La disposizione, tra l'altro, non trova applicazione quando i contratti d'impresa riguardino i piccoli imprenditori o quando ambedue le parti contrattuali risultino essere imprenditrici, salvo che la sede dei contraenti non sia la medesima³¹⁹.

³¹⁵ Spiega A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 530 che dal tenore dell'art. 1368 c.c. può ricavarsi «[...] l'esigenza dell'interpretazione unitaria e uniforme dei contratti d'impresa, al fine di consentire una prevedibile gestione del rischio imprenditoriale, e insieme il ruolo che il mercato, anche quale "luogo" in cui si colloca l'iniziativa economica, assolve nella determinazione del contenuto dell'impegno contrattuale». V. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 54.; A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., p. 29 ss. In un quadro più articolato, v. M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, pp. 230-234, p. 312 ss. Per una riflessione sistematica sulla sede dell'impresa v. M. PORZIO, *La sede dell'impresa*, Napoli, 1970, spec. p. 111 ss., p. 120 s., p. 125.

³¹⁶ Invita ad avere attenzioni particolari e cautele, in generale, riguardo i contratti d'impresa., A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, cit., p. 299.

³¹⁷ In questo senso, v. B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., spec. p. 361 s. Cfr. G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 634; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 195. F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, II, Milano, 1987, p. 544 s. parla di regola interpretativa che si giustifica per «[...] assicurare una conformità e certezza di contenuto dei contratti d'impresa, ciò che soddisfa un interesse che in definitiva è anche del consumatore». Cfr. V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 444 ss. a p. 450. Spiega G. GIACOBBE, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto Civile Lipari-Rescigno*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, cit., p. 587 che il ricorso alle pratiche generali del luogo in cui ha sede l'impresa persegue l'obiettivo di un'interpretazione uniforme «[...] espressivo, probabilmente, di quella indicazione di certezza dei rapporti giuridici che, per le attività imprenditoriali, assume rilievo più incisivo di quanto non si ponga per i rapporti contrattuali tra soggetti individuali».

³¹⁸ Così, A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., p. 152, il quale suggerisce, anche, un'interpretazione differenziata per le varie classi di contratti d'impresa (p. 154), ovvero tra contratti frutto di trattativa e contratti privi di trattativa o, ancora, tra contratti a contenuto predeterminato e contratti a contenuto libero oppure, infine, tra contratti uniformi a modelli contrattuali standardizzati nel singolo mercato di riferimento e contratti utilizzati da una specifica impresa.

³¹⁹ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., p. 1355. Rileva C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, cit., p. 67 s. che la regola degli usi interpretativi della sede d'impresa «[...] cede il posto al diverso parametro degli usi del *locus contractus* in fattispecie bilateralmente d'impresa».

Da questo assunto ne discende un corollario che potrebbe servire a legittimare la ricostruzione unitaria della contrattazione d'impresa³²⁰.

Ovvero, il depotenziamento applicativo del criterio generale interpretativo della comune intenzione delle parti, ex art. 1362 c.c., stante un pressoché inafferrabile contributo volitivo della parte non imprenditrice alla formazione dell'accordo³²¹.

Se l'art. 1368, comma 2, c.c., aggancia il contenuto precettivo del contratto, ancora una volta³²², l'inerenza alle ragioni dell'impresa abbraccia, infine, i contratti standard predisposti ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.³²³.

Ciò, pur difettando, d'altro lato, un espresso riferimento all'imprenditore³²⁴, quale soggetto unicamente titolare di un potere di predisposizione unilaterale del contenuto

³²⁰ In questo senso, F. CARRESI, sub art. 1368, in ID., *Dell'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 125 s. il quale invita a leggere la frase "contratto in cui una parte sia un imprenditore" come se fosse scritto "contratto d'impresa" «[...] cioè contratto con cui un imprenditore fornisce beni o servizi che formano oggetto della sua attività imprenditoriale». V., però, i dubbi, anche, di L. BIGLIAZZI GERI, sub art. 1368, cit., p. 318 ss.

³²¹ Infatti, secondo A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 6 «[...] la parte "cliente" non ha dato alcun contributo intellettuale alla formulazione di quel contenuto precettivo (senza contare che, assai spesso, un tale contributo non viene nemmeno dalla parte "imprenditore", come soggetto, la quale, non meno che la controparte, recepisce l'opera altrui: dei tecnici ed esperti dell'organizzazione, se non anche di elaboratori estranei: associazioni di categoria; istituzioni di vigilanza e di controllo; e via dicendo)». Sottolinea C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, cit., p. 68 che si è dinanzi ad uno «[...] spostamento dell'attenzione dalla struttura alla funzione e dal momento volitivo a quello oggettivo di interpretazione dell'operazione negoziale [...]».

³²² Così, A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, cit., p. 143.

³²³ V. la voce enciclopedica di U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 336 ss. Nella vastissima letteratura, cfr. C.M. BIANCA (a cura di) *Le condizioni generali di contratto*, I e II, Milano, 1979 e 1981; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996; V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983; E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., spec. p. 104 ss.; C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975; F. REALMONTE, *Le condizioni generali del contratto*, Milano, 1974; R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1341, in ID., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., p. 242 ss.; ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954. Nonché i saggi di G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 115 ss. e A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 192 ss.; M. COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 68 ss.; M. BESSONE, *Contratti di adesione e natura "ideologica" del principio di libertà contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 942 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *La «natura» dei contratti standard: un problema di metodo*, ivi, 1979, p. 960 ss. Cfr. A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 6 s.; G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit., p. 167 ss.

³²⁴ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 6; D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratti di impresa*, cit., p. 660. Indaga approfonditamente su questo tema, M. ORLANDI, *La forma*, cit., p. 237 ss. Per G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 553 non sembra assurdo formulare le ipotesi che le disposizioni contenute agli artt. 1341 e 1342 c.c. «[...] al di là della loro formulazione letterale, debbano essere interpretate nel senso che soltanto nel contesto di un'attività imprenditoriale sia legittimo e giustificato parlare di condizioni generali del contratto e di contratti conclusi mediante moduli o di formulari». Per V. BUONOCORE, *L'autonomia del diritto commerciale nel sistema del diritto privato*, in ID., *Diritto commerciale e diritto dell'impresa. Per ricordare Salli Pescatore*, cit., p. 38 la contrattazione per condizioni generali costituisce il *dna* della contrattazione

negoziale - tramite, appunto, condizioni generali, moduli e formulari -, tale da incidere sull'assetto materiale nella formazione del contratto³²⁵.

Infatti, non si è mancato d'osservare che lo schema contrattuale può infatti essere predisposto da chi non è l'effettivo contraente ma rimane terzo rispetto alle parti, pur concretandosi, però, ad un'analisi meno disincantata, un fattore organizzativo proprio - di normale tipicità³²⁶ - dell'agire imprenditoriale³²⁷.

Le condizioni generali di contratto e il ricorso a moduli e formulari si manifestano come strumenti di normazione massiva attuata nell'esercizio (d'imperio economico³²⁸) del

d'impresa. M.C. TATARANO, *La «prenotazione» tra prassi e autonomia d'impresa*, cit., p. 176, inizialmente, asserisce che il ricorso alla contrattazione seriale rappresenta un'operazione che «[...] si riporta al concetto di “iniziativa economica privata”, vista nella fase della iniziale assunzione dell'iniziativa stessa (investimento), in quella, successiva, del suo svolgimento e della sua attuazione: come tale riconducibile in via immediata e diretta al modello di valutazione proposto dall'art. 41, comma 2, cost.». L'A., poi, accosta il meccanismo delle condizioni generali ad una generale capacità normativa d'impresa «[...] mediante un meccanismo integrativo analogo a quello previsto dall'art. 1374 c.c. [...]» (p. 178 s.). Secondo ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 150, malgrado tra imprenditore e predisponente vi sia affinità ma non identità, generalmente, «[...] l'imprenditore è considerato dall'ordinamento come il predisponente normale e tipico». V., anche, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., p. 98 ss.

³²⁵ In generale, cfr. la monografia di M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996.

³²⁶ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 308 ss.

³²⁷ E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 25 ss. a p. 107 per cui, sebbene tra i presupposti applicativi non è menzionata, né può presuntivamente cogliersi, la circostanza che una delle parti abbia qualità di imprenditore (p. 116) «[...] le prassi di negoziazione per schemi contrattuali uniformi fanno tipicamente capo all'impresa, che ne costituisce, per così dire, il centro di imputazione istituzionale»; D. POLETTI, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*, 2015. F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 334 asserisce che «il principale riscontro sulla “commercializzazione” del diritto contrattuale è con ogni probabilità nella disciplina delle condizioni generali di contratto e della conclusione per moduli o formulari, quali modalità contrattuali prima introdotte e poi diffuse dall'attività d'impresa e dunque espressive della contrattazione per l'esercizio dell'impresa». Per S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 60 ss. l'interprete deve procedere ad un'analisi ermeneutica concentrata sulla *ratio* del sistema in rassegna. Le condizioni generali di contratto possono essere sì intese come limite all'autonomia privata e, quindi, a tutela della parte debole; ma, anche, come espressione dell'esigenza di uniformità negoziale d'impresa. Per l'A. ben può accadere che «[...] nella disciplina legislativa delle condizioni generali di contratto si vedano realizzate entrambe le esigenze; si che, in sede di ricostruzione del sistema, non potrebbe essere assunto come esclusivo l'uno o l'altro punto di vista» (p. 62). Precisa, quindi, che «[...] è evidente che nella funzione delle condizioni generali di contratto, e della disciplina che le contempla, v'è un momento dinamico che l'interprete non deve lasciarsi sfuggire, è altrettanto chiaro che l'individuazione di tale profilo non è sufficiente a caratterizzare la situazione in ciò che di tipico essa presenta: qualora, anzi, l'interprete volesse trasformare l'indagine funzionale nella ricerca di un elemento tipico ed immutabile, il suo apparirebbe come un impossibile tentativo di arrestare la storia» (p. 63). Parla di contrattazione *ex art.* 1341 c.c. come espressione di potere diseguale tra contraenti, A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 110 ss. V. l'approfondito studio di G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, spec. p. 269 ss. a p. 333.

³²⁸ Così, B. INZITARI, *Negozio giuridico e dinamica dei rapporti privati*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., p. 254 ss. a p. 260. V., anche, U. NATOLI, *In difesa del negozio giuridico*, *ivi*, p. 262 ss. a p. 268. V. le osservazioni critiche di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, spec. p.

potere contrattuale d'impresa e, pertanto, destinati ad incidere sul generale assetto di rapporti contrattuali nel settore dell'economia. Ciò, quindi, importerebbe una deviazione dalla mera riflessione giuridica sugli schemi di formazione del contratto ad una, invece, incentrata sulla dimensione del fenomeno regolamentare e degli interessi distinti coinvolti³²⁹.

Tramite il ricorso alle condizioni generali di contratto e/o a moduli e formulari l'impresa potrà standardizzare e far circolare iterativamente un modello contrattuale oggettivo in cui rifluiscono le istanze di insensibilità e di inerenza all'attività³³⁰.

Le esigenze di certezza, riduzione dei costi³³¹, omogeneità e rapidità che innervano la tecnica delle condizioni generali del contratto³³² consentono all'impresa di incidere sulla formazione dell'accordo e di "dire", né offrire né proporre,³³³ quelle che saranno le condizioni generali, la cui efficacia opererà al momento della conoscibilità dell'altro contraente³³⁴.

62 ss. e di G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 24. V. lo studio critico di A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., p. 34 ss.

³²⁹ Così A. PAVONE LA ROSA, *Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale*, cit., p. 233. Sul contratto normativo-regolamentare, *ex multis*, G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, p. 20 ss., p. 213 ss.; A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000. Per alcuni spunti, A. CATAUDELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 141 ss. a p. 147 ss.

³³⁰ Per A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, cit., p. 143 la spersonalizzazione e la oggettivazione conseguente alle condizioni generali di contratto e a moduli e formulari designa «[...] l'intento e (il) disegno non dell'imprenditore, ma dell'impresa, considerata come struttura operativa, dotata di una sua "personalità" autonoma». A. PAVONE LA ROSA, *Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale*, cit., p. 235.

³³¹ E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 29 ss.

³³² S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, cit., p. 328 s.

³³³ Così, M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cit., p. 347 ss.; ID., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., p. 74 precisa che il fondamento degli scambi di massa, opposti agli scambi civili, risiede «[...] non sulla libertà negoziale protetta da una norma positiva, ma sulla libertà economica di promuovere lo scambio; libertà diversa ed estranea, protetta da norme di rango costituzionale (art. 41 Cost.)». Precisa, quindi, nel tratteggiare il distinguo tra libertà negoziale e libertà economica che «se l'autonomia si svolge e risolve nella libertà di negoziare, allora gli scambi senza accordo si collocano fuori dello spazio giuridico autonomo e rifluiscono nella schiera degli atti leciti. Il confine dello spazio autonomo costruito dall'art. 1322 c.c. coincide con l'area della negoziazione e, meglio ancora, della negoziabilità dell'accordo; esso segna il limite applicativo del principio legale di autonomia, sicché gli atti dispari e insuscettibili di negoziazione diverranno per il proprio stesso essere estranei alla fattispecie dell'art. 1322, comma 1, c.c.» (p. 74 s.).

³³⁴ Spiega L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 53 che il soggetto che entra in contatto con l'impresa «[...] deve necessariamente tener conto del modo di essere della relativa attività, essendogli preclusa la possibilità di escludere nei suoi confronti l'efficacia dell'autoorganizzazione che si esprime mediante le suddette condizioni». M. ORLANDI, *La forma*, cit., p. 241 precisa che la conoscibilità dipende solamente dalla materiale

La contrattazione seriale, esplicitandosi nella predisposizione delle condizioni generali e nella sottoscrizione di moduli e formulari, potrebbe costituire un chiaro fenomeno di superamento, parziale o totale, della volontà, sostituendola con la conoscibilità, nell'ottica di un'autonomia contrattuale d'impresa³³⁵ che, stante il suo irriducibile collegamento al mercato, esige una peculiare valutazione, anche in termini di meritevolezza³³⁶, e punta a specializzare, razionalizzare e standardizzare la propria attività contrattuale³³⁷. Tutto ciò considerato, misurandoci con un coordinamento complessivo dei dati disciplinari menzionati, preme provare a rispondere all'interrogativo posto all'inizio del paragrafo,

disponibilità di esse da parte dei potenziali destinatari, e p. 252 ss. per ulteriori riferimenti riguardo la forma delle condizioni generali di contratto.

³³⁵ Per più puntuali osservazioni, v. C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, cit., p. 4 ss., p. 29 ss. Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 298 ss. a p. 305 s. per cui la contrattazione standardizzata incide sull'attività contrattuale d'impresa. Per l'A. «[...] nel principio di autonomia contrattuale che inerisce ad una attività imprenditoriale, tutti gli elementi e le esigenze che, di questa, caratterizzano natura e funzione, sono rilevanti. E sono rilevanti giacché applicano, nel singolo caso concreto, una regola generale, fissata, cioè, in vista dell'attuazione di tutta l'attività unitariamente considerata. Talora questa regola generale rimane, puramente, interna: è quindi rilevante, in quanto è l'ispiratrice dell'azione dell'imprenditore. Talora questa regola generale si esteriorizza; assume, apertamente, un rilievo giuridico. È quest'ultima l'ipotesi [...] di cui agli art. 1341 c.c. e 1342 c.c.».

³³⁶ Centrale è la riflessione di M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in C.M. BIANCA (a cura di) *Le condizioni generali di contratto*, I, cit., p. 155 ss. a p. 163. V. A. LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, p. 679 ss. Parla di oggettivazione del processo contrattuale legata all'art. 1341 c.c. e di conseguente espropriazione (*ex uno latere*) della libertà del voluto, F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., p. 76 s. Particolari considerazioni in C.M. MAZZONI, *Principio volontaristico e rilevanza della posizione dei soggetti*, *ivi*, p. 194 ss.

³³⁷ C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 192 s. a p. 199. Per l'A., invece, il recupero del requisito formale della volontà avviene tramite la precisa approvazione per iscritto delle clausole vessatorie, come divisato all'art. 1341, comma 2, c.c. Ciò «significa quindi escludere la diversa tecnica peculiare per le condizioni generali, e ravvisare allora in quelle clausole un limite al potere imprenditoriale di programmare la propria attività: quelle clausole, in sostanza, non possono assumere rilievo contrattuale per effetto di un'autonomia, ed allora generalizzata, decisione programmata, bensì soltanto sulla base di un consenso individuale del singolo contraente» (p. 194). Concorde appare D. POLETTI, voce *Condizioni generali di contratto*, cit. *Contra*, A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 7 per cui «[...] non è esatto che la mera conoscibilità - con contestuale esclusione di effettiva conoscenza - escluda anche e necessariamente la volontà (il consenso). La verità è che l'altro contraente (il "cliente"), il quale sa che esistono "condizioni generali", ovvero "clausole di moduli o formulari" - delle quali potrebbe prendere conoscenza (è la conoscibilità), ma non si cura e preoccupa di prenderla effettivamente (è la non conoscenza) e, tuttavia, aderisce al contratto - non può dire di non aver accettato quelle condizioni o clausole per il solo fatto di aver trascurato di prenderne conoscenza: le ha accettate, per così dire, al buio e a proprio rischi; ma le ha accettate. Non c'è la conoscenza ma c'è la volontà». L'A., in modo lapalissiano, si preoccupa di escludere che «[...] le modalità della contrattazione in serie possano giustificare una tale concezione del contratto d'impresa, da portarlo addirittura al di fuori di quella che è la nozione generale di contratto (art. 1321 c.c.) nel nostro ordinamento». *Contra*, anche, A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., p. 85 s. E per alcuni aspetti, C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, cit., p. 498 ss. Più articolata è la ricostruzione di P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 385 per cui «per quanto, tuttavia, il senso di questo agire risieda nella conformità ad un modello prestabilito, la sua riproduzione intenzionale non sfugge alla conoscenza secondo il sistema delle norme. L'interprete, in tali casi, comprende il regolamento contrattuale come scelta delle parti - in verità come adesione forzata dell'una alla preferenza dell'altra - di elaborare una ragione per agire in concreto che sia uguale a quella predefinita in astratto».

ovvero se i contratti d'impresa costituiscono la nervatura di una nozione autonoma ed unitaria oppure un mero raggruppamento comune o se, ancora, possano delineare i confini di una categoria (classe) descrittiva³³⁸ od anche dogmatico-normativa³³⁹.

Le ragioni d'impresa, come visto, si riverberano sia sotto il punto della formazione che sotto il profilo del contenuto, sia nel momento interpretativo che in quello circolatorio.

Potrebbe non bastare quest'assunto, specie se considerato apoditticamente, al fine della ricostruzione di una categoria dogmatica o normativa che si prefigga l'articolazione di un autonomo sistema negoziale.

Non sono mancate in dottrina critiche all'intero impianto normativo sinora evidenziato.

L'art. 1330 c.c. è stato ritenuto e non rappresentare una norma di favore ad esclusivo appannaggio dell'imprenditore³⁴⁰ e di tutelare in modo differente gli interessi dell'altro contraente, rispetto alla deroga della caducazione della proposta o della accettazione, sia questo consumatore o altro imprenditore o controparte non soggettivamente qualificata, venendo a difettare, di conseguenza, una *ratio* di sistema unitaria (antecedente indispensabile al guadagno di una ricostruzione categoriale)³⁴¹.

³³⁸ Parla di contratti d'impresa quale classe descrittiva, P. SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, in P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, Torino, 2014, p. 179 s. Contrari all'approccio meramente descrittivo sono F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, p. 52.

³³⁹ F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, cit., p. 311 ss.

³⁴⁰ L'approccio critico assai ben documentato è quello di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 56 il quale rileva che «[...] lungi dal rivelarsi una norma di favore per il solo imprenditore, ciò che potrebbe legittimare una deviazione dalle regole comuni in presenza dell'impresa, si è chiarito persuasivamente che, in base all'art. 1330 c.c., meritevole di tutela in caso di morte o di sopravvenuta incapacità non è solo chi è divenuto incapace o colui che succede al defunto, bensì anche il destinatario della proposta e dell'accettazione, sia o meno imprenditore, in quanto entrambi fanno affidamento sulla personalizzazione dell'interesse all'affare nell'esercizio dell'impresa».

³⁴¹ V. le osservazioni critiche di G.C.M. RIVOLTA, *Proposte e accettazioni contrattuali nell'esercizio dell'impresa*, cit., p. 12 s. e B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., p. 344 ss. La sintesi della problematica è, argutamente, offerta da L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 57 s. L'A. sottolinea che nei rapporti tra impresa e consumatori lo spazio lasciato per una possibile revoca degli atti precontrattuali è assai modesto, specie se si considera che le trattative e la formazione si svolgono tra presenti. Pertanto, l'art. 1330 c.c. sembra sostanzialmente unicamente nell'ampliamento delle relazioni economiche dell'impresa. Diversamente, a quanto sostiene l'A., accade per i contratti conclusi con altre imprese o controparti non qualificate. In questo caso, stante l'irriducibilità ad una contrattazione seriale, «[...] si assiste al recupero dell'esigenza di una maggiore autonomia contrattuale, anche sotto il profilo dell'interruzione degli atti preparatori ai vari rapporti negoziali. Il rilievo personalizzante della regola generale, cui l'art. 1330 c.c. fa eccezione, ritorna qui in primo piano, atteso che l'applicazione di questa norma ridurrebbe per l'imprenditore la possibilità di modificare le opzioni economiche, inizialmente effettuate, in base ai mutamenti di mercato. Ciò significa che il legislatore, nei rapporti con controparti diverse dai consumatori, ha privilegiato queste

Ancora, nel rapporto tra quanto disposto dall'art. 1330 e dall'art. 1722 c.c., non è mancata l'osservazione alla stregua della quale il legislatore sia incorso in un singolare strabismo nel disciplinare l'ultrattività della proposta o della accettazione e quella degli effetti del mandato, laddove non sia stato, equivalentemente, richiesto il ricorrere della significatività dell'organizzazione d'impresa³⁴².

Per quanto attiene all'ultrattività del mandato - ed alla sua critica dogmatica-strutturale - invece, giova segnalare che l'incarico gestorio è attratto sì dai meccanismi che permettono l'esercizio organizzato dall'attività economica ma che, comunque, trattasi di norma dispositiva³⁴³.

Se, ai fini dell'individuazione di una categoria dogmatica, l'art. 1330 c.c. è stato messo in discussione sotto diversi aspetti, anche gli artt. 1341 e 1342 c.c. non sono andati esenti da critiche³⁴⁴.

In effetti, secondo alcune ricostruzioni è pesato il mancato riferimento espresso ed inequivoco all'imprenditore (o all'impresa) come referente soggettivo, ed effettivamente beneficiario, della contrattazione standardizzata³⁴⁵.

In alternativa a questa impostazione formalista, ma forse la più acconcia ai fini del rinvenimento di radici categoriali, si è assistito ad una sorta di indulgenza, volta ad accertare

ultime, contemporaneamente facendo prevalere sull'interesse del singolo imprenditore l'interesse generale delle imprese».

³⁴² L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 56 rileva che la discrepanza tra 1330 c.c. e 1722 n. 4 c.c. tende ad emergere ove si pensa che «il ricorso (al mandato) presuppone che l'attività d'impresa venga esercitata non prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della propria famiglia, escludendo pertanto, almeno nei casi più frequente, che si tratti di un piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c., per il quale la regola dell'eccezione all'*intuitus personae* non troverebbe di certo una giustificazione astratta». V. B. CARPINO, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., p. 162.

³⁴³ Cfr. R. CALVO, *Vicende estintive*, in V. CUFFARO (opera diretta da), *Il mandato. Disciplina e prassi*, Bologna-Roma, 2011, p. 238 s.; ID., *L'estinzione del mandato*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, XVI, *I contratti di collaborazione*, Torino, 2011, p. 269 ss.

³⁴⁴ Inequivocamente le parole di E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 116 s. per cui la contrattazione standard non rappresenta un indice informatore della categoria dei contratti d'impresa. Per l'A. le condizioni generali di contratto non integrano un particolare tipo contrattuale ma, solo, una particolare modalità di conclusione degli affari applicabile a più tipi contrattuali. Inoltre difetta il richiamo esplicito all'impresa. L'A. non rinviene alcun senso tra contrattazione uniforme e organizzazione imprenditoriale né sul piano strettamente normativo [se non in una accezione atecnica e figurata (p. 128)], né sul piano sistematico.

³⁴⁵ Cfr. P. SPADA, voce *Impresa*, cit., p. 67; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 58 s.

la contiguità esclusiva delle ragioni dell'impresa nella contrattazione standardizzata per mezzo di uno scrutinio effettuale ed essenziale³⁴⁶.

Assumendo, ora, che, in generale, l'interpretazione del contratto costituisca un punto di osservazione privilegiato per comprendere il rapporto tra sistema codicistico e statale e realtà sociale d'impresa, intesa nella sua dimensione di sistema di regole³⁴⁷, l'art. 1368, comma 2, che, come ben si sa, attiene alla salvaguardia ermeneutica delle pratiche d'impresa in riferimento alle clausole contrattuali ambigue³⁴⁸, parrebbe, invece, vivere un conflitto interno lacerante.

Se quanto divisato dalla norma parrebbe porsi nel segno di una recisa discontinuità con il generale regime interpretativo dei contratti³⁴⁹, in nome di una particolare metodologia interpretativa inerente alle istanze dell'impresa³⁵⁰, in realtà, molte censure hanno rilevato che la regola non esista³⁵¹.

³⁴⁶ Secondo D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratti di impresa*, cit., p. 661, pur mancando un espresso riferimento all'imprenditore «è pacifico che il legislatore, nel dettare tale disciplina abbia tenuto conto della esigenza dell'imprenditore di utilizzare una contrattazione uniforme, la quale rende possibile la programmazione dell'attività, essenziale all'esercizio dell'impresa ed abbia tentato di temperare tale interesse con quello di tutela dell'aderente». Ancora più precisamente, sul punto, F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 335 asserisce che «se la non esclusività del riferimento indebolisce la rilevanza di queste disposizioni ai fini della edificazione di una categoria di contratti d'impresa, non deve tuttavia sottovalutarsi il dato essenziale: costituito dall'essere queste regole destinate al contratto quale espressione perspicua dell'attività d'impresa, e tese a promuovere, favorendo l'efficacia delle condizioni generali, l'interesse sotteso a quella attività [...]». G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 553. V. alcuni spunti critici in tema offerti da G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980, spec. p. 201 ss. ove raffronta le condizioni generali di contratto, il rispetto dell'art. 41 Cost. e l'art. 1957 c.c.

³⁴⁷ In questo senso, si è recuperata una riflessione di G.B. FERRI, *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, in ID., C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 131 ss. a p. 134 per cui «[...] la disciplina del codice civile in tema di interpretazione del contratto consent(e) di cogliere, nei suoi termini più evidenti, il tipo di contatto che la logica del sistema normativo statale può instaurare con la logica della realtà sociale [...]».

³⁴⁸ Cfr. la ricostruzione critica di A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., p. 151 ss. a p. 188 ss.

³⁴⁹ Opinioni critiche sono quelle di F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 522 s a p. 542 ove, causticamente, asserisce che la regola del 1368 ponga criteri non conformi né alla logica né all'etica; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, spec. p. 76 s.

³⁵⁰ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 6. Per G. GIACOBBE, *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 587 il ricorso alle pratiche degli affari «[...] trova giustificazione nella considerazione che l'attività esplicativa dell'autonomia negoziale privata di regola si realizza adeguandone i contenuti alle pratiche che in un dato contesto storico e territoriale vengono attuate».

³⁵¹ A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 107; ID., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, cit., p. 635 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 58; AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., spec. p. 110 ss. Per S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone della Corte di giustizia (aspettando le clausole floor)*, in *Pers. merc.*, 2016, 2, p. 43 l'art. 1368, c. 2, c.c. è stato espunto per via degli artt. 36, c. 3, c. cons., 117, c. 6, TUB, 23, c. 2, TUF. *Amplius*, E. BATTELLI, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 197.

Da un lato, essa sarebbe inapplicabile qualora il contratto fosse concluso tra due imprenditori, salvo che come già accennato la sede dei contraenti non sia la medesima³⁵²; dall'altro, nei contratti tra imprenditore e consumatore il regime ermeneutico di riferimento si compendia all'interno dell'art. 35, comma 2, c. cons., ove in omaggio al principio dell'interpretazione *contra proferentem*, in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore³⁵³.

Quanto sino ad ora sostenuto può agevolare una riflessione intermedia sul tema della configurazione di una categoria dei contratti d'impresa.

Un primo ostacolo all'inquadramento quale categoria dogmatica discende dai limiti di diritto positivo che non permettono al contratto d'impresa di assurgere a fattore ordinante e inderogabile³⁵⁴. Il dato positivo non offre, al momento, margini di reintroduzione di plessi normativi in chiave, squisitamente, commercialista³⁵⁵.

³⁵² P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., p. 1355 precisa che «per inciso, anche per il disposto dell'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, al contratto unilateralmente imprenditoriale si applica la disciplina imperativamente disposta a favore del consumatore dalla sua legge nazionale. Diversamente, se entrambe le parti, tuttavia, rivestono la qualifica di imprenditori, la disposizione non risulta applicabile e si ritorna al criterio generale di libertà di scelta». Poi, l'A., nettamente, sostiene che «in definitiva, la circostanza che le stesse fattispecie normative indicate non sono suscettive di applicazione incondizionata nei riguardi di tutti i contratti di impresa dimostra l'assoluta impossibilità di ricondurre siffatti contratti all'alveo di una categoria astratta e unitaria». Per V. FARINA, *Attività di impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 72 la norma delineata all'art. 1368, c. 2, c.c. non può «[...] ergersi ad indice normativo qualificante l'emergere di una categoria dei contratti di impresa». *Contra*, F. CARRESI, sub art. 1368, cit., p. 124 ss.

³⁵³ Parla di abrogazione tacita dell'art. 1368 c.c., per effetto dell'art. 35, comma 2, c. cons., L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 58; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, Napoli, 1998, p. 135 s., nt. 318. V. G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 101 ss. Per A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., p. 192 «[...] la disposizione mantiene comunque il proprio rilievo [...] perché rappresenta un punto di esplicita emersione normativa della incidenza, sul piano interpretativo, del collegamento tra singolo atto da un lato ed attività ed organizzazione dall'altro: la necessità di riferirsi agli usi interpretativi in essere presso la sede dell'impresa e la *ratio* comunemente ravvisata nell'esigenza di assicurare a quest'ultima l'uniformità dell'attività contrattuale, conferma che il referente primario per interpretare i singoli contratti di impresa è costituito dall'inserimento di questi nella complessiva attività che fa capo all'organizzazione di impresa». Per E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, cit., p. 357 s., nt. 303 «[...] la norma potrebbe continuare a spiegare un ruolo nel limitato ambito tra imprenditori e professionisti e tra imprenditori ed enti che non abbiano qualificazione imprenditoriale: sì che dovrebbe escludersi la possibilità di considerarla tacitamente abrogata». M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, cit., p. 263 ss. a p. 294 ss.

³⁵⁴ Così, L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 38, p. 59.

³⁵⁵ C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 187. La mancanza di un dato di contrapposizione viene vista da A.A. DOLMETTA, *Sui «contratti di impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, cit., p. 303 come preclusiva del carattere dogmatico della categoria. Già, G. PALERMO, *Disciplina dell'impresa e rilevanza tipica dell'atto di commercio*, in *Dir. giur.*, 1971, p. 765 s.

Ma occorre andare oltre i conflitti - reali o putativi - tra steccati disciplinari, pena la sterilità o l'evanescenza della discussione sinora approntata³⁵⁶, per riconoscere legittimità alla costruzione ad un diritto dell'impresa, diverso dal diritto dell'individuo proprietario³⁵⁷.

L'utilità di una considerazione unitaria non è, perciò, del tutto compromessa.

Anzi, volendo aggrapparci al feticismo linguistico - nell'intento di una strutturazione più solida -, non è neppure preclusa la genesi di una categoria euristica o specificativa della contrattazione d'impresa³⁵⁸.

I dati normativi, sinora sviscerati, sono esplicativi del carattere dell'inerenza, dell'ambulatorietà e dell'insensibilità del contratto d'impresa: definiscono fenomenologicamente - e, già, questo consente maggiore duttilità ai fini pratici - i momenti salienti di un'attività negoziale, prevalentemente, impersonale³⁵⁹.

Malgrado talune opinioni dottrinarie tendano a conferire alla contrattazione d'impresa una valenza categoriale normativa³⁶⁰ e, talaltre a sopprimere ogni riferimento al tenore categoriale³⁶¹, ci si imbatte, alla luce del dato normativo, dinanzi a piccoli (micro) insiemi.

³⁵⁶ A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 8. Per P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, p. 456 «l'attenuazione dei confini tra diritto commerciale, quale diritto dell'impresa, e diritto civile, quale diritto dell'oggetto senza qualificazioni particolari, tende a realizzarsi in un processo di apparente prevalenza delle ragioni dell'impresa, che si risolve, in realtà, in un tentativo di sostanziale rispetto delle ragioni dell'impresa che concorre a regolare il mercato».

³⁵⁷ V. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., spec. p. 33. Ma v., anche, S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 489 ss.; V. BUONOCORE, *Contratti civili e contratti commerciali: multa renascentur*, in AA. VV., *Studi economico-giuridici. In memoria di Lino Salis*, I, Torino, 2000, p. 173 ss. a p. 176.

³⁵⁸ Conformemente a quanto asserito da A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 8 il quale rivendica utilità e legittimità di considerazione particolare dei contratti d'impresa come gruppo, classe o categoria, seppur di ordine aggiuntivo o specificativo, che ha nel collegamento funzionale con la vita stessa dell'impresa un particolare titolo di meritevolezza. Circa la necessità di procedere all'elaborazione di nuovi concetti e nuove categorie giuridiche al fine di interpretare in modo conveniente le disposizioni della legislazione speciale, si schierano F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, cit., p. 78.

³⁵⁹ Per una impostazione in chiave categoriale, G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 634; ID., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 25. *Contra*, N. LIPARI, *Introduzione*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 67 ss.

³⁶⁰ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 69 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 68. Anche, G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 11.

³⁶¹ Opinione che si può ricavare in F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 1, Milano, 1968, p. 789, nt. 12 e in G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 400 per cui «[...] non si tratta di una categoria concettuale perché il problema non parte assoggettato

Questi ultimi, poi, appaiono essere a tratti rapsodici e non uniformi, di disciplina della contrattazione d'impresa³⁶².

Tali dati agevolano una lettura funzionale dei contratti d'impresa, che vada oltre il rinvenimento di singole deviazioni normative, e tenga al centro le interrelazioni tra la fattispecie impresa - quale comportamento rilevante e costitutivo di effetti in termini giuridici³⁶³, nonché quale comportamento immateriale attuo³⁶⁴ - e le fattispecie contrattuali³⁶⁵.

Ciò può consentire di comprendere come le ragioni dell'impresa incidano sulle modalità e sugli schemi contrattuali che nascono in seno ad un'organizzazione professionale³⁶⁶, ne condizionino il meccanismo operativo³⁶⁷ attraverso una serie di deroghe ma, come emerso dai problemi prefati, viene pregiudicato l'insorgere di un insieme di principi cogenti-inderogabili³⁶⁸.

ad una unitaria e, almeno in certa misura, specifica regolamentazione, soprattutto ad una disciplina ispirata ad una ratio unitaria». D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratti di impresa*, cit., p. 662 parla di pseudocategoria.

³⁶² V. E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, p. 115 s.; F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 344.

³⁶³ G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, cit., p. 109 ss.

³⁶⁴ Secondo l'elaborazione critica di M. GALLETTI, *L'imprenditore*, in *Tratt. CNN*, V, *Statuto dell'imprenditore e azienda*, II, cit., spec. p. 14 ss. a p. 44 ss.

³⁶⁵ In riferimento alla contrattazione di massa, C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, cit., p. 29 ss. rileva l'esplicarsi precipuo del riconoscimento dell'esistenza e della forza delle dinamiche d'impresa. G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, cit., p. 591 ss.; ID., *L'impresa come fattispecie*, cit., p. 109 ss. A sostegno di questa tesi, v. A DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., spec. p. 23 ss. a p. 84, in modo assai risoluto, asserisce che «[...] le potenziali peculiarità del singolo rapporto vengono drasticamente cancellate dalla esigenza di una uniformità precettiva, che agevoli l'esercizio dell'impresa, assecondando il collegamento economico e giuridico riscontrabile tra i vari atti che compongono l'attività».

³⁶⁶ Cfr. G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 28.

³⁶⁷ Argutamente, rileva P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., p. 5 s. che «[...] il contratto designa (così un preciso) assetto d'interessi». L'A., quindi, rileva che il panorama che complessivamente ne deriva «[...] è quello di una molteplicità di piani sui quali si dispongono modelli contrattuali diversi che nel momento in cui acquistano autonomia - in dipendenza del variare dei loro elementi costitutivi e funzionali - maturano una rottura epistemologica con lo schema originario» (p. 44). *Contra*, L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 32 per cui, dall'applicazione delle norme summenzionate, il concetto di contratto d'impresa si «[...] rivela muto, tanto sul piano della fattispecie che su quello della disciplina, al punto da presentarsi come una mera (e probabilmente inutile) superfetazione».

³⁶⁸ Per alcuni spunti, M. COMPORTELLI, *Conclusioni*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., spec. p. 379. V., anche, G. VETTORI, *I contratti per l'impresa fra tipi e clausole generali*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 97 ss.

Ne viene fuori, nel rinvenimento delle gomene dei contratti d'impresa³⁶⁹, non tanto una categoria dogmatica ma una categoria empirica - ricavabile dal dato positivo e dalla prassi³⁷⁰ - la cui fenomenologia appartiene alla prassi dell'attività d'impresa e alle norme regolatrici del codice civile³⁷¹ che può risultare di indubbio ausilio in fase di interpretazione giudiziale³⁷².

³⁶⁹ Mutuando, così, un'espressione di L. MOSSA, *La nuova scienza del diritto commerciale*, cit., p. 441.

³⁷⁰ V. F.D. BUSNELLI, *Conclusioni*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, cit., p. 151 s. Per L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 56 senza che ciò importi il disconoscimento delle «[...] peculiarità rinvenibili nell'autoregolamentazione degli interessi patrimoniali allorquando essa avvenga nel contesto di un'attività imprenditoriale; attività che appare idonea a conferire, sotto il profilo della qualificazione e della determinazione degli effetti, rilevanza a elementi esterni rispetto al regolamento contrattuale».

³⁷¹ Risuonano ammonitrici le parole di A. FALZEA, *Introduzione*, cit., p. 5 ove esclude che si tratti di una categoria in senso filosofico, stante la mancanza di massima generalità e massima purezza. L'A., poi, precisa che «non appare sufficiente ai fini della configurazione di un tipo contrattuale il riferimento alla qualità imprenditoriale di uno o entrambi i contraenti. È necessario, al fine di costruire una categoria dogmatica, spiegare e dimostrare come l'interesse della parte imprenditrice si traduce in una componente della causa del contratto d'impresa». Più problematica è la posizione assunta da V. FARINA, *Attività di impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 73 per cui «non sembra dunque che proprio i dati normativi esaminati possano fornire serio fondamento all'affermazione di un'autonomia categoriale al contratto d'impresa, non foss'altro perché difetta quel requisito della generalizzazione insito nel concetto stesso di categoria. La classificazione operata corre il serio rischio di avere un valore sostanzialmente empirico, senza essere utile per una conoscenza "sistematica, oggettiva del diritto" [...]».

³⁷² Per alcuni indici in tal senso, G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, cit., p. 230 s.

3.1. I contratti d'impresa e la legislazione speciale

La ricerca della categoria dei contratti d'impresa nel codice civile è, come già sottolineato, apparsa essere non all'altezza delle aspettative dogmatiche³⁷³.

Dalla ricostruzione sinottica, ne è trasparso un insieme di profili derogatori i cui effetti non sono stati declinati alla stregua di meccanismi unitari quanto, piuttosto, di peculiarità disciplinari bisognose, al contempo, di adeguamenti e contemperamenti pratici.

Ciononostante, l'affezione ad un approccio categoriale di natura normativa dei contratti d'impresa non si è del tutto esaurito. Anzi, ha trovato linfa e appigli nella legislazione speciale³⁷⁴, sovente di matrice comunitaria, che, intrisa di mercatismo³⁷⁵, è assunta a fattore propulsivo³⁷⁶, sotto il punto di vista strutturale, di una nuova stagione dei contratti d'impresa³⁷⁷, anche, per il tramite del riflusso della dinamica degli *status*³⁷⁸. Sono

³⁷³ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 60 ss.

³⁷⁴ Cfr. V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., spec. p. 47 ss., p. 109 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 33 ss.; G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit., p. 63 ss.

³⁷⁵ Così, A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, cit., p. 372. V. M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, cit., p. 29 ss. Per ulteriori spunti, A.M. AZZARO, *Nuove tecniche di riequilibrio dei contratti d'impresa*, in G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, p. 529 ss.

³⁷⁶ L'espressione è di V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 57.

³⁷⁷ V. l'attenta ricostruzione di M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 211 ss.

³⁷⁸ Sul tema dello *status*, appare d'obbligo rileggere le considerazioni di P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss. In una prospettiva generale, cfr. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993; B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1988; L. LENTI, voce *Status*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 29 ss.; C. MAZZÙ, *Status del soggetto, ordinamento giuridico e fruizione dei beni*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, II, p. 968 ss.; ID., *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. not.*, 2009, I, p. 1135 ss. a p. 1148 ss. Sulla riemersione dello *status* nei recenti sviluppi del diritto dei consumatori e del diritto d'impresa v. F. DELFINI, *Sinallagma e autonomia negoziale*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, I, Napoli, 2002, p. 307 ss. a p. 318 s. per cui si assiste alla «[...] riemersione del concetto di *status*, cui corrisponde la nuova dicotomia contratti dei consumatori-contratti delle imprese: malgrado le due bipartizioni non siano completamente sovrapponibili, la categoria dei contratti delle imprese ci pare riecheggiare in modo assai forte quella, di tradizionale memoria, degli atti o contratti di commercio»; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2002, spec. p. 21 ss. a p. 73 ss.; E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, Milano, 2008, p. 1787 ss. Contrario alla prospettiva degli *status*, per l'impatto in termini di uguaglianza, è R. CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 869 ss. a p. 871, p. 895 ss. Per una rassegna, v. F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, cit., p. 39 ss. a p. 109 ss.

state create, infatti, non solo nuove tipologie contrattuali³⁷⁹ imperniate sul ruolo e sulla funzione dell'impresa quali, appunto, il leasing³⁸⁰, il franchising³⁸¹, il factoring³⁸², ma sono state introdotte, discipline di carattere generale di tipo orizzontale (metatipiche), vale a dire applicabili a tutti i contratti in cui sia parte un imprenditore e che siano stipulati per l'esercizio dell'impresa³⁸³ (v. la disciplina sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali³⁸⁴ e la disciplina sulla subfornitura³⁸⁵).

³⁷⁹ In tema, G. DE NOVA, *I nuovi contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 497 ss.; ID., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, *ivi*, 2006, p. 345 ss. Per una sintesi pratico-giurisprudenziale, V. BUONOCORE, M. MENICUCCI, *Impresa e contratti d'impresa (2002-2006)*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 509 ss.

³⁸⁰ G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985; M. IMBRENDA, F. CARIMINI, *Leasing e lease back*, in *Tratt. CNN*, XX, Napoli, 2008; V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXV, II, Milano, 2008; M. RABITTI, *Il «leasing»*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 259 ss.

³⁸¹ V. V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005; G. CAPO, *La normativa sull'affiliazione commerciale e la tutela contrattuale dell'imprenditore «debole». Appunti per uno studio sulla disciplina della contrattazione «asimmetrica» tra imprese*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, *Diritto civile*, Milano, 2005, p. 4312 ss.; V. FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, cit.; A. FICI, *Il contratto di franchising*, Napoli, 2012; ID., *La qualificazione del contratto di franchising*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 75 ss. Cfr., lo studio di G. DI ROSA, *Il «franchising»*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 453 ss.

³⁸² Cfr. P. PERLINGIERI, *La circolazione del credito e delle posizioni contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 99 ss.; A.M. AZZARO, *Le funzioni del contratto di factoring*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 241 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 709 ss. Per un quadro completo, ROS. ALESSI, V. MANNINO (a cura di), *La circolazione del credito*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, IV, I, *Cessione, «factoring», cartolarizzazione*, Padova, 2008. Spiega V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 111 che la l. 21 febbraio 1991, n. 52 «[...] assume un valore paradigmatico perché è la prima legge che non si limita a disciplinare un singolo rapporto contrattuale o a modificarne la disciplina, ma incide pesantemente, delineando un'articolata normazione derogatoria rispetto a quella che riguarda le obbligazioni in generale, sulla regolamentazione delle obbligazioni facenti capo ad un imprenditore». V., altresì, lo studio di R. VIGO, *Il «factoring»*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 195 ss.

³⁸³ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 228; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 109 ss.

³⁸⁴ Per quanto concerne la disciplina relativa alla lotta contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, *ex multis*, A.M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI (a cura di), *I ritardi nei pagamenti*, Milano, 2016; P. DE MARTINIS, *I ritardi di pagamento nei contratti di finanziamento: dal modello negoziale al tipo di mercato*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1096 ss.; K. FIORENZA, *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale. Profili comparatistici*, cit., spec. p. 178 ss.; S.G. SIMONE, «*Contratti d'impresa e favor creditoris*» (a proposito del convegno di Rovigo), in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 291 ss.

³⁸⁵ Sulla disciplina della subfornitura la letteratura è vastissima. Ci si limita, in questa sede, ad indicare G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contratti*, 1998, p. 411 ss.; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss.; A. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999; G. VILLANACCI (diretto da), *I contratti della distribuzione commerciale*, Torino, 2010; A.R. ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010.

Questi nuovi schemi contrattuali sono stati reputati preziosi ai fini della costruzione della categoria del contratto d'impresa, in quanto la partecipazione dell'impresa costituisce presupposto per la sussistenza dell'atto medesimo e, da qui, ne viene inferita una precisa rilevanza giuridica³⁸⁶. Ulteriori apparati normativi destinati alla disciplina dell'attività d'impresa, nei singoli mercati di riferimento, sono costituiti, poi, dal TUB, dal TUF e dal Codice delle assicurazioni private.

Sempre nell'ambito degli accordi tra imprese, merita d'essere menzionato il contratto di rete³⁸⁷.

Trattasi di un accordo stipulato tra due o più imprenditori sulla scorta di un programma essenziale e comune di rete. Esso dovrebbe servire a favorire la cooperazione e il coordinamento in merito alle modalità e all'oggetto dell'attività imprenditoriale e, malgrado la pluralità e la densità di problematiche che vi si embricano, potrebbe offrire una sponda per una registrazione categoriale della negozialità d'impresa³⁸⁸. A sostegno di una considerazione unitaria della categoria dei contratti d'impresa ha, spesso, militato la considerazione per cui, anche nelle contrattazioni con il consumatore, vi sia spazio per individuarne peculiarità strutturali³⁸⁹. L'incidenza del fenomeno consumeristico, per quanto

³⁸⁶ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 100.

³⁸⁷ Cfr. la monografia di D. SCARPA, *La nuova impresa tra integrazione, patrimonialità e comunicazione*, Napoli, 2011. V., di recente, V. DE STASIO, L. VASQUES, *Il contratto di rete e la disciplina antitrust*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, I, cit., p. 3 ss. e la voce di F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, in *Enc. dir. Annali*, IX, Milano, 2016, p. 207 ss. V., anche, ID., P. IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007; EAD. (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009; F. CAFAGGI, EAD., G.D. MOSCO, *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012; F. MACARIO, *Contratti di rete e modalità di partecipazione. I rapporti interni fra responsabilità e conflitti d'interesse*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, cit., p. 143 ss.; G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 839 ss.; A. GENTILI, *Una proposta analitica su reti di imprese e imprese di rete*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 87 ss.; C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009; M.R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, ivi, 2009, p. 951 ss.; G. VILLA, *Il contratto di rete*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 491 ss. V. C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, cit., p. 105 ss.

³⁸⁸ Cfr. la densa analisi di A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1276, il quale avvisa che «l'analisi delle forme giuridiche del quarto capitalismo, ed in particolare del contratto (relazionale) e dell'impresa, quelle che in misura maggiore sono adesso coinvolte in ragione del tema che si affronta, deve essere condotta nella consapevolezza del paradigma costituzionale europeo se si vuole rintracciare un nuovo assetto epistemologico nel rapporto tra economia e diritto, un nuovo equilibrio culturale, che sia in grado di assicurare adeguati esiti dogmatici».

³⁸⁹ Per un inquadramento generale del problema sulla distinzione tra contratti commerciali e contratti dei consumatori, G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, cit., p. 3 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., p. 573 ss. V. l'analisi critica di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, p. 66

temporalmente successivo³⁹⁰ rispetto alla rivendicata categoria dei contratti d'impresa, potrebbe consentire di legittimare disciplinarmente e teoricamente quest'ultima³⁹¹, sia attraverso una disamina degli stati soggettivi coinvolti³⁹² sia attraverso una ricostruzione in termini oggettivi delle prestazioni contrattuali³⁹³.

ss. ove sostiene la tesi per cui la «[...] riconduzione alla categoria dei contratti di impresa della disciplina prevista per i contratti dei consumatori, non viene ritenuta praticabile in quanto, da un lato, taluni problemi che si pongono nel primo tipo di relazioni non sembrano riproporsi quando da questo tipo si fuoriesce, mentre, dall'altro lato, non si tiene conto che ad un medesimo problema possono essere date soluzioni diverse a seconda della circostanze». Precisa poi che «[...] la categoria dei contratti del consumatore, difatti, sul presupposto di una disuguaglianza sostanziale, rifiuta il principio di eguaglianza formale e costruisce la funzione protettiva del contraente debole attorno allo *status* di consumatore» (p. 67) e, ancora, chiaramente, conclude sostenendo che «[...] assumendo che il consumatore sia una figura eminentemente negativa, in quanto raggruppa le controparti dell'impresa che appaiono differenti da quest'ultima, si è evidenziato come su di essa non si possa costruire uno status, il che è confermato dalla definizione contenuta nel Codice del Consumo, che parla, all'art. 3, lett. a), del consumatore al singolare, così sottolineandosi che il riferimento è al fenomeno quantitativo di massa, ossia il reiterarsi di un determinato tipo di negozio al quale prende parte un soggetto la cui identità è costruita in termini negativi». V., anche, E. CATERINI, *La tutela giuridica del consumo nell'economia sociale di mercato europea. Dal globalismo ai globalismi*, cit., p. 5 ss.; ID., *L'evoluzione del «diritto dei consumi»*, in ID., *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, cit., p. 119 ss.; G. D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, 2008, p. 567 ss.

³⁹⁰ Per un inquadramento della figura del consumatore negli anni '70 è assai utile vedere A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 901 ss.; F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, cit., p. 1542 ss. Sul tema, meritano di essere analizzate le analisi di G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., spec. p. 534 s.; ID., *La c.d. giuridificazione delle regole dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 725 ss. e V. ZENO-ZENCOVICH, A.M. MANCALEONI, *Una parte generale per i contratti con i consumatori* e P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, ambedue in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cit., p. 581 ss. Per una disamina critica che riflette sulla modulazione dell'autonomia contrattuale alla luce della Costituzione in favore del contraente debole v. lo studio monografico di A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, cit., *passim*. Cfr. lo studio problematico di C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831 ss. a p. 842 ss.

³⁹¹ A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, p. 13 ss.; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 83 ss. Inquadra la tutela consumeristica nel diritto dei mercati/delle relazioni esterne all'impresa S. GRUNDMANN, *Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht - warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?*, in *AcP*, 2002, p. 40 ss. a p. 56 ss. *Contra*, cfr. le opinioni di S. PATTI, *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile*, in ID., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, p. 93 s. per cui il diritto dei consumatori «[...] deve essere inquadrato nel sistema del diritto civile e non in quello del diritto commerciale» e tali contratti sarebbero solo unilateralmente atti di commercio, con *reviviscenza* della disciplina codicistica tradizionale per gli atti bilateralmente imprenditoriali (p. 106 s.); E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., p. 1792 s.; A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 922, nt. 42 per cui «[...] il contratto tra impresa e consumatore non sembra riconducibile né alla categoria dei contratti commerciali, essendo portatore di una logica di tutela del consumatore, né a quella dei contratti civili caratterizzata dalla indifferenza soggettiva».

³⁹² Cfr. E. GABRIELLI, *I contraenti*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, cit., p. 113 ss. Riferimenti molto puntuali ed interessanti possono essere rinvenuti in G. CHINÈ, *Diritto privato europeo e contratti del consumatore*, in G. ALPA (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo*, cit., p. 343 ss. a p. 348 s.

³⁹³ G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 15 ss. V. i diversi spunti offerti da A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, cit., p. 13 ss., p. 27 ss., p. 97 ss.

Il codice del consumo definisce i contratti dei consumatori quali quelli occorsi tra un consumatore e un professionista, dove il sostantivo professionista sia, massimamente, riferibile all'imprenditore³⁹⁴ e, *ex adverso*, all'art. 3, lett. a), c. cons. si precisa che il ruolo di consumatore deve derivare dall'agire per scopi estranei all'attività imprenditoriale.

La rilevanza delle posizioni e degli equilibri soggettivi emergerebbe in modo risoluto, poi, in due diversi momenti all'interno del codice del consumo³⁹⁵.

Il primo coincide con l'art. 33 c. cons. laddove, affinché talune clausole possano reputarsi vessatorie, esse debbano determinare, malgrado la buona fede, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a carico del consumatore³⁹⁶.

Il secondo, invece, con le disposizioni *ex artt.* 44-49 c. cons., concernenti i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, ove il luogo di conclusione del contratto assume una posizione precipua nel divenire elemento fondante della particolare disciplina di tutela e, soprattutto, nel giustificare deroghe all'ordinario impianto normativo del recesso³⁹⁷.

Questo parrebbe condurre ad una riacquisizione di centralità dell'elemento soggettivo ai fini dell'individuazione legittima di una categoria, quale quella d'impresa - *a contrario*, letta da una visuale consumeristica, la disciplina delle clausole vessatorie delimiterebbe la figura del contraente debole, favorendone un recupero della fattispecie in chiave di tutela effettiva, riducendo, di contro, la generalizzazione indebita di presunte posizioni di debolezza contrattuale³⁹⁸ -, ponendosi in chiara discontinuità con il principio dell'ininfluenza

³⁹⁴ V. le osservazioni critiche di G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 407 e di V. FARINA, *Attività di impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 72 s. a p. 75 s. Cfr., anche, la rassegna di N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, LXII, Padova, 2012, spec. p. 81 ss.

³⁹⁵ Scetticamente, rispetto alla considerazione di classe o categoria dei consumatori, E. GABRIELLI, *I contraenti*, cit., spec. p. 119 ss.

³⁹⁶ *Ex multis*, G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 321 ss. Anche, A.M. AZZARO, *Abusi nell'attività economica e tecniche di tutela del contraente debole*, in ID. (a cura di), *Contratto e mercato*, cit., p. 11 ss.

³⁹⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 111 rileva che la partizione dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali conferma «[...] la plausibilità della categoria dei contratti d'impresa e, dall'altro, e più in generale, legittima - e al tempo stesso impone - la classificazione dei contratti fondati sullo *status* delle parti»

³⁹⁸ Secondo la tesi di A.P. SCARSO, *Il contraente «debole»*, Torino, 2006, p. 149 ss. a p. 234 ss.

soggettiva quale cardine del rapporto obbligatorio³⁹⁹. Anche i profili oggettivi emergenti dalla legislazione speciale, sono stati scrutinati ed impiegati per la ricostruzione di una categoria dei contratti d'impresa⁴⁰⁰. Nella fase precontrattuale, si è assistito ad un'accentuazione - enfattizzazione - dei doveri di informazione⁴⁰¹ e di trasparenza⁴⁰², specie nei mercati regolamentati del settore bancario e assicurativo, gravanti sull'imprenditore (un esempio può, anche, rappresentato dal divieto di pubblicità ingannevoli o decettive⁴⁰³).

³⁹⁹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 106 s. a p. 109 ove spiega che «[...] è stata proprio la legislazione speciale a dare novella e decisiva rilevanza - diretta o indiretta - allo status delle parti contraenti, dettando una disciplina differenziata rispetto a quella generale dei contratti contenuta nel codice civile: l'aspetto fortemente innovativo del provvedimento sta sia nella circostanza che tale disciplina differenziata non riguarda un singolo rapporto ma la generalità dei contratti stipulati da un imprenditore o comunque gruppi omogenei di contratti, sia nella circostanza che nei nuovi provvedimenti viene presa in considerazione e disciplinata non solo la posizione dell'imprenditore [...] ma anche quella dell'altro contraente».

⁴⁰⁰ V. la sintesi di M. LIBERTINI, *Autonomia privata e autonomia d'impresa*, cit., p. 67 s. V. P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., p. 227 ss. a p. 237 ss.

⁴⁰¹ Sul rapporto tra informazione, contratti del consumatore e contratti d'impresa, per tutti, V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 141 ss. Per più approfonditi riferimenti circa l'incidenza imperativa dell'informazione sull'autonomia contrattuale, S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, cit., 641 ss.; ID., *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 369 ss. In tema, A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., p. 71 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641 ss.; G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 889 ss.; ROS. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.; P. MONTALENTI, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 779 ss.; M. DE POLI, *Contrattazione bancaria e "dorsale informativa"*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, p. 363 ss. Per un approfondimento v. D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

⁴⁰² Fondamentale è lo studio di P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Bbtc*, 1990, I, p. 297 ss. a p. 300 per cui la normativa sulla trasparenza bancaria «[...] pone in luce più di una deviazione e incrinatura dei principi che regolano le imprese ed i contratti, pure accettando la premessa della diseguale forza dei soggetti del rapporto, la banca ed il cliente». *Contra*, A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 19 ss. a p. 22 s. per cui la logica della trasparenza dei contratti bancari non conduce ad una fuga dal diritto civile, in nome di una presunta alterità delle dinamiche d'impresa. Per l'A. non si addivene ad un diritto speciale «[...] ampiamente derogatorio rispetto alla disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti, chiaro essendo che la specificità dell'intervento (la trasparenza) [...] non implica di per sé la specialità della relativa disciplina». Cfr. i contributi contenuti in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011. Sul tema, G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la «trasparenza» dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 465 ss.; nonché, ID., *Le stagioni del contratto*, cit., p. 156 ss.; ROS. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 961 ss.; R. SENIGAGLIA, *Informazione contrattuale nella net economy e trasparenza del mercato*, *ivi*, 2001, p. 219 ss. a p. 245 ss.; ID., *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, spec. pp. 69-110. Cfr., anche, A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2013. Di recente, P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di tutela*, in AA. VV., *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, I, Torino, 2015, p. 445 ss. Per considerazioni d'insieme, v. F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, cit., p. 123 ss.

⁴⁰³ *Ex multis*, ANN. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 762 ss.; G. CHIAPPETTA, *La pubblicità commerciale*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 393 ss. (*amplius*, EAD., *Persona e informazioni aziendali riservate*,

Per quanto attiene al momento formativo del contratto, il recupero di una categoria dei contratti d'impresa sarebbe connessa sia alla previsione di un aumento della soglia di professionalità richiesta a chi contrae con i consumatori-clienti, specie nei mercati regolamentati è richiesta, ai fini dell'esercizio della professione, l'iscrizione in appositi albi, sia ad un fenomeno, chiamato quale neo-formalismo negoziale⁴⁰⁴ (quest'ultimo profilo, in realtà, si impone anche in riferimento ai contratti conclusi tra imprenditori in cui una parte versi in stato di debolezza)⁴⁰⁵.

Ovvero, la subordinazione della conclusione del contratto a vincoli di forma scritta in termini chiari e precisi con conseguente dilatazione della sanzione della nullità.

L'ultimo profilo comprovante significativi scostamenti rispetto alla legislazione comune è costituito dal rimedio della nullità, ovvero della patologia in rapporto ai contratti conclusi tra impresa e consumatore⁴⁰⁶.

Napoli, 2010, spec. p. 15 ss. dove viene tracciata un'interessante analisi che congiunge i principi costituzionali ex art. 41 e 21 riguardo all'informazione pubblicitario-commerciale e la tutela degli utenti e consumatori). Sul tema v. le riflessioni di C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit., p. 143 ss. Interessante lo spaccato offerto da S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012.

⁴⁰⁴ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., p. 40 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. impr. Eur.*, 2012, p. 582 ss.; V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 415 ss.; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, spec. p. 113 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013. V. la chiara indagine di F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle forme telematiche ed al precetto di trasparenza*, in P. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, cit., p. 465 ss. Di recente, A. RENDA, sub art. 1352, in ID., *Forme convenzionali. Art. 1352*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 35 ss. Seppur cronologicamente antecedente rispetto agli ultimi contributi, cfr. gli spunti presenti in B. BERLIOZ-HOUIN, G. BERLIOZ, *Le droit des contrats face à l'évolution économique*, in AA. VV., *Études offertes à Roger Houin*, Paris, 1985, p. 3 ss.

⁴⁰⁵ *Ex multis*, F. ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in F. RUSCELLO (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, cit., p. 27 ss. a p. 47 ss.

⁴⁰⁶ V. il recente studio di L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, cit., p. 979 ss. e quelli in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009. Per più puntuali riferimenti teorici e tecnici sul punto cfr. gli studi di V. BUONOCORE, *Riflessioni d'assieme sulle patologie degli atti d'impresa*, in M. COMPORI, S. MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, p. 251 ss. e di A. MALOMO, *Patologie degli atti "esterni" d'impresa e diritto comunitario*, Napoli, 2008. Sul rapporto tra rimedi per i contratti con un imprenditore in posizione di debolezza paiono assai significativi i contributi di G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. GITTI, ID. (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 118 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del contratto abusivo: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit., p. 361 ss.; A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, cit., p. 83 ss.; M.R. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere. Costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*,

Il rapporto di destinazione del contratto al mercato, esplicitandosi anche nel contratto tra imprenditore e consumatore, parrebbe suggerire una lettura differenziata tra la nullità codicistica e la nullità consumeristica⁴⁰⁷: mentre la prima non conosce compromessi o patteggiamenti e si edifica secondo schemi e moduli uniformi e insuscettibili di cambiamento - insanabilità e imprescrittibilità dell'azione, assolutezza e rilevanza d'ufficio, legittimazione ad agire concessa a chiunque vi abbia interesse -, la seconda presenta norme ispirate proprio alla funzione cui è destinata, e cioè imprescrittibilità come eccezione, legittimazione ristretta a soggetti determinati, parzialità necessaria⁴⁰⁸. Il rimedio invalidativo assumerebbe una funzione di protezione di ben selezionate categorie di interessi coinvolti⁴⁰⁹, piuttosto che incardinarsi nella funzione sanzionatoria, come tipicamente intesa nel codice civile⁴¹⁰.

in AA. VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, V, p. 249 ss. Recentemente, B. AGOSTINELLI, *Il patto abusivo. Fenomenologia e rimedi*, Torino, 2012; D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, cit., *passim*.

⁴⁰⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 126, senza equivoci, asserisce che «l'impressione d'insieme che si riceve è che il legislatore abbia voluto dare la preferenza ad una disciplina dell'invalidità che sia compatibile con principi che per l'impresa assumono una centralità marcatissima, come ad esempio, quello dell'affidamento dei terzi e che, sempre in coerenza con i principi generali, possa salvaguardare i rapporti, naturalmente numerosi, che le imprese intrattengono con i terzi stessi senza provocare gli effetti abrasivi propri della disciplina generale dell'invalidità dei contratti e mirando anzi a conservare gli effetti che gli atti invalidi hanno già prodotto e, comunque, ad evitare che le situazioni di incertezza si protraggano all'infinito, come potrebbe avvenire, ad esempio, se si dovesse applicare la norma dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità o se si dovessero attendere gli esiti di un giudizio di impugnativa di un contratto annullabile». In tema, assi importanti, sono i contributi di A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 77 ss.; V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, ivi, 2001, p. 489 ss. a p. 505; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 413 ss.; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 843 ss.; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, ivi, 2003, I, p. 201 ss.; G. PASSAGNOLI, *Le nullità di protezione*, in P. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, cit., p. 603 ss. Inoltre, cfr. M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; EAD., *Nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, cit., p. 55 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019 ss. Di recente, cfr. la puntuale ricostruzione di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., pp. 540-553.

⁴⁰⁸ L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, cit., p. 981; V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 498 ss. Cfr. l'ampio studio di P.M. PUTTI, *L'invalidità dei contratti del consumatore*, in *Tratt. Lipari*, III, *L'attività e il contratto*, cit., p. 452 ss. Per una sintesi sul rapporto tra invalidità e pluralità dei sistemi di nullità, cfr. G. FILANTI, voce *Invalidità*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, X, Torino, 2016, p. 462 ss. a p. 467 ss.

⁴⁰⁹ Sono parole di G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 469; v., anche, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., p. 90 s. a p. 114 ss.

⁴¹⁰ V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 498 ss.; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 208 ss.

Da qui l'opinione accreditata per cui la nullità sia divenuta un rimedio dipendente e relato, cioè conformato sia nel piano strutturale che funzionale, ma anche nel suo fondamento sostanziale, dal tipo di operazione economica posta in essere (giudicata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi previsto che sotto il profilo della particolare posizione delle parti coinvolte e della natura dei beni e dei servizi dedotti)⁴¹¹.

Questo condurrebbe a predicare, inoltre, un'inapplicabilità in chiave analogica delle norme sull'invalidità dei contratti comuni⁴¹², a guadagno di una categoria indipendente dei contratti d'impresa. Dai dati normativi sinora riportati, possono risultare acquisite alcune considerazioni mediane. La categoria dei contratti d'impresa si atteggia quale ombrello volto ad accogliere gli accordi bilateralmente d'impresa, unilateralmente con contraenti non qualificati o, ancora, i contratti con i consumatori⁴¹³.

⁴¹¹ V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 490; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 414 sostiene che quella della nullità di protezione «[...] non è una categoria monistica, bensì plurale, irriducibile a uno schema unitario e compatto, come pure a uno statuto normativo uniforme ed omogeneo». Invece, per M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 77 «la nullità di protezione [...] non deve indurre a un generale ripensamento sul rimedio civilistico della nullità, semmai deve orientare la riflessione sul modo in cui, attraverso la disciplina della nullità contrattuale, l'ordinamento realizza l'utilità sociale [...]. Con queste premesse è inutile interrogarsi sul dogma dell'assolutezza della nullità [...], più proficuo appare riflettere sul fatto che i temi giuridici propri del mercato e della concorrenza devono cominciare a coniugarsi con quelli della persona, poiché la libera iniziativa economica, attraverso il contratto, diventa un modo per tutelarla». Conferente al tema è l'ampio studio di F. VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, in ID., *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 143 ss. a p. 181 ss. e quello di A. LA SPINA, *Destruzzurazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012. Cfr. R. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: le evoluzioni del sistema* e E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea: i nuovi parametri del giudizio di meritevolezza*, ambedue in ID. (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, cit., rispettivamente p. 487 ss. a p. 500 ss. e p. 505 ss.

⁴¹² In questi termini, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 67 (il quale ricorda la posizione isolata di M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001). Anche, V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 490; F. VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, cit., p. 205 ss.

⁴¹³ V. G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 397 s.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., p. 418; e, più problematicamente, ID., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, spec. p. 805 ss. Cfr. gli spunti di C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 717 ss. Sullo stretto legame tra contratti del consumatore e contratti commerciali v. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, cit., p. 27 ove assegna alla categoria dei contratti dei consumatori «nulla di rivoluzionario [...] ma molto di nuovo, che richiede, non un sovvertimento ma un ripensamento delle categorie tradizionali. Non per sostituire queste, ma per arricchirle affinandole».

Pertanto, parrebbe fondata la rilevazione per cui essa debba essere intesa nell'accezione più larga possibile a conferma della poliedricità disciplinare che la involge⁴¹⁴.

L'insieme disciplinare speciale ha favorito e l'accrescimento delle relazioni contrattuali basate sulla dialettica atto-attività e contratto-mercato⁴¹⁵ e il superamento dell'episodicità del riferimento civilistico all'impresa. In questa realtà, l'ampia messe di regole speciali, se intesa come processo erosivo, ma non del tutto dissolutivo⁴¹⁶, della parte generale del codice civile⁴¹⁷ - quasi a voler rappresentare l'abbrivio di un sistema *altro* rispetto alla parte generale⁴¹⁸ - destinata a favorire la riscoperta dell'autonomia del diritto

⁴¹⁴ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 86. Precisa G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 25 che «nel passaggio dal codice alla legislazione successiva, i contratti d'impresa emergono come categoria negoziale di varia struttura e varia funzione di scambio, caratterizzata oltre che da una qualificazione soggettiva, dalla anzidetta colorazione causale e dunque dall'operare nel mercato secondo le esigenze e opportunità di questo, ma in conciliazione tra bisogni e interessi delle parti e interessi della generalità». Secondo G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 409 la categoria concettuale denominabile "contratti di impresa" avrebbe una portata troppo vasta per essere significativa sul piano sistematico e in chiave ermeneutica. Egli rileva che, oggi, si assisterebbe ad una quintuplicazione degli statuti del rapporto obbligatorio che «[...] non necessariamente sono da configurare in funzione dell'assenza o della presenza, su un lato almeno del rapporto, di una impresa» (discipline particolari di rapporti internazionali contenute in convenzioni di diritto uniforme; disciplina dei contratti civili, che riguardano i soggetti indipendentemente dallo svolgimento di attività economiche e che, quindi, possono essere rivolti anche ad imprenditori; contratti disciplinati particolarmente per la presenza almeno *ex uno latere* di un imprenditore; contratti con i consumatori; contratti con persone fisiche non identificate come consumatori).

⁴¹⁵ G. OPPO, *Impresa e mercato*, cit., p. 421 ss.

⁴¹⁶ Cfr. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuali. Saggio sulla presupposizione*, cit., p. 139 per cui «[...] il fenomeno della legislazione speciale non necessariamente va letto come indice della dissoluzione del sistema. Esso, anzi, appare assolutamente fisiologico rispetto alla necessità di quest'ultimo di articolare e differenziare norme e diversi problemi che il sistema economico-sociale presenta, e della conseguente opportunità di modificare le precedenti strategie».

⁴¹⁷ Favorevole invece ad un inquadramento dogmatico della categoria all'interno della parte generale del contratto, piuttosto che in un riabilitativo ripiegamento commercialista è P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., p. 425; ID., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., pp. 808-810.

⁴¹⁸ Su questo importante tema, che qui non può essere trattato, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss.; ID., *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, *ivi*, 1985, p. 20 ss.; ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 15 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., p. 43 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, rispettivamente a p. 379 ss. e 821 ss.; L. NIVARRA, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 944 ss.; ID., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., spec. p. 45 ss.; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Torino, 2005; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 1454 s.; S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 735 ss.; ID., *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, in ID., *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., p. 1 ss.; A. ALBANESE, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 2009, p. 347

commerciale⁴¹⁹, nell'affermazione di una normazione più moderna ed efficiente rispetto a quella del codice civile⁴²⁰, e a validare positivamente la teoria dell'autonomia d'impresa potrebbe, forse, fornire degli indici per accreditarsi quale categoria sistematico-negoziale e normativa che si ponga quale presupposto logico - con funzione validamente orientatrice - per le attività dell'interprete⁴²¹.

ss. Nonché i contributi nelle opere di A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008 e di E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008. Da ultimo, v. A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo jus variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss. Riferitamente al tema dei rapporti tra diritto civile e commerciale, G. CIAN, *Diritto civile e commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 541 ss. Focalizza il tema della decodificazione, ricodificazione ed esigenze di mercato R. SENIGAGLIA, *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei confini e differenziazione sistemica*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 137 ss. a p. 179 ss.

⁴¹⁹ V. l'importante studio di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 1 ss. e le ricostruzioni di G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, cit., p. 148 ss.; ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 14 ss.; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 1 ss.; Cfr. V. BUONOCORE, *L'autonomia del diritto commerciale nel sistema del diritto privato*, cit., p. 25 ss.; B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, cit., p. 1 ss.; L. BUTTARO, *L'autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 421 ss. Il dibattito sull'autonomia del codice commerciale ha avuto la sua grande espansione negli anni a cavallo della codificazione unitaria. In questi termini, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *A proposito dell'impresa nel codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 140 ss. a p. 142; A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, *ivi*, 1941, I, p. 429 ss.; L. MOSSA, *La nuova scienza del diritto commerciale*, cit., p. 439 ss.; I. LA LUMIA, *L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali*, *ivi*, 1942, I, p. 1 ss.; G. VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, *ivi*, 1943, I, p. 21 ss.; G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, *ivi*, 1945, I, p. 96 ss.; P. GRECO, *Il diritto commerciale tra l'autonomia e la fusione*, *ivi*, 1947, I, p. 1 ss.; ID., *A proposito di autonomia didattica del diritto commerciale*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, p. 13 ss. Nel decennio successivo il tema è stato affrontato da T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 7 ss.; G. DE SEMO, *Sulla posizione del diritto commerciale nell'ordinamento giuridico interno*, in *Bbct*, 1954, I, p. 534 ss. Negli anni '60, *contra* l'autonomia del diritto commerciale si è schierato M. ROTONDI, *Evoluzione ed involuzione dell'autonomia del diritto commerciale in Italia*, in AA. VV., *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Paris, 1965, p. 835 ss. a p. 861 per cui «il parlare oggi in Italia di autonomia del diritto commerciale può essere solo frutto anacronistico di pigrizia mentale». Di recente sul tema, G. TERRANOVA, *I principi e il diritto commerciale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 379 ss. Questa prospettiva ricostruttiva è avversata da L. SAMBUCCI, *Il contratto per l'impresa*, cit., p. 23.

⁴²⁰ Per V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 5 ss. a p. 15 ss. risiede proprio nella *modernità* il cuore dei problemi tra codice civile e diritto dell'impresa. Secondo R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, cit., p. 2832 ss. le figure, le dinamiche e gli interessi che orbitano attorno all'impresa devono condurre a «[...] rivedere le categorie generali, del soggetto, dell'oggetto, delle situazioni giuridiche, degli atti giuridici, le quali non possono essere valide in termini moderni se non riescono ad esprimere compiutamente anche la realtà di quei fenomeni e di quelle situazioni che costituiscono i contrassegni caratteristici di questa epoca».

⁴²¹ V. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 61, p. 66. *Contra*, G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 407 per cui «il mero riferimento alla presenza di un'impresa nel rapporto non può dunque essere decisivo per la individuazione di una categoria giuridica unitaria, categoria che sia significativa sotto il profilo ermeneutico per l'identità della ratio ispiratrice delle norme che ad essa dovrebbero fare riferimento». Per alcuni spunti, S. DELLE MONACHE, «*Comercializzazione*» del diritto civile (e viceversa), cit., spec. p. 495. Secondo G. ALPA, *Il bicentenario del Code de commerce e le prospettive del diritto commerciale*, in *NGCC*, 2007, II, p. 291 ss. a p. 296 s., malgrado quella di "contratti d'impresa" rappresenti una formula ambigua, «[...] l'unica classificazione agglutinante sembra ormai quella che deriva dal diritto comunitario».

3.2. Il contratto d'impresa come momento esplicativo dell'autonomia d'impresa. Riflessione a partire dal dibattito su commercializzazione del diritto privato e ricommercializzazione del diritto commerciale

Arrivati a questo punto, ai fini di una esauriente e legittimante costruzione dell'autonomia d'impresa, occorre provare a correlare la stessa con il tema dei contratti d'impresa per capire se questi possano concorrere a costituire gli assi ortogonali della prima.

Va premesso che il censimento delle questioni può essere fecondamente compiuto attraverso uno scrutinio sistematico-normativo e un vaglio del dibattito dottrinale. Marginale, di contro, è apparso il contributo della giurisprudenza.

Se si eccettuano le datate decisioni della Corte di Cassazione del 1968⁴²² e della Corte di Appello di Torino del 1969 e 1970⁴²³, dal panorama pretorio non giungono interessanti stimoli. In queste pronunce, seppur in modo assai conciso, venne a richiamarsi che, malgrado l'unificazione dei codici, la determinazione della natura commerciale di un rapporto contrattuale potesse essere, ancora, munita di rilevanza giuridica.

Al fondo, la considerazione per cui il ruolo cardinale dell'impresa nel sistema del codice civile potesse consentire l'attrazione nell'alveo della materia commerciale di ogni attività dell'impresa commerciale, come l'attività contrattuale⁴²⁴.

Assumendo come punto nevralgico i contratti d'impresa⁴²⁵, è necessario, quindi, rintracciare, anche tramite una contestualizzazione storiografica⁴²⁶, che trova nell'anno 1942

⁴²² Cass. Sez. Un., 26 gennaio 1968, n. 242, in *Giur. it.*, 1969, I 1, c. 336.

⁴²³ App. Torino, sez. I, 5 febbraio 1970 e App. Torino, sez. III, 12 aprile 1969, con commento critico di G. PALERMO, *Disciplina dell'impresa e rilevanza tipica dell'atto di commercio*, cit., p. 760 ss.

⁴²⁴ G. PALERMO, *Disciplina dell'impresa e rilevanza tipica dell'atto di commercio*, cit., p. 765 s. precisa e modula il portato delle statuizioni pretorie rilevando che «[...] quel che, comunque, va escluso è che la materia commerciale abbia in principio tali indici di rilevanza formale da comprendere, al di là della disciplina dell'attività professionale (quale statuto dell'imprenditore, sia pur rilevante - all'esterno - sul piano dei rapporti giuridici sostanziali), anche la disciplina degli atti negoziali posti in essere dall'imprenditore (quale regola dei privati interessi); che, in altri termini, trascenda la caratteristica configurazione dell'impresa per incidere altresì sull'esercizio della privata autonomia, considerata alla stregua delle sue manifestazioni tipiche». Per considerazioni dottrinarie generali, cfr. P. SPADA, *Atti di commercio e atti dell'impresa commerciale*, in *Giur. comm.*, 1974, I, p. 338 ss.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., spec. p. 59 s.

⁴²⁵ V. BUONOCORE, *L'autonomia del diritto commerciale nel sistema del diritto privato*, cit., p. 26.

⁴²⁶ F. GALGANO, *La categoria storica del diritto commerciale*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1976, p. 11 ss.; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, *passim*; M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 298 ss.; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., spec. pp. 267-269. Assai ricco di spunti è lo scritto di A. MAZZONI, *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 855 ss.

il momento di rottura ed il passaggio dalla vigenza del codice civile del 1865 e del codice di commercio del 1882 all'unico codice dei rapporti interprivati⁴²⁷, quale sia tuttora il rapporto tra diritto civile⁴²⁸ e diritto commerciale⁴²⁹.

Il codice di commercio del 1882⁴³⁰ è stato, spesso, accusato di essere un codice classista, attento alle esigenze del ceto mercantile, della classe commerciante e di ridurre, oltremodo, ogni forma di tutela per coloro i quali, estranei ad un'attività commerciale, entrassero a contatto con un commerciante⁴³¹. Ciò poteva costituire un elemento asintonico rispetto all'unità del soggetto del diritto privato e all'idea propria, mutuata dalla codificazione francese, di un diritto uguale per tutti i cittadini⁴³².

⁴²⁷ Cfr. le ricostruzioni di F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, p. 76 ss.; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990; ID., *Codice civile e società politica*, cit.; ID., *La filosofia di una generazione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 1297 ss.; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1999; ID., *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*, cit., p. 65 ss.; S. PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999; ID., *Diritto privato e codificazioni europee*, cit.; N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003. V., anche, il saggio di G. FERRI, *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, 1944, IV, c. 34 ss. Per una riflessione storico-comparatistica v. A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 442 ss.; ID., *Un solo codice, o due codici, per il diritto civile e il diritto commerciale*, in B. LIBONATI (a cura di), *Giuseppe Ferri e il legislatore. Atti del convegno commemorativo della nascita di Giuseppe Ferri. Roma 23 ottobre 2008*, cit., p. 115 ss.; R. SACCO, *Codice civile, codice della famiglia, codice di commercio, modelli giuridici*, ivi, p. 121 ss.; M. ROTONDI, *L'unification du droit des obligations civiles et commerciale en Italie*, in ID., *Inchieste di diritto comparato*, III, *L'unità del diritto delle obbligazioni*, Padova, 1974, p. 489 ss. Di recente, F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2015 e C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, cit., p. 45 ss.

⁴²⁸ Per un'impostazione di sistema, si rinvia alle voci enciclopediche più autorevoli: R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 904 ss.; N. IRTI, voce *Diritto civile*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 128 ss.

⁴²⁹ Coerentemente alla precedente nota, G. FERRI, voce *Diritto commerciale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 921 ss.; F. GALGANO, voce *Diritto commerciale*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 345 ss. Per P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *ODC*, 2015, 3, p. 133 ss. si assiste al primato del diritto commerciale e alla contestuale ancillarità ordinante del diritto civile. V. M. MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, ivi, 2015, 3, p. 1 ss.

⁴³⁰ Cfr. A. ASQUINI, voce *Codice di commercio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 251 ss.; O. CAGNASSO, voce *Codice di commercio*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm.*, III, Torino, 1988, p. 120 ss.

⁴³¹ Tra le voci più autorevoli che, in questo campo, si sono misurate con la dimensione classista del diritto commerciale, cfr. C. VIVANTE, *Ancora per un codice unico delle obbligazioni*, in *Arch. giur.*, 1887, p. 497 ss. il quale sosteneva che con la codificazione commercialista si costringesse tutti i cittadini che contrattavano con i commercianti a subire una legge che è fatta a favore di questa classe. L'idea vivantina era quella di superare l'impostazione classista, ai fini di un'unificazione giuridica che avesse a cuore «[...] quella solidarietà che dovrebbe essere il supremo intento di ogni legislazione». Questi temi sono stati poi ripresi in ID., *I difetti sociali del codice di commercio*, in *Rif. soc.*, 1899, p. 25 ss. e in ID., *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Crit. soc.*, 1902, p. 345 ss. Verso il superamento di una posizione di privilegio e a guadagno di una dimensione solidarista v., anche, L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, rispettivamente a p. 7 ss. e p. 55 ss. Per una efficace sintesi della questione, R. TETI, *Le evoluzioni del diritto commerciale italiano*, in *Ann. dir. comp.*, 2014, p. 379 ss.

⁴³² R. NERSON, J. SCHMIDT, J. VINCENT, *Brèves réflexions sur le problème dit de l'unification du droit privé*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, III, *L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 374 ss. V. F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, cit., p. 54.

Il codice di commercio, durante la sua vigenza, ha accompagnato e positivizzato istituti e regole, dapprima consuetudinari e poi statutari e giurisprudenziali, seguendo l'emergere e l'evoluzione delle tecniche dell'economia commerciale, intesa quale complesso di atti, operazioni e rapporti, di indole cosmopolita⁴³³. Quest'assunto trovava riscontro negli architravi del codice di commercio: vale a dire nella centralità degli usi commerciali quale fonte normativa - o meglio, nell'esclusiva subordinazione di questi alla legge commerciale e non, anche, a quella civile, nei cui riguardi, limatamente al diritto dispositivo, esercitavano efficacia abrogante⁴³⁴ - nella figura del commerciante, nell'atto oggettivo e soggettivo di commercio⁴³⁵, nelle regole previste per i c.d. atti misti⁴³⁶.

Occorre partire, proprio, da queste ultime tre previsioni, al fine di cercare di avvolgere il dato disciplinare al tema della contrattazione d'impresa e, quindi, all'autonomia d'impresa.

L'art. 3 del codice di commercio prevedeva che una serie di atti (atti assoluti) - tra cui, a titolo esemplificativo e non esaustivo, compravendita di derrata e merci purché non

Spiega M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., p. 72 che, a seguito dell'unificazione, «la tecnica che guarda alla parte e non alle persone dei contraenti era coerente con il principio di uguaglianza in senso formale, il quale, eliminando ogni distinzione dal lato soggettivo, riportava all'atto ed alla sua funzione il centro dal quale orientare la disciplina dell'atto e del rapporto». Per F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in *ODC*, 2015, 3, p. 1 ss. a p. 7 ss. al fine di individuare le peculiarità del diritto dell'impresa, rispetto al sistema del diritto civile, occorre assumere al centro la dialettica mercato-soggetto.

⁴³³ V. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Milano, 1934, p. IV s., p. 1 ss.; G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 160. Preme, qui, ricordare quanto asserito da G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 15 per cui la storica funzione attribuita al diritto commerciale è stata quella di «produrre sicurezza e rapidità nella circolazione del credito e della ricchezza in genere». Precisa C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, cit., p. 50 che «il Codice di commercio svolgeva la funzione di agevolare la circolazione della ricchezza e valorizzare per tale via quella mobiliare, in particolare attraverso una peculiare disciplina contrattuale. Inoltre, era possibile, attraverso l'autonomia del Codice (e del diritto) commerciale, introdurre più facilmente innovazioni, per rispondere all'evoluzione del capitalismo».

⁴³⁴ Molto chiaramente B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., p. 349 per cui «attraverso gli usi veniva consentita al ceto dei commercianti la possibilità di salvaguardare “i confini” dell'area della propria disciplina: difensivamente, nel caso in cui si profilasse il pericolo di un eventuale ridimensionamento di questa ad opera di una concorrente evoluzione e allargamento della disciplina civile; oppure in senso opposto, offensivamente, nel caso in cui l'allargamento della presenza economica dei commercianti sul mercato [...] consentisse una più ampia incidenza della disciplina commercialistica, attraverso appunto una progressiva sovrapposizione degli usi commerciali alla legge civile».

⁴³⁵ Cfr. G. AULETTA, voce *Atto di commercio*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 196 ss. a p. 198 ss.; M. CASANOVA, voce *Atti di commercio*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 518 ss.

⁴³⁶ *Ex multis*, G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 159 ss.; F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, cit., p. 54 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 21.

fossero ad uso di consumo dell'acquirente o della famiglia, contratti di riporto, imprese di fabbriche, manifatture, operazioni di banca - fossero oggettivamente atti di commercio, anche qualora l'operazione economica fosse isolata e non necessariamente organizzata a livello imprenditoriale⁴³⁷.

Questo implicava, logicamente, che la commercialità dell'atto coinvolto conducesse all'applicazione integrale della disciplina commercialista, qualificata rispetto al corrispondente atto civile (ciò che conduceva, quindi, alla contrapposizione tra locazione civile e commerciale, vendita civile e commerciale, deposito civile e commerciale)⁴³⁸.

All'atto di commercio oggettivo faceva da sponda l'atto di commercio soggettivo. All'art. 4, infatti, veniva previsto che la qualifica di atti di commercio avrebbe irradiato tutti i contratti - oltre quelli previsti, già, all'art. 3 - e le altre obbligazioni dei commercianti - la cui definizione, ricavabile dall'art. 8, faceva riferimento a coloro i quali esercitassero atti di commercio per professione abituale, e le società commerciali - purché non aventi natura essenzialmente civile o se fosse altrimenti risultato dall'atto stesso.

Questa disposizione merita di essere coordinata con quanto divisato all'art. 54 del codice di commercio. In quest'ultima norma, veniva a consacrarsi l'assoggettamento alla disciplina commerciale per ognuna delle parti coinvolte nell'affare, anche qualora, per una di esse, l'atto non avesse avuto, in concreto, una funzione commerciale⁴³⁹. In questi atti, c.d. atti misti, la rilevanza dell'atto, la predominanza delle ragioni del commerciante e la conseguente irrilevanza di una parte civile *ex uno latere* costituiva un nerbo della

⁴³⁷ G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 161; S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), cit., p. 496.

⁴³⁸ Una differente chiave di lettura è quella offerta da G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 540 per il quale la disciplina speciale che riguarda l'atto di commercio «[...] in quanto interessa potenzialmente ogni categoria di soggetti, imprenditori e non imprenditori, sarebbe da considerare [...] diritto civile, se per diritto civile possiamo intendere quello che concerne la generalità dei consociati». Malgrado la convivenza dei due sistemi regolamentari, già E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1933, p. VI ha sostenuto la necessità di una necessitata conoscenza delle distinte norme codicistiche quale supporto irriducibile per la strutturazione dei contratti. Per l'A., infatti, «evidentemente un commerciante od un industriale non può ignorare senza danno le regole della locazione, solo perché il codice di commercio non se ne occupa, e non può servirsi utilmente di quelle poche regole sulla vendita che stanno nel codice di commercio, senza conoscere tutta la struttura del contratto, quale la si ricava dal codice civile».

⁴³⁹ G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 161.

specialità⁴⁴⁰ e dell'autonomia disciplinare del codice del commercio⁴⁴¹, traducendosi in usbergo normativo delle ragioni e delle istanze della classe mercantile⁴⁴².

I dati che sono stati brevemente lumeggiati si inserivano, quindi, in modo conforme alla vocazione ed alla natura esperienziale del diritto commerciale⁴⁴³, rappresentando un corpo organico di norme strutturalmente e funzionalmente distinto dal codice civile⁴⁴⁴, e quindi un'autentica sovrastruttura legale dell'economia di scambio⁴⁴⁵.

Lo scenario, però, muta, radicalmente, nel 1942 con l'entrata in vigore del codice civile unitario in cui rifluisce il codice di commercio e i cambiamenti nel nuovo ordinamento nazionale dei rapporti interprivati vellicano l'interesse della dottrina, al fine di individuare quali sono le principali novità e quale sia la risultante di tale commistione⁴⁴⁶. Ovvero, secondo termini andati assi in voga, se a prevalere fosse stata la commercializzazione del diritto privato oppure la civilizzazione del diritto commerciale⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ Per T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 15 «la specialità del diritto commerciale non deriva dalla specialità della materia regolata, ma dall'emersione in determinati settori di esigenze e valutazioni, pur sempre di carattere generale e come tali suscettibili nello sviluppo storico di una generale applicazione». Cfr. F. GALGANO, voce *Diritto commerciale*, cit., p. 347.

⁴⁴¹ G. AULETTA, voce *Atto di commercio*, cit., p. 199. V. l'analisi di G. DE SEMO, *Sulla posizione del diritto commerciale nell'ordinamento giuridico odierno*, in *Bbt*, 1954, I, p. 534 ss.

⁴⁴² G. ALPA, *Il bicentenario del Code de commerce e le prospettive del diritto commerciale*, cit., p. 295. Secondo, G. AULETTA, *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in AA. VV., *1882-1982: cento anni dal Codice di Commercio*, Milano, 1984, ciò conduce(va) al «[...] risultato di far disciplinare dal diritto commerciale tutti gli atti costitutivi dell'attività, con disciplina funzionale alle relative esigenze».

⁴⁴³ In questi termini, P. SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 170.

⁴⁴⁴ G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 162. Cfr. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., p. 45 ss.

⁴⁴⁵ Così, F. GALGANO, *Integrazione europea e diritto commerciale uniforme*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 613.

⁴⁴⁶ Un quadro problematico è offerto da G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei codici*, cit., p. 523 ss.; ID., *Il diritto civile come diritto privato comune (ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 1 ss. V., anche, G. COTTINO, *Introduzione a un manuale di diritto commerciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 1269 ss.; F. DI SABATO, *L'esperienza italiana dell'unificazione dei codici*, *ivi*, 1988, p. 1127 ss.

⁴⁴⁷ M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 307; G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, cit., p. 148. Cfr. la ricostruzione critica di P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in B. LIBONATI (a cura di), *Giuseppe Ferri e il legislatore. Atti del convegno commemorativo della nascita di Giuseppe Ferri. Roma 23 ottobre 2008*, cit., p. 9 ss. a p. 10 s. per cui a seguito dell'unificazione si poteva assistere ad una «[...] commercializzazione della vita civile, fenomeno questo in continuo progresso nel senso che istituti, atti, valori "commercianti", quindi un tempo propri in principio di una data cerchia di soggetti, i "commercianti" (con una punta di aristocratico disdegno: «speculatori»), oggi penetrano e sono presenti nella vita di tutti». In tema, criticamente, G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, cit., p. 846 ss.

Prima di sviscerare codeste formule, occorre considerare un dato centrale nell'economia della discussione.

Il codice civile ha portato alla soppressione della fattispecie dell'atto di commercio ed al suo posto ha assunto rilevanza l'attività commerciale in forma di impresa e al consolidamento della figura dell'imprenditore in luogo di quella del commerciante⁴⁴⁸, reputato uno speculatore⁴⁴⁹.

Parrebbe, ad una prima impressione, di ritrovarsi dinanzi ad una codificazione che abbia intaccato, *funditus*, il sistema oggettivo di applicazione delle norme specificamente dedicate alla materia di commercio: il che emergerebbe, soprattutto, in modo assai reciso dalla acquisita centralità dell'attività, che nel codice del commercio veniva ricondotta al concetto unitario di atto di commercio, il quale era assunto a paradigma del sistema del diritto commerciale e del quale l'impresa rappresentava solo un esempio⁴⁵⁰.

Ciò malgrado, l'espressione che più felicemente ebbe a rappresentare le novità della codificazione unitaria, di quella chiamata anche svolta storica⁴⁵¹, fu quella - la cui paternità spetterebbe a Ripert - della commercializzazione del diritto privato⁴⁵², la quale equivaleva a certificare una prevalenza dei principi e delle regole del diritto commerciale nella rifusione del codice del commercio nel codice civile⁴⁵³.

⁴⁴⁸ G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 163; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà d'iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 179 ss. V. lo studio collettaneo di C. ANGELICI *et alii*, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008.

⁴⁴⁹ Così, G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 9. Per una ricostruzione giuridico-teorica, ma anche politica e culturale, v. F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, cit., p. 1 ss.

⁴⁵⁰ N. RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, cit., p. 16 ss., p. 35 ss.; G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, cit., p. 981 ss. Secondo G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 110 a seguito della soppressione della duplicità delle fonti e della disciplina delle obbligazioni si conclude la plurisecolare stagione dell'atto di commercio in Italia e si apre ad un nuovo sistema in cui «[...] la relazione atto-attività, nella definizione giuridica di impresa, si inverte. Non è più l'attività imprenditoriale di questo o quel tipo a connotarsi un po' forzosamente, come atto qualificato; ma sono gli atti ad inserirsi nell'attività, costituendone elemento o momenti particolari e concettualmente sottordinati». Per G. FERRI, voce *Diritto commerciale*, cit., p. 926 questo cambiamento rende più sfumata e meno netta la differenza tra diritto civile e diritto commerciale. Anche per G. VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, cit., p. 30 la profonda novità della codificazione risiede nell'aver sostituito al criterio obiettivo dell'atto il criterio subiettivo dell'impresa. Cfr. N. PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1974, spec. p. 97 ss.

⁴⁵¹ A. ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 509 ss.

⁴⁵² In Italia, la paternità dell'espressione apparterebbe a G. VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, cit., p. 21 ss.

⁴⁵³ Secondo, A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, cit., p. 431 «la rifusione nel nuovo codice civile italiano della materia civile e commerciale è avvenuta secondo uno spirito molto più prossimo a quello del diritto commerciale, che a quello dell'antico diritto civile. Sarebbe certamente erroneo interpretare la riforma

Il processo di commercializzazione del diritto privato⁴⁵⁴ sarebbe legato ad una serie di istituti e regole principiati nella codificazione commerciale del 1882 ed inalveatisi, successivamente, nel codice civile⁴⁵⁵. Dal diritto commerciale deriverebbero il concetto di organizzazione di attività e beni, di autonomia del patrimonio sociale⁴⁵⁶; ancora, la matrice commercialista può essere rinvenuta nella generalizzazione di regole ignote al codice civile, come le disposizioni sulla formazione del contratto (artt. 1326-1330 c.c.) - riproducenti le regole commercialiste sul contratto tra persone lontane⁴⁵⁷ - il riconoscimento della vendita di cosa altrui, il contratto concluso con sé stesso⁴⁵⁸.

come una semplice commercializzazione del codice civile; perché il piano e lo spirito del codice sono il piano e lo spirito del nuovo ordinamento corporativo. Ma sarebbe non meno erroneo considerare la riforma come una eclissi dei principi informatori del diritto commerciale. Nel sistema del nuovo codice civile, questi principi rivivono su un piano più alto, dominando con la loro linea tutta la materia del nuovo diritto dell'economia». Concordi, F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, cit., p. 74 s. G. OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, cit., p. 505 rileva che «se la svolta ha commercializzato il diritto civile, altrettanto può ben dirsi che ha in qualche misura “civilizzato” il diritto commerciale e la sua dottrina; il che significa che ha semplicemente unificato l'unificabile». Per G. COTTINO, *Introduzione a un manuale di diritto commerciale*, cit., p. 1270 trattasi di suggello e sanzione di un processo legislativo che ha accompagnato la genesi e l'evoluzione del capitalismo; ID., *Impresa, imprenditore, società tra ieri ed oggi*, in M. SESTA (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Bologna, 1994, p. 217 ss. a p. 226 ha rilevato che la codificazione del 1942 non è apparsa ostile allo sviluppo del capitalismo e dell'imprenditorialità italiana. Di commercializzazione forzata dei rapporti civili parla F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit. p. 75 ss. per cui la commercializzazione del diritto privato appare imposta dalla considerazione per cui «[...] nell'era della rivoluzione industriale, non è più possibile distinguere fra rapporti rilevanti e rapporti indifferenti per la classe imprenditoriale».

⁴⁵⁴ Tra gli studi più recenti, M. MAUGERI, *Capitalismo e diritto civile. itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei. Dialogando con Cesare salvi*, in *Pers. merc.*, 2016, 2, p. 29 ss.; A. ROJO, *Il diritto commerciale ed il processo di unificazione del diritto privato*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber Amicorum Pietro Abbadessa, I, cit., p. 164; R. TETI, *Le evoluzioni del diritto commerciale italiano*, cit., p. 398 ss.; G. GALLI, A. BUCELLI, *Diritto privato commercializzato?*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, p. 1085 ss. Seppur datati, G. SANTINI, *Le obbligazioni e i contratti commerciali*, in AA. VV., *1882-1982: cento anni dal Codice di Commercio*, cit., p. 169 ss.; E. DELL'AQUILA, *La commercializzazione del diritto privato al vaglio della tradizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 1251 ss. L'espressione diritto privato commercializzato può essere letta, seppur incidentalmente, in A. ASQUINI, voce *Codice di commercio*, cit., p. 254; G. FERRI, voce *Diritto commerciale*, cit., p. 923. F. GALGANO, voce *Diritto commerciale*, cit., p. 357 usa la formula diritto privato commercializzato per indicare il fenomeno di adeguamento, in generale, dei testi civili alle realtà economiche internazionali; ID., *Integrazione europea e diritto commerciale uniforme*, cit., p. 615.

⁴⁵⁵ Per T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 26 «l'unificazione del 1942 è stata attuata non già in via di soppressione, ma in via di trionfo dei principi commercialistici, praticamente assunti col codice del 1942 [...] a principi generali di tutto il diritto privato». Ne evidenzia i toni enfatici di tale asserzione, F.D. BUSNELLI, *Diritto privato italiano. Radiografia di un sistema*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 1 ss. a p. 3.

⁴⁵⁶ A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, cit., p. 430.

⁴⁵⁷ P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, spec. p. 49 ss. Il nesso tra la disciplina del vecchio codice di commercio del contratto *inter absentes* (art. 36 c.comm.), le ragioni del commercio e le attuali regole in tema di formazione del consenso è studiato da F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, p. 18 s.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, spec. p. 44 ss.

⁴⁵⁸ R. TETI, *Le evoluzioni del diritto commerciale italiano*, cit., p. 399, nt. 67.

Ulteriori principi mutuati dal diritto commerciale attrrebbero alla tutela del credito e dell'affidamento, oggi capisaldi del diritto delle obbligazioni, e alla correttezza.

Sono, altresì, divenute regole generali, malgrado prima fossero strettamente commercialiste, quelle sulla decorrenza di pieno diritto degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie, quelle sulla presunzione di solidarietà nelle obbligazioni a pluralità di soggetti passivi⁴⁵⁹, quelle circa la risoluzione ed esecuzione coattiva della vendita e quelle sulla prescrizione⁴⁶⁰.

Come accennato prima, però, a rivestire un ruolo centrale nel codice unificato, rispetto a quanto avveniva nel codice di commercio è l'imprenditore e l'impresa. Da ciò si evince la necessità di mettere in relazione la sopra tratteggiata categoria dei contratti d'impresa con queste novità, al fine di capire se il codice civile si atteggi a sistema concluso oppure se residui spazio per un'autonomia e per una sempre forte specialità del diritto commerciale al punto da legittimare l'autonomia d'impresa⁴⁶¹.

Il codice civile unitario è stato concepito come reazione al diritto di classe mercantile ed ha avuto la sua predisposizione e la sua genesi durante il periodo fascista.

Pur essendo assunta ad una posizione preminente, l'impresa, e con sé la sua disciplina, convive con le ragioni e con le peculiarità dell'individuo proprietario.

Ma la prima, per quanto possa essere l'esito di una cosmesi lessicale⁴⁶², deve fare i conti con il metodo dell'economia⁴⁶³, con le stagioni della ricchezza e, quindi, con le

⁴⁵⁹ F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, cit., p. 75. Sull'attuale regime solidaristico (art. 1944 c.c.) in seno al negozio fideiussorio, quale precipitato storico del codice di commercio ottocentesco, e sul rapporto con la commercializzazione del diritto privato v. N. SALANITRO, *Le fideiussioni bancarie*, in *Bbtc*, 1984, I, p. 130 s.

⁴⁶⁰ T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 26.

⁴⁶¹ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 61. Per riflessioni generali, G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, cit., p. 251 ss.

⁴⁶² Nel commentare la centralità dell'impresa nella nuova codificazione, si esprime in questi termini P. SPADA, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 175.

⁴⁶³ Per F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 2374 «il metodo dell'economia vuole che la realtà economica trovi il suo puntuale riscontro nella disciplina giuridica, esige che l'operatore giuridico, legislatore o interprete, lavori con piena consapevolezza di quella varia realtà e dei fini da raggiungere. L'affermazione di quel metodo [...] non segna un divorzio dai concetti, ma porta certo ad un irreparabile distacco dagli schemi concettuali, dalle categorie giuridiche astratte, caratteristiche del nostro, come, e più ancora, di altri codici dell'ottocento, nei quali proprietà è sempre uguale a proprietà, locazione a locazione, contratto a contratto». Nel senso di un costante e necessario adeguamento delle nozioni giuridiche di impresa ai diversi aspetti del fenomeno economico si esprime, A. ASQUINI, *Profili dell'impresa nel nuovo codice civile*, cit., p. 6. V. A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 649 ss.

evoluzioni del mercato, di cui essa è la forza dinamica⁴⁶⁴. La trama dei problemi si infittisce, sino ad arrivarsi a potenziali cortocircuiti sistemici, esattamente, nel momento in cui il contratto entra in contatto con il mercato e, quindi, con l'impresa⁴⁶⁵.

Nel passaggio dalla vecchia codificazione alla nuova, come già si è tentato d'asserire⁴⁶⁶, si è cercato di adombrare gli elementi differenziali che potessero incidere sul contratto: le qualità soggettive delle parti, le caratteristiche oggettive della prestazione dedotta, l'ambito, il livello o contesto ove è sito ciascun rapporto interprivato⁴⁶⁷.

Come si è potuto leggere nel paragrafo precedente, però, rimangono degli indici antitetici.

Le regole approntate agli artt. 1330, 1368, comma 2, 1341, 1342, 1722, n. 4, e 2558 c.c. mettono in esponente l'incidenza degli interessi dell'impresa all'interno del regolamento contrattuale e convergono nel decretarne l'inerenza, l'ambulatorietà e l'insensibilità alle vicende personali dell'imprenditore del contratto d'impresa⁴⁶⁸.

Il contratto, quindi, si oggettiva e assume le sembianze di un fenomeno non solo giuridico ma, anche, economico⁴⁶⁹ dove le logiche e le regole dello scambio sono contaminate dai parametri efficientisti che presiedono all'organizzazione e alla

⁴⁶⁴ G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, cit., p. 278 s.

⁴⁶⁵ Cfr. G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, cit., p. 43 ss. Come spiega C. FOIS, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, p. 111 i problemi si acquiscono quando le esigenze dell'economia produttiva «[...] si trasmettono [...] nella stessa teoria del contratto dove la distinzione fra l'autonomia d'impresa e autonomia contrattuale svela che il supremo valore della libertà, alla quale quest'ultima si richiama, è vulnerato dallo sviluppo planetario del capitalismo e dalle forme, anonime e meccaniche, dei negozi di massa».

⁴⁶⁶ B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, cit., p. 319.

⁴⁶⁷ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà d'iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 155. Cfr. la ricostruzione problematica del tipo contrattuale di G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 14 ss. a p. 90 ss. In questo senso, L. ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato?*, cit., p. 760, laddove è stato asserito che non si possa escludere l'influenza e il condizionamento contrattuale derivante dal ruolo professionale del contraente per saggiarne la meritevolezza degli interessi dell'operazione.

⁴⁶⁸ Per una sintesi storico-politica, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., spec. p. 134 ss., il quale collega queste norme, all'interno del generale fenomeno di commercializzazione del diritto privato, inteso come "capitalistizzazione" della società italiana.

⁴⁶⁹ Già in questo senso, v. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 27.

programmazione delle attività economiche e produttive⁴⁷⁰ e si inseriscono all'interno della cornice di mercato⁴⁷¹.

L'impresa funge da antecedente di una disciplina differenziata dell'attività contrattuale e questo rappresenta già un *vulnus* rispetto alla disciplina generale del contratto riferita all'individuo proprietario e, in conseguenza, potrebbe legittimare il rinverdire o lo scuotimento di una sopita specialità del diritto commerciale⁴⁷².

Potrebbe, però, risultare insufficiente lo sforzo di attendere alla costruzione di una dottrina generale di ascendenza commercialistica imperniata sulle dinamiche d'impresa⁴⁷³, qualora a prevalere fosse la considerazione per cui attraverso l'unificazione dei codici si sia posta formalmente la parola fine all'autonomia del diritto commerciale ed alla sua specialità, non essendo sufficiente rinvenire principi propri e distinti in alcuni ceppi normativi, pur vagamente allusivi alle dinamiche dell'impresa⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà d'iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 155.

⁴⁷¹ Ovvero, dove, secondo N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., p. 24 «[...] i negozi commerciali, tendendo ad assoluta e inequivoca oggettività, si fanno anonimi e ripetitivi». V. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., p. 77 ss.

⁴⁷² Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 4 ove precisa, ricostruendo storicamente le vicende trattate che «[...] se il diritto civile può accontentarsi di una visione del mondo fatta di individui proprietari, ciascuno portatore di libere volontà, e su questa base può elaborare le proprie costruzioni formalistiche [...] il diritto commerciale no: esso ha bisogno di conoscere a fondo una realtà socioeconomica, in cui esistono asimmetrie e diseguaglianze, e di elaborare costruzioni giuridiche che tengano conto dell'importanza della disparità di interessi e di poteri sociali, nonché dei fenomeni collettivi ed organizzati». Cfr., anche, V. BUONOCORE, *Principio di uguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 551 ss.

⁴⁷³ V. le feconde considerazioni di R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, cit., p. 2832 laddove per *fase commercialistica* viene intesa «[...] con tale espressione la esigenza di attendere alla costruzione di una dottrina generale, il cui substrato sia rappresentato da quella che è la concreta realtà economico-sociale del tempo moderno, nelle sue articolazioni strutturali e nei suoi aspetti funzionali».

⁴⁷⁴ G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 164 sostiene che la scienza del diritto commerciale debba affrontare l'impatto con la pratica e con l'alluvione legislativa ma «non c'è più un sistema di diritto commerciale come corpo organico di norme, speciali ma non eccezionali, connesse da principi propri della materia e distinguibili da quelli propri di altre». L'A. precisa, quindi, che «[...] quando si passa, da questa sede e su questa base, alla sistematica degli istituti, il metodo e gli obiettivi non possono essere diversi da quelli a lungo considerati dalla scienza civilistica» (p. 178). Ricorda l'impostazione sistematica di Oppo, C. IBBA, «*Generale*» e «*speciale*» nel diritto dell'iniziativa economica nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 473 ss. In questo senso, anche, G. FERRI, voce *Diritto commerciale*, cit., p. 924. Spiega G. TERRANOVA, *I principi e il diritto commerciale*, cit., p. 384 che l'autonomia del diritto commerciale oggi possa residuare solo in chiave ermeneutica e non normativa in quanto «[...] non esistono norme commerciali o civili; le leggi, ormai, sono leggi e non importa in quale contenitore sono state sistemate». Secondo C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, cit., p. 54 l'unificazione dei codici ha condotto alla soppressione della specialità del diritto commerciale, quale dotato di autonome categorie concettuali e principi generali.

Ancora più decisamente, la questione della resistente specialità e autonomia del diritto commerciale può essere ausiliata dall'incedere dell'alluvionale legislazione speciale in tema di contratti d'impresa⁴⁷⁵.

Questi dati, infatti, possono concorrere a restituire nuovo vigore alla specialità del diritto commerciale, favorendo una declinazione dello stesso in termini di diritto dell'impresa o di diritto del mercato o, ancora, di diritto dell'economia⁴⁷⁶.

L'attitudine dell'impresa a creare nuovi moduli (nuova foggia) contrattuali⁴⁷⁷ che ne possano accrescere la competitività internazionale - vale a dire, quella che suole essere definita come la fantasia dei *mercatores*⁴⁷⁸ - e in cui l'elemento dell'impresa assurge a presupposto tecnico e normativo dei contratti stessi, costituendone elemento essenziale della fattispecie, dà la stura a quel fenomeno che, con espressione sgraziata ma efficace⁴⁷⁹, viene chiamato di ricommercializzazione del diritto commerciale⁴⁸⁰.

Ovvero, trattasi di una proposta culturale e disciplinare che mira a valorizzare una specialità in senso forte del diritto commerciale, attraverso la creazione di nuovi schemi, nuovi concetti e nuove discipline e capace, al contempo di dotarsi di principi autonomi, e suscettivi di applicazione analogica, rispetto al diritto privato comune, senza che ne venga, però escluso, in caso di lacune, il ricorso ai principi di quest'ultimo⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ In questo senso, anche, L. BUTTARO, *L'autonomia del diritto commerciale*, cit., p. 421 ss. In termini generali e problematici, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., p. 48 ss.

⁴⁷⁶ A. ROJO, *Il diritto commerciale ed il processo di unificazione del diritto privato*, cit., p. 156 ss.

⁴⁷⁷ Per R. SACCO, *Introduzione*, in AA. VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, I, *Questioni generali*, Torino, 2004, p. XXVII «il contratto nuovo è quello che reca ancora fresche le tracce della creazione spontanea e autonoma del tipo. Il contratto nuovo è quello assistito da un diritto dispositivo che non ha ancora avuto il tempo di sclerotizzarsi e diventare un diritto autoritativo, né ha avuto il tempo di godere di interventi eteronomi legati alle scelte dei politici. Ogni contratto è atto di autonomia. Il contratto nuovo è il prodotto di un'autonomia incontaminata». Per una sintesi, v. F. ASTONE, *La classificazione dei contratti nuovi*, ivi, p. 479 ss. a p. 500 ss. Diversamente, G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 340.

⁴⁷⁸ Secondo l'espressione di V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, cit., p. 18.

⁴⁷⁹ Con queste parole si è espresso M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 32.

⁴⁸⁰ La teoria è stata elaborata da G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, cit., p. 148 ss.; ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 14 ss.; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 1 ss.

⁴⁸¹ G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, cit. p. 148; ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 14 ss. a p. 18; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 11. Questa teoria si iscrive nel solco di quanto predicato da M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 301 ss. a p. 309.

L'autonomia d'impresa, che della ricommercializzazione del diritto commerciale può esserne considerata il cardine⁴⁸², quindi, trova sostegno e ragione sociale - o, volendo, statuto normativo - sia nelle norme del codice civile testé menzionate, sia nelle norme speciali in materia di contratti d'impresa, differenziandosi dall'autonomia privata.

Essa mira a conferire rilevanza agli interessi dell'impresa coinvolti nelle dinamiche contrattuali, dimostrando insofferenza rispetto alla categoria del contratto individuale come strumento di comprensione e di regolamento dell'attività commerciale moderna⁴⁸³. Essa offre una lettura dell'autonomia contrattuale in cui il singolo contratto non viene problematizzato alla stregua di atto individuale ed isolato bensì inserito nella dinamica dell'attività d'impresa. È agli interessi dell'impresa, nella loro complessità e nel loro dinamico sviluppo, alle specifiche esigenze di essa, che bisogna rivolgere lo sguardo allorché si voglia legittimare contratti atipici - quali, ad esempio, il contratto autonomo di

⁴⁸² M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 3 ss. a p. 73.

⁴⁸³ M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 302 a p. 313. L'A. spiega che «[...] è intorno al concetto dell'impresa, alla fattispecie legale dell'impresa, che si devono oggi ricostruire, attraverso l'elaborazione di nuove categorie giuridiche, quelle norme e quei principi che in altri tempi potevano essere considerati propri di una materia commerciale contrapposta ad una materia civile». Contrario alla prospettiva dell'autonomia d'impresa è A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, cit., p. 7 s. ove sottolinea che ai contratti d'impresa è già assicurata maggiore ampiezza d'autonomia proprio dal fatto di porsi come strumenti di realizzazione dell'attività d'impresa. L'A. rileva che «[...] non c'è bisogno di abbandonare i principi fondamentali del nostro ordinamento per riconoscere ai contratti d'impresa una sfera d'autonomia più ampia di quella che può essere riconosciuta ai contratti non d'impresa. Non si tratta di negare, per essi, i limiti che la legge pone all'autonomia privata: basta tener presente che tali limiti sono, in fatto, più ampi perché la funzione dei contratti d'impresa (di concorrere a realizzare l'attività d'impresa) assurge, per essi, a quel particolare titolo di meritevolezza di tutela da cui dipende - secondo i principi - il riconoscimento della loro legittimità ed efficacia: della loro forza di legge (ex art. 1372 c.c.)». Avverso all'ipotesi dell'autonomia d'impresa, come esplicazione dei contratti d'impresa, è G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 23 secondo il quale « il contratto d'impresa non nuoce alla natura contrattuale dell'atto di autonomia né alla sua considerazione unitaria e non sostituisce una "autonomia d'impresa" alla autonomia contrattuale: penetra invece nella funzione (o causa) del contratto accanto alla meritevolezza codicistica o come espressione della stessa e la qualifica e arricchisce, non la contraddice». Per C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 193 a p. 200 l'autonomia d'impresa si esprimerebbe solo nella disciplina delle condizioni generali di contratto, risultando, invece, per il resto, i contratti d'impresa come espressione dell'autonomia privata. Sempre in questo senso, scrive N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati. (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 728 «contratti come quelli di *leasing, factoring, engineering, franchising, merchandising, trading, know-how*, introdotti dapprima quali contratti atipici e poi progressivamente rafforzati da una solidissima tipicità sociale, rimangono contratti a tutti gli effetti, rispetto ai quali non ha senso ipotizzare un ambito di efficacia diverso rispetto a quello proprio del contratto». Scettico appare L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 58. Così, anche, E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, cit., p. 23 per cui non fecondo appare l'approdo «[...] ad una necessaria "ricommercializzazione" del diritto commerciale preordinata, in quanto tale, a ritagliare un'"autonomia d'impresa" da contrapporre all'autonomia privata individuale, ovvero a rivendicare l'autonomia del diritto d'impresa rispetto al diritto civile comune». Parla di pluralità delle autonomie contrattuali, in luogo della teorizzazione erosiva del primato del codice civile, G. ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, cit., p. 204 ss.

garanzia e il contratto di lease back⁴⁸⁴ - che potrebbero risultare incompatibili se posti in essere da singoli individui⁴⁸⁵. Il collegamento funzionale con la vita dell'impresa legittima l'autonoma (e creativa) capacità contrattuale imprenditoriale, intesa quale autopoesi giuridica affine alle proprie esigenze⁴⁸⁶ e offre la possibilità di arrivare ad una nuova affermazione della specialità forte diritto commerciale⁴⁸⁷. Il valore costruttivo - non descrittivo-terminologico⁴⁸⁸ - dell'autonomia d'impresa, quindi, non passa da una rottura del dato normativo o da uno sconvolgimento delle fonti⁴⁸⁹: trattasi, piuttosto, di favorire un'interpretazione differenziata delle norme sui contratti, per cui se l'impresa e l'individuo proprietario rispondono a due visioni e a due realtà fenomeniche distinte, nel sistema di

⁴⁸⁴ Per una sintesi, L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 295 ss.

⁴⁸⁵ Per A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 534 occorre distinguere l'autonomia d'impresa dall'autonomia dei privati al fine di «[...] cogliere le peculiarità del contratto tra imprese nella circostanza che la qualificazione del fatto, nonché il significato oggettivo dello scambio derivano da elementi ulteriori rispetto alla fattispecie contrattuale, formalmente intesa».

⁴⁸⁶ In questi termini, V. BUONOCORE, *L'autonomia del diritto commerciale nel sistema del diritto privato*, cit., p. 40; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 273 ss. V. gli spunti offerti da G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, cit., pp. 277-296. *Contra*, E. CATERINI, *Costituzione «materiale» e principi «generalisti» europei*, cit., p. 46 per cui «[...] si assiste ad un "ipertrofismo" contrattuale che ne disvela la sua empietà, ossia la sua incapacità di affrontare e regolare conflitti ad esso funzionalmente estranei in un sistema giuridico fondato sulla democraticità, il solidarismo e il personalismo».

⁴⁸⁷ Spiega L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 61 che «la ricerca di uno statuto unitario dei contratti d'impresa [...] può essere delineata [...] ribadendo l'autonomia del diritto commerciale dal diritto civile e valorizzando [...] la c.d. autonomia d'impresa, non solo ai fini dell'applicazione di una determinata disciplina ma anche per estendere i confini posti all'autonomia privata». Cfr., anche, S. DELLE MONACHE, *«Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa)*, cit., p. 498 s. Da un'altra visuale, V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, cit., p. 18 precisa che «[...] dopo la soppressione del codice di commercio si è avuto un fiorire di idee e di proposte di modelli contrattuali ad opera del ceto imprenditoriale che non trova riscontro in nessun altro periodo della storia giuridica italiana, anche se [...] quasi nessuno di tali contratti, ad onta della grande diffusione, ha ancora trovato posto nel novero dei contratti tipici. A riprova, sta il fatto che a nulla è valsa l'unificazione dei codici e il tentativo di togliere specificità normativa alla materia commercialistica, che non la postula in nome di separatezze anacronistiche, ma solo perché la richiede il suo modo di essere e di evolversi, il suo modo di recepire e di sentire ciò che le è intorno, la sua esigenza di soddisfare un ceto irrequieto e naturalmente cosmopolita». Non proprio speculare appare la posizione di S. PATTI, *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile*, cit., p. 94 per cui «diritto dell'impresa non significa infatti diritto commerciale, trattandosi di un settore nuovo del diritto privato con caratteristiche proprie, dove, tra l'altro, dovrebbe confluire la disciplina di moderni contratti di distribuzione e alimento in parte quella dei consumatori».

⁴⁸⁸ A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti d'impresa*, cit., p. 146, dapprima, sostiene che la prospettiva aperta dal concetto di autonomia d'impresa sembra coerente al modo con cui si propone l'impresa sul mercato: «[...] l'atto di autonomia dell'imprenditore sta più nel proporre agli utenti un certo bene o un certo servizio, che nella stipula dei singoli contratti». Successivamente, però, avverte che «nell'attuale stato della legislazione il concetto di autonomia d'impresa può svolgere solo un ruolo ricostruttivo, mancando una adeguata disciplina di riferimento che possa essere organizzata intorno a quel concetto».

⁴⁸⁹ M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 32. Da questa prospettiva, però, con molte perplessità, cfr. V. FARINA, *Attività di impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 85 s. per cui l'attività d'impresa esplicitandosi nella contrattazione di impresa è legata ad una «[...] valutazione della meritevolezza che non potrà essere adottata scindendo "l'autonomia d'impresa" dall'"autonomia contrattuale"».

principi e valori ordinamentali, e quindi, portatori di interessi ad agire legittimamente diversi⁴⁹⁰, altrettanto distinte possono essere le valenze da attribuire al medesimo testo normativo (a seconda che debba applicarsi all'attività d'impresa o al singolo individuo)⁴⁹¹.

Nel convenire con chi ha sostenuto che “il governo della complessità non passa per la riduzione [...] ma soltanto per la comprensione della molteplicità [...] che vuol dire pensare al plurale e cogliere le particolarità, la concreta individualità e le differenze, passaggio obbligato ai fini della organizzazione e della sistemazione di ogni riferimento e entità complessa”⁴⁹², il diritto commerciale, in sintesi (senza che, si badi bene, come previamente accennato, si pergiunga ad una rottura del sistema civilistico attuale od alla erezione di palizzate ideologiche più che disciplinari⁴⁹³), continua a somigliare all'immagine metaforica

⁴⁹⁰ Secondo la teoria di P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 269 ss. per cui una definizione stipulativa di interesse può essere declinata nella ragione per agire, risultata dal procedimento di qualificazione giuridica. L'A. spiega che «[...] la ragione giuridica dell'azione in un sistema costituzionale, come il nostro, fondato sul pluralismo [...] non rimuove ma comprende [...] le ragioni individuali e il loro riferimento di valore» (p. 273).

⁴⁹¹ Precisa M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 40 che «la differenza normativa del diritto delle imprese e dei mercati, rispetto al diritto degli individui proprietari, dev'essere accettata come un carattere fondamentale del diritto contemporaneo; la differenza del referente socioeconomico dev'essere sempre tenuta presente nell'interpretazione delle norme che si riferiscono a figure generali come a costruzioni dogmatiche». In termini di problemi di coerenza della disciplina con la fattispecie v. C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, cit., p. 186. Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 525 a p. 528 s. ove precisa, però, che sia la prospettiva riguardante la riflessione sulla disciplina del contratto in generale, sia quella che considera le peculiarità dei contratti d'impresa convergono «[...] nel valorizzare e accreditare forme di *typengereche Auslegung*: l'interpretazione orientata al tipo consente, infatti, di utilizzare, quale criterio selettivo nell'applicazione delle norme, il modello socio-economico che il legislatore ha visualizzato quale antecedente della disciplina storica. Il che concretamente significa autorizzare l'interprete a disapplicare quelle norme, suppletive ma anche *imperative*, tutte le volte che l'assetto d'interessi che reclama una disciplina presenti caratteristiche diverse e incoerenti con il tipo normativo considerato dal legislatore storico» (su quest'ultimo tema, v. le riflessioni di G. DATILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 712 ss.). In linea, v. L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, cit., p. 988 ss., nt. 18. Cfr. le notazioni critiche di G. CIAN, *Dall'antica bipartizione "contratti civili-contratti commerciali" all'odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, cit., p. 410.

⁴⁹² V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 155. Mutuando le parole di S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 124 al diritto (in generale) si riconosce la funzione ordinante nel conflitto tra «[...] assoluti non compatibili». Interessanti gli spunti di L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 11 ss. a p. 14 ove afferma l'inesauribile percorso, che tocca il diritto civile, che ha condotto all'abbandono della mistica dell'uno per una riemersione delle molteplicità. Cfr. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., spec. p. 428 s. Interessanti appaiono le riflessioni di R. DI RAIMO, *Unità e frammentazione del diritto e del suo sapere*, in ID., M. FRANCESCA, A.C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2011, p. 1 ss.

⁴⁹³ Ciò che conduce V. BUONOCORE, *Contratti civili e contratti commerciali: multa renascentur*, cit., p. 176 a predicare che non occorra «nessuna barriera e nessuna separazione tra le due branche del diritto privato [...] ma esaltazione della complementarità nella diversità: il diritto commerciale alimenta il diritto civile o comune, appunto commercializzandolo; ma lo sviluppo dei traffici crea di continuo nuove esigenze, le quali, a loro volta, domandano istituti nuovi, non certo chiusi ma aperti a tutti».

del ghiacciaio, tratteggiata da Goldschmit⁴⁹⁴ - secondo il quale le questioni commerciali tendono a dissolversi in pianura, vicino al mare del diritto comune, mentre si accrescono nei picchi con la neve dei nuovi contratti e dei nuovi strumenti giuridici -, mantenendo la sua specialità forte nella sua attitudine a sviluppare regole speciali relative ai rapporti che mettono capo all'impresa⁴⁹⁵ e a valutare i problemi dei rapporti economici privati nella loro complessità e nel loro sviluppo dinamico metaindividuale⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Richiamata, da ultimo, da A. ROJO, *Il diritto commerciale ed il processo di unificazione del diritto privato*, cit., p. 164. In termini critici, però, G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, cit., p. 167 per cui «l'unità ha, in termini politici, sottratto in qualche misura il diritto commerciale all'antica accusa di essere una legge di classe, fatta dai mercanti per i mercanti; e, in termini tecnici, ha avuto l'intuitivo vantaggio della semplificazione. Ma l'unificazione può avere [...] anche un costo: il costo della compressione della specialità in nome dell'unità. Il diritto commerciale è stato a lungo considerato come una sorgente perenne, sempre alimentata e sempre alimentante lo stesso diritto civile. Sacrificio del diritto commerciale sarebbe, in questo senso, sacrificio anche del diritto civile».

⁴⁹⁵ S. DELLE MONACHE, «Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), cit., p. 499. V. L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 62 s. Per alcuni spunti, G. VISENTINI, *L'utilità di una definizione di imprenditore commerciale nell'evoluzione della legislazione: la materia commerciale*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 199 ss.; ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale nella crisi economica*, ivi, 2009, I, p. 593 ss.

⁴⁹⁶ G. TERRANOVA, *I principi e il diritto commerciale*, cit., p. 383. F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit., p. 24 s. tratteggia i rapporti tra diritto civile e commerciale asserendo che «[...] il diritto commerciale conquistato, trova la sua rivincita, come Orazio ci dice che l'ebbero i Greci sui Romani, nella colonizzazione culturale del vincitore. Oggi nessun civilista può più sperare di studiare in maniera sensata la disciplina del contratto (o quella della proprietà o della responsabilità civile o dello stesso matrimonio), ignorando quei problemi del mercato che in un tempo, oramai alquanto lontano, riguardavano solo la (volgarotta) categoria dei mercanti e dei loro giuristi. Resta a mio avviso da vedere quali siano questa volta le qualità che hanno trasformato il *captus* in *captor* e se non abbia alla fine prevalso, invece che il più colto, semplicemente il più disincantato». Da ultimo, v. gli spunti critici di C. ANGELICI, *Il diritto commerciale nelle prolusioni*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1057 ss. e D. CORAPI, *Diritto commerciale comparato*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, p. 167 ss. a p. 170 ss. Una interessante lettura è offerta da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 211 s. ove nel distinguo tra diritto privato e diritto pubblico, assume il primo, nel suo complesso, come «[...] categoria giuridica più sensibile e rapida nel cogliere il sorgere di nuovi interessi, il rinnovarsi delle strutture, il nuovo modo di articolarsi e di organizzarsi dell'attività, i nuovi indirizzi della realtà, proprio perché il diritto privato si forma in basso, a contatto diretto con la realtà». Precisa l'A., incisivamente, che «anche se il diritto privato si presenta, pur sempre, come un sistema *rigido*, rispetto al quale è ipotizzabile un contrasto tra il vecchio e il *nuovo*, tra valutazioni tramandate e nuove istanze, in corrispondenza ai mutamenti della realtà, esso tuttavia non soltanto presenta il maggior numero di valvole di sicurezza, che ne consente l'immediato o il graduale adattamento alle nuove esigenze, ma contiene in sé i congegni idonei, perché alla determinazione delle sue regole e delle sue strutture, partecipino tutti i membri della società».

3.2.1. Spunti di comparazione con l'ordinamento francese

Qualche spunto sul tema dell'autonomia d'impresa può essere ricavato dalla lettura del sistema giuridico francese. A differenza del sistema italiano, l'ordinamento francese conosce, tuttora, la contestuale vigenza del codice civile napoleonico del 1804 e del codice di commercio del 1807.

Una prima immediata conseguenza attiene alla positiva partizione tra i contratti civili ed i contratti commerciali che, come si è precedentemente visto, in Italia - a seguito dell'abrogazione del codice del commercio del 1882 - hanno rinvenuto la loro ossatura nelle ricostruzioni dottrinali e nella prassi applicativa (meno, invece, nell'ermeneutica giurisprudenziale).

Appare opportuno chiarire cosa si intenda per contratto commerciale in Francia⁴⁹⁷ e, poi, cercare di rinvenire, comparatisticamente, degli spunti giustificativi della teorizzata autonomia d'impresa.

Esso, nel senso più stretto, rappresenta un atto di commercio, ai sensi di quanto disciplinato dagli articoli L 110-1 ss. del *Code de commerce*; in un'accezione più larga, invece, può essere inteso alla stegua di un impegno che, almeno *ex uno latere*, costituisca un atto di commercio.

Il carattere della commercialità del contratto viene ad essere evinto dall'attività in cui il contratto si inserisce e, quindi, dalla presenza o meno di un commerciante, formula vetusta della figura oggi rappresentata dal professionista e, più in generale, di un'impresa.

Il regime particolare e differenziato del contratto commerciale può rinvenire i suoi assi portanti nelle fonti, nelle regole di formazione ed in quelle di svolgimento ed esecuzione del rapporto contrattuale.

I contratti commerciali sono, almeno tendenzialmente, sottoposti alle regole del diritto comune dei contratti previste dagli art. 1101 ss. del *Code civil*: ciononostante, numerose regole speciali e dall'effetto derogatorio sono divise nel codice di commercio e nelle leggi speciali e consentono di agevolare la conclusione di contratti commerciali e di assicurare loro una esecuzione rigorosa.

⁴⁹⁷ *Ex multis*, F. COLLART DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, 2011, spec. p. 26 ss.; J.-L. KOEHL, *Structures juridiques et contrats commerciaux*, Paris, 1992.

Assai rilevanti sono, anche, gli usi commerciali che possono derogare a disposizioni del codice civile di carattere dispositivo ma, anche, in taluni casi, imperativo.

L'influsso regolatorio del codice civile si appalesa anche in fase di formazione del vincolo contrattuale: ai fini della conclusione del contratto, necessita il concorso dell'accordo, immune da elementi perturbatori della volontà, della capacità delle parti, della liceità e possibilità dell'oggetto, nonché della liceità e dell'esistenza della causa.

Come profilo di demarcazione rispetto al diritto comune, occorre ricordare che nei contratti commerciali, stante le particolari ragioni dei professionisti e, a volte, le complicatezze tecniche legate agli accordi, assumono rilievo i *pourparlers* (in omaggio al generale principio di apparenza)⁴⁹⁸ e gli accordi in tema di rispetto della privacy.

L'esigenza di certezza e celerità degli affari conduce, poi, a rinvenire nella libertà di forma un principio cardinale in tema di formazione del contratto commerciale.

Sotto il profilo esecutivo, invece, pare assistersi ad un autentico ribaltamento rispetto alla snellezza procedurale: infatti, stante la centralità dell'esigenza di protezione del credito, il meccanismo esecutivo è costellato da numerose regole, alcune di derivazione usuaria, volte ad assicurarne una esecuzione affidabile e a proteggere gli interessi del creditore. A tutta prima, possono essere menzionate: *a*) la messa in mora del debitore, che comporta la decorrenza degli interessi al tasso legale e interrompe la prescrizione e trasferisce il rischio del perimento della cosa, può essere fatta valere con atto dell'ufficiale giudiziario (intimazione) oppure per lettera, telegramma o verbalmente; *b*) presunzione della solidarietà passiva (che, invece, opera eccezionalmente nella disciplina di diritto comune)⁴⁹⁹; *c*) mentre in caso di inadempimento totale o parziale, il codice civile appresta le tutele della domanda d'esecuzione o della risoluzione del contratto, i contratti commerciali, spesso, limitano la reazione all'inesecuzione o alla viziata esecuzione al meccanismo della riduzione del prezzo convenuto; *d*) il termine prescrittivo decennale delle obbligazioni derivanti da contratti commerciali; *e*) le controversie derivanti da contratti commerciali sono sottoposte alla giurisdizione commerciale, salvo diversa clausola compromissoria.

Premesse queste brevissime notazioni preliminari, è necessario indirizzare la riflessione su contrattazione d'impresa, che non esaurisce i suoi rivoli nei singoli *tipi*

⁴⁹⁸ Y. GUYON, *Droit des affaires*, Paris, 2003, p. 7.

⁴⁹⁹ F. DERRIDA, *De la solidarité commerciale*, in *RTDComm.*, 1953, p. 329 ss.

presenti all'interno del *Code de commerce*, e rapporto tra autonomia del diritto commerciale francese e diritto comune.

La distinzione tra *Code civil* e *Code de commerce*, come proiezione della più ampia differenziazione tra diritto civile e diritto commerciale, ha conosciuto in Francia opinioni dottrinarie contrastanti.

A fronte di talune volte a riconoscere la necessaria separatezza del *Code de commerce*, quale regime normativo in cui vengono incardinate regole professionali distinte⁵⁰⁰ ed obbligazioni e contratti particolari⁵⁰¹, talaltre voci, malgrado rimaste inascoltate dalla giurisprudenza e, assai minoritarie⁵⁰², hanno auspicato l'approdo ad una codificazione unitaria, sulla scorta del rilievo per cui la distinzione in termini di dualità più che rilevare praticamente, ed apportare benefici, sia del tutto fittizia⁵⁰³.

La pulsione unificatrice, inoltre, è stata accompagnata dalla riflessione per cui molte regole del diritto civile trovino applicazione ai contratti commerciali e ciò decreti lo sgretolamento del particolarismo, prima, e dell'autonomia, poi, del diritto commerciale⁵⁰⁴ ed ancora, che il tentativo di commercializzazione del diritto civile - inteso come necessità di coordinamento tra le due macroaree⁵⁰⁵ - sia stato in larga parte realizzato da una vasta gamma di leggi speciali che hanno esautorato la spinta propulsiva del *Code de commerce*⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ G. RIPERT, R. ROBLLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, I, Paris, 1987, p. 1 ss.; Y. GUYON, *Droit des affaires*, cit., p. 1 ss.; C. GIVERDON, *Le droit commercial, droit des commerçants, le critère de la profession commerciale*, in *JCP*, 1949, 1.770; J. HAMEL, *Les Rapports du Droit Civil et du Droit Commercial en France*, in *ADCIFEI*, 1933, p. 13 ss. Più recentemente, M. GERMAIN, *Le Code civil et le droit commercial, in 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 639 ss.

⁵⁰¹ J. HAMEL, G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Paris, 1954, I, p. 4.

⁵⁰² Come ricorda A. JAUFFRET, *Les rapports entre le droit civil et le droit commercial en France*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, III, *L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 243 s.

⁵⁰³ V. la particolare posizione di L. MAZEAUD, *Vers la fusion du droit civil et du droit commercial français*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, III, *L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 333 ss. a p. 344; e quella di R. HOUIN, *Droit civil et droit commercial en France*, *ivi*, p. 187 ss.; A. WAHL, *Precis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1921, spec. p. 3 a p. 7 ss.

⁵⁰⁴ G. LYON-CAEN, *Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial*, in *RTDComm.*, 1949, p. 577 ss.

⁵⁰⁵ Tema classico di G. RIPERT, *La commercialisation du droit civil français*, Belgrad, 1934. V. i contributi di G. LYON-CAEN, *De l'influence du Droit commercial sur le Droit civil depuis 1804* e E. THALLER, *De l'Attraction exercée par le Code civil par ses Méthodes sur le Droit commercial*, in AA. VV., *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, I, Paris, 1904, rispettivamente a p. 205 ss. e p. 223 ss.

⁵⁰⁶ M. CABRILLAC, *Vers la disparition du droit commercial*, in AA. VV., *Jean Foyer auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit. Écrites en hommage à Jean Foyer*, Paris, 1997, p. 329 ss.

Questa considerazione rinverdirebbe la tesi per cui il *Code de commerce* sia stato, costantemente, inteso come scientificamente inferiore al codice civile⁵⁰⁷, marchiato dallo stigma d'essere un codice satellite⁵⁰⁸, con disposizioni che, quantunque importanti e speciali, risultavano comparativamente insignificanti rispetto all'enorme quantità di principi inglobati nel *Code civil*⁵⁰⁹.

Ora, il succennato profilo della decodificazione può anche offrire una lettura a guadagno delle ragioni dell'autonomia del diritto commerciale. Le leggi speciali in materia di concorrenza⁵¹⁰, banche, assicurazioni, mercati finanziari⁵¹¹, commercio tecnologico offrono un intendimento dei contratti commerciali e del diritto commerciale quale partizione giuridica non solo compressa in un'unico codice ma di respiro più ampio, che si propaga diuturna e multiforme, in ossequio alla storica vocazione universale ed adattabile del diritto commerciale⁵¹².

Anzi, vi è di più. Da parte della dottrina francese non si è mancato di sottolineare che nuove leggi e nuovi schemi positivi rispondono all'esigenza propria del diritto commerciale di offrire delle soluzioni al governo dei temi dell'economia: vale a dire, recepire gli

⁵⁰⁷ D. BUREAU, N. MOLFESSIS, *Le bicentenaire d'un fantôme*, in AA. VV., *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Paris, 2007, p. 61 ss.

⁵⁰⁸ V. LASSERRE-KIESOW, *L'esprit du code de commerce*, in AA. VV., *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, cit., p. 19 ss.; P. STOFFEL-MUNCK, *Le code de commerce: fils du code civil*, in AA. VV., *D'un code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, Paris, 2008, p. 45 ss.

⁵⁰⁹ A. WAHL, *Precis théorique et pratique de droit commercial*, cit., p. 3.

⁵¹⁰ CL. CHAMPAUD, *Les sources du droit de la concurrence au regard du droit commercial et des autres branches du droit applicable en France*, in AA. VV., *Études offertes à Roger Houin*, cit., p. 61 ss.

⁵¹¹ In tema, P. BLOCH, H. DE VAUPLANE, *Droit bancaire et droit financier: Du Code de commerce au Code monétaire et financier*, in P. BLOCH, S. SCHILLER (a cura di), *Quel Code de commerce pour demain? Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, Paris, 2007, p. 227 ss.

⁵¹² Centrale appare il saggio di B. OPPETIT, *La décodification du droit commercial français*, in AA. VV., *Études offertes à René Rodière*, cit., p. 197 ss.; sul medesimo tema, cfr. G. PARLÉANI, *Le «hors-code»*, in AA. VV., *D'un code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, cit., p. 79 ss.; P. PETEL, *Décodification et recodification: un si mauvais code?*, in AA. VV., *1807-2007, Bicentenaire du code de commerce: la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Paris, 2007, p. 23 ss. V. le riflessioni critiche di V. MAGNIER, Y. PACLOT, *Les nouveaux modes d'élaboration des règles commerciales*, in P. BLOCH, S. SCHILLER (a cura di), *Quel Code de commerce pour demain? Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, cit., p. 3 ss. a p. 14 s. In generale v. D. CORAPI, *Diritto commerciale comparato*, cit., p. 176 ss.

adeguamenti sociali costanti, modernizzare le strutture formali, favorire la semplificazione e il governo nella trasparenza⁵¹³.

Il diritto commerciale continua a rappresentare la cornice normativa e culturale dell'attività economica professionale, cui afferiscono le istanze di efficacia, rapidità, ricerca del profitto e di certezza e rigore giuridico⁵¹⁴.

Proprio questa considerazione è parsa centrale per suggerire il passaggio - il superamento - dalla locuzione diritto commerciale alla locuzione diritto dell'impresa, diritto economico⁵¹⁵ o, ancora, diritto degli affari, repute meglio rispondenti a descrivere le complessità sociali e a dare risposta alle istanze contrattuali ed organizzatorie delle imprese⁵¹⁶.

Intendere le vestigia del diritto commerciale assorbite nella formula diritto dell'impresa o diritto degli affari⁵¹⁷ significa provare a decodificare le istanze contrattuali delle imprese, offrire un sistema giuridico che si occupi di produzione e distribuzione della ricchezza senza, però, che vi sia una contrapposizione rispetto al *Code civil*⁵¹⁸.

⁵¹³ A. MALEKI, *La doctrine et le code de commerce: entre émancipation et reconnaissance*, in AA. VV., *D'un code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, cit., p. 63 a p. 72 ss.; P. LE CANNU, *Codes, droit, économie*, ivi, p. 16.

⁵¹⁴ Profili già esaminati un secolo fa in CH. LYON-CAEN, L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, Paris, 1906, spec. p. 6 s. e L. LACOUR, J. BOUTTERON, *Précis de droit commercial*, Paris, 1925, p. 2 ss.

⁵¹⁵ V. G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, 1971. V. CL. CHAMPAUD, *Contribution à la définition du droit économique*, in *Jur. Gen.*, 1967, C., p. 215 ss.; più tardi, ID., *Droit économique comparé et privatisation des économies administrées*, in AA. VV., *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, p. 119 ss.

⁵¹⁶ Di recente, L. VOGEL, *Du droit commercial au droit économique*, in *Traité Ripert-Roblot*, I, Paris, 2016; ID., *Droit européen des affaires: du mythe à la réalité*, in AA. VV., *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, 2001, p. 919 ss. Cfr. J. HILAIRE, voce *Droit commercial*, in D. ALLAND, S. RIALS (a cura di), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 439 ss. In Italia l'accostamento tra diritto commerciale e droit des affaires è stata intentata da G.L. PELLIZZI, *Diritto commerciale o «droit des affaires»*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1988, p. 3 ss.

⁵¹⁷ V. la ricostruzione di A. JAUFFRET, *Les rapports entre le droit civil et le droit commercial en France*, cit., p. 244 per cui il diritto civile è diritto stabile, tradizionale e nazionale mentre il diritto commerciale è evolutivo, essenzialmente internazionale; di recente, J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, Paris, 2013, p. 15 ss.

⁵¹⁸ Contrapposizione che, invece, è stata teorizzata da D. LEFEBVRE, *La spécificité du droit commercial. Reflexion sur la place tenue, en droit privé, par le droit commercial par rapport au droit civil*, in *RTDComm.*, 1976, p. 285 ss. a p. 287 per cui il diritto commerciale si inseriva in un'ottica globale e dinamica mentre, di contro, il diritto civile restava appanaggio di una dimensione elementare, concreta e statica. Cfr. Y. GUYON, *Droit des affaires*, cit., p. 7 ss.

Nei panni di diritto economico, il diritto commerciale moderno rappresenta un banco di prova per le esigenze delle imprese che si affermano nella pratica e nascono dal mondo del commercio e che potranno, poi, tradursi o meno in diritto positivo o extralegale⁵¹⁹.

Il diritto commerciale, nelle nuove vesti, segue, quindi, le tendenze dell'economia, del capitalismo⁵²⁰, in piena aderenza allo spirito primigenio cangiante, evolutivo e transnazionale, offrendo un'impalcatura disciplinare ai negozi delle imprese, alle esigenze del mercato del credito, alle richieste di celerità, rapidità e di affidabilità.

Questi bisogni giustificano, tuttora, l'esistenza e la particolarità di un diritto dell'economia di cui le certezze di sicurezza giuridica siano, propriamente, espressione della normatività⁵²¹.

Al fondo, ad impedire l'unificazione dei codici, risiede proprio il mantenimento di una diversità metodologica e funzionale. Il diritto civile continua ad essere inteso quale diritto dell'individuo proprietario⁵²², senza che rilevi l'elemento della commercialità del contrarre; a differenza di esso, il diritto commerciale è il diritto dell'impresa, del contratto e del mercato, della distribuzione e delle regole della concorrenza.

Malgrado le interazioni tra regole del *Code de commerce* e diritto civile, le specificità giuridiche di fondo residuano, soprattutto, in termini di rapporto tra libertà economiche e ordine pubblico⁵²³ e in termini di metodo - ove spiccano i caratteri dell'universalità e della specialità⁵²⁴ - e ciò impedirebbe d'addivenire ad una effettiva codificazione unitaria. Piuttosto, come acutamente osservato nello schieramento generale delle posizioni, il diritto

⁵¹⁹ J. VAN RYN, *Autonomie nécessaire du droit commercial*, in *RTDComm.*, 1953, p. 565 ss. a p. 569; J.-M. LELOUP, *La création de contrats par la pratique commerciale*, in AA. VV., *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Paris, 1986, p. 167 ss.; J. PAILLUSSEAU, *Les contrats d'affaires*, in L. CADIET (a cura di), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, 1987, p. 169 ss.

⁵²⁰ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951; più recentemente, S. TORCK, *Les visages du capitalisme au travers des deux codes de commerce*, in AA. VV., *D'un code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, cit., p. 113 ss.

⁵²¹ V. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (a cura di), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, 2008.

⁵²² P. RESCIGNO, *L'«individualismo» nel «Code Napoléon»*, in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, p. 126 ss.

⁵²³ Su cui, R. SAVATIER, *L'ordre public économique*, in *Dalloz*, 1965, p. 37 ss.; A. COURET, *Codes de commerce, libertés économiques et ordre public*, in AA. VV., *D'un code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, cit., p. 99 ss.

⁵²⁴ V. G. HORSMANS, *L'enseignement du droit commercial*, in P. BLOCH, S. SCHILLER (a cura di), *Quel Code de commerce pour demain? Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007*, cit., p. 299 ss.

civile assumerebbe una modulazione in chiave di diritto sociale mentre il diritto commerciale resterebbe autonomamente inteso quale diritto economico⁵²⁵.

Dalla epidermica analisi francese è emersa, ben chiara, l'esigenza di continuare ad affermare l'autonomia del diritto commerciale quale sistema giuridico in grado di offrire risposte concrete alle esigenze contrattuali nazionali ed internazionali delle imprese, ai bisogni di certezza, rigore e speditezza dei traffici negoziali⁵²⁶. Il che, in linea di principio, potrebbe offrire legittimità alla ricostruzione dell'autonomia d'impresa, quale fonte del sistema dei relativi rapporti contrattuali⁵²⁷.

⁵²⁵ R. SAVATIER, *Droit civil et droit commercial*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, III, *L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 527 ss. a p. 532. V., anche, l'analisi di M. GERMAIN, *Le Code civil et le droit commercial*, cit., p. 639 ss. Per un'impostazione differente, secondo la quale il diritto economico trascenda sia il diritto civile che il diritto commerciale, cfr. M-A. FRISON-ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, Paris, 2005, pp. 18-21. Per una notazione italiana sulla dimensione e sui principi che innestano il diritto privato (in rapporto al diritto pubblico), v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 87 ss. In rapporto tra diritto dell'impresa commerciale e diritto privato cfr. G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, cit., p. 46.

⁵²⁶ Secondo L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 37, il quale analizza l'autonomia moderna del diritto commerciale in rapporto al diritto civile, «non si tratta, pertanto, di replicare una distinzione di fonti e di ambiti disciplinari, bensì di accertare una differenziazione di funzioni, rivitalizzando la vocazione generalista cui lo stesso Codice civile italiano si è informato mediante l'opera di "commercializzazione", la quale merita di essere ripresa e ammodernata negli strumenti e nelle modalità attuative».

⁵²⁷ Così, L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 37. In generale sul valore epistemologico e sulla portata del concetto di autonomia delle singole partizioni giuridiche, quale può essere il diritto commerciale, cfr. J.-P. CHAZAL, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, in AA. VV., *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 288 ss.

4. Diritto del mercato globale, lex mercatoria e autonomia d'impresa

In una agli indici sinora rilevati, occorre valutare la possibilità di evidenziare un altro fondamento, assai particolare, dell'autonomia d'impresa⁵²⁸, che si genera all'interno del prisma di un mercato globale⁵²⁹ e si propaga nella diffusione delle regole oggettive del commercio internazionale⁵³⁰ e nell'uniformazione delle pratiche contrattuali: ovvero, nella rinascita del fenomeno della lex mercatoria⁵³¹.

⁵²⁸ Nel senso che la ricostruzione della prassi contrattuale internazionale non instrada il diritto privato d'impresa verso una feconda elaborazione critica, v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 30.

⁵²⁹ Il tema della globalizzazione ha suscitato notevole attenzione da parte dei giuristi, in specie nei rapporti con la dinamica contrattuale. *Ex multis*, L. DI NELLA, *Mercato e contratto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 32 ss. a p. 36 ss.; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 625 ss.; A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, trad. it., Roma, 2004; M. ZACCHEO, *Le "tuileries" del diritto privato*, cit., p. 33 ss. a p. 37 ss.; F. CASUCCI, *Il diritto 'plurale'. Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Napoli, 2004; A. GAMBARO, *Alcuni appunti sugli aspetti istituzionali della cosiddetta globalizzazione*, in *Soc. dir.*, 2005, p. 229 ss.; U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e i suoi limiti*, Napoli, 2005; V. ROPPO, *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 515 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; ID., *Lex mercatoria*, cit., *passim*; ID., *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 177 ss.; ID., *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 353 ss.; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006; S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, Padova, 2009; S. PATTI, *La "globalizzazione" e il diritto dei contratti*, in *NGCC*, 2006, II, p. 149 ss.; ID., *La globalizzazione del diritto e il contratto*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 495 ss.; G. ALPA, *Il bicentenario del Code de commerce e le prospettive del diritto commerciale*, cit., p. 303 ss.; P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 245 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., p. 69 ss.; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss.; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, *ivi*, 2008, p. 867 ss.; ID., *L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, in *NGCC*, 2014, II, p. 143 ss.; F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1344 ss. a p. 1360 ss. Assai importanti sono i contributi, in chiave storica, di P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 715 ss.; ID., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss. Cfr., anche, A. MAZZONI, *Concorrenza, coordinamento e conflitti tra le regole di mercato*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 716 ss.

⁵³⁰ In tema, rilevanti sono le opere di M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, Milano, 1976; F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Tratt. Galgano*, LIV, Padova, 2010; A. FRIGNANI, M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Tratt. Galgano*, XII, Padova, 2010; F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008. V. L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, 1994.

⁵³¹ V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, cit., p. 8 precisa che «non è certamente un caso che, nei tempi passati, è stata proprio la classe mercantile a darsi regole autonome raggruppate sotto l'espressione *Lex mercatoria*, prepotentemente riemersa nel dibattito dottrinario di questi ultimi tempi proprio perché si ha sempre più a che fare con un diritto uniforme e si deve sempre più attingere a fonti transnazionali o comunque diverse dalle norme legali e regolamentari che, in via immediata o indiretta, opereranno sul regime e prima ancora sul modo di atteggiare e di configurare i rapporti commerciali». Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit., p. 180.

La globalizzazione, quando lambisce le dinamiche giuridiche, tende a manifestarsi alla stregua di un processo poliedrico e polimorfo⁵³²: a mo' di esempio, può rilevarsi il mutamento dei quadri relazionali in tema di diritti umani, identitari⁵³³ e assiologici⁵³⁴ e, ancora, l'infittirsi e l'addensarsi delle problematiche politiche e tecniche in materia contrattuale. Lo scrutinio che ci si appresta ad effettuare muove proprio da quest'ultima angolatura, cercando di capire come la dinamica territorio-sovranià-contratto⁵³⁵ costituisca una visuale prospettica attraverso cui poter legittimare l'autonomia d'impresa.

Con l'avvertenza che, comunque, il fenomeno della globalizzazione giuridica continua a sortire effetti molteplici e conseguenze disparate nonché vedute, non infrequentemente, contrastanti⁵³⁶.

Al fondo della considerazione d'insieme sull'uniformità del diritto⁵³⁷ s'inserisce un dato assai significativo: quello della progressiva espansione e della acquisita centralità del

⁵³² Secondo U. BRECCIA, *Aperture e atipicità delle fonti dei rapporti obbligatori*, in *www.juscivile.it*, 2016, p. 181 «[...] le descrizioni generiche in termini di “globalizzazione” o di mondializzazione del diritto (portano con sé) il rischio di far affondare nell’oceano oscuro dell’indistinzione un coacervo di problemi giuridici diversi, le cui pseudo-proposte di soluzione risentono di semplificazioni arbitrarie». In tema, A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., pp. 168-170, p. 176 ss. V. la riflessione critica sul rapporto tra globalizzazione dei mercati, autonomia privata e tutela del consumatore di P. BARCELLONA, *Autonomia privata e diritto sovranazionale*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara (Catania, 12-14 settembre 2002)*, cit., p. 693 ss. Cfr. lo spaccato critico offerto da V. CAPORRINO, *Pluralismo e tecniche di regolamentazione*, Napoli, 2012 (dove a p. 175, in riferimento alla lex mercatoria, non manca l'espressione di un diritto poliedrico). Cfr. F. CASUCCI, *Il diritto 'plurale'. Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, cit., p. 33 ss. a p. 73 ss. Di recente, A. DI MAJO, *Codice civile e globalizzazione*, in P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, cit., p. 235 ss.

⁵³³ Sul tema, P. RESCIGNO, *Globalizzazione e diseguaglianza*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, Napoli, 2013, p. 1941 ss.; S. RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2000, p. 765 ss.; G. MARINI, *'Globalizzazione attraverso i diritti' e metamorfosi del diritto comparato*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, cit., p. 349 ss.; ID., *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Pòlemos*, 2010, 1, p. 31 ss.

⁵³⁴ V. le interessanti riflessioni di L. DINELLA, *Mercato e contratto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 32 ss. e di M. COSTANZA, *Spaesamento assiologico*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 77 ss.

⁵³⁵ Il profilo è stato approfondito in N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2013.

⁵³⁶ Per alcuni rilievi critici, A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 761 ss. a p. 770; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 30. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, cit., p. 529 ss. a p. 531. V. H. COLLINS, *Cosmopolitanism and Transnational Private Law*, in *ERCL*, 2012, p. 311 ss. Per interessanti riflessioni, cfr. E. LECCESE, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 92 ss.

⁵³⁷ Per una ampia prospettiva, R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 15 ss.; L. MOCCIA, *Dal «mercato» alla «cittadinanza»: ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 395 ss.; ID., *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, *ivi*, 2011, p. 767 ss.

contratto che, in una dinamica, per l'appunto globale, esautora il primato della legge, destruttura la norma positiva, e cerca di dare risposte concrete ed immediate alle esigenze delle imprese, quale meccanismo di autoregolazione privata⁵³⁸.

I dati fattuali più evidenti⁵³⁹, connessi all'intendimento del contratto quale principale strumento di innovazione giuridica - nonché di legittimazione politica e sociale⁵⁴⁰ -, appaiono essere quelli della transnazionalità e della spontaneità⁵⁴¹: su queste basi, la contrattazione d'impresa prova a recuperare spazi vitali di competitività, affrancandosi dalle stringenti maglie degli ordinamenti positivi, che consentano di incrementare la capacità di adattamento nei mercati internazionali e di governo dell'atipico⁵⁴².

⁵³⁸ V. i rilievi complessivi di G. ALPA, *Sulla evoluzione del diritto contrattuale. Dalle categorie alla prassi*, in G. GITTI, F. DELFINI, D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova. Prospettive e limiti dell'autonomia privata*, I, Milano, 2015, p. 57 ss. V. M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, cit., p. 265 ss. a p. 276. Sull'incidenza della lex mercatoria sul diritto dei contratti, in una panoramica più complessa, E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93 ss. V., anche, G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1443 ss. a p. 1447 s.; ID., *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, ivi, 2013, p. 749 ss. a p. 760 s.

⁵³⁹ Spiega P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, cit., p. 181 che l'universalismo giuridico non «è reclamato soltanto da istanze di indole etica, ma da esigenze ben concrete e carnali degli stessi traffici economici». V. G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, cit., p. 843 ss.

⁵⁴⁰ F. GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Soc. dir.*, 1990, p. 158; ID., *Lex mercatoria*, cit., p. 243. Cfr. P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della disciplina applicabile*, in AA. VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della rassegna di diritto civile*, cit., p. 531 s.; cfr. l'analisi da un'angolazione storica di R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., spec. p. 12 ss. a p. 29 ss.; ID., *Dichiarazione, ricezione e consenso*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cit., p. 157 ss.

⁵⁴¹ Specificamente sul tema, F. SBORDONE, *La lex mercatoria tra fatto e diritto. Riflessioni sulla natura di un preteso sistema regolamentare autosufficiente dei rapporti contrattuali internazionali*, in T.G. TASSO (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011, p. 53 ss. Come avverte C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 361 ss. a p. 365 s. ove può leggersi che «il fondamento giuridico della spontaneità non può essere imperniato sul dato corporativo. Può imperniarsi solo sul contratto, in termini più ampi sull'autonomia privata individuale: non certo nel senso, preciserei, di un contratto "autosufficiente", ma per il suo significato di strumento essenziale e imprescindibile per l'attività commerciale, che con essa in definitiva s'identifica, e che come tale è riconosciuto in tutti gli ordinamenti nazionali, in questo senso assumendo una dimensione "transnazionale"». V. P.G. MONATERI, *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, in *Soc. dir.*, 2005, p. 229 ss. Su spontaneità e costumi nel diritto commerciale, B. OPPETIT, *La survie de la coutume et du droit spontané*, in ID., *Droit et modernité*, Paris, 1998, p. 41 ss.; F. TERRÉ, *Coutume et commerce*, in AA. VV., *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, cit., p. 37 ss. Ora, D. CAHEN, *Droit du commerce international et modernité*, in AA. VV., *Études à la memoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, 2009, p. 109 ss.

⁵⁴² A. MAZZONI, *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, cit., p. 857; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 361 ss. E per una riflessione più vasta, ID., *Le nozioni di «tipico» e «atipico»: spunti critici e ricostruttivi*, in AA. VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, p. 3 ss.; A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 165 ss.

Vengono convocate, in linea teorica, riflessioni che decretano, subito, l'insufficienza a ricomprendere in una dimensione squisitamente nazionale il diritto dell'impresa⁵⁴³. Ed il contratto dell'impresa, genotipo del diritto dell'impresa, raduna attorno a sé complessità ed interessi suscettivi di incidere sulle tradizionali partizioni del diritto civile dei contratti⁵⁴⁴.

Il contratto che l'impresa conclude nell'ambito di trattative internazionali è un accordo assai tecnico-specialistico⁵⁴⁵, sovente redatto in lingua inglese⁵⁴⁶, massimamente conchiuso (per ambizione)⁵⁴⁷ e strutturalmente uniformato a standard internazionali, con il conseguente abbandono dell'ombrello protettivo del codice civile⁵⁴⁸. Proprio l'esigenza di uniformità, valore sommo, consegna al contratto la capacità di adattarsi a plurimi e differenti scenari soggettivi ed oggettivi, senza patire le singole peculiarità normative nazionali⁵⁴⁹. Trattasi, frequentemente, di contratti atipici redatti dagli uffici legali delle

⁵⁴³ G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, cit., p. 263.

⁵⁴⁴ Per G. PALMIERI, *Le grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea*, cit., p. 258 «il diritto dell'impresa, pertanto, si segnala come luogo privilegiato di emersione di conflitti tra una vastissima gamma di interessi, tutti in sé leciti e meritevoli di tutela». Spiega G. D'AMICO, «*Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., p. 339 che «[...] ogni sistema legislativo reca in sé una inevitabile "rigidità", quanto meno nel senso della lentezza (se non della resistenza) ad adattarsi al continuo evolversi della vita degli affari».

⁵⁴⁵ Sulle più frequenti clausole nella contrattualistica internazionale, v. i contributi apparsi in G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, Milano, 2016. Alcuni spunti, anche, in P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, *La formazione*, Torino, 2011, pp. 3-7. Importanti indici sono ricavabili in M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, cit., p. 21 ss.; D. CORAPI, R. TORINO, *Evoluzione dei sistemi economici e nuovi modelli contrattuali*, in AA. VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, I, *Questioni generali*, cit., spec. p. 39 s.; A. MUSY, *Il linguaggio dei nuovi contratti*, ivi, p. 617 ss.

⁵⁴⁶ V. E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 282 ss.; C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Milano, 2003; D. MEMMO, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, in *Tratt. Galgano*, XLVII, Padova, 2007, spec. p. 168 ss. a p. 185 ss.; M. BALSAMO, *Tecniche di redazione dei contratti internazionali*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010, p. 359 ss.

⁵⁴⁷ Ad usare le parole di P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, cit., p. 409 ss. si tratterebbe di un contratto "rude", caratterizzato da estrema importanza dei testi, conseguente lunghezza, con pochi obblighi e responsabilità estranei al regolamento contrattuale. Questo contratto, al contempo, si porrebbe in antitesi ad un contratto "rugiadoso" (caratterizzato da uno spirito cooperativo e dall'insistere della buona fede, nonché di correttivi interventi giudiziale). In riferimento al profilo ermeneutico, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, cit., p. 641.

⁵⁴⁸ Per usare le parole di G. IUDICA, *L'influenza della globalizzazione sul diritto dei contratti*, cit., p. 145.

⁵⁴⁹ D. VALENTINO, *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror-image rule*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 392 s. sostiene l'importanza di un'interpretazione uniforme ed armonicamente allineata della norma italiana in tema di accettazione non conforme alla proposta alla normativa comunitaria ed internazionale. Per l'A. ciò si iscrive in un più generale processo di globalizzazione economica che spinge all'individuazione di regole contrattuali certe. Scrive, espressamente, che «la creazione di regole comuni è fattore di "fluidità degli scambi" e diventa strumento promozionale per la competitività del mercato europeo nel

multinazionali⁵⁵⁰, braccio armato della *business community*, o degli *ipermercatores*⁵⁵¹, che producono un sistema di regole private, insofferente (e indifferente⁵⁵²) ai diritti positivi⁵⁵³, e giustificato dall'effettiva esigenza di contrattazioni immediate, fluide e sicure⁵⁵⁴.

Si è dinanzi, pertanto, ad una produzione di regole che si afferma e si diffonde tramite i modelli della prassi contrattuale⁵⁵⁵ e che conduce, di conseguenza, a delle riflessioni. La prima considerazione attiene al rapporto tra economia globalizzata, sovranità statale ed istanze contrattuali delle imprese. La globalizzazione delle relazioni economiche ha, progressivamente, messo in crisi il monopolio legislativo statale, consentendo l'incedere

mercato globale. Esigenze che il giurista non può non considerare nella scelta di soluzioni interpretative coerenti con il sistema, ma sensibili alle esigenze del mercato».

⁵⁵⁰ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 245 s. precisa che, a testimonianza della centralità del valore dell'uniformità internazionale, può rilevarsi che «[...] le case madri delle multinazionali trasmettono alle società-figlie operanti nei continenti le condizioni generali predisposte per i contratti da concludere, accompagnate da una tassativa raccomandazione, che i testi contrattuali ricevano una pura e semplice trasposizione linguistica, senza alcun adattamento, neppure concettuale, ai diritti nazionali dei singoli Stati; ciò che potrebbe compromettere la loro uniformità internazionale»; S. PATTI, *La globalizzazione del diritto e il contratto*, cit., p. 498. V. F. SBORDONE, *La lex mercatoria tra fatto e diritto. Riflessioni sulla natura di un preteso sistema regolamentare autosufficiente dei rapporti contrattuali internazionali*, cit., p. 57, p. 73, p. 91 ss. Di sicuro rilievo è l'opera di Y. DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinazionale du droit*, Paris, 1992. V. L. DABIN, C. DEL MARMOL, *Les forcés créatrices du droit et des juristes au cœur des entreprises*, in AA. VV., *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Paris, 1997, p. 245 ss.

⁵⁵¹ Secondo quanto sostiene G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, cit., p. 870 ss.

⁵⁵² S. PATTI, *La globalizzazione del diritto e il contratto*, cit., p. 496.

⁵⁵³ Criticamente, P. FEMIA, *Benito Cereno in Bucovina*, in A. FEBBRAJO, F. GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato*, Milano, 2013, p. 96 osserva che «[...] le stesse multinazionali che sfuggono dal diritto statale cercano volentieri una regola statale (che vorrebbero uguale in tutti gli stati) che chiuda rapidamente le controversie con i consumatori. La potenza decisoria del giudiziario tradizionale (quello che dice sulla base di norme valide) è una risorsa che il diritto transnazionale non ignora affatto e che utilizza strumentalmente».

⁵⁵⁴ Cfr. la limpida ricostruzione di N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati. (Spunti di riflessione)*, cit., p. 732 ove sostiene che trattasi di un modo di produzione della regola «[...] che si giustifica in chiave di effettività e risulta sovente costruito nel tentativo di sterilizzare la disciplina e l'efficacia di contratti internazionali dal vincolo condizionante di criteri di collegamento con i singoli ordinamenti nazionali, spesso fortemente limitativo di una puntuale realizzazione degli interessi delle parti in un quadro di rapporti che tende a svincolare la composizione degli interessi economici dalle diversità dei vari sistemi legislativi».

⁵⁵⁵ G. ALPA, *I contratti d'impresa, i regolamenti e gli usi normativi*, cit., p. 45.

di un diffuso policentrismo regolatorio⁵⁵⁶ in cui sono coinvolte istituzioni sia nazionali che internazionali, pubbliche e private⁵⁵⁷.

Ciò ha, quindi, condotto ad una progressiva inadeguatezza delle tipiche categorie del sistema di sovranità chiuso a far fronte alla complessità del sistema aperto del mercato internazionale⁵⁵⁸. Le imprese, ivi operanti, al fine di incrementare i traffici e di guadagnare posizioni di competitività nei mercati di riferimento, non richiedono riforme legislative, o codificazioni che incidano sul diritto dei contratti⁵⁵⁹ e che possano rigidamente comprimere la sfera d'autonomia⁵⁶⁰. Anzi, provano ad emanciparsi⁵⁶¹ e ad affrancarsi da categorie e schemi tradizionali⁵⁶².

⁵⁵⁶ P. FEMIA, *Benito Cereno in Bucovina* cit., p. 96 si esprime in termini di *Ausdifferenzierung* del giuridico: «[...] azione congiunta di linguaggi giuridici formali e aformali, [...] interazione di sistemi normativi con differenti capacità di effettualizzazione».

⁵⁵⁷ Circa le nuove forme di “normatività”, A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 991 ss. a p. 1000 ss., p. 1050 ss.; inoltre, cfr. V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 283 a p. 292 ss.; H. SMIT, *The universalization of private law*, in AA. VV., *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc*, Paris, 2005, p. 335. Cfr. le serrate critiche di M. BUSSANI, *La globalità asservita e il dirottamento dello Stato*, in S. CHIGNOLA (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, 2012, p. 222 ss. a p. 233 ss.

⁵⁵⁸ V. A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 181 ss. a p. 198 ss. Scrive F. CASUCCI, *Il diritto 'plurale'. Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, cit., p. 41 s. che «il mercato che si va così delineando è il frutto di un avanzato e contraddittorio fenomeno di erosione e di sviluppo socio-economico, che cerca il proprio assetto al di fuori della statualità e secerne, dal punto di vista giuridico, veri e propri “mismi”, ossia mescolanze profonde di idiomi e concetti, comprensibili ma non giustificabili, destinati ad affiorare come rocciose convinzioni elitarie».

⁵⁵⁹ Da una diversa prospettiva, I. SCHWENZER, *Global Unification of Contract Law*, in 21 *Uniform Law Review* (2016), p. 60 ss. In chiave critica sull'armonizzazione europea del diritto contrattuale, V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica, e non apologetica*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 25 ss.; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 173 ss. Utili sono le riflessioni di P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 143 ss. a p. 160 ss.

⁵⁶⁰ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 242 asserisce che «l'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamò l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative: il quadro del diritto codificato resta immutato. Ma resta immutato perché sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche. Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto»; L. DI NELLA, *Mercato e contratto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 74 ss.

⁵⁶¹ S. PATTI, *La “globalizzazione” e il diritto dei contratti*, cit., p. 150; G. ALPA, *Il bicentenario del Code de commerce e le prospettive del diritto commerciale*, cit., p. 303.

⁵⁶² V. l'analisi di F. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, *Diritto privato*, II, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 483 ss. a p. 496 ss. Scrive N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in A. FEBBRAJO, F. GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato*, cit., p. 15 s. che «il potere delle imprese è bensì un potere privato, un potere organizzativo di beni e lavoro, ma tale che, mediante strategie di mercato, è in grado di orientare la politica economica dell'intero Paese; e tale da svolgere ‘ingerenze coercitive’ nella vita di milioni di lavoratori e consumatori. Il contratto, da accordo fra soggetti uguali, si trasforma in strumento di dominio sui detentori di forza-lavoro e sui consumatori. La libera concorrenza, da processo selettivo di capacità imprenditoriali, in pirateria finanziaria e guerra illimitata. Questo potere *non si lascia*

A prevalere, in luogo delle convenzioni internazionali di diritto uniforme⁵⁶³, basti pensare alla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, e di direttive europee regolamentanti determinate fattispecie, sono i modelli contrattuali uniformi, espressivi delle istanze di circolazione internazionale di prassi negoziali⁵⁶⁴ e prodotti dagli stessi operatori⁵⁶⁵. Il contratto assurge, per antonomasia, a strumento giuridico della globalizzazione⁵⁶⁶ e ciò, anche in una prospettiva di diritto interno, potrebbe intaccare il sistema delle fonti del diritto, producendone, addirittura come ravvisato, una nebulizzazione⁵⁶⁷.

Sistema che, di fatto, non assegna alcuna valenza in termini di fonte normativa al contratto, relegandolo a mera modalità applicativa del diritto⁵⁶⁸ ma, ciononostante, non può

raggiungere dal diritto se non in brevi ed esili frammenti. Esso, al pari della tecnica, è segnato dalla s-confinatezza. L'essenza della tecnica, come volontà di sfruttare e manipolare il mondo; e l'essenza dell'economia, come insoddisfatta e indefinita volontà di profitto; queste essenze, o forme della volontà, rifiutano la chiusura dei confini e la determinatezza dei luoghi. Esse sono radicalmente a-topiche, senza luogo, e perciò possono diffondersi e impiantarsi ovunque».

⁵⁶³ V. gli spunti di Y. LEQUETTE, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, in AA. VV., *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Paris, 1986, p. 185 ss.; L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, cit., p. 16 ss.

⁵⁶⁴ Circa l'uniformazione contrattuale, spiega A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in ID. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 33 che «quest'ultima proposta si regge essenzialmente sull'argomento che una regola contrattuale uniforme riduce i costi delle negoziazioni, segnatamente nella dimensione dei contratti transnazionali, in quanto sarebbe in grado di assicurare una più agevole conoscenza e fruibilità della regola giuridica applicabile, in una prospettiva che si asserisce coerente soprattutto con le esigenze delle piccole e medie imprese che, altrimenti, sarebbero indotte a preferire partner contrattuali nazionali a scapito dei concorrenti comunitari». Ancora, per l'A. «in effetti, è ragionevole quantomeno dubitare che codificare il diritto dei contratti sia per sé sufficiente ad attingere un'uniformità in termini di diritto».

⁵⁶⁵ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss. Parla di regole che vengono prodotte dalla professione giuridica per la professione giuridica, P.G. MONATERI, *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, cit., p. 229.

⁵⁶⁶ Così, A. GAMBARO, *Alcuni appunti sugli aspetti istituzionali della cosiddetta globalizzazione*, cit., p. 229 ss. Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, in *Contr. impr.*, 2007, spec. p. 17 ss. Parla di capitalismo a contratto, G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, p. 15 ss.

⁵⁶⁷ V. gli spunti di F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., p. 19 s., p. 89 ss. Come da ultimo ha descritto, N. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 873 ss. a p. 874. In tema, U. BRECCIA, *Aperture e atipicità delle fonti dei rapporti obbligatori*, cit., p. 188 s. Di recente, anche, F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Sacco*, I, *Le obbligazioni*, Torino, 2015, p. 104 ss. In una panoramica più complessa, P. FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in P. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, cit., p. 39 ss.

⁵⁶⁸ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 243 avverte che «le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto fra le fonti normative; ma se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo. Il contratto prende il posto della legge anche per regolare la società civile». V. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 1 ss. Alcuni spunti interessanti possono essere evinti in M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, cit., p. 167 ss. a p. 178 per cui «nel contratto, il diritto trova una fonte individuale di produzione; e proprio in

non evidenziarsi che proprio il contratto, nel consentire un adeguamento repentino e costante degli interessi dell'impresa agli scenari globali, fa emergere in modo preponderante il ruolo degli attori privati circa il processo di produzione normativa⁵⁶⁹. Come è stato evidenziato, non è disagevole sostenere di trovarsi dinanzi al meccanismo per cui le norme sono create a colpi di contratto; il contratto tende a farsi prassi; la prassi genera l'uso; l'uso produce la norma⁵⁷⁰.

Provando a mantenere la circolarità del discorso, occorre rilevare che proprio l'uso derivante dalla prassi, il c.d. uso contrattuale, acquisisce una sempre maggiore rilevanza ai fini dell'uniformazione delle pratiche giuridiche⁵⁷¹.

Questo dato va letto all'interno dell'economia complessiva del codice civile attuale. L'uso, infatti, risulta essere una fonte sussidiaria, complementare, come si evince dall'art. 1 disp. prel. c.c., la cui efficacia può essere dispiegata, solamente, ove lo stesso venga espressamente richiamato nelle materie regolate da leggi e regolamenti (art. 8 disp. prel. c.c.)⁵⁷².

Questa ricognizione delle fonti è figlia, prevalentemente, dell'unificazione codicistica e rappresenta, con risolutezza, l'abbandono delle fonti commercialistiche, come previste

quanto le parti sono le "forze creatrici" del contratto». In linea, A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, cit., p. 69 ss. Da un'angolatura francese, P. LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, AA. VV., *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold GOLDMAN*, Paris, 1982, p. 140 ss. Per alcuni spunti, cfr. il recente studio di F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 113 ss. a p. 130 ss. e, prima, F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, cit., spec. pp. 48-55.

⁵⁶⁹ Per considerazioni critiche v. A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, cit., p. 1 ss.

⁵⁷⁰ Secondo la teoria di V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, cit., p. 531 ove precisa che «il diritto vivente che oggi regola le grandi transazioni economiche, ma anche le micro-transazioni di massa su beni o servizi di consumo, non scaturisca più, in prevalenza da leggi dello Stato, ma in misura crescente s'identifichi in corpi di regole prodotte dalle stesse imprese che di quelle operazioni e transazioni sono le protagoniste: regole forgiate, tecnicamente, nelle clausole dei contratti scritti per esse dai legali che le assistono». Per alcuni spunti, N. LIPARI, *Il contratto come bene. (Spunti di riflessione)*, cit., p. 187 ss. Per una considerazione d'insieme, v. le riflessioni critiche di F. DI MARZIO, *Introduzione. Verso il nuovo diritto dei contratti*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, cit., p. 1 ss. e di F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, cit., p. 10 ss. a p. 13 ss.

⁵⁷¹ G.B. FERRI, *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, cit., p. 139 ha, nitidamente, rilevato che «gli usi, per altro, esprimono un principio di uniformità di comportamenti sociali. Il ripetersi, nella pratica, con caratteri ricorrenti, di comportamenti e attività simili, finisce per creare *schemi organizzatori* che esprimono i caratteri socialmente normali di tali comportamenti e di tali attività. Nasce così il fenomeno del *tipo sociale* di attività»; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 277 ss. Sul tema, *ex multis*, E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 519 ss. V., anche, E. DEL PRATO, *Fonti legali ed usi*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 515 ss.; ID., *Categorie «internazionalprivatistiche» ed istituti civilistici*, *ivi*, 2007, I, p. 93 ss.

⁵⁷² In un quadro più complesso, P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 391.

nell'abrogato codice di commercio⁵⁷³. Ivi, infatti, gli usi venivano osservati in caso di silenzio delle leggi commerciali e prevalevano sul diritto civile⁵⁷⁴.

Gli usi da una posizione di primazia, quindi, sono stati defalcati nella gerarchia delle fonti del codice civile, in omaggio ad un principio codificatore d'eguaglianza e di neutralizzazione dei privilegi di classe⁵⁷⁵.

Se ciò, come avvertito, ha comportato un duro colpo in tema di fonti del diritto, soprattutto inferto alle concezioni spontaneiste, costituendo una vittoria dello statalismo⁵⁷⁶, il meccanismo della enucleazione e diffusione di principi ed istituti contrattuali originati nella pratica, in aderenza alle particolari ed insorgenti esigenze dell'impresa, non pare del tutto estinto⁵⁷⁷.

Anzi, concorre tuttora a ringalluzzire la vocazione sovranazionale del diritto commerciale (nell'accezione di diritto dell'impresa e del mercato)⁵⁷⁸ e a costituire un sistema alternativo di tutela degli interessi contrattuali dell'impresa, in reazione alla fissità e lentezza dei meccanismi legislativi, che va sotto il nome di *lex mercatoria*⁵⁷⁹.

⁵⁷³ N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, spec. p. 59 ss.

⁵⁷⁴ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, cit., pp. 48-64; R. SACCO, voce *Fonti non scritte del diritto italiano*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XVIII, Torino, 2000, p. 402 ss.

⁵⁷⁵ A. PAVONE LA ROSA, voce *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, IX, cit., p. 513 ss.; A. GUARNERI, voce *Usi*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 527 ss.; ANT. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 368 ss.

⁵⁷⁶ A. MAZZONI, *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, cit., p. 856.

⁵⁷⁷ Risuonano, quasi, presaghe le parole di A. PAVONE LA ROSA, voce *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, cit., p. 514 per cui la derubricazione degli usi nel nuovo ordinamento e nella nuova regolamentazione delle fonti «[...] avrebbe dato presto o tardi vita nella materia commerciale ad una disciplina speciale ed autonoma». V., anche, U. BRECCIA, voce *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, p. 394 ss. a p. 417.

⁵⁷⁸ V. BUONOCORE, *Problemi di diritto commerciale europeo*, cit., p. 9.

⁵⁷⁹ In tema, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., *passim*; R. DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 577 ss.; M.J. BONELL, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 315 ss.; C. ANGELICI, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio*, cit., p. 361 ss.; R. MONACO, *Note sulla qualificazione della lex mercatoria*, in AA. VV., *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano, 1994, p. 1249 ss.; L. FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 794 ss.; P. STANZIONE, *L'autonomia contrattuale e la lex mercatoria nel commercio interno e internazionale*, cit., p. 3 ss.; P.G. MONATERI, *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, cit., p. 229 ss.; U. MORELLO, *L'efficacia della lex mercatoria nel sistema civilistico italiano: tendenze e prospettive*, in *Soc. dir.*, 2005, p. 287 ss.; ID., *Lex mercatoria e prassi internazionale: le influenze sulla prassi interna ed i nuovi equilibri fra giustizia contrattuale e libertà economiche*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 641 ss. Cfr., anche, M. RESCIGNO, voce *Lex Mercatoria*, in *Enc. Treccani, XXI Secolo*, 2009, p. 273 ss. V. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Galgano*, XXX, Padova, 2003. Nel diritto francese, D. BUREAU, voce *Lex mercatoria*, in D. ALLAND, S. RIALS (a cura di), *Dictionnaire de la culture*

Il termine (trattativo) “lex mercatoria” rimanda, subito, ad una prassi di regolazione degli interessi negoziali che nasce e si diffonde coi *mercatores* medioevali, attraverso gli statuti delle corporazioni mercantili, tramite una puntuale e costante sedimentazione delle consuetudini contrattuali e della giurisprudenza della curia dei mercanti⁵⁸⁰. Le coordinate che ne hanno consentito l’affermazione risiedono, quindi, nella concezione del diritto come insieme di norme di formazione spontanea - in epoca medioevale, in antitesi al diritto romano comune⁵⁸¹ -, avallate dalla giurisprudenza ed evocative di un diritto corporativo sovranazionale⁵⁸².

A distanza di secoli, però, mutato il quadro giuridico globale, la lex mercatoria continua ad affermarsi e propagarsi (seppur in un’accezione di legge dei mercati in luogo, di quella originaria, di legge dei mercanti)⁵⁸³ come sistema, delocalizzato⁵⁸⁴, in cui l’autonomia privata mira a smarcarsi e ad esentare le pattuazioni dal vaglio stringente del diritto statale⁵⁸⁵. Ne rimane ben saldo, in una sorta di continuità ideale con la fioritura originaria,

juridique, cit., p. 937 ss.; B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Arch. phil. dr.*, 1964, p. 177 ss.; A.V.M. STRUYCKEN, *La lex mercatoria dans le droit des contrats internationaux*, in AA. VV., *L’évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Paris, 1986, cit., p. 207 ss.; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l’étude d’un ordre juridique anational*, Paris, 1992; F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, North-Olland, 1992; B. OPPETIT, *L’émergence de la lex mercatoria*, in ID., *Droit et modernité*, cit., p. 53 ss. In chiave transeuropea, O. TOTH, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford, 2014; G. TEUBNER, *Breaking Frames Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria*, in *EJST*, 2002, p. 199 ss.

⁵⁸⁰ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 9 ss. V. la ricostruzione offerta da E. LOQUIN, *Où en est la lex mercatoria?*, in AA. VV., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, p. 23 ss.

⁵⁸¹ Come ricorda A. ZOPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 5 s. V., anche, A. JAUFFRET, *Les rapports entre le droit civil et le droit commercial en France*, cit., spec. p. 240.

⁵⁸² M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 37 ss.; M.J. BONELL, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, cit., p. 315.

⁵⁸³ Analizza questo profilo, S. TOLONE, *L’ordine della Legge ed il mercato. La congruità nello scambio contrattuale*, Torino, 2003, p. 135 ss. V., anche, E. FAZZALARI, «Mondializzazione», *politica, diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 681 ss. p. 687 ss.

⁵⁸⁴ Il profilo è analizzato da M. BIN, *La circolazione internazionale dei modelli contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 475 ss.

⁵⁸⁵ Per un’analisi sul fenomeno dell’accordo e intento giuridico, tra vincolatività e aspirazione delle parti a costruire relazioni fuori dal diritto, v. S. SICA, *Gentlemen’s agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, p. 15 ss. a p. 329 ss.; F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Napoli, 2003, p. 134 ss.; L. DI DONNA, *Gentlemen’s agreements. Notazioni sulla fenomenologia degli accordi*, cit., *passim*. Di recente, C. CICERO, F. LAI, voce *Lettera d’intenti*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IX, Torino, 2016, p. 509 ss. Lumezzia l’autonomia contrattuale internazionale, come partizione distinta ma al contempo delibata dall’autonomia privata statale, F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., spec. p. 29 ss. a p. 40 ss.

lo spirito transnazionale ed astattuale e la centralità del mercato come luogo dinamico in cui affiorano e si affermano le nuove costumanze⁵⁸⁶ e le prassi contrattuali uniformi⁵⁸⁷. Queste ultime e gli usi del commercio internazionale⁵⁸⁸, quand'anche veicolati dalle camere di commercio, e dalla giurisdizione arbitrale - che opera come meccanismo di *enforcement*⁵⁸⁹ - agevolano, poi, un progressivo affinamento delle tecniche ed una evoluzione inarrestabile di regole che mirano a tutelare gli interessi delle imprese nelle negoziazioni internazionali⁵⁹⁰.

L'intero meccanismo assurge, allora, ad un impianto flessibile⁵⁹¹ ed uniforme attraverso cui governare gli affari dell'impresa - la cui affidabilità risiede nella reiterata e

⁵⁸⁶ Criticamente, attorno alla valenza consuetudinaria delle regole che alimentano e innervano il meccanismo della contrattazione internazionale, prima, e della *lex mercatoria*, poi, spiega L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, cit., p. 26 che «perché una prassi possa essere qualificata consuetudine occorrerà accertare con sicurezza che nell'ambito interessato, vale a dire il commercio internazionale, i soggetti che vi operano ritengano giuridicamente obbligatorio adottare i comportamenti specificati da queste regole». V. le perplessità di A. GENTILI, *La consuetudine nel diritto civile, dall'“opinio iuris” all'“electio iuris”*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 727 ss. a p. 729, nt. 12 e di N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 479 ss. a p. 491; ID., *I civilisti e la certezza del diritto*, ivi, 2015, p. 1135, nt. 71. Nella dottrina americana, sul punto, E. KADENS, *The Myth of the Customary Law Merchant*, in 90 *Texas Law Review* (2012), p. 1153 ss.

⁵⁸⁷ Per A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 58 ss. a p. 75 «l'avversione per lo Stato diviene così un espediente attraverso cui accreditare il mercato come fonte di norme vincolanti e recuperare il senso tradizionale della divisione tra poteri: formula fondata sull'idea [...] che tra la produzione e l'applicazione delle norme non devono esserci punti di contatto di qualsiasi tipo a livello primario come a livello superprimario. In tal modo la massima liberale della *rule of law* - e con essa l'imperio del diritto sull'azione politica - viene rimpiazzata da una massima liberista: quella - si potrebbe dire - della *rule of market*».

⁵⁸⁸ Un quadro assai esauriente sul punto è costituito dai contributi presenti in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991. V., anche, F. ASTONE, sub *art. 1368*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1350-1386*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 564 ss. Da un'angolatura francese, E. LOQUIN, *Retour sur les sources premières de la lex mercatoria: les usages du commerce international*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet*, Paris, 2013, p. 215 ss. Prima, A. KASSIS, *Théorie Générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux)*, Paris, 1984. In tema, PH. FOUCHARD, *Les usages, l'arbitre et le juge*, in AA. VV., *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold GOLDMAN*, cit., p. 67 ss. Cfr. l'interessante studio di F. POLLAUD-DULIAN, *L'habitude en droit des affaires*, in AA. VV., *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Paris, 1997, p. 349 ss.

⁵⁸⁹ A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, cit., p. 199. Per V. CAPORRINO, *Pluralismo e tecniche di regolamentazione*, cit., p. 176 dal rilievo per cui la *lex mercatoria* manca di autonomia effettività ne discende che «[...] la delocalizzazione normativa ha come suo presupposto di efficacia la rilevanza del processo arbitrale». V. F. CASUCCI, *Il diritto 'plurale'. Pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, cit., pp. 203-206.

⁵⁹⁰ V. B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, in *Clunet*, 1979, p. 475 ss.

⁵⁹¹ Parla di sofficietà della *lex mercatoria*, quale diritto duttile ed adeguato all'unificazione globale del diritto F. GAMBINO, *Regimi giuridici e certezza del diritto*, in A. FEBBRAJO, ID. (a cura di), *Il diritto frammentato*, cit., p. 124.

consapevole applicazione da parte degli operatori - all'interno di un più vasto ed ordinato svolgimento e sviluppo del commercio e degli investimenti internazionali⁵⁹².

La prassi contrattuale uniforme come modo di regolazione degli affari privati, se ha con sé il pregio di fornire ausilio applicativo ed ermeneutico⁵⁹³ alla contrattazione d'impresa⁵⁹⁴, nel risolversi nell'affermazione del primato ideologico del diritto di formazione spontanea rispetto al diritto istituzionale⁵⁹⁵ incontra più d'una resistenza nel dibattito domestico.

Le criticità sollevate nei riguardi questo diritto di matrice imprenditoriale, che rifiuta la mediazione e il filtro del potere legislativo statale, concernono sia l'aspetto formale, in termini giuspositivistici, sia l'aspetto degli equilibri contrattuali sostanziali.

Da un lato, si è osservato che il disvelarsi dei modelli contrattuali uniformi manchi di precettività e coercibilità, non derivando da una fonte normativa e, pertanto, parrebbe artificioso ed arduo riconoscerne l'operatività all'interno del sistema⁵⁹⁶.

⁵⁹² A. GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, p. 470 ss. Per L. FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, cit., p. 795 «invero l'autoregolamentazione esercitata dai mercanti internazionali denota al fondo una propensione soggettiva alla regolarità della condotta e al rispetto degli impegni assunti nell'esercizio dell'attività professionale». In giurisprudenza, il riconoscimento operativo della lex mercatoria è arrivato con la pronuncia della Cass., Sez. I, 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285. La Corte ha affermato *i*) l'esistenza di una società mercantile ispirata da regole e principi comuni; *ii*) l'esistenza di un diritto sovranazionale nel quale si colloca l'arbitrato mercantile; *iii*) che tale diritto prescinde dalla delibazione statale e si afferma solo a seguito della sua diffusività; *iv*) gli usi del commercio internazionale costituirebbero veri e propri usi normativi.

⁵⁹³ In questo senso, v. E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, spec. p. 799 s. Cfr. G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1 ss.; ID., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 23 s. In generale, anche, L. MOCCIA, *Riflessioni sparse (e qualche volontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 915 ss. a p. 923 ss.

⁵⁹⁴ G. ALPA, *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 86 ss.; S. PATTI, *La "globalizzazione" e il diritto dei contratti*, cit., p. 150.

⁵⁹⁵ M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 40; di recente, cfr. le considerazioni problematiche di P. GROSSI, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, spec. p. 22 ss.

⁵⁹⁶ Per una sintesi, F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. CNN*, IV, I, Napoli, 2008, p. 3 ss. V. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss. a p. 21; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801 ss. a p. 807 s.; ID., *La polemica sui concetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 10, poi, lancia la sua scure polemica nei confronti del «[...] torbido vitalismo del diritto libero». Alcuni spunti e sviluppi possono essere, sempre, ricavabili in ID., *N'omoe e lex (stato di diritto come stato della legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 589 ss. Osservazioni critiche sono anche presenti in L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, cit., spec. p. 23 a p. 75 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, cit., p. 38 ss. a p. 55 ss. e in L. DI NELLA, *Mercato e contratto nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 94 ove rileva che la lex mercatoria sia ispirata da una «[...] visione utopica e dalle forti tinte giusnaturalistiche, la quale è totalmente distante dalla realtà dei fatti [...]». V., anche, F. PROSPERI, *Lo Stato tra globalizzazione e lex mercatoria*, in A. FEBBRAJO, F. GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato*, cit., p. 413 ss. Di recente, rivisitando il modello di giuridicità ordinamentale pugliattiana, si esprime in modo dubitativo sulla tenuta del diritto transnazionale S. ALAGNA,

Sempre in termini formali, poi, si è tentato di circoscrivere e ridurre il portato dell'autoregolamentazione spontanea sia di fronte alla necessaria obbedienza e conformità ordinamentale all'ordine pubblico costituzionale⁵⁹⁷ sia assegnando un ruolo modesto di operatività, limitatamente allo spazio accordato dal diritto dispositivo civile⁵⁹⁸.

Scetticismo è trasparso anche laddove si sia voluto contestare che la *lex mercatoria* non replicasse geneticamente e strutturalmente la formula originaria, difettando di un processo di consolidamento temporale, in luogo di un'autoproduzione delle norme ad uso e consumo dei destinatari violenta e contingente (forse, anche, accessuale)⁵⁹⁹.

La *lex mercatoria*, è stata tradotta alla stregua di diritto uniforme irrimediabilmente corrosivo del dogma della statualità⁶⁰⁰ e quale diritto dei contratti senza la legge⁶⁰¹, o senza

Rileggendo alcuni classici di Pugliatti nell'era della globalizzazione. (Socialità del diritto, sovranità e autorità dell'ordinamento di fonte alle istanze di autonomia e indipendenza del diritto globale), in S. CICCARELLO, A. GORASSINI, R. TOMMASINI (a cura di), *Salvatore Pugliatti*, cit., p. 3 ss.

⁵⁹⁷ Per. P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., p. 885 la *lex mercatoria* deve essere conforme all'ordine pubblico costituzionale poiché «l'istituzionalizzazione del mercato, non può prescindere dall'esistenza di un garante esterno, rappresentato dalla morale, laica o religiosa e dal diritto. La società non è riducibile al mercato e alle sue regole economiche; ed il mercato va qualificato - non come l'insieme di sole leggi economiche ma - come uno statuto normativo, quale espressione di mediazione politica. È necessario, quindi, il ricorso al "buon diritto", nella consapevolezza che altro sono le ragioni del mercato, altre quelle del diritto». Prosegue l'A. che è escluso che la *lex mercatoria* costituisca un ordinamento autonomo sottratto a qualsiasi controllo di legittimità o legalità (p. 887).

⁵⁹⁸ Così, N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 700. L'A. è assai scettico rispetto al paradigma della *lex mercatoria*, reputandola spesso come un fenomeno ingentilito e nobilitato da una presunta etica degli affari e della moralità delle imprese. Per M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 75 s. «se è vero che la globalizzazione ha innegabilmente amplificato e irrobustito gli strumenti operativi della c.d. *lex mercatoria*, tale fenomeno non è riuscito tuttavia ad affrancarla dalla preventiva posizione di (almeno) un ordinamento giuridico di fonte statale, per via dell'insuperabile principio di effettività cui soggiace anche il vincolo e il regolamento contrattuale». Ancora, precisa l'A. che «[...] la necessità della giuridicità del vincolo, della garanzia della sua attuazione da parte di un potere terzo rispetto alle parti, dotato di un apparato cognitivo e coercitivo, comporta nuovamente - almeno - nel tempo presente il ritorno dell'idea di *confine*» (p. 77).

⁵⁹⁹ V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, cit., p. 531 da un lato sostiene che possa parlarsi in termini di ritorno alla *lex mercatoria* se si consideri il dato comune di un'autoproduzione normativa. Dall'altro, invece, ammonisce che ciò difetterebbe in quanto «[...] mentre la tradizionale *lex mercatoria* si veniva costruendo nella "lunga durata", con progressione lenta e costante, per sovrapposizioni e sedimentazioni successive, le regole create dai nuovi "mercanti del diritto" seguono ritmi di formazione/trasformazione più accelerati e violenti, con la logica dello strappo e del colpo intenzionali, molto più che con quella della crescita spontanea. Aggiungo: a colpi di schemi contrattuali sempre pronti a essere modificati, in un processo di adeguamento serrato e veloce, secondo le mutevoli esigenze delle imprese predisponenti». Per L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, cit., p. 32 la reiterazione e l'adozione di un comportamento da parte del nucleo mercantile assurge a consuetudine quando assume caratteri di pubblicità in modo da renderlo noto alla maggioranza dei singoli. Precisa, tuttavia, che «[...] una tale configurazione comporta un certo svilimento del carattere della generalità, che la dottrina annovera tra quelli indispensabili per ravvisare la formazione di una consuetudine, ma, del resto, l'internazionalità del rapporto potrebbe giustificare una tale qualificazione consentendo di far riferimento ai soli soggetti che svolgono transazioni commerciali». Per considerazioni affini, v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, cit., p. 599.

⁶⁰⁰ Mutuando le parole di V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 168.

Stato⁶⁰², ed è stata anche messa all'indice per ingenerare il rischio di sperequazione di potere contrattuale, continuando a rappresentare un orizzonte di regole, di matrice tecnocratica a favore delle imprese più potenti e più influenti⁶⁰³.

Nonostante si sia teorizzata l'equazione tra *lex mercatoria* e terzo diritto⁶⁰⁴ e malgrado le voci e le opinioni dissenzienti, che relegano la *lex mercatoria* a mito⁶⁰⁵ o appannaggio del potere arbitrale internazionale⁶⁰⁶, l'esigenza di una disciplina degli interessi che, poi, si traduca in tecnica contrattuale autopoietica e rispondente alle istanze dell'impresa appare essere, tuttora, assai feconda (magari, l'approccio meglio rispondente sarebbe quello del diritto altro: articolazione giuridica che attesta l'insufficienza del sistema giuridico *ordinario* ponendosi come eterarchia riconosciuta)⁶⁰⁷.

⁶⁰¹ Come ricorda G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 635. *Contra*, S.M. CARBONE, *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 51 s. In generale, M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale. Clausole tipiche e condizioni generali*, cit., spec. p. 167 ss. Da ultimo, v. il lavoro monografico di M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015, spec. pp. 43-59. Nella letteratura francese, J.-F. RIFFARD, *Quelques réflexions sur le contrat sans droit*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, Paris, 2001, p. 311 ss.

⁶⁰² V. G. DE NOVA, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 667 ss. In generale, sul tema dei contratti internazionali e Principi UNIDROIT, ID., *Contratto: per una voce*, ivi, 2000, p. 633 ss. Cfr. P. KAHN, *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?*, in AA. VV., *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold GOLDMAN*, cit., p. 97 ss.; ID., *Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience française*, in AA. VV., *Le contrat économique international*, Bruxelles-Paris, 1975, p. 171 ss.

⁶⁰³ N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati. (Spunti di riflessione)*, cit., p. 732 per cui nella *lex mercatoria* confluiscono i canoni dettati dalle imprese con maggior peso sul mercato, cui soggiacciono gli operatori più deboli.

⁶⁰⁴ M. VIRALLY, *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, in AA. VV., *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold GOLDMAN*, cit., p. 373 ss. a p. 385 per cui il successo dell'ordine giuridico spontaneo resta comunque condizionato all'approvazione ed alla tolleranza da parte degli ordinamenti giuridici nazionali. In tema, assai interessanti paiono le considerazioni di P. LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, cit., p. 125 ss.

⁶⁰⁵ Cfr. E. KADENS, *The Myth of the Customary Law Merchant*, cit., p. 1153 ss. V. L.D. WILKINSON, *The New Lex Mercatoria. Reality or Academic Fantasy?*, in *Journ. intern. arb.*, 1995, p. 103 ss.; K. HIGHER, *The Enigma of Lex Mercatoria*, in 63 *Tulane Law Review* (1998), p. 613 ss.; J. BART, *La lex mercatoria au Moyen-âge: mythe ou réalité?*, in AA. VV., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, cit., p. 9 ss. Per una sintesi, F. BORTOLOTTI, *La «nuova» lex mercatoria. Costruzione dottrinarica o strumento operativo?*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, p. 734 ss.

⁶⁰⁶ Come riferisce M.J. BONELL, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, cit., p. 329 «per i critici della *lex mercatoria* questa esisterebbe soltanto nella fantasia dei suoi ideatori e, tutt'al più, nelle *halls* degli alberghi ginevrini frequentati da un certo tipo di arbitri internazionali».

⁶⁰⁷ Per un'indagine assai complessa, cfr. P. FEMIA, *Benito Cereno in Bucovina*, cit., p. 23 ss. a p. 93 ss. L'A. offre una triplice risposta alla domanda giusta la quale il diritto formato esternamente (diritto poliarchico, tipico del pluralismo globalizzato [p. 55]) al sistema giuridico venga introitato dallo stesso o resti fuori. Per l'A. «a) il diritto extrasistemico non è né dentro né fuori, ma è semplicemente altro. Non è dentro, perché un mero riconoscimento significherebbe che le regole di validazione (di riconoscimento) sono tutte interne al sistema giuridico (così accade, ad es., per la costruzione tradizionale dell'autonomia privata, per la quale le regole contrattuali divengono regole giuridiche cui

A riprova della capacità creativa e, poi, applicativa delle imprese di dotarsi di un diritto in prospettiva astattuale, non devitalizzato dalla contraddistinguente ingessatura della verticalità normativistica⁶⁰⁸, si radicano i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, arrivati oggi alla terza edizione del 2010 (successivamente alla prima del 1994 ed alla seconda del 2004)⁶⁰⁹ che, più volte, sono stati salutati come la vera forza trainante della *lex mercatoria*⁶¹⁰.

Questa fonte di cognizione della *lex mercatoria* - sia pure a carattere non esaustivo: basti ricordare che la Camera di Commercio internazionale pubblica, con costanti

l'ordinamento offre la propria forza coercitiva). Non è neanche fuori, perché se fosse così non potrebbe parlarsi, per definizione, di giuridicità di una norma (e non si potrebbe affermare che ci sono due diritti, due ordinamenti ecc., perché due diritti dovrebbero essere non comunicanti - se comunicassero la validità non sarebbero due, ma uno - ed allora affermare da un punto di vista giuridico, che le norme di un altro sistema siano giuridiche, ma di una giuridicità diversa e irriducibile alla propria sarebbe semplicemente un non senso); b) il diritto extrasistemico è quindi un diritto altro. Ciò significa che il sistema giuridico riconosce la propria irriducibile contingenza: ci può essere un altro diritto perché il sistema giuridico non è onnipotente [...] e riconosce la necessità eterarchica della regolazione ad opera di altri sistemi. Con i quali entra in relazione sia mediante la doppia riflessività delle costituzioni societarie sia con l'integrazione di frammenti di disciplina extra- e intrasistemica nella soluzione di questioni concrete».

⁶⁰⁸ V. le recenti riflessioni di E. BATTELLI, *Brevi riflessioni sul superamento del positivismo legislativo e sull'ordine a «normatività graduata» nel diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 2016, p. 423 ss.

⁶⁰⁹ *Ex multis*, U. DRAETTA, *Principi UNIDROIT per i contratti internazionali e progetto di codice europeo dei contratti. Due proposte a confronto*, in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 681 ss.; A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 609 ss. (ora, ID., *Codice civile e globalizzazione*, cit., p. 238); M.J. BONELL, *I Principi UNIDROIT - Un approccio moderno al diritto dei contratti*, ivi, 1997, I, p. 231 ss.; ID., *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006; ID., *The UNIDROIT Principles 2010: an International Restatement of Contract Law*, in *Dir. comm. int.*, 2011, p. 881 ss.; ID., *La nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1712 ss.; F. PERNAZZA, *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 297 ss.; S.M. CARBONE, *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, cit., p. 47 ss.; ID., *I Principi UNIDROIT quale soft law applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. comm. int.*, 2012, p. 809 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Non-National Rules and Conflicts of Laws: Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2012, p. 841 ss. Di recente, v. S. VOGENAUER, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts at Twenty: Experiences to Date, the 2010 Edition, and Future Prospects*, in *19 Uniform Law Review* (2014), p. 481 ss.; K.P. BEGER, *The role of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in International Contract Practice: the UNIDROIT Model Clauses*, ivi, p. 519 ss.

⁶¹⁰ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 248, p. 284; A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., p. 609. *Contra*, E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria*, cit., p. 535 per cui il *restatement* dei Principi UNIDROIT «[...] sembra procedere parallelamente alla *lex mercatoria*, piuttosto che rafforzarla ed integrarla, presentando l'indiscusso vantaggio di derivare dalla prassi e di essere frutto di un'attenta elaborazione dottrinale». Per J.M. PERILLO, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *63 Fordham Law Review* (1994), p. 281 ss., già questa prima edizione dei Principi costituiva un passo assai significante per la globalizzazione del pensiero giuridico. Nella letteratura francese, *ex multis*, B. FAUVARQUE-COSSON, *Les Principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international: nouvelles perspectives, nouveaux enjeux*, in AA. VV., *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, cit., p. 737 ss.; E. GAILLARD, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, in AA. VV., *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 203 ss.

aggiornamenti, i c.d. Incoterms, raccolte di usi sulla vendita internazionale con trasporto, e le norme uniformi in tema di credito documentario, disciplinanti l'esecuzione e il finanziamento degli scambi internazionali⁶¹¹, ed anche le URDG, norme uniformi sulle garanzie a prima richiesta (che verranno, adeguatamente, vagliate nel prosieguo)⁶¹² - offre un *restatement* del diritto oggettivo dei contratti commerciali internazionali, e si atteggia quale opera di traduzione della prassi negoziale e certificazione della giurisprudenza arbitrale⁶¹³, affiancata da un meticoloso lavoro di elaborazione dottrinale⁶¹⁴.

I Principi, quindi, costituiscono una codificazione privata, priva di forza normativa statale o sovranazionale, mirante a regolare non particolari tipi di contratti bensì, più ampiamente, i contratti internazionali in genere, rispetto ai quali disciplinano gli aspetti formali e strutturali⁶¹⁵. Quest'opera di ricognizione della prassi giurisprudenziale, contrattuale e dottrinale si affranca dal dato legislativo, prima⁶¹⁶, e dall'esperienza di un solo e specifico ordinamento giuridico, poi⁶¹⁷, per provare ad offrire un contesto di regole generali in cui alloggiare affidabilmente i rapporti commerciali internazionali⁶¹⁸.

⁶¹¹ F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., p. 279; M. RESCIGNO, voce *Lex Mercatoria*, cit.; F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., p. 80 ss.

⁶¹² Per una panoramica ricostruttiva generale, J. STOUFFLET, *L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire*, in AA. VV., *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold GOLDMAN*, cit., p. 361 ss. E sull'armonizzazione europea delle garanzie del credito, affidata a meccanismi di uniformazione internazionale, di consolidamento delle prassi e di affinamento dottrinale e arbitrale (oltre che agli interventi del legislatore comunitario) v. M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, in F. MACARIO (a cura di), *Livelli di armonizzazione nel diritto europeo dei contratti. Un'indagine per settori e tipi contrattuali*, Foggia, 2009, p. 137.

⁶¹³ V. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016, p. 203 ss. Cfr. M.R. FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in *Pol. dir.*, 2014, spec. p. 387 ss.

⁶¹⁴ Che i Principi costituiscano uno dei maggiori successi dell'opera di armonizzazione portata avanti dall'UNIDROIT lo sostiene A. MAZZONI, *L'UNIDROIT fino agli anni '70 e i suoi contatti con i giuristi italiani del tempo*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 324; P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, cit., p. 183 parla di agile strumento operativo invalso tra gli operatori commerciali. In questi termini, anche, P. DEUMIER, *La lex mercatoria entre ordre et désordre*, in P. COURBE et alii (a cura di), *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, 2008, p. 305 ss.

⁶¹⁵ M.J. BONELL, *La nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, cit., p. 1714.

⁶¹⁶ A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., p. 612.

⁶¹⁷ La neutralità e l'indifferenza alle tradizioni nazionali è ricordata da A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., p. 609; S.M. CARBONE, *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, cit., p. 48.

⁶¹⁸ M. RESCIGNO, voce *Lex Mercatoria*, cit.; G. DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in ID., *Il contratto dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 83 ss. Spiega bene F.

I Principi appaiono essere caratterizzati, ad una prima lettura, da una impostazione liberale: indicative paiono, infatti, le disposizioni agli artt. 1.1, 1.2 1.3 relative alla libertà contrattuale ed alla libertà procedimentale⁶¹⁹ e formale, nonché alla vincolatività dell'impegno susseguente all'accordo delle parti⁶²⁰.

Ad esse si affianca una *policy* regolamentare, prevalentemente, ispirata da una natura dispositiva: in effetti, all'art. 1.5 è previsto che le parti possano escludere l'applicazione dei presenti Principi o derogare a singole loro disposizioni o modificarne gli effetti, salvo disposizione contraria in essi contenuta.

Le regole dispositive costituiscono, quindi, il plafond normativo di base dei Principi e tale scelta trova giustificazione nello sviluppo del principio fondamentale dell'autonomia del volere⁶²¹.

Malgrado le norme inderogabili, quindi, costituiscano un'eccezione, una posizione comunque di rilievo è giocata dal dovere di buona fede nel commercio internazionale (art. 1.7)⁶²² e nell'espresso divieto di venire *contra factum proprium*, per cui una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio (art. 1.8)⁶²³.

ADDIS, *Note introduttive ai principi Unidroit*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 928 che trattasi di «[...] superamento dei particolarismi municipali [...] attraverso la ricerca di un'intesa su concetti e idee che possano rappresentare uno spazio giuridico unitario per i diversi sistemi nazionali»

⁶¹⁹ V. F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 46 s., nt. 72.

⁶²⁰ Per un raffronto tra l'art. 1326, ult. cpv., c.c., regole di buona fede e correttezza nel commercio internazionale v. D. VALENTINO, *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror-image rule*, cit., p. 421 ss. Sul disposto dell'articolo, R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 66 ss.

⁶²¹ Così A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1. In relazione al DCFR, M. GRONDONA, *Diritto contrattuale europeo, autonomia privata, poteri del giudice sul contratto*, in AA. VV., *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, I, cit., p. 557 ss.

⁶²² Per più puntuali riferimenti, A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, p. 51 ss.

⁶²³ A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., p. 615 ss. Per una esauriente spiegazione, S.M. CARBONE, *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, cit., p. 50 s. L'A. asserisce che l'autonomia privata e la conseguente libertà contrattuale «[...] consentono (alle) parti, e nel loro interesse, di perseguire finalità (e di ottenere nella massima misura possibile la produzione degli effetti) di carattere materiale secondo le ragioni economiche alla base dell'operazione di cui il rapporto contrattuale costituisce la formalizzazione in termini giuridici». Prosegue, ancora, rilevando che «si ritiene, infatti, che esse non solo consentano alle parti di conseguire i vantaggi voluti attraverso la scelta di una specifica disciplina e delle regole applicabili ad un determinato rapporto contrattuale attraverso le quali hanno provveduto ad inquadrare la relativa operazione economica secondo il loro specifico intento negoziale, ma permettono anche di realizzare la massima efficienza degli scambi internazionali, garantendo la razionale collocazione

Malgrado la natura anazionale, i Principi raccordano il proprio *corpus iuris* all'uniformità rispetto alle norme imperative ed inderogabili positive: ne discende dall'art. 1.4 che nessuna disposizione è intesa a limitare l'applicazione delle norme imperative di origine nazionale, internazionale o sovranazionale, applicabili secondo le norme di diritto internazionale privato⁶²⁴.

Ciò non desta stupore: semmai, come argutamente rilevato, trattasi di un atto di sincerità dei Principi nel non aver voluto invadere ambiti di prevalente pertinenza di *rationes* politiche, di cui sono espressione le *mandatory rules*⁶²⁵.

Il sistema dei Principi, nel suo complesso, cerca di offrire una regolamentazione uniforme dei contratti commerciali internazionali, che sottragga le parti ai rischi tipici della negoziazione non domestica, connessi ai vari sistemi legislativi vigenti e definisca una cornice globale assai duttile rispetto alle esigenze del mercato e delle imprese⁶²⁶.

La risposta al quesito iniziale, ovvero se la *lex mercatoria* possa costituire un referente dell'autonomia d'impresa merita, infine, di essere vagliata attraverso il Preambolo dei Principi, laddove, almeno così pare, si cristallizzano le ragioni - a sostegno dell'impresa - che conducono ad una disciplina uniforme dei contratti internazionali.

Il primo comma del Preambolo dissipa subito le incertezze riguardo l'ambito applicativo, prevedendo che i Principi possano trovare effettività nell'ambito di contratti commerciali internazionali. Il carattere di internazionalità va letto in un'accezione molto ampia, in modo da escludere le situazioni di fatto in cui non si rinvenga alcun elemento di

nell'ambito del sistema economico internazionale dei risultati conseguiti dalle parti e consentendo alla comunità di loro rispettiva appartenenza ed all'intero ambiente socio-economico internazionale di giovare direttamente o indirettamente» (p. 51). M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 134 ss.

⁶²⁴ S.M. CARBONE, *I Principi UNIDROIT quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, cit., p. 53. V. l'analisi di E. CHARPENTIER, *L'émergence d'un ordre public... privé: une présentation des Principes d'UNIDROIT*, in G. LEFEBVRE (a cura di), *Le principes d'UNIDROIT et les contrats internationaux: aspects pratiques*, Montreal, 2003, p. 21 ss.

⁶²⁵ Così, A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., p. 615. V. M.J. BONELL, *I Principi UNIDROIT - Un approccio moderno al diritto dei contratti*, cit., pp. 243-246.

⁶²⁶ Nota F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, cit., p. 353 che «il diritto è nazionale mentre i mercati internazionali si svolgono in ambito planetario, sottratti all'azione regolatrice degli Stati e propensi a non ubbidire ad altre leggi che non siano quelle economiche della domanda e dell'offerta, dei costi e dei benefici, della libera competizione». Cfr. M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 50 ss. Di recente, A. MAZZONI, *The Choice of UNIDROIT Principles as Rules of Law Applicable to International Shareholders' Agreements*, in G. GITTI, F. DELFINI, D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova. Prospettive e limiti dell'autonomia privata*, III, Milano, 2015, p. 2053 ss.

internazionalità e che, pertanto, sono collegate ad un solo paese od ordinamento giuridico nazionale⁶²⁷.

Accanto alla transnazionalità, altro elemento precipuo è quello della commercialità. Se nella volontà dei compilatori non vi era alcuna intenzione di far rivivere la contrapposizione tra atti e parti civili e commerciali⁶²⁸, tale aggettivazione mira ad escludere dall'ambito applicativo i contratti con i consumatori, protetti da normative inderogabili di matrice europea⁶²⁹.

Il secondo comma del Preambolo richiede, sempre ai fini applicativi, che i Principi siano espressamente chiamati dalle parti a regolare il contratto. Ciò al fine di facilitare la conclusione di negoziati internazionali che, come già accennato, possono incorrere nella difficoltà di individuare la legge regolatrice nazionale applicabile⁶³⁰. Ancora, a riprova dello stretto collegamento sussistente tra la lex mercatoria ed i Principi, il terzo comma del Preambolo divisa che i Principi possano trovare applicazione allorquando le parti abbiano concordato che il contratto sia disciplinato da principi sovranazionali o transnazionali, generali del diritto, o simili, o, appunto, dalla lex mercatoria⁶³¹.

⁶²⁷ Per approfondimenti, M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 70 ss.; F. FERRARI, *Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in 69 *Tulane Law Review* (1995), p. 1225 ss. In generale sull'internazionalità del contratto, v. R. DE NOVA, *Quando un contratto è «internazionale?»*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1978, p. 665 ss.; F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., spec. p. 12 ss. a p. 22 ss. (ove ampi riferimenti al rapporto tra autonomia privata e contrattualistica internazionale); S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994. Da ultimo, L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., spec. p. 203 ss. E in rapporto al tema delle garanzie v. l'analisi di G. BROGGINI, *Le garanzie nei contratti internazionali*, in *Bbitc*, 2000, I, p. 335 ss. a p. 341 ss.

⁶²⁸ M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 76 s.

⁶²⁹ A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., p. 615.

⁶³⁰ Precisa M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 187 che «è fin troppo evidente che nessun contraente accetta di buon grado l'applicazione del diritto nazionale della controparte». Trattasi sì applicazione diretta e necessaria, come spiega F. ADDIS, *Note introduttive ai principi Unidroit*, cit., p. 928 ss.

⁶³¹ Quali i principi generalmente accettati nel diritto commerciale internazionale; i principi di equità; le norme e le regole di giustizia naturale. Trattasi, in questo caso, di applicazione indiretta o eventuale: F. ADDIS, *Note introduttive ai principi Unidroit*, cit., p. 931 s.

Ai Principi, secondo quanto disposto dal comma quarto, può farsi ricorso allorquando le parti non abbiano scelto il diritto applicabile al contratto oppure quando la legge regolatrice è inefficace o inesistente⁶³².

Centrali appaiono essere i commi quinto, sesto e settimo del Preambolo. Il comma quinto precisa che i Principi possano essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme. Il rilievo di tale disposizione è apparso, soprattutto, in riferimento alla Convenzione di Vienna⁶³³.

Il comma sesto, invece, riguarda la possibilità che i Principi integrino e facilitino l'interpretazione del diritto nazionale applicabile. Questo consente di schiarire eventuali incertezze dovute alle legislazioni nazionali circa le questioni che si pongono in riferimento ai contratti commerciali internazionali. Può ricorrersi alle disposizioni dei Principi, ad esempio, in ambito di responsabilità precontrattuale, di impossibilità originaria, di determinazione del prezzo, di risarcimento del danno⁶³⁴. Oppure, per applicare le regole in tema di *gross disparity*, ex art. 3.2.7, volte a ripristinare l'equilibrio turbato delle parti dal prepotere del contraente forte o, ancora, le regole sull'*hardship*, ex art. 6.2.1 ss., con cui porre rimedio allo squilibrio ingenerato dalle vicende economiche successive alla conclusione del contratto⁶³⁵.

⁶³² Nella versione del 1994 il comma quattro del Preambolo disponeva che poteva farsi ricorso ai Principi, ai fini di trovare una soluzione a questioni controverse nei casi in cui si fosse dimostrata impossibile l'individuazione della regola pertinente del diritto altrimenti applicabile. Ciò stava a significare che i Principi venivano chiamati a svolgere un ruolo suppletivo-integrativo in sostituzione del diritto nazionale scelto. Seppur considerata quale *extrema ratio*, tale ipotesi avrebbe consentito alle parti di evitare rischi giudiziali e stragiudiziali e di incorrere in costi sproporzionati per la ricerca della regola effettivamente applicabile.

⁶³³ Sul punto si fa riferimento alle considerazioni di M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 242 ss. a p. 319 ss.

⁶³⁴ M.J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 254 ss.

⁶³⁵ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 284. In tema, F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 ss.; ID., *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 508 sostiene che si sia dinanzi ad un'espressione di moralizzazione della contrattazione; D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della "hardship clause" nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 951 ss.; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 150 ss. Cfr. D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi UNIDROIT*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 23 ss.; F. VOLPE, *I principi UNIDROIT e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40 ss. Di recente, G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, cit., p. 54 ss. Nel panorama francese, M. ALMEIDA PRADO, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruxelles, 2003, spec. pp. 231-245. Con spigolature in termini di buona fede, F. PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in R. FAVALE, B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003, spec. p. 577 s.

Malgrado il diritto dei Principi, come ripetutamente asserito, difetti di coercibilità ed imperatività e la diffusione pratica sia affidata alla capacità persuasiva che esso dovrebbe esercitare nell'indurre gli operatori commerciali ad avvalersene⁶³⁶, ciononostante, il comma settimo affida ai Principi una funzione di ausilio e modello per i legislatori nazionali ed internazionali.

Essi, pertanto, potrebbero sia supportare paesi con codificazioni emergenti sia coadiuvare la redazione di convenzioni internazionali che trattino di specifici tipi contrattuali⁶³⁷.

Quest'ultima disposizione può agevolare le conclusioni del discorso.

Le esigenze contrattuali dell'impresa legittimerebbero un ritorno al recupero della prassi⁶³⁸, attraverso la modellizzazione degli usi contrattuali⁶³⁹: esponenti apicali dell'autonomia d'impresa⁶⁴⁰ e, forse, discendenti della teoria della natura dei fatti - o delle cose - come fonte del diritto⁶⁴¹.

La lex mercatoria darebbe quindi risalto alla capacità di diritto riflessivo - per cui il diritto controlla la società tramite la regolazione dei processi regolatori e non già imponendo

⁶³⁶ A. DI MAJO, *I «Principles» dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., p. 612. Prendendo in prestito considerazioni riferite ai vari processi di uniformazione ed armonizzazione europea del diritto contrattuale, rileva K. FIORENZA, *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale. Profili comparatistici*, cit., p. 129 che «[...] una legge uniforme dei contratti e delle obbligazioni, per essere effettivamente utilizzata dagli operatori commerciali, suoi finali fruitori, deve essere recepita da questi come qualcosa di giusto e familiare».

⁶³⁷ M.J. BONELL, *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., p. 258 ss. Per una riflessione più approfondita sulle ragioni della codificazione europea del diritto contrattuale, cfr. A. JANNARELLI, *Il diritto contrattuale europeo: le radici politiche di un dibattito*, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, cit., p. 67 ss.

⁶³⁸ Sul tema giuridico della prassi in generale appare essenziale lo studio di A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Milano, 1998, p. 353 ss.

⁶³⁹ Così, M.R. FERRARESE, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una «Soft Revolution»*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 184.

⁶⁴⁰ Secondo G. IUDICA, *L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, cit., p. 146 «con l'avvento della globalizzazione si assiste a una rivalutazione su scala planetaria della autonomia privata (e della consuetudine, la cenerentola delle fonti), alla quale si accompagna una rinascita del ruolo dei tecnici del diritto dei contratti che, sia come consiglieri degli ipermercatores sia come giudici delle loro controversie, sono tornati ad esser, grazie al loro patrimonio sapienziale, a un tempo sacerdoti e creatori di diritto privato dei contratti, con una rivalutazione notevole del ceto dei giuristi e della loro funzione».

⁶⁴¹ Terminologia coniata da A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 129 ss.; sul tema, cfr. gli spunti critici di C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, cit., pp. 68-70; M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., spec. p. 285 ss. a p. 302 ss. Cfr. la recente analisi di L. PELLICCIOLI, *La «natura delle cose» nel diritto commerciale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 610 ss.

un mero contenuto⁶⁴²- e autopoiesi giuridica e contrattuale dell'impresa⁶⁴³ (*self-executing contracts*⁶⁴⁴), all'interno di un mercato globale e competitivo. Legittimerebbe quindi figure contrattuali atipiche, quali il contratto autonomo di garanzia - così come, in tema di garanzie, potrebbe accreditarsi a sistema legittimante un'evoluzione dinamica dei meccanismi disciplinari classici, favorendo la rivisitazione di vecchi dogmi, l'abrasione di arcaiche resistenze e l'incedere degli interessi commerciali⁶⁴⁵ - la cui diffusione nelle contrattazioni internazionali è assai invalsa⁶⁴⁶. In questo meccanismo globale e planetario, che farebbe da eco alla universalità del diritto commerciale⁶⁴⁷ ed al suo particolarmente

⁶⁴² La teoria riflessiva delle fonti è ideata da G. TEUBNER, *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, in *ARS*, 1982, p. 13 ss. V. le considerazioni critiche di P. FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, cit., p. 51 ss. Cfr. i contributi di F. ROMEO, *Idola imperii* e A. FEBBRAJO, *Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neo-pluralismo teubneriano*, in A. FEBBRAJO, F. GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato*, cit., rispettivamente, p. 135 ss. e p. 167 ss.

⁶⁴³ Parla di "ordine contrattuale privato", E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, rapporti civili e diritti della persona*, in *Vita not.*, 2004, p. 3 a p. 6. *Contra*, F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, cit., p. 74 ss. per cui la *lex mercatoria* non risulta conforme al diritto riflessivo, poiché è imposta da potenti gruppi industriali; ID., *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, cit., p. 16 ss. In una riflessione più complessa tra giuspositivismo e giusnaturalismo, realtà giuridica e realtà sociale, da cui è possibile inferirne stimolanti spunti, v. G.B. FERRI, *Il diritto statutale e il suo doppio*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, p. 125 ss.

⁶⁴⁴ P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 379 ss. a p. 391 ss.; ID., *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, in *ODC*, 2015, 3, p. 1 ss. Per approfondimenti F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., p. 66 s.

⁶⁴⁵ Assai interessante è lo spaccato offerto da G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 797 ss. il quale scruta il tema delle garanzie reali e del divieto del patto commissorio sotto la lente focale della *lex mercatoria*.

⁶⁴⁶ Questo punto è stato toccato da L. BIGLIAZZI GERI, sub *art. 1368*, cit., p. 316 s. L'A. ha connesso il riconoscimento interno, avvenuto tramite la giurisprudenza, del contratto autonomo di garanzia all'affermarsi delle esigenze degli affari internazionali. Con tono caustico e di disappunto ha, quindi, asserito che ciò «[...] fa davvero pensare all'esistenza di una legge sovranazionale direttamente capace di imporsi [...] alla stessa legge statale e, pertanto, di una *societas mercantile* dotata di una sovranità di fatto e di una forza "normativa" cogente addirittura superiori, nella loro subdola efficienza persuasiva, a quella dello Stato. Non dunque, *lex contractus*, ma, in realtà, *lex mercatorum*, cui affidare il compito di contribuire a realizzare una nuova "certezza del diritto" destinata, in sostituzione dell'"antico particolarismo giuridico", a difendere certo particolarismo economico». Sulla stessa linea, v. L. RUGGERI, *La prassi nella contrattazione internazionale*, cit., p. 43, la quale rileva che il giudizio di meritevolezza di ogni contratto debba comunque riposare sul rispetto di valori e principi ordinamentali «[...] e non semplicemente sulla base della constatazione che il comportamento risponde ad una prassi diffusa e accettata nell'ambito della comunità internazionale». In una prospettiva più ampia sul tema, P.L. CARBONE, *Il contratto del monopolista. Contributo in chiave comparata alla teoria del contratto nell'era delle "conoscenze"*, Milano, 2010, spec. p. 77 ss.

⁶⁴⁷ Spiega F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit., p. 4 che «[...] il diritto commerciale nato (realmente o mitologicamente) nei mercati delle grandi fiere dell'epoca medioevale, muore (perde la sua identità e così si dissolve) nel mercato universalizzato dell'epoca neoliberale e però risorge, in un certo senso, dalle sue ceneri, nell'attuale processo di "mercantilizzazione" di (quasi) tutte le interazioni sociali». In questo senso, A. JAUFFRET, *Les rapports entre le droit civil et le droit commercial en France*, cit., p. 244. V. le riflessioni critiche di G. EÖRSI, *Réflexions sur le problème du droit commercial et du droit économique*, in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, III, *L'unità del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 63 ss. a p. 71 ss. Nel diritto inglese v.

elastico sistema delle fonti⁶⁴⁸, occorre tenere in decisa considerazione i diversi interessi aggregati. La tendenza (potremmo, anche, parlare di impianto) della lex mercatoria, espressione dell'autonomia dei privati⁶⁴⁹, non andrebbe scoraggiata⁶⁵⁰ o, ancora, isolata per il timore che si risolva in un diritto squilibrato o dettato e piegato agli esclusivi interessi della parte contrattualmente dominante. Sotto il profilo tutorio, assai frequente appare la devoluzione a giudici privati delle controversie vertenti su conflitti e pretese regolati dalla lex mercatoria⁶⁵¹. Sotto il profilo sostanziale, poi, essa conduce a coonestare le istanze contrattuali d'impresa - profilo molto evidente in termini di garanzie personali atipiche⁶⁵² -

l'importante studio di R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, trad. it., Milano, 2003, spec. p. 11 ss., p. 120 ss.

⁶⁴⁸ G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16; M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 37 ss.; P. SPADA, *Le parole del diritto commerciale*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 7 ss.; P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, cit., p. 379 ss.; ID., *Il diritto commerciale, oggi: appunti*, cit., p. 1 ss. Sulle fonti private del diritto commerciale cfr. i contributi raccolti in V. DI CATALDO, P.M. SANFILIPPO (a cura di), *Le fonti private del diritto commerciale*, Milano, 2008 (specialmente, F. DENOZZA, *Le fonti private del diritto commerciale tra mercato e politica* e M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, rispettivamente a p. 5 ss. e p. 433 ss.).

⁶⁴⁹ Parla di lex mercatoria quale indice dell'autonomia privata, P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 26.

⁶⁵⁰ Per L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 19 la lex mercatoria «[...] coglie una forte esigenza e propensione degli operatori economici all'autoregolamentazione che, anche sotto il profilo del dato empirico, non può essere sottovalutata, poiché se è vero che il mercato non può assecondare comportamenti e prassi scorrette ovvero lesive di fondamentali valori della persona, non è men vero che, in un mercato globale con una forte tendenza alla produzione e alla collocazione standardizzata, gli operatori economici, meglio di chiunque altro, posseggono quella visione d'insieme delle relazioni economiche che consente l'elaborazione di regole efficienti». Spiega F. SBORDONE, *La lex mercatoria tra fatto e diritto. Riflessioni sulla natura di un preteso sistema regolamentare autosufficiente dei rapporti contrattuali internazionali*, cit., p. 63 che la produzione privata di norme «[...] è fenomeno da incentivare purché esso non si trasformi in uno strumento per la riduzione delle garanzie di alcuni a vantaggio di altri: la predisposizione di procedure "normative" di controllo (democratico e sociale) è coesistente all'efficacia regolativa, all'attribuzione di enforcement». L'A. rileva, poi, che si è dinanzi ad una diffusa sublimazione del ruolo dell'autonomia privata in funzione autopoietica, in ragione «a) della sua esplicazione in uno spazio "vuoto" dal diritto statale (lo spazio transnazionale); b) della sua funzione uniformante della disciplina dei rapporti commerciali internazionali conseguita in misura più intensa, elastica ed efficiente rispetto agli ordinamenti statuali; c) del suo fondamento in principi meta-giuridici ed economici che ruotano attorno ad una nozione di libertà esterna al diritto dello Stato (pacta sunt servanda, laissez faire laissez passer, sanctity of commercial transactions, sanctity of contract, ecc.)» (p. 68). In questa direzione, G. ROSSI, *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, cit., p. 760. *Contra*, e, quindi, a favore della centralità del codice civile, S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA, *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, cit., p. 748. Per alcuni spunti, U. MATTEI, A. DI ROBILANT, *Il lungo addio. Il Codice Civile Italiano e il Code Napoléon nel declino del positivismo statalista*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, p. 79 ss.

⁶⁵¹ Così, P. RESCIGNO, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, p. 90.

⁶⁵² Affrontano, dettagliatamente, il tema dell'atipicità dei contratti autonomi di garanzia, giudizio di meritevolezza e lex mercatoria, *ex multis*, S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in *Tratt. CNN*, XIX, *Garanzie personali*, Napoli, 2005, spec. p. 217 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 5 ss.

promuovendo un alto tasso di uniformazione dei meccanismi applicativi che ridurrebbe le incertezze tecniche, accrescerebbe la competitività e, non da ultimo, ricondurrebbe al recupero e, non invece, alla soppressione⁶⁵³ della extrastatalità del diritto civile⁶⁵⁴, favorendo - in nome della *complessificazione* del diritto⁶⁵⁵ - il dismettere di paludamenti a guadagno di una sempre costante e crescente salvaguardia⁶⁵⁶, promozione, e sensibilità verso esigenze reali composite⁶⁵⁷.

⁶⁵³ F. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 509 rileva che «la vicenda del rinnovato interesse da parte di giudici, legislatori e studiosi del diritto per la cosiddetta *lex mercatoria*, sembra confermare la prevalenza di una logica commercialistica nella vicenda contrattuale che sopravanza quella civilistica (meno dinamica a causa del più forte vincolo ideale con l'architettura stabile del codice), ma non la sopprime, ereditando, anzi, da quest'ultima l'esigenza sistematica che giustifica le operazioni di "raccolta" delle regole di base e il loro riordino in forma di "principi". Una logica nuova, quindi, di tipo misto, se si vuole, che tende a ricomporre il sistema di relazioni giuridiche molto ampio ed inevitabilmente mobile, cui non sono più sufficienti i riferimenti normativi agli usi presenti all'interno delle codificazioni, intesi, al pari della clausola generale sulla buona fede, a garantire la flessibilità e, quindi, la stabilità del sistema tradizionale del diritto dei contratti». ID., *Le 'forme del diritto' nella storia presente: il nuovo diritto europeo dei contratti tra ordine, ragione e decisione*, in *Quad. fior.*, 2012, p. 441 ss. a p. 448 avverte che il diritto civile è per sua natura extrastatale ma che «[...] la costruzione di un ordine [...] non può derivare, nel contesto europeo attuale, dalla spontaneità dell'accadere, richiedendo l'opera combinata di legislatori e giuristi [...]».

⁶⁵⁴ Cfr. il famoso scritto di F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in ID., *Scritti giuridici*, III, *Studi vari (1942-1955)*, Milano, 1960, p. 754 ss. a p. 755 ove l'A. precisa che «il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente. Non lo è stato per l'intrinseca sua natura, né per il suo processo di formazione. Il diritto civile [...] è disciplina di libere determinazioni»; nonché le riflessioni di P. RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 23 ss. a p. 27 s. Cfr. A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, cit., p. 183; U. MORELLO, *L'efficacia della lex mercatoria nel sistema civilistico italiano: tendenze e prospettive*, cit., p. 289; E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le sentenze*, Padova, 2006, spec. p. 89 ss.; R. CALVO, *Giurisprudenza territoriale e universalità del diritto civile*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, cit., p. 327 ss. Di una particolare accezione postmoderna del diritto civile parla A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 367 ss.

⁶⁵⁵ Secondo la teoria di P. FEMIA, *Benito Cereno in Bucovina*, cit., p. 93 ss. per il quale il riconoscimento di sistemi di diritto non statale non costituisce il superamento (*Aufhebung*) del diritto statale.

⁶⁵⁶ Il profilo degli strumenti di tutela dei contratti internazionali, quale momento di riduzione dell'incertezza e dei possibili conflitti è esaminato da F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., p. 41 s. per cui «la pluralità degli ordinamenti statuali chiamati alla valutazione del contratto internazionale è causa di incertezza per le parti circa la disciplina applicabile (e di potenziale destabilizzazione dell'operazione economica), sia di possibili conflitti tra soluzioni (ad esempio, conflitti tra giudicati, resi da giudici statali diversi ognuno reputatosi competente sulla base delle proprie norme per la specifica controversia relativa ad un rapporto contrattuale internazionale». Prosegue, poi, che tale criticità può trovare rimedio, comunque parziale, «[...] in una progressiva uniformazione del diritto oppure nella predisposizione di strumenti di tutela c.dd. a-nazionali o delocalizzati, non certamente nell'artificiosa costruzione di un ordine giuridico globale delle relazioni commerciali internazionali, indipendente dagli ordinamenti dei singoli Stati, settoriale quanto ai contenuti e non riferibile ad un unico centro di imputazione (*rectius*, istituzione) a vocazione universale al quale ascrivere una legittima potestà sovrana». Per una prospettiva assai critica, L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, cit., p. 55 ss., p. 66 ss., p. 78 s.

⁶⁵⁷ Secondo G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 8 il *Diritto civile*, quello vero ed autentico, «non è più accademico e neppure curiale, ma deve continuare a vivere, plasmando, con la sua forza interiore, lo svolgimento delle attività quotidiane: quelle operose, che rispondono agli effettivi interessi dei consociati, alle aperture di un mondo che va rapidamente estendendosi al di là dei tradizionali confini; quelle che, gemmando i nuovi schemi negoziali, richiedono il perfezionamento delle tecniche». Mutuando alcune considerazioni di D. RUBINO, *Il ruolo del diritto nella società contemporanea*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1970, p. 1 ss. a p. 3 s. può ricavarsi che al diritto spetta il

5. L'autonomia d'impresa e la rilevanza dell'attività

La ricostruzione teorica, ma anche pratica, di uno specifico diritto privato dell'impresa in cui risaltino le peculiarità, e soprattutto, l'agire contrattuale della medesima necessita d'una riflessione attorno all'elemento costitutivo dell'attività⁶⁵⁸.

Discorrere in termini di attività lascia meglio comprendersi qualora si accetti che la prospettiva dei contratti esplicativi d'impresa⁶⁵⁹, come momento dell'attività stessa, e inseriti all'interno di quest'ultima, rappresenti un moto circolare atto-attività capace di caratterizzare la fase contrattuale dell'impresa rispetto ad una prospettiva di diritto comune⁶⁶⁰.

Non può negligersi che il concetto di attività ha trovato la sua consacrazione con la codificazione del 1942. Nel codice di commercio, la prevalenza dell'atto relegava l'attività a comune aspetto di ogni impresa e, comunque, secondario rispetto al concetto unitario dell'atto di commercio⁶⁶¹. Il nuovo approccio, invece, salutato come una rivoluzione copernicana⁶⁶², inverte il paradigma incentrato sull'atto d'impresa, conferendo legittimità

compito di semplificare e snellire la materia giuridica, ovvero di «[...] renderla uno strumento il più possibile agile al servizio di quegli interessi che il diritto è chiamato a comporre e a regolare». L'A., tuttavia, precisa che pur questo compito di semplificazione è arduo: «[...] è difficile essere facili» e dimensiona l'intendimento della semplificazione in senso «[...] qualitativo, cioè in modo da ottenere una disciplina il più possibile agile dei sempre più numerosi tipi di rapporti e delle sempre più vaste situazioni cui il diritto si viene applicando».

⁶⁵⁸ Di recente, v. P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *AGE*, 2014, p. 45 ss. Scettico appare essere F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit., p. 5 ss. il quale nel ricostruire le peculiarità di un sistema di diritto dell'economia privilegia la relazione mercato-soggetto a quella atti-attività (p. 23 ss.). Per una ricostruzione in termini d'attività bancaria, B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965 e P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 205, nt. 19 per cui «[...] non si deve tanto risalire dall'atto all'attività, come tradizionalmente si fa, quanto piuttosto discendere dall'attività agli atti che la puntualizzano per osservare, il collegamento, il condizionamento loro impresso dall'essere momenti od aspetti dell'attività». V. gli spunti critici di F. CAPRIGLIONE, *L'impresa bancaria tra controllo e autonomia*, Milano, 1983, p. 26 e E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, cit., p. 5 ss. Interessanti le notazioni generali di F. VELLA, *L'esercizio del credito*, Milano, 1990, p. 54 ss., p. 160 ss.

⁶⁵⁹ Si rinvia ai riferimenti dottrinali citati, complessivamente, al paragrafo 3. È opportuno ricordare che L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 8 ss. ha denunciato un'insofferenza, assai diffusa, nella dottrina alla ricostruzione del tema del contratto d'impresa mediante l'ottica dell'attività.

⁶⁶⁰ M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 23; B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, cit., p. 22. Cfr. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 18 ss.

⁶⁶¹ Cfr. T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 29 s.; G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 107 ss.

⁶⁶² Così, W. CESARINI-SFORZA, *Proprietà e produzione nell'impresa agraria*, in *Riv. dir. agr.*, 1942, p. 146.

alla dimensione dell'attività⁶⁶³, in sé precipua, non più mutuataria rispetto all'atto e obiettivamente ordinante nel suo configurarsi⁶⁶⁴.

Il mutato quadro normativo ha portato con sé, quindi, la necessità di riequilibrare vecchie teorie e veteri intendimenti attraverso l'interpolazione di una nuova nozione, quella di attività che, malgrado abbia conosciuto difficoltà ricostruttive in chiave unitaria⁶⁶⁵, si attegga a paragone e medio logico del processo qualificativo della contrattazione d'impresa.

Volendo cercare una definizione di attività, essa è perlopiù coincisa con l'insieme di atti - di diritto privato - avvinti sul piano funzionale dall'unicità dello scopo⁶⁶⁶.

Ulteriore elemento discretivo è rappresentato dall'aspetto dinamico che, a differenza dell'atto, staticamente inteso, involgerebbe l'attività, impedendone la sussumibilità in schemi astratti e fissi⁶⁶⁷. L'aspetto dinamico e continuativo dell'attività d'impresa, la quale -

⁶⁶³ N. RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, cit., p. 3 ss. Cfr. N. SCANNICCHIO, *Diritto privato ed esercizio dell'attività economica*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, cit., p. 529 ss. a p. 553 ss.

⁶⁶⁴ Cfr. la ricostruzione problematica di F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, cit., p. 418 a p. 425 ove sostiene, anche, che «l'attività non costituisce [...] l'esercizio di un potere sovrastante di cui traduce le potenzialità in esso racchiuse, ma si esprime e si legittima nel suo effettivo esplicarsi senza supporre un *prius* o investitura a monte che ne individui la consistenza formale *a priori*»; ID., *Metodo e dinamica sociale*, in AA. VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, cit., p. 519 s. E, ancora, ID., *L'azione giuridica e la categoria dell'attività*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, p. 57 ss. a p. 79 per cui «[...] l'attività non costituisce solo un profilo di metodo, per quanto assai significativo o una tecnica di lettura di una determinata fenomenologia, una sorta di lente attraverso cui osservare una determinata realtà giuridica o, ancora, [...] una mera sintesi verbale; l'attività esprime anche un'autonomia, distinta e specifica categoria rappresentativa dell'agire [...]». Parla di effetti giuridici ulteriori dell'attività, rispetto agli atti afferenti alla stessa, P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, cit., p. 42 ss.

⁶⁶⁵ Già, F. CARNELUTTI, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 67 ss.; V. PANUCCIO, voce *Impresa (diritto privato)*, cit., p. 591 ss. Ricostruisce le problematiche circa un approdo condiviso alla nozione di attività, P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 195 per cui «[...] talora l'attività viene intesa come concetto empirico di cui si cercano volta a volta le manifestazioni giuridiche, tendenza questa che sta alla base della estrema dilatazione della categoria e della sua applicazione a fenomeni profondamente eterogeni, altre volte invece l'attività viene intesa come autonoma categoria giuridica di cui si cerca di individuare principi propri».

⁶⁶⁶ G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, cit., p. 982; B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, cit., p. 35; M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica. (Profili storico-evolutivi)*, cit., p. 191 ss. Più raramente, invece, è stato sostenuto che per attività dovesse intendersi un complesso di affari. Così, T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria della impresa*, Milano, 1962, p. 147. Che l'attività possa essere considerata alla stregua di un comportamento attuativo unitario è l'opinione di G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, cit., p. 109 ss. Cfr. F.D. BUSNELLI, *Conclusioni*, cit., p. 155. V. l'interessante analisi di S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, cit., p. 48 ss.

⁶⁶⁷ B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, cit., p. 24. Per F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, cit., p. 418 l'attività si declinerebbe quale «[...] dinamica di svolgimento di situazioni, poste "a monte" o "a valle" di essa, e cioè rispettivamente in senso esecutivo, o di esercizio, e in senso costitutivo, prefigurativo, instaurativo, innovativo».

ripetiamo - non si risolve in meri atti singoli quanto, piuttosto, in un moto o comportamento commissivo reiterato⁶⁶⁸, risulterebbe essere comprovato dalla necessità di un'organizzazione dell'impresa che sia effettiva⁶⁶⁹: ovvero che l'imprenditore operi professionalmente e attraverso la sua struttura organizzativa e reticolare e che l'attività si espliciti ed abbia una concreta collocazione nel mercato⁶⁷⁰.

Per ora, - lo si riprenderà meglio nelle righe conclusive - appare, e merita essere tenuto a mente, che il rapporto incentrato sull'attività consegna una lettura dei termini soggetto-azione e atto-azione⁶⁷¹, tutto sommato, invertita. Il baricentro tende, quindi, a riflettersi nell'attività quale substrato materiale del fenomeno giuridico e, pertanto, i termini accennati sono individuati e costruiti muovendo dall'azione, al fine di analizzare quale sia il dinamico dispiegarsi e coordinarsi dell'attività produttiva, quali siano i mezzi e quale il risultato⁶⁷².

⁶⁶⁸ In questi termini, P. SPADA, voce *Impresa*, cit., p. 40.

⁶⁶⁹ V. PANUCCIO, voce *Impresa (diritto privato)*, cit., p. 597 s.; P. SPADA, voce *Impresa*, cit., p. 41. Giova, ancora una volta, richiamare la ricostruzione puntuale di F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, cit., p. 428 per cui «l'attività opera e si dimensiona dunque nel concreto dell'effettività, assunta, questa, non quale naturale e ovvio piano di oggettiva incidenza di ogni proiezione giuridica, mediata o immediata, ma nel senso pregnante e selettivo di criterio conformante l'identità e il modo di essere, ricostruito esclusivamente attraverso il manifestarsi e l'esplicarsi di un comportamento»; C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, cit., p. 53 ss. a p. 80 ss. In questa prospettiva, D. IANNELLI, *L'impresa*, cit., p. 19.

⁶⁷⁰ Così, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 530 ove consolida la tesi dell'effettività dell'iniziativa imprenditoriale e della necessaria (e teleologica) destinazione al mercato attraverso la disciplina dei gruppi di società. Per l'A. «in particolare, la disciplina dei contratti di impresa non si applica quando l'impresa è priva dell'autonomia decisionale e organizzativa, quindi essenzialmente nei gruppi di società perché il fenomeno dei contratti tra imprese, e lo *Schutzbereich* che tali norme descrivono, presuppone logicamente e normativamente l'impresa concorrente (come vuole in termini generali la l. 10 ottobre 1990, n.287)» e ancora ne evince che «quando tale autonomia decisionale e organizzativa è assente, la tutela non si affida alle norme che postulano l'invalidità e il potere correttivo del giudice sul singolo contratto, quanto piuttosto è la disciplina del gruppo d'impresе che assurge a stregua del pregiudizio derivante dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Un indice normativo molto chiaro di ciò può agevolmente derivarsi dalla disciplina dell'affiliazione commerciale, ove esemplarmente si offre tutela all'impresa affiliata, atteso che tali regole trovano applicazione solo alle imprese «economicamente e giuridicamente indipendenti» [...]» (p. 530 s.). In generale, anche, L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 189 ss.

⁶⁷¹ Sul profilo dell'azione, in generale, la storica voce di R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 785 ss.

⁶⁷² V. l'elegante ricostruzione di P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 198 a p. 202. V. la sintesi efficace di F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit., p. 5, nt. 12 per cui «con un gioco terminologico divertente (anche se un po' spericolato), potremmo mutuare un termine (ma non necessariamente il suo problematico significato) dalla semiotica, e dalla linguistica strutturale, e dire che nella prospettiva che fa capo a Ferro-Luzzi il soggetto cessa di essere un *attore* e diventa un *attente*, nel senso di un individuo che si muove all'interno di relazioni precostituite, in una rete di dipendenze in cui i ruoli giuridici esistono in funzione reciproca secondo una logica tutta interna al sistema, indipendentemente dall'azione di fattori (soggetti compresi) esterni. In sostanza, un semplice attivatore di strutture». Secondo L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 29 la rilevanza del collegamento atto-azione si coglie, anzitutto, «[...] sul piano strutturale, enfatizzandosi, allora la

Ciò posto, ai fini dell'analisi in esame, più che la necessità di una definizione o di una categoria dell'attività, appare necessario sviscerare il rapporto tra atto ed attività, al fine di rinvenirne condizionamenti e qualificazioni disciplinari specifici⁶⁷³.

Per una lettura funzionalmente orientata alla legittimazione dell'autonomia d'impresa e ricostruttiva del diritto privato dell'impresa, occorre disancorare il contratto d'impresa da una dimensione atomistica per correlarlo nella più ampia prospettiva dell'attività d'impresa⁶⁷⁴.

Questo conduce a predicare un recupero del rapporto atto-attività in termini di complementarità: l'atto si inserisce nell'attività, ne esprime un momento. D'altro lato, l'attività non può essere ridotta a mera e sterile sommatoria degli atti⁶⁷⁵ né al contempo cancellare le peculiarità e la valutazione dei singoli atti ricompresi al suo interno. L'attività, con il suo portato di azione e di effettività, con il suo valore distinto rispetto a quello proprio degli atti⁶⁷⁶, rappresenta la cornice all'interno della quale gli atti operano e sono condizionati: non significa, con ciò solo, che ne discende una pura trasposizione dei caratteri degli atti in un contesto più ampio, quanto può esserne apprezzata la differente dinamica di operatività e validazione degli atti, connessi alla carica regolatrice dell'attività⁶⁷⁷.

dimensione metaindividuale in cui la vicenda si svolge a causa della serializzazione dei rapporti che fanno capo all'impresa» e, talora, il collegamento «[...] viene considerato anche sul piano funzionale, ponendosi l'accento, allora, sui risvolti del fenomeno in punto di causa o di contenuto del contratto» (p. 30 s.).

⁶⁷³ V. G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, cit., p. 983. Spiega B. LIBONATI, *La categoria del diritto commerciale*, cit., p. 22 che «[...] (gli) atti di cui si compone la sequenza organizzata, a loro volta, non sono indifferenti al nesso che li lega all'attività organizzata in forma d'impresa: al contrario, spesso l'essere compiuti in un contesto di attività di impresa li qualifica e ne condiziona la disciplina».

⁶⁷⁴ L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 17. In relazione a questo punto, esprime contrarietà alla prospettiva dell'autonomia d'impresa, G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 23.

⁶⁷⁵ G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 111; F. ALCARO, *L'azione giuridica e la categoria dell'attività*, cit., p. 72 ss.

⁶⁷⁶ V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, cit., p. 11 precisa che l'attività è considerata unitariamente per quanto attiene agli effetti giuridici che ad essa si ricollegano, ma «[...] deve essere valutata anche atomisticamente per quanto riguarda la sua struttura, in quanto proprio per poterla valutare come attività deve essere accertata la natura degli elementi (*atti*) che la compongono»; G. DESIDERIO, *L'attività bancaria (fattispecie ed evoluzione)*, Milano, 2004, p. 49 s.

⁶⁷⁷ F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, cit., p. 438; ID., *Metodo e dinamica sociale*, cit., p. 515 a p. 519 s. si chiede se sia «ancora applicabile la categoria della validità, presupponente [...] la strutturalità dell'atto, ad una dimensione dinamica, quale è quella di un'attività d'impresa? Forse occorrerebbe sostituire, in questi casi, alla categoria della validità quella dell'adeguatezza dell'attività, della sua

A queste conclusioni, quindi, non potrebbe accedersi se si individuasse il rapporto tra atto-attività in termini di strutturale contrapposizione⁶⁷⁸. Una rigida distinzione sarebbe ostativa ad una lettura funzionalmente orientata alla ricostruzione del mosaico dell'autonomia d'impresa e potrebbe, inoltre, pregiudicare una ricostruzione riguardo la concatenazione atto-attività che parrebbe essere dirimente in termini di conseguenze disciplinari e sistematiche⁶⁷⁹.

La dinamica dell'attività può essere d'ausilio nel ricostruire una prospettiva ulteriore rispetto all'autonomia privata classica⁶⁸⁰ che ponga in rilievo non più l'atto giuridico quale espressione di volontà attuosa⁶⁸¹ in senso stretto quanto, piuttosto, esalti il raccordo che si

conformità rispetto a certi scopi, il che fa emergere il rilievo dei comportamenti e della congruenza in senso dinamico fra le premesse programmatiche e gli esiti, fra gli obiettivi perseguiti e quelli raggiunti». Interessanti paiono i rilievi di L. BARCHIESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, Torino, 2005, p. 48 s., p. 55 ove nell'appuntare la dimensione dell'attività in un differente dinamismo rispetto all'atto rileva che «l'ottica proposta sembra cioè essere quella dell'attribuzione, alle situazioni giuridiche negoziali e da parte dell'ordinamento, di effetti giuridici in un certo senso correttivi rispetto a quelli che altrimenti potrebbero esser loro ricondotti se solo ci si limitasse ad una "neutrale" lettura degli intenti negoziali divisati dalle parti; ciò in ragione della sussistenza dei diversi rapporti di forza che per lo più caratterizzano la pluralità dei disomogenei interessi coinvolti nella vicenda negoziale». V., anche, P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 165 ss.

⁶⁷⁸ N. RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, cit., p. 9.

⁶⁷⁹ Il profilo della necessaria complementarietà tra atto-attività d'impresa è elegantemente rappresentato da G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, cit., p. 122 per cui «le modalità deliberative e soprattutto organizzative ed esecutive rendono evidente, anche all'esterno, la concatenazione degli atti; li fanno apparire anelli di un'unica catena; li propongono come momenti della produzione o dello scambio, oppure della relativa organizzazione. Vi è quindi una sorta di vicendevolezza semiotica, di reciprocità diagnostica, tra atti d'impresa e impresa come attività. I primi, nella loro successione e concatenazione esprimono le note caratteristiche di professionalità, economicità, organizzazione e produttività, consentono di identificare la seconda; questa a sua volta consente, o contribuisce a consentire, l'identificazione di ciascuno dei primi, in quanto ne risulti, attraverso il nesso con gli altri, l'inserimento in essa». Sul punto, cfr. G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, cit., p. 475 a p. 486 per cui «[...] la valutazione normativa dell'attività *sub specie unitatis* non cancella la valutazione dei singoli atti che vi sono ricompresi ma aggiunge ad essa una qualificazione portatrice di proprie conseguenze».

⁶⁸⁰ Esprime insoddisfazione M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 310. Sull'autonomia privata, v., *ex multis*, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 32 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., p. 422 ss.; ID., *Appunti sull'autonomia negoziale*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., p. 120 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; S. ROMANO, *L'autonomia privata*, Milano, 1957; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss.; N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in ID., *Codice civile e società politica*, cit., p. 85 ss. a p. 97 ss. Ora, v. G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., 2014, p. 9 ss.; M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-formali per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, cit.

⁶⁸¹ Così A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 16. In riferimento all'impresa M. GALLETTI, *L'imprenditore*, cit., p. 14 ss. a p. 44 ss.

crea tra l'atto e l'elemento dell'imprenditorialità dell'operazione⁶⁸², valorizzando l'ambiente sociale ed economico in cui il privato si muove⁶⁸³. Questo asserto va motivato alla luce di una considerazione d'insieme. Il sistema ordinamentale del diritto civile è polarizzato ed incentrato sulla figura dell'individuo, del soggetto proprietario ed è retto sul basamento concettuale soggetto-diritto soggettivo-oggetto del diritto⁶⁸⁴, in una visione statica.

Fattispecie-effetto giuridico, in quella dinamica⁶⁸⁵.

Ne traspare una netta inclinazione verso la dimensione individuale e soggettiva, incapace di rappresentare coerentemente e compiutamente il fenomeno e la realtà giuridica dell'impresa. Il contratto d'impresa, di conseguenza, subirebbe il medesimo inquadramento offerto dal meccanismo fattispecie-effetto⁶⁸⁶ che concerne il contratto di scambio isolato ed individuale, risultando tributario di un sistema concettuale stridente con le sue peculiarità.

⁶⁸² Cfr. le riflessioni di G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 5 ss. Sulla scorta delle valutazioni di Meo - *species*, in riferimento all'(anomalia dell') oggetto in relazione alla fideiussione omnibus - L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 17, nt. 35, si chiede se ciò non sia «[...] sintomatic(o) della non perfetta aderenza dello schema del contratto ai fenomeni che si svolgono all'interno di un'attività economica obiettivamente considerata e se, dunque, la stessa locuzione "contratti d'impresa", al di là del valore evocativo, non sia da abbandonare, perché fuorviante, in favore di altra più aderente alla natura dei fenomeni in esame». L'A., poi, condivide la prospettiva del rapporto atto-attività quale paradigmatica del contratto d'impresa. Asserisce, infatti, che «[...] si è soliti, infatti, pensare, all'atto come all'entità giuridica elementare e, per così dire, originaria; nelle vicende che il diritto riguarda in una dimensione anzitutto dinamica, invece, l'atto sembra essere niente altro che un momento di emersione dell'attività, che trae da questa le proprie caratteristiche e inevitabilmente si differenzia dai fenomeni (apparentemente simili) in cui il riflesso dell'attività non si coglie» (p. 85).

⁶⁸³ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., p. 24; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 207 s. Per un riscontro francese, R. NERSON, J. SCHMIDT, J. VINCENT, *Brèves réflexions sur le problème dit de l'unification du droit privé*, cit., p. 381 s. In una riflessione più ampia R. DI RAIMO, *Spunti su metodo assiologico e categorie (e schemi) tradizionali dell'autonomia negoziale*, cit., p. 348 s., invita a perimetrare la centralità dell'attività sulla scorta «non dunque (di) un indefinito interesse del "mercato" ma (del) concreto assetto d'interessi dei contraenti». V., anche, V. FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 29 s., p. 36 ss., p. 66.

⁶⁸⁴ Può essere utile, in generale, v. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss.; E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, S1, p. 1 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1191 ss.

⁶⁸⁵ V. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 34. Cfr. C. MAIORCA, *Prolegomeni ad una teoria delle strutture del diritto*, in AA. VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, *Diritto civile*, II, Milano, 1978, p. 1311 ss. *Amplius*, A.P. UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011. Per approfondimenti, v. F. ALCARO, *Riflessioni giuridiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di un'evoluzione*, Milano, 1976.

⁶⁸⁶ Precipuamente, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939 (su cui, ora, v. la rilettura di G. AMADIO, *La teoria degli effetti preliminari tra fattispecie e situazioni giuridiche soggettive*, in P. PERLINGIERI, S. POLIDORI [a cura di], *Domenico Rubino*, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 91 ss.); A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss.; ID., *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 245 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alle dinamiche del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 327 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, *ivi*, 2015, p. 1103 ss. In senso critico e di revisione dell'approdo, a lungo affidante, cui è pervenuto il sistema del diritto civile in rapporto alla fattispecie, cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.; F.

In alternativa a ciò, parrebbe necessario valorizzare il ruolo di un sistema fondato sull'attività⁶⁸⁷, intesa alla stregua di tecnica costruttiva che consentirebbe di superare l'angusta prospettiva individualista e soggettiva consacrata nella *grammatica degli scambi* espressa dal codice civile⁶⁸⁸, favorendo, di contro, un approccio globale ed inclusivo⁶⁸⁹.

Questa ricostruzione, conferendo centralità alla tipologia della realtà sociale, quale criterio determinativo dell'applicazione della norma⁶⁹⁰, decreterebbe sia che il concetto idealtipico di impresa è assai distante da quello dell'individuo proprietario⁶⁹¹ e che, pertanto, il contratto d'impresa necessita di un'altra e differente prospettiva teorica, sia l'insufficienza della fattispecie produttiva di effetti⁶⁹². La fattispecie produttiva di effetti comporta un rapporto vincolato tra il fatto e l'effetto, negando ogni valore giuridico proprio del fatto rispetto all'effetto che rappresenta l'alterazione della realtà giuridica e costituisce il

FERRARO, *Patto di opzione e operazione economica*, Milano, 2016, *passim*. V. lo studio critico di F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, cit., p. 1523 ss.

⁶⁸⁷ Così M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 34.

⁶⁸⁸ La formula è di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, *Teoria della democrazia*, cit., p. 254. Spiega P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 201 che l'attività favorisce il superamento della prospettiva individualista e soggettivista in quanto è differente il piano di azione: infatti, «[...] il processo produttivo è normalmente irrilevante ove provenga dal soggetto singolo; acquista rilievo, emergendo con caratteri propri non riconducibili alla dommatica dell'atto, ove l'entità operante sia composita, e il potere che si esplica nell'atto impone una specifica articolazione della sua formazione». La contrattazione individualista che, a detta di E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 13 risulta «[...] lenta nella conclusione, ponderata nei contenuti».

⁶⁸⁹ Secondo A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 532 «rileva non la logica dell'atto - ovvero della sequenza degli atti ordinati ad un programma e a un'operazione unitaria -, quanto la modalità in cui il singolo atto s'inserisce nelle rispettive attività d'impresa». Per l'A. ciò può evincersi dal «[...] fenomeno dei vantaggi compensativi, quale criterio di qualificazione necessariamente globale e centrato sul rilievo dell'attività complessiva, i quali assumono quale oggettivo punto di riferimento gli scambi di ricchezza nell'ambito dei rapporti economici tra le parti». Sul tema dei vantaggi compensativi, P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 737 ss.

⁶⁹⁰ M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 288 ss.

⁶⁹¹ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 45.

⁶⁹² A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 534; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 130 ss.; ID., *L'impresa*, cit., p. 12 ss. In questo senso, anche, P. SPADA, voce *Impresa*, cit., p. 41. Cfr. C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, cit., p. 37 ss., p. 44 ss. e L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 98 ss. a p. 107 ss. In riferimento alla logica del terzo contratto, quale repulsiva della fattispecie produttiva di effetti, v. L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, cit., p. 998 ss.; D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, cit., p. 24 ss.

precipitato di una visione che pone al centro il diritto soggettivo e l'obbligo⁶⁹³. L'atto d'impresa, invece, non può essere incardinato in questa relazione dialettica - a mo' di protasi-apodosi⁶⁹⁴ - fissa, in quanto e la qualificazione del fatto e il significato oggettivo dello scambio derivano da elementi ulteriori rispetto alla struttura formale del contratto o, pure, successivi temporalmente al suo perfezionarsi che possono causare un'ipotesi di validità sopravvenuta o il sorgere di determinate obbligazioni risarcitorie⁶⁹⁵. Si appunta, pertanto, la necessità di procedere ad una lettura del regolamento contrattuale in cui risalti un approccio funzionale, sostitutivo di uno meramente cronologico e strutturale⁶⁹⁶.

Tramite la visuale atto-attività, invece, il contratto d'impresa può essere inteso mediante un'ulteriore e distinta prospettiva conoscitiva che, ponendo al centro l'attività, consente di valutare la stessa attraverso dati che sono esterni al fatto e che appartengono all'organizzazione dell'attività economica e al mercato in cui opera.

La dimensione dell'attività: *i*) nel suo effettivo svolgersi e nel suo concreto dispiegarsi costituirebbe la legittimazione del potere di impresa⁶⁹⁷; *ii*) condurrebbe *in*

⁶⁹³ P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., p. 130 ss., p. 193 ss. Secondo l'A. «[...] la fattispecie produttiva di effetti altro non è che la generalizzazione di un certo modo di intendere e costruire proprio la relazione atto-diritto soggettivo, modo [...] già inadeguato a rappresentare soddisfacentemente oggi tale relazione, e poi estremamente pericoloso, se non addirittura erroneo, quando, generalizzato nell'amplessimo ed omnicomprensivo schema della fattispecie produttiva di effetti, venga applicato alla costruzione di fenomeni più o meno profondamente diversi da quello costituito dalla relazione atto-diritto soggettivo» (p. 130 s.).

⁶⁹⁴ Può richiamarsi, in generale, A. D'ANGELO, *Discorso giuridico, termini tecnici e concetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, spec. p. 309 s.

⁶⁹⁵ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 535; C. GIUSTOLISI, *La validità sopravvenuta*, cit., spec. p. 93 ss. Per alcuni spunti interessanti, F. VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, cit., spec. p. 168 s. Cfr. P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, cit., spec. p. 278 ss. a p. 279 per cui «applicata al contratto, la dialettica fattispecie/effetto è un gioco che si chiude nella determinazione delle vicende giuridiche prodotte dal fatto per le parti, ma è del tutto incapace di decodificare in qualificazioni giuridiche i cosiddetti effetti esterni del contratto [...]. È un non senso non tentare di qualificare il contratto senza tener conto delle sue conseguenze esterne: l'impatto del contratto sul mercato è la funzione del contratto, la sua validità e disciplina dipende dagli "effetti esterni", la sua dimensione cognitiva è intrinsecamente metacontrattuale». Per ulteriori approfondimenti, N. LIPARI, *Il contratto come bene. (Spunti di riflessione)*, cit., p. 193, il quale, pur riferendosi, complessivamente, al rapporto tra contratto, beni e categorie classiche, rileva che il diritto del postmoderno sia il diritto degli effetti e non delle fattispecie idonee a produrli. Per alcuni spunti legati alla tesi di Lipari, v. L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, spec. p. 37 ss. ID., *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 56.

⁶⁹⁶ L. BARCHIESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, cit., p. 56; V. FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 39 s. a p. 42 s.

⁶⁹⁷ Secondo la tesi di R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, cit., p. 2834 ss. V., ora, D. MESSINETTI, *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 23 ss. a p. 37 s.; ID., *Norma e realtà in Rosario Nicolò*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, spec. pp. 1214-1217.

apicibus il momento contrattuale⁶⁹⁸; *iii*) legittimerebbe la tesi - seppur elaborata in anni lontani e di riflessioni sull'impianto dell'abrogato codice di commercio - per cui le differenze quantitative nei fatti giuridici si risolvano in differenze qualitative⁶⁹⁹.

Una valutazione estesa all'attività contiene il pregio di afferrare contenuti ed obiettivi plurimi che si radunano attorno al contesto organizzatorio di riferimento⁷⁰⁰, impedendo, di tal fatta, una condanna all'irrelevanza, connessa al paradigma e ad operazioni di apprezzamento isolato ed individuale dei singoli atti⁷⁰¹, della complessità⁷⁰².

Il contratto d'impresa, specie se si tiene a mente l'esperienza delle garanzie personali atipiche, quali il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione omnibus, si incardina e si afferma come contratto concluso dall'impresa nell'ambito di una determinata attività⁷⁰³.

⁶⁹⁸ Cfr. G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo. (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, cit., 2005, p. 693 ss. Scrive G. BENEDETTI, *L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 39 ss. a p. 46 che «il protagonismo dell'impresa non deve fare dimenticare che nell'ordine positivo il contratto è *valore primario* perché la libertà, anche la libertà economica è bene fondamentale, costituzionalmente garantita. Sicché l'approccio di tipo contrattuale ed il relativo schema concettuale [...] sembra idoneo a preservare quel valore di libertà immanente nell'ordine giuridico positivo. [...] il giurista deve coltivare l'istanza per cui *il contratto sia sempre più contratto*». Tuttavia, ID., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 24 depotenzia l'autonomia d'impresa e il conseguente intendimento del contratto come pallido e ubbidiente strumento di questa ma, al contempo, tiene a precisare che comunque la sua tesi non deve essere ridimensionata in una crociata anacronistica contro l'importanza dell'impresa. Egli rileva che «il contratto rimane un *valore primario* nell'ordinamento dei privati (e) esso va iscritto alla *persona*, quale espressione significativa dell'autonomia riconosciuta nell'area patrimoniale dell'ordine giuridico».

⁶⁹⁹ Il richiamo è ad E. FINZI, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in ID., *"L'officina delle cose"* [volume curato da P. GROSSI], Milano, 2013, p. 72 ss. a p. 84, p. 95 ss. L'A., sostenendo che l'allora "moderno" diritto commerciale avrebbe dovuto affrancarsi da una dimensione di ordinamento giuridico di classe ed essere, invece, proteso verso le ragioni concrete dell'economia, ha arguito che «l'individualismo atomistico economico e giuridico appare uno stridente anacronismo dei rapporti commerciali» (p. 87). V., anche, P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., spec. p. 81. Può menzionarsi quanto sostiene in tema di contratti standard E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 105 laddove il controllo delle condizioni generali tende a porsi come un controllo non tanto di atti, quanto di attività. Per l'A. nella iterazione del modello contrattuale in diverse situazioni giuridiche si condensano differenze qualitative rispetto agli *Individualverträge*, propri d'un modello *übervertraglich*.

⁷⁰⁰ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 304 s.

⁷⁰¹ E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 130.

⁷⁰² D. CORAPI, *L'idea di codice nell'insegnamento di Tullio Ascarelli e l'attuale evoluzione delle codificazioni del diritto commerciale*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1297 rileva che «l'impresa come tecnica di svolgimento dell'attività economica caratterizzata dal profilo della gerarchia è distinta dalla tecnica del contratto in un libero mercato tra soggetti indipendenti. Emerge perciò sul piano giuridico la prospettiva di una disciplina dell'attività differente da quella dell'atto».

⁷⁰³ Sul tema dei contratti di garanzia personale atipici e l'attività d'impresa, cfr. G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 14 ss.; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, cit., p. 1 ss.; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 90 ss. Cfr. l'annotazione, in tema, di F. DI SABATO, *L'esperienza italiana dell'unificazione dei codici*, cit., p. 1147. Sempre in tema di garanzia, seppur nell'ottica del principio di conservazione delle stesse, la preferenza della dinamica dell'attività rispetto all'atto è suggerita da S. SERRAVALLE, *Sulla conservazione delle garanzie*, Napoli, 2005, spec. p.

Esso può operare nel mercato malgrado l'astrattezza causale⁷⁰⁴ oppure essendo con oggetto latamente determinabile⁷⁰⁵, purché sia posto in essere da un'impresa nell'esercizio effettivo della propria attività. Il nesso tra disciplina del contratto e disciplina dell'attività è assai stringente⁷⁰⁶, quasi a saldarsi in un autentico rapporto osmotico. Ed anche grazie a questa contaminazione, a questo reciproco intrecciarsi, che il discorrere di autonomia d'impresa può non essere tacciato alla stregua di ipotesi destrutturante o passatista, quanto, piuttosto, attenta ai contesti ed alle esigenze che debbono, comunque, misurarsi con il dato positivo⁷⁰⁷. Il contratto d'impresa media tra gli interessi e i fini dell'impresa e gli interessi del contesto in cui opera⁷⁰⁸; l'attività rappresenta la cornice operativa e funzionale dei contratti d'impresa e, al contempo, li giuridicizza, condiziona⁷⁰⁹ e ne legittima il ricorso⁷¹⁰.

199 ss. Per una analisi che tenga conto della prospettiva funzionale del contratto e che abbandoni quella strettamente strutturalista, v. F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, cit., p. 150. Per osservazioni conferenti, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 22 ss.

⁷⁰⁴ *Amplius*, anche in relazione alla dinamica dell'attività ed alle sue venature riguardo la contrattazione di rete e l'abuso di dipendenza economica, v. A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1283 ss.

⁷⁰⁵ Su determinabilità dell'oggetto del contratto d'impresa, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 57 s.; G. GITTI, *L'oggetto*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 203 ss. a p. 226 ss.; ID., *La determinazione del contratto*, in ID., G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, cit., p. 83 ss. a p. 87 ss.; L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 302 ss. In tema di fideiussione omnibus, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 261 ss.

⁷⁰⁶ Così è rilevato da S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, cit., p. 659. Tale assunto trova conforto nella tesi di RIC. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit. V., anche, A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit. p. 64 s. sostiene che «la disciplina del contratto è disciplina dell'attività economica [...]». La novità specifica del nuovo diritto contrattuale, di fonte comunitaria, sarebbe di assegnare un autonomo rilievo di diritto privato alla disciplina dell'attività destinata a sua volta ad incidere sulla regolamentazione del singolo contratto»; L. DI NELLA, *Mercato e contratto nell'ordinamento comunitario*, spec. p. 285.

⁷⁰⁷ In tema di garanzie personali d'impresa rileva G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 25 che «trascurare il problema della meritevolezza dei singoli contratti di garanzia e/o di finanziamento predisposti ed utilizzati dagli istituti di credito, considerando che gli stessi intervengono prevalentemente tra imprenditori, significa porsi in una logica che rischia di frantumare una realtà complessa per privilegiare una visione astratta del fenomeno, rispondente ad una logica di mera uguaglianza formale».

⁷⁰⁸ Si potrebbe, forse, prendere in prestito la considerazione di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 145 circa il ruolo del *fatto* e del *valore* all'interno del negozio giuridico. Per l'A. il fatto rappresenta l'elemento materiale mentre, invece, il valore quello formale del diritto. Egli precisa che «[...] pur essendo diversi essi sono tuttavia uniti, nel senso che l'uno integra l'altro e l'uno è indispensabile alla determinazione dell'altro. Il valore, che preesiste al fatto, permette a questo di produrre conseguenze giuridiche. Il fatto, a sua volta, consente al valore, meramente virtuale, di diventare reale e concretamente operante». Per ulteriori profili di raccordo tra qualificazione, realtà sociale e categorie giuridiche cfr. quanto contenuto a p. 182 ss.

⁷⁰⁹ Cfr. l'approfondito studio in tema di nullità, interessi d'impresa, e dinamica dell'attività condotto da L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, cit., p. 999 ss. a p. 1018 ss. V., anche, D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, cit., spec. pp. 50-54, pp. 91-95.

Capitolo II

Le garanzie personali d'impresa nel sistema giuridico domestico. Spunti dal diritto privato europeo, dal diritto transnazionale e dal diritto francese

SOMMARIO: 1. Le garanzie d'impresa nel sistema giuridico italiano: teoria di sistema e aspetti funzionali; 2. La disciplina delle garanzie personali d'impresa nel DCFR; 3. La disciplina dell'UNCITRAL in materia di garanzie personali d'impresa; 4. Le regole della CCI in materia di garanzia personale a prima richiesta; 5. Le garanzie personali d'impresa nel diritto francese

1. Le garanzie d'impresa nel sistema giuridico italiano: teoria di sistema e aspetti funzionali

«Ancora una volta ritorniamo alla contrapposizione fra i due concetti di avere e dover avere. Se facessimo per un momento astrazione da un qualsiasi ordinamento giuridico, la differenza sarebbe facile a determinare. Io avrei tutto ciò che sta a portata delle mie forze e finché vi sta; dovrei avere ciò che altri è disposto a darmi e finché perdura tale disposizione. L'ordinamento giuridico trasforma questa situazione di fatto in una situazione giuridica introducendovi l'elemento della garanzia. Ma [...] non dobbiamo fermarci all'esame dei mezzi con i quali l'ordinamento giuridico attua la garanzia. Sebbene proprio in essi si abbia la manifestazione più appariscente e tipica dell'azione del diritto, non si può prescindere dal considerare che l'essenza delle cose non è, o non è tutta nel mezzo di cui le cose vivono»⁷¹¹.

⁷¹⁰ Usando le parole di P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 539 «la funzione dell'atto è definita nell'attività e talvolta è la stessa attività a concretizzare una funzione originariamente meno specifica, operando come causa di concretizzazione» (spunti interessanti si ricavano, anche, a p. 594 s., p. 599 ss.); ID., *Partecipazione associativa e rapporto giuridico*, cit., p. 72 ove analizza l'attività come momento costitutivo della situazione soggettiva (in questo caso, l'analisi è incentrata sulla partecipazione associativa). Per riportare le parole di L. SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. 295 s. «il presentarsi dell'atto come momento di una attività economica organizzata in forma di impresa sembra, tuttavia, poter assumere una valenza più marcata, trasformandosi, allora da semplice stimolo alla valorizzazione degli elementi (quando presenti) di atipicità della fattispecie, in criterio di recepimento della regola privata da parte dell'ordinamento giuridico (statale)». Da una particolare prospettiva, volta a disconoscere la natura categoriale dei contratti bilateralmente d'impresa, asserisce V. FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 77 che «[...] occorra invece valutare e giustificare ogni atto di autonomia negoziale "all'interno del sistema ordinamentale nella sua unitarietà e complessità", avendo "riguardo alla natura dell'atto posto in essere" nonché tenendo nella dovuta considerazione l'oggetto, il contenuto e le circostanze in presenza dei quali l'atto di autonomia "si perfeziona"».

⁷¹¹ Così, A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 8.

La riflessione del Cicu può essere d'ausilio nell'atterrare il complesso tema giuridico dell'istituto della garanzia. Esso risulta essere, costantemente, al centro degli studi di diritto privato. Tale rilevanza va di pari passo con la natura articolata e con le specificità che lo innervano. Proprio l'embricarsi di criticità conduce, sovente, all'approdo verso distinte letture e soluzioni con conseguenti ripercussioni nei relativi ambiti di indagine, connesse alla non univocità del concetto medesimo⁷¹².

Le imprecisioni terminologiche⁷¹³ - che già trovano eco nella preferenza della forma plurale a dispetto di quella singolare⁷¹⁴ - e il rischio della dilatazione soverchia della nozione di garanzia appaiono alquanto ricorrenti e divengono ancor più perniciose se sganciate da un ragionamento connesso al dato sia teorico che pratico⁷¹⁵.

Ciò però, è utile sin da subito premettere, non impedisce di ricercare, aldilà della polisemia innata, della duttilità ed elasticità - specie nelle garanzie personali - che ne consentono l'adeguamento alle proteiformi realtà economiche, il nocciolo duro e la funzione precipua⁷¹⁶ all'interno del sistema giuridico operativo⁷¹⁷. Ovvero, quella di rafforzamento

⁷¹² G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, VII, Torino, 1992, p. 579 ss.; L. PIAZZA, voce *Garanzia I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1 rileva che «la nozione di garanzia, invero, penetra così profondamente in tutte le sfere dell'attività umana, che non sempre risulta facile spogiarla delle valenze d'ordine morale, sociale ed economico che evoca ed offrirne una definizione giuridicamente pura»; M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss. eloquentemente osserva che «con una sola parola si designano cioè situazioni disparate [...]. Ma possono avervi influito in modo concorrente, da un lato, la tendenza al concettualismo che, non di rado, fa scorgere simiglianze o affinità fra istituti differenti e, dall'altro, la tradizione terminologica della pratica e della legge, dalla quale, sotto vari aspetti riflessi, può convenire non discostarsi. Ne risultano confusioni ed equivoci per quanto chiari possano essere la natura e i caratteri di ciascuna fattispecie, e chiaro il fondamento e il contenuto della disciplina che ognuna riceve». Rilevano la plurivocità d'accezione, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, Milano, 1959, p. 68 ss.; M. MAGGIOLÒ, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI, *Obbligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Roma 23-24 settembre 2010)*, Napoli, 2011, p. 88 s.; F. NAPPI, *La garanzia autonoma profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 57. Per un'analisi degli interessi, L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 20 ss.

⁷¹³ M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione mandato di credito anticresi*, in *Tratt. Grosso-Santoro-Passarelli*, Milano, 1966, p. 3.

⁷¹⁴ E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 124 ritiene che sul piano nominalistico sia più opportuno discorrere di garanzia e garanzie; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 42 annota che «[...] discorrendo di garanzia al singolare si rischia di non cogliere le diversità esistenti tra gli interessi creditorî che si intendono proteggere».

⁷¹⁵ Come asserisce R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 402 «[...] la trama del pensiero si fonda su concettualizzazioni che entrano in gioco in qualunque rivelazione di un'esperienza, dalla più attuale, immediata e diretta alla più remota». Cfr. F. MASTROPAOLO, *Obbligazioni e autogaranzie debitorie*, in AA. VV., *Studi offerti ad Antonio Venditti*, II, Napoli, 20009, p. 797 ss.

⁷¹⁶ G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, p. 3 ammonisce che «[...] la conoscenza di un istituto giuridico è conoscenza della sua funzione e della sua struttura» e prosegue rilevando che «dal

(appressamento) e tutela della aspettativa creditoria⁷¹⁸ - che nelle garanzie personali si connatura in un'espansione *del lato passivo*⁷¹⁹. Ciononostante, è stato autorevolmente sostenuto come l'immanente eterogeneità ne abbia ratificato l'impossibilità di una *reductio ad unum*⁷²⁰.

Giova, sin da subito, evidenziare che una puntuale disamina delle fattispecie involgenti il concetto di garanzia potrebbe apparire fuorviante ed allontanarci dal tema di fondo che si prova a sviscerare. Sul punto, ci si limiterà, pertanto, ad un accenno epidermico.

Di contro, stante il riscontro di una singolare ricchezza inventiva dell'autonomia privata⁷²¹, si ravvisa la necessità di estendere la riflessione in chiave funzionale⁷²², dove si

punto di vista della funzione, garantire l'obbligazione, meglio, in senso lato, il dovere, significa assicurarne l'adempimento». G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 1 ss. a p. 9 pone subito in allerta dal subire «[...] il fascino esercitato dalla semplificazione, fatalmente indotta dalla tendenza a considerare la garanzia come categoria in sé sfuggente e solo individuabile con nettezza in chiave teleologica». A detta dell'A., la risposta agli interrogativi derivanti dalle esperienze pratiche non deve condurre ad una indulgente considerazione della garanzia e, di conseguenza, ad una cristallizzazione dei vecchi dogmi. Di tal fatta, ne discenderebbe «[...] una rarefazione del concetto di garanzia, il quale, relegato e costretto in un ambito oltremodo circoscritto, serberebbe intatta la sua "purezza", ma finirebbe per smarrire la propria funzione» (p. 12).

⁷¹⁷ Per P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 41 s. la definizione di garanzia va, possibilmente, mantenuta all'interno del sistema, vale a dire «[...] trasformare le proposizioni che (la) contengono in reti gettate tra frammenti di norme».

⁷¹⁸ In generale, F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 271 ss.; C. MAIORCA, *Introduzione alla dinamica giuridica*, Napoli, 1978, spec. pp. 51-70. Opinione di recente espressa in G. PALERMO, Sein und Sollen, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e crisi*, Milano, 2016, p. 32 ove può leggersi anche che la genesi delle garanzie atipiche è riconducibile «[...] alle pretese di un ceto creditorio reclamante sicurezza» (p. 33).

⁷¹⁹ G. BO, voce *Garanzia*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 192 ss.; A. MONTEL, voce *Garanzia*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 742. V. l'indagine di U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 755 ss., volta a ripercorrere gli approcci ermeneutici più significativi in tema di garanzia. V. lo studio di N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 98 ss. G. VILLANACCI, *Performance Bond. Caratteri e funzioni*, Napoli, 1996, p. 41 precisa che in tema di contratto autonomo di garanzia non trattasi di raddoppio degli obbligati, stante la distinzione tra obbligazione del garantito e quella del garante.

⁷²⁰ Secondo, U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 751 s. «il sistema del credito nel diritto privato è caratterizzato in maniera costitutiva da una pluralità aperta di forme legali. La tendenza a chiudere il sistema, anche con riguardo al settore strutturalmente più rigido composto dalle garanzie reali, è frutto in gran parte delle forme della prassi». G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974, p. 138 ss., annette la polivalenza della garanzia alla povertà del linguaggio giuridico. Cfr. A. GAMBARO, *Alcuni problemi delle garanzie del credito nella prospettiva comparatistica*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica (Salisburgo 13-15 settembre 2001)*, Torino, 2003, p. 423. Da ultimo, v. T. FEBBRAJO, voce, *Garanzia [dir. civ.]*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*, 2016.

⁷²¹ Così, F.M. ANDREANI, *Tipicità e atipicità delle garanzie personali: le figure di garanzia personale non accessoria*, in AA. VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, cit., p. 71. Cfr., anche, U. BRECCIA, *Le nozioni di «tipico» e «atipico»: spunti critici e ricostruttivi*, cit., p. 3 ss.; ID., *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 767 ss. a p. 768 s. dove afferma che «il dominio dell'anomalo e dell'atipico rispetto al tipico, anche quale oggetto di studio oltre che di esperienza, si potrebbe risolvere in una presa d'atto realistica, se non

ponga in esponente il rapporto tra l'individuazione del contenuto "intimo" del concetto di garanzia e l'affermazione nei singoli contesti operativi⁷²³ e, ancora, la risposta/reazione dell'ordinamento dinanzi all'incedere di contratti di garanzia suscettivi di incidere sulle regole della parte generale del contratto.

Ciò posto, in materia di garanzia, e nel solco della centralità del ruolo della responsabilità nei rapporti obbligatori, una posizione primaria riveste la particolare situazione di soggezione del patrimonio del debitore ai fini dell'adempimento delle proprie obbligazioni⁷²⁴.

In questo caso, si è dinanzi ad una garanzia generica distinta dalle garanzie specifiche, intese ad irrobustire e rafforzare un apparato di sicurezza del credito già presente nel rapporto obbligatorio⁷²⁵. Tale garanzia ha la finalità di rendere effettivo e concreto il

coinvolgesse almeno tre fondamentali ordini di problemi: il carattere sempre più seriale e sempre più uniforme delle anomalie e delle atipicità; la penetrazione (con inevitabili propagazioni nel diritto privato comune) di una regolamentazione che si fonda sul rilievo strutturale delle competenze professionali dei contraenti; i riflessi della legislazione a tutela della libertà di concorrenza e di mercato sulle direttive generali orientate alla salvaguardia della pari autonomia contrattuale effettiva nella cornice di valutazioni duttili affidate al canone della buona fede oggettiva»; E. BRIGANTI, *Contratti di garanzia e autonomia privata*, Padova, 1988, p. 11 ss. In una panoramica più ampia legata alla meritevolezza quale predicato dell'autonomia negoziale ed alla diffusione di nuove figure negoziali in materia di garanzia personale, v. lo studio di M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., spec. p. 242.

⁷²² G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, cit., p. 6 s. In generale, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, cit., p. 879 ss.

⁷²³ Seppur in riferimento al sistema delle garanzie reali, rileva A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, spec. p. 108 ss., che una accurata indagine del sistema delle garanzie non possa prescindere dalle complessità legate alle peculiarità settoriale, dalla analisi delle anfibologie del lemma garanzia e della valutazione in termini di operatività pratica. Per la centralità dell'aspetto funzionale L. PIAZZA, voce *Garanzia I* *Diritto civile*, cit., p. 1 ss. Cfr. R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, in G. AJANI et alii (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, p. 439 ss.

⁷²⁴ *Ex multis*, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1951, p. 157 ss. a p. 174; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 136; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali-La prescrizione*, Milano, 2012, p. 4 s. Cfr., anche, A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 40 ss. Sulle interessenze tra responsabilità e garanzia nel fenomeno societario, cfr. il dettagliato studio monografico di E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959.

⁷²⁵ Sull'assai dibattuto tema in merito ai rapporti tra responsabilità patrimoniale e garanzia, A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., p. 16 ss; R. NICOLÒ, sub art. 2740, in ID., V. ANDRIOLI, G. GORLA, *Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, p. 2 s.; L. BARBIERA, sub art. 2740, in ID., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, pp. 8-15 (su cui v., ora, F. PARENTE, *Garanzie e responsabilità patrimoniale nel pensiero di Lelio Barbiera*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 280 ss.); V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, I, Torino, 1997, p. 494 s. Se L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948, p. 103 ha sostenuto che non si potesse rifiutare «[...] questo concetto di garanzia, se si pensa all'importanza primaria che ha per il creditore la prestazione (o il suo diretto surrogato: l'esecuzione in forma specifica) [...]», da diverse e autorevoli voci dottrinali è, invece, giunta una valutazione negativa circa la funzione di garanzia nella destinazione impressa al patrimonio del debitore dall'art. 2740 c.c. Su ciò, M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, cit., p. 452 s. Per l'A., i motivi escludenti la costituzione di

diritto di credito attraverso una soddisfazione sostitutiva, che si attua mediante l'esecuzione coattiva sul patrimonio del debitore, di gran lunga più onerosa e meno vantaggiosa rispetto ad una soddisfazione realizzabile con la cooperazione diligente del debitore⁷²⁶.

Ancora, può rammentarsi la garanzia dell'esistenza del credito in caso di cessione a titolo oneroso⁷²⁷, la garanzia della solvenza del debitore quando è stata assunta dal cedente od imposta dalla legge⁷²⁸, od ancora la garanzia della validità e dell'adempimento del contratto ceduto⁷²⁹. Non può omettersi il possibile ricorrere, anche, nella delegazione⁷³⁰, nell'espromissione⁷³¹, nell'accollo⁷³² e nella promessa di fatto altrui⁷³³ di una funzione di

una forma di garanzia risiedono: *i*) nella considerazione che l'art. 2740 c.c. attribuisce al creditore esclusivamente il potere di agire in via giudiziale sui beni del debitore; *ii*) nella distinzione tra garanzia generica e garanzia in senso tecnico, in quanto solo la prima è necessaria all'attuazione coattiva; *iii*) nella tesi per cui in nesso obbligatorio consta di un debito e di una responsabilità, non invece di un debito garantito, escludendo che costituisca garanzia la responsabilità di cui è gravato il debitore inadempiente. Ora, v. G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 8 s. Sul tema v. le ricostruzioni di F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in *Diritto Civile Lipari-Rescigno*, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, pp. 162-167 e A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, p. 23 ss. Da ultimo, G. MARCHETTI, *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 511 ss.

⁷²⁶ Eloquenteemente, G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 17, nt. 38 precisa «il fallimento della “cooperazione” è il presupposto che legittima il passaggio al modello “autoritativo” di garanzia, volto, mediante il processo esecutivo, ad assicurare al creditore una “soddisfazione sostitutiva”. Ma poi, a ben vedere, anche detto modello “autoritativo” finisce col far perno, in sostanza, sulla logica della “cooperazione”: la garanzia, infatti, è pur sempre costituita dal patrimonio del debitore e l'effetto proprio del meccanismo di “soddisfazione sostitutiva” del creditore in tanto si realizza in quanto la consistenza del patrimonio del debitore sia tale da consentirlo». Cfr., anche, E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959.

⁷²⁷ *Amplius*, A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione di garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Bbtc*, 1985, II, p. 258 ss.

⁷²⁸ L. AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, 2003.

⁷²⁹ Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, pp. 3-4.

⁷³⁰ B. GRASSO, sub art. 1271, in ID., *Delegazione, espromissione e accollo. Artt. 1268-1276*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 73 ss.; G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 93 ss.; R. DE MEO, *La delegazione*, in *Tratt. Garofalo*, IV, *La circolazione del debito*, II, *Delegazione, espromissione, accollo*, Padova, 2016, p. 141 ss.

⁷³¹ S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 788; R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 149 ss.; R. DE MEO, *L'espromissione*, in *Tratt. Garofalo*, IV, *La circolazione del debito*, II, *Delegazione, espromissione, accollo*, cit., p. 270 ss.

⁷³² P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 72 ss.; F. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri di interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 490 s. precisa che mentre la fideiussione è tipicamente ordinata allo scopo di garanzia, i negozi di assunzione possono perseguire un siffatto scopo. V. B. GRASSO, *Considerazioni sull'ammissibilità di un accollo «autonomo» (o «atipico»)*, in *Dir. giur.*, 2005, p. 331 ss.

⁷³³ Ora, F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, in *Tratt. CNN*, IV, 42, Napoli, 2014, p. 109 ss.; F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009; A.M. AZZARO, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Diritto Civile Lipari-Rescigno*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, cit., p. 668 ss. In tema, P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 673 ss.; G.

garanzia⁷³⁴. In questi contesti, così come nell'alienazione dei crediti⁷³⁵, nel deposito in funzione di garanzia⁷³⁶ e nel divieto di alienazione⁷³⁷, si assiste ad autentiche flessioni di precisi modelli negoziali.

MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 466 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 22 ss., p. 84 ss.; F. MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacati di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, p. 695 ss. e p. 997 ss.; P. DE SANNA, *Accessoriarietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, p. 45 ss. V., inoltre, M.C. CHERUBINI, *In tema di rapporti tra promessa del fatto del terzo e garanzie del credito*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 577 ss.; A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo (parte prima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 563 ss. a p. 583 ss., p. 597 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. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano, 1994, p. 59 ss. Cfr., seppur datati, G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955, spec. p. 48 ss.; G. STOLFI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 203 ss.

⁷³⁴ Come avverte R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 12, nt. 3, che identifica queste figure quali «[...] forme sussidiarie d'intervento del terzo che hanno in comune il fondamento economico, che è quello della garanzia». Di recente, v. U. STEFINI, *Espromissione e accolto cumulativi come strumenti di garanzia del credito*, in F. GALGANO (opera diretta da), *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, Bologna-Roma, 2016, p. 1892 ss. Anche, F. MASTROPAOLO, C. LUCCHI, *Interventi di terzi e garanzie nelle vicende del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, *I contratti di garanzia*, I, Torino, 2006, p. 782 ss. Per considerazioni critiche, v. U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2009, pp. 72-83. Una recente analisi è offerta da S. TOMMASI, *L'accollo*, in *Tratt. Garofalo*, IV, *La circolazione del debito*, II, *Delegazione, espromissione, accolto*, cit., p. 359 ss.

⁷³⁵ V. lo studio comparatistico di G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974. V. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; G. BOZZI, *Alienazione in garanzia e tipologie commissorie*, Milano, 2000; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007. Sul tema, anche in riferimento alla eterogeneità della nozione di garanzia, C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 114 ss. e l'analisi articolata di F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., spec. p. 200 ss.

⁷³⁶ Sul tema, già, R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476 ss. V. G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit.; M. GORGONI, voce *Deposito in funzione di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 1 ss.; R. LENZI, *Deposito fiduciario e funzione di garanzia*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 95 ss. Per un raffronto francese, v. C. MOULY, *L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français*, in AA. VV., *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*. Liber amicorum discipulorumque, Paris, 1991, p. 267 ss.

⁷³⁷ L'art. 1379 c.c., disciplinante il divieto di alienazione, costituirebbe il referente normativo principale riguardo le garanzie negative. In dottrina, di recente, G. SALVI, *Validità ed efficacia del divieto convenzionale di alienazione*, Napoli, 2016, p. 144 ss. Di notevole importanza restano gli studi di G. PIEPOLI, *Interessi individuali e interessi collettivi nel risanamento della grande impresa*, Milano, 1983, pp. 121-124; ID., *Le «garanzie negative»*, in *Bbtc*, 2001, I, p. 405 ss. e F. MACARIO, M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 533 s.; da ultimo, A. DAVOLA, *Le garanzie negative dell'obbligazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1089 ss. Nel diritto francese si v. Y. CHAPUT, «*Les sûretés négatives*», in AA. VV., *Annales de la faculté de droit et de sciences politiques de Clermont*, Clermont-Ferrand, 1974, 167 ss.; M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *Les sûretés négatives*, Paris, 1998; nel panorama tedesco cfr. la compiuta analisi di H. MERKEL, *Die Negativklausel. Recht und Praxis einer schuldrechtlichen Sicherungsvereinbarung*, Berlin, 1985. Le garanzie negative rappresentano una limitazione al potere di disposizione patrimoniale. Esse si traducono nell'obbligo assunto dal debitore a non costituire senza il consenso del finanziatore, fino alla restituzione del finanziamento, garanzie reali a favore di terzi o a riconoscere un'identica prelazione al finanziatore. Un'altra accezione di garanzia negativa coincide con il divieto per il debitore di divulgare notizie e informazioni riguardanti la composizione e la consistenza del proprio patrimonio. Anche la giurisprudenza (Trib. Bari, 4 febbraio 180, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 138 ss.) ha riconosciuto ai vincoli discendenti dalle garanzie negative l'idoneità a rappresentare una funzione di garanzia, volta a rafforzare l'obbligazione esistente del creditore. A mente dell'art. 1379 c.c., il divieto di alienazione prevede assai stringenti limiti di tempo e il ricorrere di un apprezzabile interesse delle parti, in difetto dei quali il divieto viene ad essere invalidato (su questo profilo cfr. F.

Ciò, precipuamente, avviene al fine di realizzare una vera e propria funzione di garanzia⁷³⁸.

Altri strumenti in grado di svolgere una funzione di garanzia risulterebbero essere, anche, la clausola penale e la caparra confirmatoria⁷³⁹.

Ancora, e per profili che qui interessano maggiormente, tra gli istituti di garanzia del credito figurano differenti tecniche e modalità attraverso le quali corroborare la possibilità di adempimento di un'obbligazione: più precisamente ci si riferisce alle garanzie reali ed alle garanzie personali.

Quantunque istituti di diritto sostanziale, le prime consentono l'instaurarsi d'un rapporto tra l'obbligazione medesima ed un determinato bene del debitore; le seconde, invero, l'espansione (allargamento quantitativo e rispondenza di un patrimonio ulteriore) soggettiva per l'adempimento dell'obbligo originario⁷⁴⁰.

L'obbligazione di garanzia, almeno stando al diritto privato positivo, viene in riferimento in ulteriori comparti del codice civile, nell'accezione di garanzia del godimento

BOCCHINI, *Limiti convenzionali al potere di disposizione*, Napoli, 1977, p. 57 ss.). Il disposto normativo ha indotto a ritenere, pertanto, valide le garanzie negative solo qualora dovessero risultare proporzionali alla finalità della complessiva operazione economica sottostante (G. PIEPOLI, *Le «garanzie negative»*, cit., p. 427. Tale tesi è condivisa anche da N. MOLFESSIS, *Le principe de proportionnalité en matière de garanties*, in *Banque et droit*, 2000, p. 4 ss. Secondo la prospettazione di E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 670, le garanzie negative vogliono assolvere una funzione squisitamente preventiva circa l'eventuale inadempimento del debitore o il pericolo che il medesimo venga assoggettato alla falciatura fallimentare). Da ultimo, T. CANEPA, *Covenants e garanzie negative*, in F. GALGANO (opera diretta da), *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, Bologna-Roma, 2016, p. 1815 ss.

⁷³⁸ V. l'accurata analisi di G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 5 ss. e di G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 58 ss. Contrario alla dilatazione eccessiva del concetto di garanzia, risolvendosi in una diluizione del contenuto e della funzione della medesima, è A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 33 per cui nelle ipotesi assicurative, della promessa del terzo e nei negozi traslativi in genere il «[...] cavère costituisce una conseguenza eventuale e non uno scopo specifico del negozio».

⁷³⁹ G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 24 ss.

⁷⁴⁰ Secondo l'assunto di C. MAIORCA, voce *Ipoteca (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 52, nt. 1. Cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VIII, I, Milano, 1980, p. 240 ss. Non proprio in questo senso, in riferimento al contratto autonomo di garanzia, si esprimono C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Rescigno*, XII, IV, Torino, 1985, p. 103 e F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 129 s. per i quali nel contratto autonomo di garanzia si leggerebbe una funzione cauzionale, tesa alla creazione di una disponibilità monetaria. Sul rapporto tra contratto autonomo e funzione cauzionale cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 463 ss. Circa le interrelazioni tra fattispecie di garanzie personali e obbligazioni societarie, v. lo studio di A. BARBA, *Obbligazione sociale e garanzia personale del socio illimitatamente responsabile*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, cit., p. 109 ss.

di diritti⁷⁴¹, in tema di obblighi del venditore⁷⁴², nella locazione, nell'appalto⁷⁴³ e nei conferimenti eseguiti in adempimento del contratto di società⁷⁴⁴.

Occorre precisare che, se la garanzia del credito risulta funzionale all'accrescimento della tutela del creditore e si presenta come un'assunzione di soggezione e di responsabilità altrui, nei casi appena cennati, invece, si palesa la connessione con il perseguimento di una finalità di tutela di interessi e prerogative composti già ricompresi nella sfera patrimoniale del soggetto garantito⁷⁴⁵.

Venendo ora allo scrutinio del dato strutturale, può rilevarsi che sotto questo profilo le garanzie sogliono distinguersi in garanzie a struttura semplice e garanzie a struttura complessa.

Fra le prime possono annoverarsi quelle nascenti dalla legge (ad es. privilegi generali e speciali non subordinati a convenzione tra le parti o a forma di pubblicità, giusta l'art. 2745 c.c.) in forza di una sentenza (è il caso della fideiussione i cui effetti derivano da una pronuncia giudiziale emessa in seguito ad una promessa inadempita di dare garanzia personale *ex art.* 2932 c.c.), oppure dalla volontà privata (fideiussione, avallo).

⁷⁴¹ M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, cit., p. 137 ss.

⁷⁴² L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983; S. CHERTI, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, 2004. V. gli approfonditi saggi di E. MOSCATI, *La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 346 ss.; F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 606 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, *ivi*, 2003, p. 532 ss.

⁷⁴³ Tra gli ultimi studi, S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 363 ss.; F. CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011.

⁷⁴⁴ Si aderisce alla tesi di L. PIAZZA, voce *Garanzia I) Diritto civile*, cit., p. 2, il quale sostiene che il significato tecnico di garanzia, quale riserva di sicurezza vada riferito solo al diritto di credito e non anche alle altre fattispecie codicistiche in cui emerge un obbligo di garanzia.

⁷⁴⁵ G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 2 rileva che «si afferma, in questo contesto, un'idea di garanzia che opera mediante regole "oggettive" (garanzia di un risultato e/o di una certa situazione) non propriamente riconducibili al piano della responsabilità»; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 216. V. l'accurata analisi di F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 40 ss. a p. 58 ove precisa che «[le garanzie di godimento di diritto] sono riconducibili ad altre nozioni: ai rimedi che rimuovono un contratto, essendo risultato difettoso il rapporto che ne è sorto; a quelli che modificano gli effetti del contratto (es., riduzione di prezzo); agli obblighi risarcitori, derivanti da inadempimento in senso tecnico o da fattori diversi (manchevolezze nell'"impegno di legittimazione"), e dunque a ragioni di responsabilità (per colpa od oggettiva)». Ancora, a detta dell'A. «al di fuori della garanzia in senso tecnico restano invece quei rimedi che più genericamente sono posti a difesa dell'interesse di un soggetto, cui l'ordinamento riconosca l'acquisto, l'esercizio o il godimento di un diritto, e che si possono qualificare anch'essi come garanzia, ma solo [...] in senso improprio».

Garanzie strutturalmente complesse sono quelle che risultano dall'unione di un atto giustificativo della garanzia e di un atto da cui la garanzia discende⁷⁴⁶. Vale a dire, privilegi speciali subordinati a convenzione o pubblicità, privilegi processuali, le ipoteche legali e giudiziarie, le garanzie reali volontarie (pegno *ex artt.* 2786 e 2787, comma 3, c.c.).

La pluralità delle fonti e dei modelli congegnati⁷⁴⁷, difformi e particolari tra essi⁷⁴⁸, verrebbe ad essere contraddistinta, però, dall'esistenza ricorrente di un interesse omogeneo a rendere sicura una determinata situazione giuridica⁷⁴⁹. Le garanzie hanno la funzione di contrappeso del rischio, proprio per la sicurezza che conferiscono al creditore nella realizzazione dei rispettivi diritti⁷⁵⁰. Non da ultimo, e sempre a riprova della pervasività degli istituti di garanzia, un altro versante in cui si registra l'incedere deciso dell'operatività delle medesime risulta essere quello dei nuovi beni, ovvero dei beni immateriali⁷⁵¹; opzione, questa, reputata assai affidante e decisiva nell'evoluzione dei finanziamenti all'impresa⁷⁵².

⁷⁴⁶ M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, cit., p. 460; G. IORIO, *Garanzie reali e garanzie finanziarie*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Opere e servizi – 2. Trasporti e logistica. Turismo e leisure. Credito e garanzie. Lite e processo*, Milano, 2014, p. 1012.

⁷⁴⁷ U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 754 ss. Dello stesso avviso, E. PELLECCCHIA, *Accesso al credito, cittadinanza economica e dignità della persona*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 649.

⁷⁴⁸ Scrive A. MAZZONI, *Contratti di garanzia e normativa valutaria*, cit., 1986, I, pp. 618-619 che «[...] solo se si abbandona la cattiva abitudine culturale di scambiare per esigenza logica ciò che è soltanto il regime dell'istituto più noto alla tradizione giuridica nazionale, ci si accorge che i modi del garantire, lungi dall'appiattirsi concettualmente sullo schema fideiussorio, sono storicamente e praticamente plurimi, relativi e mutevoli».

⁷⁴⁹ Quantunque la rilevanza della dimensione funzionale tenda ad adombrare l'omogeneità terminologica, G. TUCCI, voce *Garanzia*, cit., p. 581 asserisce «[...] non è tanto utile individuare, come pure è stato fatto, un comune significato ed una comune disciplina dell'obbligazione di garanzia, quanto specificare con quali strumenti l'esigenza di rendere sicure determinate situazioni giuridiche si realizza rispetto ad altri rimedi disposti a protezione dello stesso soggetto privato».

⁷⁵⁰ Secondo F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 7 «[...] la garanzia consiste nell'assunzione di una responsabilità con riferimento ad un elemento perturbatore del contratto inteso quale regolamento tra le parti (*lex contractus*), elemento sul quale il debitore non può intervenire con il proprio comportamento». Spiega E. PELLECCCHIA, *Accesso al credito, cittadinanza economica e dignità della persona*, cit., p. 648 s. che «il meccanismo delle garanzie è infatti una risposta all'asimmetria informativa che caratterizza l'erogazione del credito: colui che presta denaro generalmente non conosce le caratteristiche di colui a cui presta e va incontro ad alti costi di selezione per individuare la "rischiosità" del debitore. Con la garanzia il rischio viene "condiviso" con il garante (lo stesso debitore o un terzo)».

⁷⁵¹ Per un inquadramento generale, A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 569 ss. a p. 572; ID., *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, *ivi*, 2000, I, p. 185 ss. La dematerializzazione dei patrimoni (sovente, i patrimoni di numerose imprese sono virtuali, ovvero costituiti da marchi, brevetti e *copyrights*) e l'insufficienza dei sistemi tradizionali di garanzia è stata analizzata da C.M. CASCIONE, *Garanzie e «nuovi beni». Sulla collateralization di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 69 ss. Su queste problematiche, cfr. i contributi apparsi sulla rivista *AIDA*, 2009, I, relativi al convegno *Le garanzie su diritti IP*, tenutosi a Pavia nei giorni 25-26 settembre 2009. Scrive G. PIEPOLI, *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 628 «[...] i diritti della proprietà intellettuale definiscono i nuovi *assets*

Da quanto sinora cennato e per il prosieguo delle riflessioni, non appare arduo rilevare che la prospettiva corretta attraverso la quale osservare la nozione di garanzia appare proprio quella funzionale⁷⁵³, laddove si lumeggino le interrelazioni tra il *proprium* del rafforzamento del diritto di credito e della sicurezza del creditore⁷⁵⁴ - fondamento della garanzia quale mezzo diretto a rendere sicura ed effettiva l'attuazione dell'aspettativa del creditore, ponendolo al riparo dal rischio di insolvenza del debitore⁷⁵⁵ - e l'impatto tra relazioni contrattuali d'impresa e parte generale del contratto.

Proprio questa lettura, come indicato anche in dottrina, consente di ascrivere nel novero della garanzia una serie di strumenti contrattuali che, altrimenti, rischierebbero una marginalizzazione giuridica⁷⁵⁶.

immateriali pienamente idonei a costituire punto di riferimento per le garanzie del credito». In riferimento alla proprietà industriale, cfr. E.C. ZACCARIA, *Diritti di proprietà intellettuale e finanziamento alle imprese: le garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 411 ss.; F. MEZZANOTTE, *Garanzie del credito e proprietà industriale: riflessioni sulla collateralization delle licenze esclusive*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1168 ss. In generale, si osservi G. COLANGELO, *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Milano, 2008. Per una disamina di stampo economico, M. BELCREDI, *A che servono le garanzie? Analisi economica, evidenze empiriche internazionali e alcune implicazioni normative*, in L. CAPRIO, G. PRESTI (a cura di), *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Torino, 2001, p. 21 ss.

⁷⁵² Nella prospettiva volta a riconoscere l'importanza dell'impiego di diritti IP in funzione di garanzia, v. G. CAPO, *I finanziamenti bancari garantiti da IP*, in *AIDA*, 2009, I, p. 19 a p. 27, ove rileva che «[...] nel mondo bancario, o quantomeno in molti ambiti dello stesso, non può dirsi ancora matura la cultura della valutazione degli *intangibles*, che richiede un bagaglio di esperienza e di qualificazione tecnica e professionale non sempre nella disponibilità degli istituti di credito [...]. Ferme tali considerazioni, permane tuttavia l'impressione che, in linea di principio, dallo sviluppo dell'impiego delle garanzie sui diritti di proprietà intellettuale nelle operazioni di finanziamento possano derivare significativi benefici per le imprese e le istituzioni bancarie». G. PIEPOLI, *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, cit., p. 629 ss. V. D. VALENTINO, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 511; prima, EAD., *Le situazioni di garanzia reale: l'ipoteca ed il pegno nel finanziamento dell'attività d'impresa*, in AA. VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, cit., p. 385 ss. Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all'impresa. Profili evolutivi*, Napoli, 2008, p. 153 ss.

⁷⁵³ Parla di fenomeno giuridico della garanzia come struttura di dati formali, valorativa di una funzione, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 785. Per una riflessione ampia sui concetti di funzione e di sostanza, v. A. BARBA, *Il contratto di sponsorizzazione e somministrazione di servizi*, in R. BOCCHINI (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006, p. 905 ss.

⁷⁵⁴ Per alcuni rilievi, O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 855 a p. 861 ss. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 20 riconnette alla garanzia ogni congegno di protezione di determinati interessi contro le eventuali offese cui siano esposti.

⁷⁵⁵ F. MASTROPAOLO, *Contratti, obbligazioni, garanzie*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, *I contratti di garanzia*, I, cit., p. 9 definisce le garanzie in senso tecnico come «[...] un rimedio che dà al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione o inerzia, agendo sui beni di lui mediante il processo civile, oppure grazie all'attività di un terzo». G. PIEPOLI, *Le «garanzie negative»*, cit., p. 408.

⁷⁵⁶ L. PIAZZA, voce *Garanzia I) Diritto civile*, cit., p. 3 parla di inaccettabile limbo paragiuridico; F. MACARIO, M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, cit., p. 512 rilevano che l'atipicità, "confermata" dal punto di vista legislativo, risulti del tutto neutralizzata per via del recepimento e della

Balza a mente, al contempo, che la perdurante necessità di garanzia è alla base della creazione giuridica di forme e modelli originali, sovente alieni dalle partizioni tipizzate⁷⁵⁷, le cui specificità concernono e il profilo qualitativo dell'interesse garantito e l'incidenza delle competenze professionali dei garanti o dei garantiti⁷⁵⁸.

Ciò può specialmente evincersi, come d'interesse per lo studio che segue, in materia di garanzie personali del credito.

Nella storia e nello sviluppo dell'economia, le garanzie hanno costantemente accompagnato i rapporti obbligatori derivanti da atti e fatti individuali, ma anche quelli discendenti da finanziamenti e da operazioni economiche maggiormente complesse⁷⁵⁹.

Le istanze di sicurezza⁷⁶⁰, prevedibilità, programmazione delle attività economiche hanno vellicato un'attività autoregolatrice dei privati, supplente alle lacune normative⁷⁶¹ e affrancata da stringenti maglie legislative⁷⁶² (e dai dogmi inveterati, tra cui l'accessorietà, spesso, stridenti con le esigenze economiche, concretamente, involte⁷⁶³).

metabolizzazione socio-economica. V., anche, G. VILLANACCI, *Performance Bond. Caratteri e funzioni*, cit., p. 11 ss. In una prospettiva più articolata, v. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 427 ss.

⁷⁵⁷ M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, VIII, Torino, 2013, p. 304 ss. a p. 313; G. BOZZI, voce *Garanzie atipiche*, in S. MARTUCCELLI, V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Diz. dir. priv. Irti*, Milano, 2011, p. 817 ss. Sulle interferenze giurisprudenziali, G. SICCHIERO, *L'engineering, la joint venture, i contratti di informatica, i contratti atipici di garanzia*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1991, p. 84 ss. In tema, v. i lavori monografici di P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999 e M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988. Per alcuni spunti, E. GINEVRA, *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti dell'impresa*, in L. CAPRIO, G. PRESTI (a cura di), *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, cit., p. 163 s.

⁷⁵⁸ Così, E. PELLECCIA, *Accesso al credito, cittadinanza economica e dignità della persona*, cit., p. 649.

⁷⁵⁹ Ampiamente, R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Tratt. Buonocore*, II, 4, Torino, 2002; N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, spec. p. 15 s., p. 122 ss. Da ultimo, l'analisi ricostruttiva di G. MARICONDA, *Le 'garanzie' tra Codice Civile prassi e nuova legislazione*, in L. VACCA (a cura di), *Il Codice Civile ha 70 anni ma non li dimostra (Roma 7-9 marzo 2013)*, cit., p. 139 ss.

⁷⁶⁰ Scrive G. GRIPPO, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 377 che «probabilmente la diffusione delle garanzie atipiche è motivata dall'esigenza del ceto creditorio di presidiare sempre più adeguatamente le proprie ragioni contro quella crisi d'impresa che costituisce il morbo cronico del nostro sistema economico».

⁷⁶¹ Cfr. G. TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per un codice europeo dei contratti?*, cit., p. 536 parla di complessiva arretratezza normativa in tema di garanzie reali e personali.

⁷⁶² F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 721 s. Pur nel prisma della tutela consumeristica, per un'analisi che traguardi il dato normativo europeo ed internazionale in chiave economica, K. HEINE, R. JANAL, *Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics*, in A. COLOMBI CIACCHI, S. WEATHERILL (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010, p. 5 ss.

⁷⁶³ A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Bbtc*, 2011, I, p. 665 ss.. L'A. precisa che «l'accessorietà, affiancando la determinatezza del debito garantito e

A tutta prima, in un inquadramento europeo della materia, tale asserzione pare trovare conferma nel *Draft Common Frame of Reference*, pubblicato nella versione definitiva nel 2009, ove al libro IV -G, in materia di contratti speciali, compaiono regole in tema di contratti di garanzia personale (*personal security*)⁷⁶⁴.

Specificamente, l'art. 1:101 riconosce, certifica e *norma* la coesistenza di due distinti modelli di garanzia: la c.d. *dependant security*, informata al principio dell'accessorietà, e la *independant security*, più snella e flessibile⁷⁶⁵.

La scelta sistematica risente della tipica bipartizione continentale⁷⁶⁶: in Italia tra fideiussione e garanzie autonome, in Germania tra *Bürgschaft* e *Garantievertrag*⁷⁶⁷, in Francia, come divisato nel nuovo libro IV "*Des sûretés*"⁷⁶⁸, dalla ricodificazione tra *cautionnement* e *garantie indépendante*⁷⁶⁹.

la sussidiarietà, compone la triade dei caratteri predicati nel nostro ordinamento come connaturati rispetto alle garanzie, sia reali sia personali». Nel diritto francese, v. lo studio monografico di D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, Aix-en-Provence, 2001 e le riflessioni critiche di PH. SIMLER, *Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire?*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Paris, 2009, p. 497 ss.

⁷⁶⁴ A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IX, Torino, 2014, p. 274 ss. a p. 279 rileva che il libro IV -G del DCFR incide in un settore in cui le tradizioni giuridiche degli ordinamenti europei, pur differenziate, presentano indubbi punti di convergenza e, pertanto, si accredita a rappresentare un rilevante punto di riferimento per la futura riflessione della dottrina europea in materia di garanzie personali; EAD., *Diritto europeo dei contratti e disciplina delle garanzie del credito*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, p. 169 ss. Per qualche rilievo critico, L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno e nel DCFR*, in C. MARCHETTI (a cura di), *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, cit., p. 279 ss. Cfr. G. TUCCI, *L'armonizzazione del diritto delle garanzie*, in F. MACARIO (a cura di), *Livelli di armonizzazione nel diritto europeo dei contratti. Un'indagine per settori e tipi contrattuali*, cit., p. 193 ss. Da ultimo, l'analisi di D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, in AA. VV., *Italian National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law – Vienna 2014*, Milano, 2014, p. 439 ss.

⁷⁶⁵ Per un quadro d'insieme, U. DROBNIG, *Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, Munich, 2007; ID., *Present and Future of Real and Personal Security*, in *ERPL*, 2003, p. 623 ss. e S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessory - Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, *ivi*, 2005, p. 309 ss.; A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, in *ERCL*, 2008, p. 389 ss.; M.E. STORME, *The Harmonisation of the Law of Personal Security*, in *Jur. Int.*, 2009, p. 73 ss.

⁷⁶⁶ Così, F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, X, Torino, 2009, p. 36.

⁷⁶⁷ Per la teorizzazione del *Garantievertrag* v. R. STAMMLER, *Der Garantievertrag: eine civilistische Abhandlung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1886, p. 1 ss. Interessante la ricostruzione di W. HADDING, *I contratti di garanzia bancaria*, in *Giust. civ.*, 1979, IV, p. 129 ss. Tra gli studi più recenti, C. FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010; K. KLINGEL, *Die Principles of European Law on Personal Security als neutrales Recht für internationale Bürgschaftsverträge. Ein Vergleich mit dem französischen und dem deutschen Recht*, Tübingen, 2009.

⁷⁶⁸ Per osservazioni sulla riforma, PH. SIMLER, *La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil*, in *JCP*, 2006, I, 124 ss.

⁷⁶⁹ Nella dottrina francese, M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, 2006. Per una sintesi teorica, G. TUCCI, voce *Garanzia III) Diritti di garanzia - Dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 10 ss. il

Al fondo della soluzione *legislativa*, può leggersi la scelta di garantire, nel bilanciamento di valori e istanze pratiche, una ampia flessibilità della regolamentazione che supporti forme snelle e affidanti di garanzia personale e assicurati, *normativamente*, una tutela, anche, agli istituti principianti dalla prassi e dal commercio internazionale⁷⁷⁰.

Nello scenario sovranazionale, come si approfondirà, degna di nota è la Convenzione UNCITRAL del 1996 in tema di garanzie indipendenti e lettere di credito *stand-by*.

Continuando a volgere lo sguardo verso la dimensione internazionale, una pressoché analoga soluzione è contenuta nelle *ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, pubblicazione 758/2010 (questa terza versione ha sostituito le due precedenti 325/1978 e 485/1991⁷⁷¹), destinate ad essere applicate a contratti di garanzia a prima richiesta di obbligazioni monetarie e di esecuzione in un vasto ambito di contratti nazionali ed internazionali⁷⁷² (per ora, basti pensare che appare assai rilevante quanto disposto all'art. 5, laddove, nel riconoscere la centralità delle forme di garanzia a prima richiesta che possano rafforzare la pretesa creditoria, viene espressamente divisato che la garanzia sia per sua natura autonoma, divenendo irrilevante per tale connotazione anche il riferimento al rapporto sottostante garantito)⁷⁷³.

quale non manca di rilevare che nei paesi di diritto codificato, il problema più rilevante delle garanzie personali è rappresentato dai rapporti tra la disciplina elaborata per le forme di garanzia accessoria e quella da applicare alle ipotesi contrattuali di garanzia autonoma ed astratta.

⁷⁷⁰ V. le riflessioni di F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 35 secondo cui «[...] se una lezione deve essere recepita dall'evoluzione delle garanzie personali, questa non potrà che essere nella direzione della massima flessibilità delle regole, di natura giuridico-formale (ossia di indole propriamente legislativa) o informale (ad esempio, affidate a raccolte di regole condivise dalla prassi, del tipo "restatement"), evitando perciò, almeno in linea di principio, di ricorrere all'inderogabilità delle norme, che finirebbe soltanto per suscitare l'aggiramento attraverso (nuovi) modelli della prassi in forma di *escamotages* la cui tenuta, in sede giurisdizionale nazionale, non sarebbe affatto garantita»; ID., *La fideiussione*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 536 s.

⁷⁷¹ Cfr. L. PONTIROLI, *Prime riflessioni sulle Uniform Rules for Demand Guarantees della Camera di Commercio Internazionale*, in *Bbtc*, 1993, I, p. 377 ss.

⁷⁷² Per uno scrutinio dettagliato, G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 370 ss.; M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della Camera di Commercio Internazionale sulle garanzie a prima domanda (pubblicazione n. 758/2010): prime osservazioni*, in *Bbtc*, 2012, I, p. 211 ss.; F. BORTOLOTTI, *Incoterms 2010, Norme Uniformi sulle garanzie, Principi Unidroit 2010 e Regolamento arbitrale CCI del 2012*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1700 ss.; A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., p. 284 s.; A. DI MEO, *Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio Internazionale*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 870 ss. Tra i commenti transalpini cfr. J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (n°758)*, in *Rec. Dall.*, 2010, p. 1296 ss.; S. PIÉDELIEVRE, *Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers*, in *RTDComm.*, 2010, p. 828 ss.

⁷⁷³ L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 575 s.

Spigolando i dati appena ripresi, pare possibile rinvenire una comune matrice nella predisposizione di nuove regole volte ad uniformare ed armonizzare a livello europeo ed internazionale il sistema delle garanzie personali⁷⁷⁴.

L'intento risiederebbe nel definire una serie di modelli contrattuali trasparenti, elastici e funzionalmente idonei a tutelare al meglio i singoli interessi coinvolti nel reticolo negoziale⁷⁷⁵.

Le soluzioni indicate nelle prospettive sovranazionali si inseriscono nel più generale sviluppo del settore creditizio.

Il costante ed incessante processo di evoluzione del settore del credito⁷⁷⁶ e l'esigenza di porre al riparo i traffici dalle entropie proprie dei sistemi economici extranazionali ha condotto alla genesi, e alla feconda evoluzione, di garanzie che principiano dall'autonomia privata e da usi e pratiche invalsi nel commercio internazionale⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ V. gli studi raccolti in J. BASEDOW, O. REMIEN, M. WENCKSTERN (a cura di), *Europäisches Kreditsicherungsrecht. Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu Ehren von Ulrich Drobnig am 12. Dezember 2008*, Tübingen, 2010. G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 371 precisa che il vuoto normativo, comune a molti stati europei, ha consentito all'ICC di assurgere a sede naturale per l'elaborazione di norme uniformi. Queste ultime possono essere intese quale «[...] il frutto della conversione della prassi contrattuale internazionale sulle garanzie autonome in principi appunto uniformi e standardizzati, suscettibili di essere adottati dagli operatori economici nelle contrattazioni». A detta di J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1297, questo corpo di regole ha l'ardire di voler definire un quadro uniforme che sostituisca i testi normativi nazionali approssimativi e gravidi di insicurezza giuridica. Cfr., anche, A. DE LA MATA MUÑOZ, *Typical Personal Security Rights in the EU. Comparative Law and Economics in Italy, Spain and other EU Countries in the Light of EU Law, Basel II and the Financial Crisis*, Tübingen, 2010, pp. 263-282; K. KLINGEL, *Die Principles of European Law on Personal Security als neutrales Recht für internationale Bürgschaftsverträge. Ein Vergleich mit dem französischen und dem deutschen Recht*, cit., pp. 239-248.

⁷⁷⁵ Prospettiva sottolineata da M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della Camera di Commercio Internazionale sulle garanzie a prima domanda (pubblicazione n. 758/2010): prime osservazioni*, cit., p. 213 a p. 217 ss.

⁷⁷⁶ E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1994. C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1004 ss. a p. 1010 ss.; M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, ivi, 2008, p. 590.

⁷⁷⁷ Si v. A. MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Bbtc*, 2009, I, p. 264 ss.; F. MASTROPAOLO, *Contratti, obbligazioni, garanzie*, cit., p. 10 ss.; C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 1021 ss. Eloquente, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVIII, III, Milano, 1998, p. 7 asserisce che «lo sviluppo economico ha assegnato al credito il ruolo di strumento privilegiato della produzione, dello scambio e del consumo della ricchezza [...]. In questo contesto le garanzie personali rivestono un ruolo centrale e la stessa correlazione tra credito e garanzia finisce con il perdere il suo carattere tipico di accidentalità per atteggiarsi quasi come un presupposto indefettibile dell'operazione». Sulla centralità del credito e sulla adattabilità delle forme di garanzia, v. L. PIAZZA, voce *Garanzia I) Diritto civile*, cit., p. 4, per il quale «lo sviluppo economico ha fatto assumere al credito il ruolo di strumento privilegiato della produzione, dello scambio e del consumo della ricchezza: snellirne le procedure, favorirne la circolazione, incentivarne la concessione ed ampliare la legittimazione ad ottenerlo possono considerarsi nell'epoca presente finalità di primario interesse, sul cui effettivo conseguimento incide non poco, come modalità di fondamentale rilievo nell'economia delle operazioni creditizie, la disciplina delle garanzie, sia sotto il profilo dell'essenziale bisogno di sicurezza che con esse vuole soddisfare il creditore, sia con riguardo alle capacità del debitore di prestarle ed alla loro economicità». Cfr., anche, P. SCHLESINGER, *Il «primato» del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 825 ss. e A. PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, p. 187 s. In chiave comparata, v. T. ROSSI, *La*

Non appare disagevole sostenere, sin da subito, l'insufficienza del sistema normativo dei negozi di garanzia personale contenuto nel codice civile, giustappunto limitato allo schema fideiussorio, all'anticresi ed al mandato di credito⁷⁷⁸. Al contempo, non immuni da critiche e insofferenze pratiche e teoriche sono (e sono state) le garanzie reali⁷⁷⁹.

Il segnale di discontinuità è identificabile nella necessità degli operatori di evitare formalità ed oneri delle garanzie tradizionali, allocare diversamente e prevenire i costi di lite ed isolare la garanzia dal rapporto base⁷⁸⁰.

L'incedere impetuoso di nuove istanze commerciali ed economiche, volte a ricercare meccanismi sicuri ed elastici di garanzia del credito⁷⁸¹, che evitino l'immobilizzazione della ricchezza, oltre a reclamare nuovi schemi negoziali di garanzie personali, ha ratificato "l'obsolescenza" e la perdita di centralità del sistema delle garanzie reali⁷⁸²,

garantie bancaire à première demande. Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Le Mont-sur-Lausanne, 1990, spec. p. 27 ss.

⁷⁷⁸ Cfr. P. ABBADESSA, voce *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 529 ss. Rileva G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 50 che «a fronte di un'eccessiva onerosità e rigidità delle garanzie reali e delle cauzioni, da un lato, e della labilità dell'ausilio addotto dalle garanzie personali, almeno nella loro prefigurazione normativa, dall'altro lato, l'autonomia privata, fedele al proprio ruolo, si è incaricata di colmare le più vistose deficienze del sistema tutorio con l'assicurare una più puntuale difesa delle ragioni creditorie e con lo svincolare la posizione dei soggetti, e in particolare del garante, dalla disciplina rigidamente assegnata dall'ordinamento che ne fa un "vicario" del debitore principale».

⁷⁷⁹ V. A. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Bbtc*, 2009, I, p. 553 ss. a p. 563 ss.

⁷⁸⁰ Scrive L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 568 che tali garanzie sono congegnate in modo da essere vantaggiose per il garante, il quale trasferisce sul debitore principale i c.d. *litigation costs and risks*, rimanendo estraneo a qualsivoglia coinvolgimento nelle controversie tra le parti del rapporto giuridico garantito; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 11 ss.

⁷⁸¹ V. l'analisi di F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, cit., p. 1522 ss. Cfr. G. CHINÈ, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. Lipari*, IV, *Singoli contratti. La responsabilità civile. Le forme di tutela*, Padova, 2003, p. 309. V. A. CANDIAN, *Le garanzie per l'accesso al credito nella piccola e media impresa*, in A. BERLINGUER (a cura di), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007, p. 57 ss. a pp. 70-73.

⁷⁸² E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, cit., p. 644 annota come «la crisi delle garanzie immobiliari si accompagna infatti all'inidoneità delle garanzie mobiliari del credito, e del pegno in particolare, a soddisfare le attuali esigenze del finanziamento esterno dell'impresa, a causa della necessaria attuazione dello spossessamento e della conseguente privazione, in capo al costituente, del potere di disposizione (e lavorazione) delle merci sulle quali grava il vincolo di garanzia»; F. FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 255 precisa che il sistema delle garanzie reali ha subito la rigidità propria della disciplina codicistica della responsabilità patrimoniale e, pertanto, si è rivelato incapace di seguire il passo del mutamento dei tempi. Secondo l'A. «noti dogmi - come quello dell'inderogabilità, da parte dell'autonomia privata, del principio della *par condicio creditorum*, o quello della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia -, nonché altre ragioni, che si può dire abbiano operato a livello di crittotipo - come la fedeltà ad alcuni risalenti moduli interpretativi, oppure l'antica minaccia dell'usura - sembrano aver eliminato a priori, per il principio dell'autonomia privata, qualsiasi possibilità di accesso al settore del diritto delle garanzie reali, creando così il progressivo divaricarsi di una scollatura, già esistente e profonda, tra staticità dei modelli giuridici e dinamicità della realtà economica» (da una prospettiva assai diversa, G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., *passim*). Così, anche, M. BUSSANI, *Il modello*

tradizionalmente legate ad una concezione statica dei beni e sempre meno idonee ad un sistema economico il cui baricentro viene ad essere costituito dal valore di scambio, piuttosto che dal valore d'uso⁷⁸³.

Non reputando apodittico quanto appena asserito, e per dovere di completezza, può rilevarsi che, anche in questa temperie⁷⁸⁴, sono manifeste le soluzioni in cui si è assistito al crescente imporsi dell'esigenza di specializzazione delle garanzie attraverso forme più evolute e rispondenti ad esigenze pratiche delle imprese⁷⁸⁵ nel tentativo di disancorare le garanzie reali da quell'eccessivo formalismo distinguente, poco idoneo ad una economia mobiliare contraddistinta da una diuturna internazionalizzazione dell'attività commerciale e finanziaria⁷⁸⁶. Differenti appaiono i momenti dirimenti, sovente di matrice comunitaria⁷⁸⁷, che hanno ratificato il passaggio da una nozione statica ad una dinamica di garanzia⁷⁸⁸.

italiano delle garanzie reali, in *Contr. impr.*, 1997, p. 163 ss. V. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 16 ss.; L. BARBIERA, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati*, cit., p. 843 s. ha ricordato che la fiacchezza dell'autonomia privata in materia di garanzie reali è legata alla progressiva debilitazione di queste ultime, ove si presta un ossequio esagerato alla rigidità normativa del contenuto dei diritti reali. Secondo A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, cit., p. 301, «[...] la maggior dinamicità delle garanzie personali rispetto a quelle reali è probabilmente un prodotto del sistema giuridico». Rileva G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, *passim*, che l'esperienza giuridica straniera, al contrario, insegna che nel sistema delle garanzie mobiliari gli effetti della funzione di garanzia reale si attuano attraverso modelli diversi, rispetto a pegno e ipoteca, alla luce dell'espansione del ruolo dell'autonomia privata. *Contra*, accentuando la rilevanza delle garanzie reali, E. PELLECCIA, *Accesso al credito, cittadinanza economica e dignità della persona*, cit., p. 649.

⁷⁸³ Sono le riflessioni di A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., p. 572 ss. il quale sostiene che la separazione patrimoniale possa, anche, essere intesa alla stregua di una forma di garanzia specifica. Di qui l'A. ne inferisce l'inadeguatezza di un sistema retrivo delle garanzie reali e la necessità di ricerca di «[...] nuove prospettive per la tutela del credito, che tende a spostarsi dai beni - oggi largamente mobilizzati e dematerializzati - all'attività cui quei beni sono strumentali ed aspira a superare le rigidità che, nel nostro sistema, caratterizzano le strutture formali della garanzia reale». V., anche, A. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di «soggetto giuridico» e di «patrimoni separati»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1253 ss.

⁷⁸⁴ A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000; E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, *I contratti di garanzia*, II, Torino, 2006, p. 1001 ss.; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 86 ss.; F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2009. In una prospettiva francese, G. AFFAKI, *De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés*, in M.-E. ANCEL, *Repenser le droit des sûretés mobilières*, Paris, 2005, p. 9 ss.; S. CABRILLAC, C. ALBIGES, C. LISANTI (a cura di), *Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université-Notariat*, Paris, 2007. V. E.-M. KIENINGER (a cura di), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, 2004. Da ultimo, in riferimento al pegno, v. M. LOBUONO, *Il pegno bancario*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, XXI, *I contratti bancari*, cit., p. 1781 ss.

⁷⁸⁵ Se vuol trarsi un collegamento con la disciplina dei patrimoni separati in chiave di specializzazione della garanzia patrimoniale devesi v. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., p. 572. Per ulteriori profili, v. G. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008; R. SANTAGATA, voce *Patrimoni destinati a «specifici affari»*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm. Aggiornamento*, III, Torino, 2008, p. 611 ss.

⁷⁸⁶ Per alcuni rilievi v. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 16 s.

Infatti, malgrado le barriere protezionistiche domestiche⁷⁸⁹, volte a preservare l'identità normativa della struttura formale del vincolo reale, a livello comunitario prima e in Italia poi, assai importante è stata l'introduzione della direttiva sulle garanzie finanziarie (direttiva 2002/47/CE, recepita attraverso il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170)⁷⁹⁰, financo intesa

⁷⁸⁷ Spiega A. FUSARO, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, cit., p. 553 che «il diritto comunitario viene in contatto con il tema delle garanzie reali anzitutto sotto il profilo del mutuo riconoscimento, sulla scia dei precedenti elaborati con riguardo alla circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, affinati a margine delle società, quanto al trasferimento della loro sede. La regola della libertà di importazione degli strumenti giuridici appare estensibile alle situazioni reali, sino a forzare le strettoie dei registri ed il numero chiuso dei diritti reali».

⁷⁸⁸ Spiega C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, in AA. VV., *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, I, cit., p. 91 ss. a p. 96 s. che nell'ambito delle garanzie mobiliari la nozione dinamica di garanzia richiama il diritto del creditore di «[...] insistere su di un "valore", che può assumere nel tempo forme diverse».

⁷⁸⁹ E. GABRIELLI, «Forma» e «realtà» nel diritto italiano delle garanzie reali, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 449 ha indicato come anche in riferimento al contesto delle garanzie reali vi fosse l'esigenza di adattare gli schemi negoziali classici alle moderne e complesse operazioni di finanziamento legate al diritto degli affari. In quest'ottica, riconoscendo le maglie stringenti che impediscono ai privati di dar luogo a nuove forme di garanzia, ha inteso sostenere che ai medesimi non sia precluso il ricorso a tecniche contrattuali tali da incidere sul profilo funzionale del negozio costitutivo. L'A. ha precisato che «la moderna connotazione del diritto degli affari impone operazioni di finanziamento sempre più complesse e sempre più articolate e determina per gli operatori la necessità di enucleare modelli contrattuali tali da soddisfare l'esigenza, intensamente sentita anche per le garanzie reali, di forme di garanzia che - pur nel permanere dell'identità normativa della struttura formale del vincolo reale - siano in grado di estendersi al di là del vincolo originario; di ricomprendere ed assicurare, in un'unica operazione economica, tutti i rapporti che possono venire ad instaurarsi tra le parti contraenti; di operare un'assimilazione dei possibili oggetti della garanzia reale all'interno della sua struttura formale; di mantenere inalterato, nel tempo, l'originario valore e l'efficacia del vincolo, pur in presenza di modificazioni materiali degli oggetti della garanzia. Una moderna concezione della garanzia reale deve dunque rivolgersi a considerare più il concreto assetto degli interessi che le singole forme scelte per realizzarli, poiché, in ragione della crescente varietà e molteplicità delle situazioni da regolare, esige una maggiore elasticità nella definizione e configurazione della fattispecie».

⁷⁹⁰ Per contratto di garanzia finanziaria, giusta l'art. 1 lett. a), del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, si intende il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti figurino tra autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, persone giuridiche. Tra la vasta letteratura F. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria nella prospettiva europea*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea (Messina 4-7 giugno 2002)*, cit., p. 859 ss.; ID., *I contratti di garanzia finanziaria*, in M. LAMANDINI, C. MOTTI (a cura di), *Scambi su merci e derivati su commodities. Quali prospettive?*, Milano, 2006, p. 735 ss.; N. CIPRIANI, *La nuova disciplina delle garanzie finanziarie e il sistema italiano delle garanzie reali*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 797 ss.; M. BARTOLOMEI, E.M. MASTROPAOLO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, *I contratti di garanzia*, II, cit., p. 1497 ss.; A. GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007; E. GABRIELLI, voce *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, III, I, A-G, Torino, 2007, p. 300 ss.; ID., *Le garanzie finanziarie. Profili generali*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, II, *I contratti del mercato finanziario*, II, Torino, 2011, p. 1725 ss.; A. CANDIAN, voce *Garanzie finanziarie (diritto comunitario)*, in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, 2008, p. 607 ss.; R. NATOLI, *I contratti di garanzia finanziaria: normativa di settore o normativa di sistema?*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, cit., p. 1887 ss.; G. IORIO, *Garanzie reali e garanzie finanziarie*, cit., p. 1038 ss. V. lo studio comparato di R. MARINO, *La disciplina delle garanzie finanziarie. Profili innovativi*, Napoli, 2006. Recentemente, G. BRIANDA, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, cit., p. 816 ss.

quale rivincita della lex mercatoria sulle codificazioni di matrice napoleonica per quanto concerne i rapporti tra autonomia privata e forme di autotutela del creditore⁷⁹¹. La nuova disciplina ha sì inteso facilitare il ricorso ad accordi di *collateralization* degli strumenti finanziari e, di conseguenza, contribuire alla stabilità dei mercati finanziari ma, d'altro lato, ha inciso diffusamente sui modelli delle garanzie reali⁷⁹².

Tale intervento normativo, cercando di valorizzare una dimensione funzionale della garanzia reale⁷⁹³, ha equiparato le figure di pegno e cessione di credito con funzione di garanzia e ha snellito i requisiti formali e di procedura per la costituzione, la prova e l'opponibilità a terzi⁷⁹⁴. Assai fondamentale risulta la previsione del potere di disposizione delle attività finanziarie oggetto del pegno e dell'applicazione del principio di reintegrazione del valore della garanzia finalizzato ad assicurarne la rotatività⁷⁹⁵.

Proprio la ricostruzione teorica del pegno rotativo⁷⁹⁶ - prevista, anche, in materia di strumenti finanziari dematerializzati (art. 34, comma 2, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213) - quale forma di garanzia - «che consenta la sostituibilità e mutuabilità nel tempo dell'oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero

⁷⁹¹ Così, L. CARCAVALLO, *Garanzie finanziarie e poteri di autotutela del collateral taker*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1143 ss. a p. 1151 ss.

⁷⁹² A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, cit., p. 276 s. Cfr. C. AGABITINI, *Debito sovrano ed accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 417 ss. Per una analisi compiuta, v. C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, p. 8 ss., p. 114 ss.

⁷⁹³ Prendendo in prestito le parole di E. GABRIELLI, «*Forma*» e «*realtà*» nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., p. 450 «[...] l'impiego delle tecniche in ragione dei fini favorisce la razionalità funzionale del sistema delle garanzie reali». In generale, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 783 ss.

⁷⁹⁴ Cfr. artt. 2 e 3 del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170.

⁷⁹⁵ Cfr. artt. 5 e 9 del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170.

⁷⁹⁶ La cui paternità è riconducibile a E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 181 ss; ID, *Le garanzie rotative*, in F. GALGANO (Trattato diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, I, Torino, 1995, p. 853; ID., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Bbtc*, 1996, I, p. 167 ss.; ID., *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, V, *I diritti reali*, Torino, 2005, p. 223 ss. V., in tema, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali-La prescrizione*, cit., p. 162.; F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, *passim*; G. STELLA, *Pegno e pegno rotativo nelle operazioni bancarie*, in AA. VV., *Garanzie reali, personali e atipiche nell'erogazione e nella gestione del credito bancario (Atti convegno Paradigma, Milano, 19-20-21 marzo 2012)*, Torino, s.d., p. 1 ss.; M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Bbtc*, 2001, I, p. 1 ss.; U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore e strutture decisionali delle sostituzioni*, *ivi*, 2014, I, p. 313 ss. Parecchi spunti sono ricavabili in P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999. In senso critico, v. S. DELLE MONACHE, *Una parola di presentazione (e qualche appunto sul pegno rotativo)*, in L. BULLO *et alii*, *Il pegno nei rapporti commerciali*, Milano, 2005, p. VIII ss.

senza che dia luogo alle condizioni per la revocabilità dell'operazione economica in tal modo posta in essere»⁷⁹⁷- discendente da un atto di autonomia privata inserito in un'operazione economica strutturalmente e funzionalmente unitaria⁷⁹⁸, già avallata dalla Cassazione⁷⁹⁹, incide fortemente sull'apparente monolitismo e sull'intangibilità del sistema delle garanzie reali (qui inteso alla stregua di metonimia del pegno)⁸⁰⁰.

In secondo luogo, accenni di apertura possono arguirsi dalla lettura del libro IX del DCFR, relativo alle garanzie reali sui beni mobili⁸⁰¹. In questa sede e, segnatamente all'art. IX.-2:306, viene divisata la ammissibilità della creazione di un vincolo su beni presenti e futuri, puntellata dalla previsione della rotatività della garanzia riguardante proventi derivanti dalla vendita del collaterale originario. All'art. IX.-2:103, si prevede una generale figura di garanzia mobiliare non possessoria, consentendo al garante di utilizzare il bene anche dopo la costituzione del diritto di garanzia⁸⁰².

Non da ultimo, nel panorama domestico una robusta novità in tema di garanzie reali è costituita dalla disciplina del pegno mobiliare non possessorio, di cui all'art. 1 del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modifiche dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, che prova a

⁷⁹⁷ Così, E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, cit., p. 853.

⁷⁹⁸ Per M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, cit., p. 189 «[...] riconoscere la legittimità della garanzia rotativa implica l'abbandono di un metodo analitico che polarizzi l'attenzione sulla funzione statica di un certo specifico interesse - quello del creditore limitato al pieno possesso del singolo bene - per favorire una valutazione complessiva dell'operazione economica, cioè un assetto globale di interessi che trova la sua espressione in fattispecie strutturalmente complesse, le quali non si esauriscono in un periodo cronologicamente ben circoscritto o in un singolo o particolare atto, ma richiedono un collegamento tra i molteplici segmenti di cui si compone l'operazione economica».

⁷⁹⁹ Cass., Sez. I, 28 maggio 1998, n. 5264, con nota di F. MAIMERI, *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2159 ss. V. Cass., Sez. I, 27 settembre 1999, n. 10685, con nota critica di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. not.*, 2000, II, p. 1468 ss.

⁸⁰⁰ Spiega D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 784 che «la mobilità nel tempo dell'oggetto della garanzia, che esce fuori dai limiti della fissità e della specificità, (va intesa) quale riflesso dell'automatizzazione dell'esigenza di funzionalità, che caratterizza sistemi anonimi e spersonalizzati di regole economiche». V. C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, cit., p. 125 ss.

⁸⁰¹ A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, cit., p. 279 ss.

⁸⁰² Per differenti spunti, E.C. ZACCARIA, *Diritti di proprietà intellettuale e finanziamento alle imprese: le garanzie reali sulla proprietà industriale*, cit., pp. 420-425.

costituire un cuneo nell'anchilosato regime delle garanzie reali, adeguandolo alle esigenze dei traffici moderni e globalizzati⁸⁰³.

Provando a spigolare i dati più significativi per l'esposizione del nostro ragionamento, nelle fenditure dell'intervento normativo può leggersi l'intento di fornire una disciplina moderna alla garanzia di crediti inerenti all'esercizio dell'impresa, volta a conciliare l'esigenza del finanziamento dell'impresa con la tutela dei creditori alla realizzazione del loro diritto e con la conseguente certezza dei tempi di soddisfazione del credito.

Il pegno non possessorio può essere costituito per garantire i crediti afferenti all'attività d'impresa, presenti o futuri, determinati o determinabili con la previsione dell'importo massimo garantito.

Esso può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili, anche immateriali, registrati. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia⁸⁰⁴.

Dal dettato normativo parrebbe evincersi la tendenziale elasticità del pegno non possessorio, denotativa delle esigenze dell'impresa e ascrivibile, proprio, all'irriducibile

⁸⁰³ In tema, A. ZOPPINI, G. ROJAS ELGUETA, *Garanzie più «moderne» senza lo spossessamento*, in *Il sole 24 ore. Norme e tributi*, 10 marzo 2016, p. 50; D. SICLARI, *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Bbtc*, 2016, I, p. 493 ss.

⁸⁰⁴ Spiegano A. ZOPPINI, G. ROJAS ELGUETA, *Garanzie più «moderne» senza lo spossessamento*, cit., p. 50 che «la possibilità di costituire una garanzia su intere categorie di beni determinabili, consente all'imprenditore finanziato di continuare a sfruttare, nel rispetto della loro destinazione economica, i beni oggetto della garanzia la quale, in virtù del meccanismo della surrogazione reale, si estenderà automaticamente ai beni che risulteranno all'esito degli atti di disposizione. Sempre nell'ottica di introdurre un meccanismo di protezione del credito quanto più flessibile, lo schema di delega prevede la possibilità che la garanzia si estenda anche a crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, introducendo in tal modo nel nostro ordinamento l'istituto della garanzia mobiliare "ricaricabile", indipendente da un singolo rapporto obbligatorio predefinito».

dinamismo che contraddistingue l'attività d'impresa, nel cui contesto sono, appunto, collocati, i beni garantiti.

Il contratto costitutivo, a pena di nullità, deve risultare da forma scritta e contenere l'indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito. Viene prevista l'opponibilità verso i terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali dal momento dell'iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate.

La prefata regola dell'opponibilità a seguito dell'avvenuta iscrizione conosce un temperamento, come divisato al comma 5: l'eccezione opera a favore di chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva della proprietà sul bene stesso o da un pegno anche non possessorio successivo, a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto conformemente a quanto previsto dal comma 6⁸⁰⁵, e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente.

A sostegno delle ragioni dell'impresa, sono approntati anche efficienti meccanismi di escussione stragiudiziale della garanzia che si attivano al verificarsi di un evento determinativo dell'escussione del pegno, previa intimazione notificata al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno, e previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno. Il creditore ha facoltà di procedere: a) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo

⁸⁰⁵ Ove viene previsto che «L'iscrizione deve indicare il creditore, il debitore, se presente il terzo datore del pegno, la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito secondo quanto previsto dal comma 1 e, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento per l'acquisto di un bene determinato, la specifica individuazione del medesimo bene. L'iscrizione ha una durata di dieci anni, rinnovabile per mezzo di una nuova iscrizione nel registro effettuata prima della scadenza del decimo anno. La cancellazione della iscrizione può essere richiesta di comune accordo da creditore pignoratizio e datore del pegno o domandata giudizialmente. Le operazioni di iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione presso il registro, gli obblighi a carico di chi effettua tali operazioni nonché le modalità di accesso al registro stesso sono regolati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, prevedendo modalità esclusivamente informatiche. Con il medesimo decreto sono stabiliti i diritti di visura e di certificato, in misura idonea a garantire almeno la copertura dei costi di allestimento, gestione e di evoluzione del registro. Al fine di consentire l'avvio della attività previste dal presente articolo, è autorizzata la spesa di euro 200.000 per l'anno 2016 e di euro 100.000 per l'anno 2017».

ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza; la vendita è effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati; l'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice; in ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche, di cui all'articolo 490 del codice di procedura civile.

Questo sistema di escussione, puntellato da cautele tecnico-estimatorie, prospetta il superamento del tradizionale divieto del patto commissorio, con l'imprescindibile condizione che il valore dei beni oggetto della garanzia sia determinato in maniera oggettiva e con salvezza dell'obbligo del creditore di restituire al debitore l'eccedenza eventuale fra l'importo del credito ed il valore, emerso dalla stima peritale, della cosa⁸⁰⁶.

Inoltre il creditore può procedere: *b*) alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita, dandone comunicazione al datore della garanzia; *c*) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione; il creditore pignoratorio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia stessa il corrispettivo e le altre condizioni della locazione pattuite con il relativo conduttore; *d*) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita; il creditore pignoratorio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia il valore attribuito al bene ai fini dell'appropriazione.

Da questi dati, ne verrebbe fuori un modello di garanzia pignoratoria volto a superare le rigidità (o, almeno, a debilitare le anelasticità) del sistema delle garanzie reali, retto sui pilastri dello spossessamento, della specialità e del divieto del patto commissorio, e diretto a non obnubilare le ragioni delle imprese e la conseguente esigenza di finanziamento esterno.

⁸⁰⁶ A. ZOPPINI, G. ROJAS ELGUETA, *Garanzie più «moderne» senza lo spossessamento*, cit., p. 50.

La previsione legislativa recepisce, quindi, le istanze emergenti dalla prassi d'impresa, positivizzando il superamento dello spossessamento, la natura determinabile dei beni su cui è possibile costituire la garanzia, l'erosione del divieto del patto commissorio. L'intervento normativo risulta essere protagonista di una disciplina volta a proteggere e garantire le necessità ed i rischi connessi al finanziamento d'impresa, cui sinora aveva provveduto e supplito, esclusivamente, l'autonomia contrattuale medesima d'impresa (potere che, tenendo in debito conto i singoli interessi coinvolti nelle operazioni economiche contrattuali di riferimento ed evitando una visione atomistica della garanzia pignorizia, è apparso in grado di aggirare il limite derivante dallo spossessamento e di modernizzare il sistema delle garanzie mobiliari)⁸⁰⁷.

Ritornando, ora, a rivolgere lo sguardo al settore delle garanzie personali, può notarsi che, pur in difetto di una esplicita legislazione europea in materia⁸⁰⁸, esso ha rappresentato scaturigine di ampi processi evolutivi, denotativi di capacità d'adattamento ai contesti economico e sociali⁸⁰⁹.

In particolare, nel settore bancario⁸¹⁰, dove la maggior parte dei finanziamenti erogati è assistita in assoluta prevalenza da garanzie personali⁸¹¹, è stata avvertita l'esigenza di

⁸⁰⁷ E. GABRIELLI, «Forma» e «realtà» nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., p. 461 ss. a p. 465; anche, ID., *Spossessione e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in *Fall.*, 2002, p. 933 ss. Sulla rilevanza della "dimensione" contrattuale nelle garanzie reali v. le riflessioni di A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 695 s.

⁸⁰⁸ Scrive M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, cit., p. 140 che le garanzie personali hanno avuto un frequente e costante successo malgrado trattasi di «espressione scarsamente utilizzata dai legislatori europei, idonea a rappresentare, con la sua matrice essenzialmente dottrinale, un concetto ordinante di una pluralità di fattispecie».

⁸⁰⁹ Riecheggiano le parole di G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, cit., p. 638, il quale asseriva che l'atipicità legislativa è, infatti, bene spesso tipicità sociale. Più in generale, U. BRECCIA, *Le nozioni di «tipico» e «atipico»: spunti critici e ricostruttivi*, cit., p. 5 ha rilevato che «i nuovi rapporti giuridici nati dalla prassi commerciale, ancorché siano ancora sprovvisti di un "suggerimento legislativo", hanno una "consistenza prenataliva" per il tramite della tecnica "tipizzante" delle condizioni generali di contratto (che funge da "cerniera tra realtà giuridica e realtà sociale)»; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 221 ss. a p. 225 s. per cui il ruolo della *socialità* dell'atto di autonomia privata svolge una funzione di mediazione delle manifestazioni individuali, ovvero costituisce «[...] la forma migliore [...] in cui un atto individuale può esteriorizzarsi»; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., spec. p. 280. Sul problema giuridico e sociale dell'autonomia privata e dei tipi contrattuali, v. lo storico studio di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 33 ss., p. 41 s.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 253.

⁸¹⁰ F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 4 s.

⁸¹¹ V. i dati riepilogativi forniti da S. RIGAMONTI, *Il ricorso alle garanzie nella concessione del credito: un'indagine su dati aggregati*, in L. CAPRIO, G. PRESTI (a cura di), *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, cit., p. 63 ss. a p. 101 ss., ove si evince che: i) complessivamente, circa il 70% dei finanziamenti è concesso nel sistema bancario a fronte di prestazione di garanzia; ii) nel 42% dei casi si fa ricorso a garanzie personali; iii) nel 28 % a garanzie reali. Cfr. F. FIORENTINI, *Italy*, in A. COLOMBI CIACCHI, S.

modulare diversamente le forme di garanzia del credito, per via dello sviluppo degli affari⁸¹² e per l'esigenza sempre incisiva di tutela del creditore dal sopraggiungere di rischi di varia derivazione⁸¹³, alla peculiare natura degli interessi in gioco⁸¹⁴.

Rectius, come precedentemente annotato, è parsa irriducibile la necessità di nuovi schemi contrattuali che consentissero agli operatori economici di godere di formule di garanzia più snelle e meno compassate e che autonomizzassero il rapporto di garanzia dal rapporto sottostante garantito⁸¹⁵.

L'erosione più consistente dei modelli consolidati, in nome dell'autonomia contrattuale d'impresa e delle cennate esigenze del commercio e degli scambi internazionali, si rinviene nell'ammissione, pressoché generale, nel diritto italiano⁸¹⁶ di

WEATHERILL (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, cit., p. 356; D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 439 s.

⁸¹² V. G. FERRARINI, *Changes to Personal Property Security Law in Italy: a Comparative and Functional Approach*, in R. CRANSTON (a cura di), *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Oxford, 1997, p. 477 a p. 493. Cfr., anche, D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *NLCC*, 2012, p. 727 ss.

⁸¹³ *Ex multis*, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1053, nel lumeggiare la genesi del contratto autonomo di garanzia, nitidamente, chiarisce l'insufficienza della garanzia fideiussoria a coprire i rischi atipici collegati al commercio estero. Per l'A. «il negozio fideiussorio, per la sua natura accessoria, non è idoneo a garantire il creditore contro il pericolo di impreviste misure valutarie restrittive o di fronte al rischio di rivolgimenti politici o di confisca dei crediti stranieri da parte dello stato di appartenenza del debitore». In tema, anche, F. NAPPI, *La garanzia autonoma profili sistematici*, cit., p. 43; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 115 ss.

⁸¹⁴ E. BRIGANTI, *Contratti di garanzia ed esercizio del credito nella prassi bancaria italiana*, in *Vita not.*, 1980, p. 1061 ss.

⁸¹⁵ L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Bbtc*, 1992, I, p. 727 ss. a pp. 728-729, ha precisato che la pratica negoziale degli affari è riuscita ad erodere progressivamente la disciplina fideiussoria, ampliando l'oggetto della garanzia e svincolando la sicurezza di realizzazione del credito dalle vicende del rapporto obbligatorio garantito; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., pp. 93-98; G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 18 ss.; ID., *Autonomia privata e vincoli alla creazione di nuove fattispecie*, in AA. VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, I, *Questioni generali*, cit., spec. p. 107 s. Spiega F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 22 che la moderna funzione di garanzia «[...] è rappresentativa dell'esigenza, proveniente da un mercato ormai completamente globalizzato, di approntare un vero e proprio arsenale di strumenti di neutralizzazione dei cosiddetti rischi atipici, ossia i rischi connessi all'internazionalità dei rapporti commerciali: una esigenza, questa, cui si può far fronte soltanto con il ricorso a strumenti di preservazione delle prerogative creditizie non accessori rispetto ai rapporti da cui quelle prerogative sorgono».

⁸¹⁶ V. le considerazioni critiche (specialmente nei riguardi della giurisprudenza, accusata di aver fatto leva sul ragionamento apodittico dell'autonomia negoziale per coonestare, a livello ordinamentale, il contratto autonomo di garanzia) di A. GAMBARO, A. GUARNERI, *Les engagements abstraits par le banquier. Rapport italien*, in *Travaux Capitant*, XXXV, Paris, 1986, p. 331 ss. a p. 333 ss.; G. IUDICA, *La protection des créanciers. Rapport italien*, *ivi*, XLVII, Paris, 1996, p. 391 ss.

fattispecie autonome di contratti di garanzia⁸¹⁷, che hanno innovato copiosamente il sistema tradizionale delle garanzie personali.

A latere dei moduli tradizionali, si sono affermate, appunto, nuove fattispecie - quali fideiussione *omnibus* e contratto autonomo di garanzia⁸¹⁸ - il cui indice denotativo comune è rinvenibile nella *causa cavendi*⁸¹⁹, funzionalmente connessa al maggiore irrobustimento della tutela creditoria⁸²⁰, e nella maggiore elasticità a discapito dell'ossificata impalcatura fideiussoria⁸²¹.

L'insistere di questi modelli negoziali, inseriti nell'ordito di una innovazione giuridica connessa ad una realtà economica metanazionale⁸²², malgrado il riconoscimento

⁸¹⁷ I primi studi completi sul tema appartengono a G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1045 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 169 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 1 ss.; C. DE SIMONE, *Nel «genus fideiussioni»: la garanzia automatica e bancaria*, in *Bbtc*, 1977, I, p. 85 ss. e F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 171 ss.; S. MACCARONE, voce *Contratto autonomo di garanzia*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Diritto commerciale e industriale*, in *Diz. dir. priv. Irti*, Milano, 1981, p. 379 ss. Prima, sporadicamente, il profilo della garanzia autonoma è stato analizzato in A. GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 272 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, cit., p. 91; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 134 e p. 202.

⁸¹⁸ U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, cit. Per una prima rassegna, F. ALCARO, *Fideiussione e garanzie personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 612 ss.

⁸¹⁹ V. i rilievi dubitativi di A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 88 a p. 105 ss. In tema, U. LA PORTA, "Causa cavendi" e "prestazione di garanzia" in una recente ricostruzione del contratto autonomo, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 326 ss. Di recente, A. TENCATI, *Le garanzie dei crediti*, Torino, 2012, p. 768 s. Di contro, O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, cit., 866, nega ammissibilità sistemica al contratto autonomo di garanzia poiché questo presenterebbe, solo, analogie con la funzione assicurativa (e non con quella, appunto, di garanzia). V. le considerazioni di D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, cit., p. 665 ss.

⁸²⁰ Annotando Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, scrive M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., pp. 455-456, che «la sostanziale incompatibilità dei profili strutturali e funzionali delle garanzie personali previste dal codice civile con gli obiettivi perseguiti dagli operatori economici, si pensi in particolare al mandato di credito e all'anticresi ma anche alla stessa fideiussione, ha orientato l'autonomia privata verso la creazione di nuovi schemi di garanzia».

⁸²¹ V. A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 666 ss. Per A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, cit., p. 300 «la vicenda delle garanzie a prima richiesta costituisce sia un buon esempio della vitalità del settore delle garanzie personali sia una dimostrazione della adattabilità del diritto italiano alle esigenze delle prassi finanziarie e commerciali». Cfr. F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Tratt. Buonocore*, II, 3. X, Torino, 2006, pp. 8-15. Per R. NATOLI, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2012, p. 6 trattasi di analizzare l'impedimento dell'eterointegrazione del contratto con le norme dispositive dettate per la fideiussione.

⁸²² L'elaborazione concettuale appartiene a F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 362 ss. a p. 364, il quale traggendo il dato giurisprudenziale domestico di apertura circa il contratto autonomo di garanzia ha, al contempo, posto in esponente l'inettitudine della legge alla innovazione giuridica. La centralità del diritto delle garanzie viene vista da un'altra angolatura da G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 12. L'A. osserva che «la società contemporanea, se da un lato si caratterizza per l'aumentato coefficiente di rischi connessi allo sviluppo di una società (post)industriale, dall'altro denota un'accentuata propensione

odierno pressoché unanime, ha alimentato, nel corso del tempo, e proporzionalmente alla decisa affermazione, differenti criticità ordinamentali⁸²³, connesse al rispetto dei requisiti essenziali del contratto (come si vedrà in prosieguo). I nuovi schemi hanno “scalfito” le tradizionali articolazioni delle garanzie personali. A tutta prima, si è assistito ad una autentica spersonalizzazione (o neutralità⁸²⁴) dei rapporti di garanzia del credito⁸²⁵, ove, in luogo del “mito” della fideiussione, sovente gratuita, e spontaneamente rilasciata dal garante-amico (*insciente*, quandanche *nolente debitore*) o dal garante-familiare, insieme costituenti la cerchia dei garanti profani⁸²⁶ (da cui ne è derivato il dibattito sulle fideiussioni rovinose⁸²⁷), si sono affermati meccanismi di garanzia funzionali alle esigenze delle attività

verso la ricerca di nuove certezze». In generale, L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, cit., p. 150 ss.

⁸²³ Ammonisce F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 3 ss. a p. 9 scrive, criticamente, che «per quanto la nuova contrattualistica rispon[d] ad esigenze economiche innegabili, non può né deve essere avulsa dagli orientamenti, dal finalismo, dai principi civilistici fondamentali». Sotto un'altra angolatura, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., spec. p. 958. In riferimento al rapporto tra fideiussione omnibus ed ordine pubblico economico v. le riflessioni recenti di M. ROBLES, *L'ordine pubblico “economico” tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 797 ss.

⁸²⁴ Sulla neutralità dell'obbligazione di garanzia, quando relata alle dinamiche d'impresa, v., *ex multis*, L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 66 ss. a p. 72 ss.; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 19 ss.

⁸²⁵ Mentre G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 14 ss. rileva l'indebolimento della logica cooperativa nel meccanismo della garanzia, diversamente, G. PIEPOLI, *Le «garanzie negative»*, cit., p. 410 arguisce che le garanzie negative convenzionali contribuiscano in modo significativo al processo di personalizzazione dei rapporti contrattuali, trovando un ambito di applicazione privilegiato nelle operazioni creditizie caratterizzate da un preciso *intuitus personae*. Secondo l'A. (p. 406) «[...] la “clausola negativa” costituisce un elemento peculiare dei finanziamenti concessi a debitori “forti”, dotati di specifico potere contrattuale, dai quali non è possibile ottenere le tradizionali garanzie reali». C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, p. 1 parla di spersonalizzazione dei mercati per la crescente esigenza di rafforzare la tutela delle aspettative creditorie. V. D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, Napoli, 1992, p. 13 ss. Più in generale, G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, cit., p. 8., p. 39.

⁸²⁶ Lumeggiano il tema U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 782 ss.; nel diritto francese, *ex multis*, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Paris, 2011, p. 34 ss.

⁸²⁷ Per ora, può qui menzionarsi lo studio di S. CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Perugia, 2007. Per spunti dal diritto europeo v. A. COLOMBI CIACCHI (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007; EAD., S. WEATHERILL (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships*, cit. V., per altri spunti, L. DI NELLA, *La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la Mithaftung von Nahbereichspersonen*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1191 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 21 ss.

produttive complesse ed idonei a recepire gli inarrestabili processi di mobilitazione della ricchezza e di espansione dei traffici⁸²⁸.

Il panorama delle garanzie personali, quindi, è alquanto articolato e tale da non legittimare aprioristicamente una mera interpretazione restrittiva⁸²⁹.

L'embricarsi di schemi e strutture differenti ha condotto ad una dilatazione dei moduli di garanzia personale sia sotto il versante soggettivo che oggettivo⁸³⁰.

Circa il primo, è agevole rilevarsi che la presenza dell'impresa bancaria (e assicurativa) nelle more della conclusione di fideiussioni *omnibus* e di contratti autonomi di garanzia sia foriera d'un'accentuazione delle dinamiche d'impresa all'interno dei negozi di garanzia⁸³¹; la *bancarisation* o professionalizzazione orienta e condiziona le nuove forme di garanzie, ovviamente aliene da sentimenti umanisti, fraterni e amicali e inserite nelle trame del profitto e della remuneratività che s'attagliano agli affari⁸³².

⁸²⁸ G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 51 s.; A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Bbitc*, 2007, I, p. 513 ss. a p. 520. Secondo L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 72 nell'analizzare le garanzie autonome rispetto al modello fideiussorio classico si assiste «[...] ad un ribaltamento totale di prospettiva, giacché la giustificazione dell'autonomia dell'impegno non viene più fatta risalire ad un interesse di animazione del garante, ma in senso diametralmente opposto, ad una sua professionalità che [...] si risolve in neutralità».

⁸²⁹ G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 2.

⁸³⁰ Cfr. l'analisi di F. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia delle obbligazioni*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, I *contratti di garanzia*, I, cit., p. 138 ss. a p. 154 ss.

⁸³¹ La letteratura sulle c.d. garanzie bancarie è assai vasta. Si v.no le voci di V. CAPPUCCILLI, D. CORAPI, *Garanzie bancarie I) Ordinamento italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. GAMBARO, *Garanzie bancarie II) Diritto comparato e straniero*, *ivi*, p. 1 ss.; U. VILLANI, *Garanzie bancarie III) Diritto internazionale privato*, *ivi*, 1995, p. 1 ss.; M. BUSSOLETTI, *Garanzie bancarie*, in *Dig. disc. priv.-sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 376 ss. e le monografie di A. GIARDINA, U. VILLANI, *Garanzie bancarie. Commercio internazionale e diritto internazionale privato*, Padova, 1984; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Galgano*, XVIII, Padova, 1994. Cfr. P. TARTAGLIA, *Garanzie bancarie del commercio internazionale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, I *contratti di garanzia*, I, cit., p. 969 ss.; N. SALANITRO, *Le fideiussioni bancarie*, cit., p. 129 ss.; A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, *ivi*, 2011, I, p. 572 ss.; A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, cit., p. 523 ss. Sul tema, anche, G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 26 che parla di autentico sottosistema delle garanzie bancarie e A. MAZZONI, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, in AA. VV., *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Paris, 1981, p. 279 ss., p. 285 ss., p. 288 ss. Un interessante spaccato è offerto da Y. POULLET, *Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe*, *ivi*, p. 13 ss.

⁸³² Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 36. Di fideiussione come contratto, in principio, di beneficenza discorrono A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, in *Traité Ghestin*, Paris, 2010, p. 130 ss.

Ciò, per quanto non comporti che l'impresa bancaria sia - soggettivamente - un presupposto indefettibile per porre in essere dati contratti, determina una incontestabile incidenza sui tipi legali e sulla parte generale del contratto⁸³³.

Il ricorrere degli interessi e dei fini propri dell'impresa bancaria permea e plasma funzionalmente i contratti di garanzia personale, diversamente, da quanto avviene nel comune contratto di fideiussione, incasellato nei precetti normativi civilistici. Sotto il secondo versante, il contratto di fideiussione, archetipo ed ossatura delle garanzie personali⁸³⁴, nonché ipostasi dell'endiadi garanzia-accessorietà⁸³⁵, ha progressivamente ceduto il passo a differenti soluzioni⁸³⁶. In altri termini, può asserirsi che la garanzia personale come mezzo rivolto ad accrescere la probabilità di realizzazione del credito non può risolversi nella necessaria ricorrenza del tipo fideiussorio⁸³⁷, connotato dal paradigma dell'accessorietà⁸³⁸ quale limite operativo⁸³⁹ determinante sia strutturalmente che funzionalmente⁸⁴⁰.

⁸³³ Tra molti, F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. Contributo allo studio dei contratti bancari, cit.; F. CAPRIGLIONE, *L'impresa bancaria tra controllo e autonomia. Saggi sull'ordinamento del credito*, Milano, 1983. Più recentemente, C. BRESCIA MORRA, *L'attività dell'impresa bancaria*, in EAD., U. MORERA, in *Tratt. CNN*, XI, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, Napoli, 2006, spec. p. 47 ss.

⁸³⁴ L'allargamento del potere di aggressione del creditore ha, lungamente, rinvenuto il suo archetipo nella fideiussione. V. V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 55 ss.; M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione mandato di credito anticresi*, cit., p. 6; G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 4 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit., p. 16 ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 18 ss.; M. FRAGALI, voce *Fideiussione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 346 ss.

⁸³⁵ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, p. 71 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 4. V., anche, P. PERLINGIERI, *Rapporti giuridici e loro vicende*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 685 ss. a p. 698 s.

⁸³⁶ Che il sistema codicistico interno delle garanzie sia decisamente obsoleto e, al contempo, meritevole di una revisione disciplinare, lo riferisce F. MACARIO, *La fideiussione*, cit., p. 534. V., anche, M. MAGGIOLLO, *Obbligazioni sociali, responsabilità dei soci e solidarietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 41 ss.

⁸³⁷ Così, G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, cit., p. 139. Da una diversa prospettiva, M. FRAGALI, sub *art. 1936*, in ID., *Fideiussione. Mandato di credito. Art. 1936-1959*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 5, ritiene che la nozione di garanzia personale non possa ritenersi assorbita interamente nell'obbligazione fideiussoria V., anche, A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., p. 51 ss. a p. 62. Di quest'avviso anche E. DEL PRATO, *L'avvalimento: spunti civilistici*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 649 s. Contro la visione centripeta della fideiussione, anche, P. CORRIAS, *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 2014, p. 430 ss.

⁸³⁸ A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 81. E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit. p. 146, precisa che l'accessorietà fideiussoria è intesa quale rapporto di dipendenza o subordinazione genetica (art. 1939 c.c.) e funzionale (art. 1945 c.c.) rispetto all'obbligazione garantita. L'A., acutamente, rileva (p. 148) che, "oggi" appaia arbitrario elevare il carattere dell'accessorietà - tipicamente fideiussorio - a criterio fondamentale per determinare l'appartenenza al gruppo dei rapporti di garanzia. Sul profilo dell'accessorietà, nell'esegesi dell'art. 1939 c.c., L.

Si assiste pertanto e ad un ampliamento della panoplia dei negozi di garanzia ammissibili e ad un ripensamento del quadro tradizionale, retto sulla fideiussione quale genotipo della garanzia personale⁸⁴¹.

PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, 1992, p. 17 ss., p. 35 ss., e p. 40 ss. Per la ricostruzione in termini storici della accessorietà, P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 4 ss. A. MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Bbtc*, 1984, II, p. 358; A. MAGAZZÙ, *L'accessorietà nelle garanzie reali e l'apertura di credito su pegno*, *ivi*, 1956, II, p. 454.

⁸³⁹ In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 3 settembre 1966, n. 2310, in *Bbtc*, 1967, II, p. 38 ss.; Cass., Sez. I, 12 aprile 1984, n. 2356, con nota di E. SIMONETTO, *La fideiussione e il sonno dogmatico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 232 ss. Cfr., anche, ID., *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, p. 3 ss. ove spicca l'accostamento della fideiussione ad un contratto-servo. I toni iconoclasti dell'A., diretti a contestare la compatibilità sistemica della fideiussione, sono rinvenibili nelle pieghe dell'intera monografia.

⁸⁴⁰ Nonostante lo stretto legame tra fideiussione e accessorietà, l'assenza normativa di una nozione tecnica di accessorietà ha indotto autorevole dottrina a dubitare circa la validità dogmatica del concetto. Secondo D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XIX, Milano, 1956, p. 23 «[...] le conseguenze dell'accessorietà non possono essere determinate *a priori* ma là dove la legge taccia, occorre individuarle di volta in volta nelle singole situazioni tipiche che possono venire in considerazione, avendo riguardo alle loro caratteristiche, alle esigenze dell'istituto ed al significato che in esso assume l'accessorietà». Per G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, cit., p. 45 «[...] l'accessorietà è concetto vasto e comprensivo sotto il quale si sogliono raggruppare, più per omaggio alla tradizione che per una vera esigenza dogmatica, disparati tipi di rapporti giuridici che non hanno alcuna sostanziale unità sistemica». L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 39 asserisce che il vocabolo accessorietà possa essere impiegato solo per riepilogare la disciplina dei rapporti tra l'obbligazione garantita e quella di garanzia e che, pertanto, «il suo significato appare mutevole in relazione ai mutamenti che tale disciplina può subire nel tempo e nello spazio». *Contra*, M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, cit., p. 465 per cui il carattere comune ai diritti di garanzia è l'accessorietà. Nell'attenuazione del vincolo dell'accessorietà appannaggio di una complessiva autonomia, cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, cit., p. 140 e F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 14. V. l'indagine critica di G. ROSSI, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, Milano, 1962, spec. p. 10 ss. Sostiene F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 56 s. che il dogma dell'accessorietà non vada inteso in termini assoluti, qualora si valorizzi una lettura imperniata sull'art. 1939 c.c. che prevede la possibilità di prestare fideiussione per l'obbligazione contratta dall'incapace. Precisa M. MAGGILOLO, *Obbligazioni sociali, responsabilità dei soci e solidarietà*, cit., 1990, I, p. 41 a p. 49 che «[...] manca nel nostro ordinamento un concetto unitario di accessorietà e, pertanto, essa non potrebbe essere senz'altro esclusa quando il legame fra le obbligazioni sia soltanto genetico, e non si svolga sulla falsariga di quello fra obbligazione principale e fideiussione». Ora, però, cfr. le riflessioni di critiche di A. VENTURELLI, voce *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, X, Torino, 2016, p. 270 ss. a p. 280 per cui «[...] l'accessorietà non assume contorni di assolutezza e inderogabilità, ma rappresenta una mera tendenza, collegata all'evoluzione storica che ha portato all'affermazione della fideiussione come modello paradigmatico di garanzia personale e in quanto tale inidonea ad esaurire la definizione della sua causa, che rimane ancorata all'imprescindibile esigenza di collegare l'adempimento della prestazione del fideiussore all'inattuazione del rapporto principale e al mancato soddisfacimento delle ragioni del beneficiari». Interessanti, anche, le considerazioni di L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., spec. p. 41 ss.

⁸⁴¹ Lucidamente, G. ROSSI, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, cit., p. 13 spiega che «la verità è che il concetto di garanzia non è contraddittorio né con la natura accessoria né con la natura autonoma dell'obbligazione di garanzia, sicché avallo e fideiussione sono due sottospecie dello stesso concetto, e pertanto costituisce grave errore di valutazione il considerare l'uno o l'altra (indifferentemente) come il prototipo delle garanzie personali». *Contra*, A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 33. C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., p. 1010 s. ha parlato di ridimensionamento della fideiussione, con conseguente derubricazione della medesima da schema ordinante a mera *species*, e della rottura del monolitismo del sistema delle garanzie personali. V. A. MAZZONI, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, cit., p. 291 s.

Secondo un recente inquadramento ermeneutico della Cassazione, è pur vero che il concetto di garanzia presupponga ontologicamente una relazione di accessorietà con un *quid* che deve essere garantito, ma l'accessorietà stessa non implica "una assoluta ed univoca dipendenza del rapporto di garanzia dal rapporto garantito"⁸⁴².

La rimeditazione delle nuove ed evolute forme di garanzia nella prospettiva del diritto privato richiede che esse siano sistematizzate tenendo conto, da un lato, degli atti derivanti dall'autonomia d'impresa e, dall'altro, delle sussunzioni teoriche da tempo note⁸⁴³.

Lo studio delle nuove formule non deve solo essere limitato ad una compilativa ricognizione oggettiva e soggettiva delle fattispecie quanto, piuttosto, essere diretto a valutare l'incidenza delle garanzie nella sistematica consolidata⁸⁴⁴.

La garanzia del credito, assunta nella più lata accezione di sicurezza del credito, non merita di essere confinata in angusti limiti prefigurati dall'ordinamento: i singoli contratti vanno intesi distintamente in prospettiva funzionale in modo da rifuggire da una paralizzante cristallizzazione concettuale⁸⁴⁵. Ciò, di contro, con la cautela opportuna non deve coincidere con un generico e autoassolutorio abbandono delle regole di sistema⁸⁴⁶.

⁸⁴² Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

⁸⁴³ Il rischio che inquadramenti frettolosi in categorie ipotizzate quali consolidate ed immobili generi un'attenuazione dell'importanza delle novità emergenti dalla pratica è indicato in P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984, p. XVII. Più in generale, sull'incidenza delle ragioni dell'economia e degli affari circa il diritto dei contratti, e specificamente in tema di contratti di garanzia autonoma, cfr. R. ALESSI, *Contratto e mercato*, cit., p. 2343 s.

⁸⁴⁴ G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 46 s., invita a superare ogni prospettiva eccessivamente generalizzante e di considerare ogni singolo modello al fine di individuarne la funzione complessivamente ad esso sottesa. Dello stesso tenore, L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 11 ss. a p. 51 ss.

⁸⁴⁵ Precisamente, G. BOZZI, voce *Garanzie atipiche*, cit., p. 818. Pur riconoscendo l'importanza - e l'imprescindibilità - della circolazione dei modelli giuridici internazionali, cfr. le osservazioni conferenti di M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, cit., p. 71, ove, in risposta ad una tendenza volta a uno sdoganamento scevro da ogni controllo sistematico dei contratti atipici, rileva che, specie nel caso delle garanzie autonome «l'errore di non tener conto dei principi generali del singolo ordinamento ove il contratto deve trovare applicazione ed eventuale tutela giuridica può infatti condurre a conseguenze peggiori del male che si vorrebbe evitare».

⁸⁴⁶ Il concetto è elaborato da A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 109, riferitamente alla fideiussione ma può fungere da specola per il più generale problema. Secondo l'A., «se è vero che [...] la funzione di garanzia costituisce l'aspetto più essenziale della causa del negozio di fideiussione, bisogna tenere presente che la funzione economico sociale di essa non può esplicarsi se non in un ambiente sociale già regolamentato e ad esso non adeguarsi. [...]. Ora, costretta entro una sfera intensamente regolamentata, è chiaro che anche la funzione sociale ed economica della fideiussione debba venire assunta sulla base di dati giuridici (naturalmente non fatti sorgere come tali dal negozio): altrimenti, se non fosse garanzia in senso tecnico, nessuna funzione economico-sociale rimarchevole la fideiussione potrebbe svolgere».

L'approccio funzionale non va, però, inteso in funzione paralizzante, anzi punta ad evitare sclerotizzazioni formali: inero, l'impiego delle tecniche in ragione dei fini agevola la razionale funzionalità del sistema delle garanzie (considerazione che può riferirsi anche al sistema delle garanzie reali)⁸⁴⁷.

Diversamente, proprio nel settore delle garanzie personali, da parte del legislatore italiano, si è assistito alla predilezione di un approccio tipizzante rispetto ad uno funzionale (che appunto facesse risaltare gli aspetti soggettivi e qualitativi delle parti coinvolte nelle operazioni di garanzia personale)⁸⁴⁸. Orbene, l'utilità di inquadrare le garanzie personali in una prospettiva ricostruttiva di matrice funzionale⁸⁴⁹: *i*) consente di sviscerare il rapporto tra autonomia d'impresa e tecniche di garanzia⁸⁵⁰ nel contesto dell'integrazione economica (non solo, quindi, dell'operazione economica complessiva, quale assetto globale degli interessi sottostanti⁸⁵¹) e del suo relazionarsi nel mercato di riferimento⁸⁵²; *ii*) consente di accertare, al di là del *nomen juris* vicendevolmente in rilievo, il concreto manifestarsi della ragione sociale di un rapporto garantito⁸⁵³.

⁸⁴⁷ Secondo la tesi di E. GABRIELLI, «*Forma*» e «*realtà*» nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., p. 450 a p. 461 ss.

⁸⁴⁸ Su questo profilo spunti interessanti possono trarsi dall'analisi di L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno e nel DCFR*, cit., p. 280; D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 444.

⁸⁴⁹ L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 38.

⁸⁵⁰ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Mercato, disciplina dei contratti e riforme legislative. Appunti di diritto privato dell'economia*, Padova, 1996, p. 185 ss. a p. 265 ss. dove viene vagliato il tema dell'operazione economica in riferimento ai contratti di garanzia personale tipici e atipici.

⁸⁵¹ E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in ID., «*Operazione economica*» e teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, p. 61 ss. a p. 83 ss.; ID., «*Forma*» e «*realtà*» nel diritto italiano delle garanzie reali, cit., p. 450 ove «la complessità, la varietà e la duttilità degli interessi che si esprimono con la funzione di garanzia hanno infatti bisogno di tecniche di attuazione che trascendano la apparente staticità degli interessi rappresentati, mediante l'astrazione della tecnica da una rigida identificazione con gli interessi tutelati» a p. 461 ss. G.F. CAMPOBASSO, *Coobligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, cit., p. 139. V., anche, A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, cit., p. 204 ss. V. le osservazioni di G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., spec. p. 96, p. 127 ss.

⁸⁵² Per un'osservazione generale, v. V. FARINA, *Attività d'impresa e profili rimediali nel franchising*, cit., p. 56 per cui «il riguardare il contratto in un'ottica eminentemente funzionale all'esercizio dell'attività d'impresa fa emergere «la tematica degli interessi sottesi ad ogni istituto giuridico», avvicina istituti che «esaminati nella struttura, appaiono lontani fra loro» e, soprattutto, illumina «riguardandolo da un punto di vista non consueto, il rapporto fondamentale che esiste fra contratto e mercato», rapporto sì forte, che, esattamente, si è rimarcato come i due fenomeni non siano «concepibili isolatamente né da un punto di vista economico, né ancor meno normativo», essendo il contratto «un aspetto ontologico del mercato»».

⁸⁵³ Spiega U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 777 «anche se si limiti l'analisi ricostruttiva all'area delle garanzie personali, estranee a uno schema legale ovvero anomale rispetto a un modello normativo preesistente, e si riducano i riferimenti agli orientamenti

Sinteticamente, può ricavarsi che i nuovi strumenti di garanzia risultano modulati in modo tale da disancorare la prestazione ivi dedotta da quella principale⁸⁵⁴, temperando il requisito dell'accessorietà⁸⁵⁵. Ancora, il concetto di garanzia, che trova nell'irrobustimento della tutela creditoria il retroterra dogmatico, va letto congiuntamente, ma non sostitutivamente⁸⁵⁶, alla funzione sempre più indennitaria-assicurativa⁸⁵⁷ - in luogo della matrice soddisfattoria insita nella fideiussione⁸⁵⁸ -, affine ai nuovi strumenti figli dell'autonomia contrattuale d'impresa⁸⁵⁹.

consolidati di più larga notorietà, le conclusioni a cui si perviene presentano comunque, quale nota caratteristica costante, la definizione concorrente, ma non sempre facilmente compatibile, di due orientamenti generali: il declino delle rigidità concettuali; la rivalutazione dell'effettività delle operazioni economiche in una cornice di accentuata rilevanza dei controlli affidati ai criteri elastici di valutazione». Per riflessioni teoriche e pratiche, M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 127 ss.; L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 28. In questa linea, seppure con riferimento alle garanzie reali, cfr. D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., spec. pp. 783-787.

⁸⁵⁴ A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 13 pone in esponente il fatto che i nuovi strumenti di garanzia «[...] intend(ono) realizzare il duplice obiettivo di offrire maggiore sicurezza al creditore, mediante l'attribuzione di un potere di natura autotutelare che lo esonera dai rischi delle eccezioni opponibili e gli consente il tempestivo e certo soddisfacimento del suo interesse [...]».

⁸⁵⁵ V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, cit., p. 55 a p. 93 ss.

⁸⁵⁶ Così, invece, O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, cit. p. 866 riferendosi al contratto autonomo di garanzia.

⁸⁵⁷ Cfr. lo studio monografico di C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, cit., *passim*. Per alcuni spunti critivi, F. DENOZZA, *Le garanzie fideiussorie*, in A. NIGRO, G. VOLPE PUTZOLU (a cura di), *Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano, 1985, p. 160 s. a p. 166 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 179 ss. a p. 196 ss.; A. CANDIAN, *Cauzioni e fideiussioni assicurative: le nuove tendenze*, in AA. VV., *Garanzie reali, personali e atipiche nell'erogazione e nella gestione del credito bancario (Atti convegno Paradigma, Milano, 19-20-21 marzo 2012)*, cit., p. 1 ss.; EAD., *Assicurazione e garanzie del credito*, in *Bbtc*, 2009, I, p. 632 ss. Cfr. D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano, 2003, p. 143 ss.; A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, cit., p. 572, dapprima, precisa che la garanzia consta in un mero accrescimento della sicurezza e non in una situazione di assicurazione assoluta e, poi, relativamente alla garanzia autonoma, precisa che essa per non smarrire la propria identità «[...] deve essere valida anche in presenza di un rapporto fondamentale invalido, in quanto non garantisce "il pagamento", ma la realizzazione di un interesse, il cui "controvalore" [...] viene monetizzato nella cifra portata in garanzia». In riferimento a questa tendenza espressiva del contratto autonomo di garanzia v. la Cass., Sez. Un., 3 giugno 2013, n. 13900, con nota di G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia, prestazione caratteristica e giurisdizione applicabile al vaglio delle Sezioni Unite: alcune considerazioni critiche*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 182 ss. In dottrina v. le riflessioni critiche di C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, cit., p. 109 s.

⁸⁵⁸ Per dati giurisprudenziali, v. Cass., Sez. III, 18 maggio 2001, n. 6823, con nota di P. PARDOLESI, *Polizza fideiussoria in cerca d'identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3174.

⁸⁵⁹ L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., p. 31 s. V., anche, G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, cit., p. 470 s. Per alcuni spunti, P. SCHLESINGER, *Autonomia privata e tutela del credito*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, cit., p. 115 ss. In senso assai critico cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 21 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., spec. pp. 179 ss.

Vuol sostenersi, piuttosto, che appaia necessitata l'esigenza di definire regole operative che si possano adeguare alla specificità degli interessi sottostanti e alle identità economiche e professionali delle parti⁸⁶⁰, superando la cristallizzazione concettuale della fideiussione quale negozio fondato e irregimentato su precedenti effetti giuridici⁸⁶¹.

Questo assunto consente di recuperare la ricostruzione teorica riguardante l'autonomia d'impresa, dianzi formulata, e di offrirne un campo di applicazione e di verifica⁸⁶².

Laddove l'impresa riesca ad incidere sulla validazione, prima, e sulla diversa conformazione strutturale e morfologica dei nuovi contratti di garanzia personale, poi, là sarà possibile riconoscere l'insistere e l'affermazione di un'autonomia contrattuale particolare⁸⁶³.

Laddove, ancora, si recuperi la relazione dialettica atto-attività, si rifugga da una paralizzante lettura esclusiva dei fenomeni, tale da impedire e di tenere in non cale contaminazioni disciplinari e applicative, inoltre, laddove si proceda all'individuazione della natura dell'atto per il tramite della funzione e della struttura presso cui si iscrive e da cui trae linfa⁸⁶⁴, là potrà consolidarsi l'autonomia d'impresa.

Il quadro qui tratteggiato potrebbe indurre a considerare e legittimare una sorta di nuova e necessaria via di fuga dal diritto privato generale, a causa dell'indubbia esigenza di

⁸⁶⁰ V. quanto espresso in D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 442 ss. Per una lettura generale del rilievo soggettivo nella contrattazione d'impresa, E. GABRIELLI, *I contraenti* e F.D. BUSNELLI, *Conclusioni*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., rispettivamente a p. 113 ss. e p. 151 ss.; G. PIEPOLI, *Soggetto, soggetti e mercato nello scenario europeo*, cit. Cfr., anche, G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, cit., p. 491 ss.

⁸⁶¹ V. lo studio monografico di G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, spec. p. 135, nt. 41, p. 536.

⁸⁶² Per C. FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2013, p. 565 a p. 579 il contratto autonomo di garanzia costituisce forse la più evidente *epifania* del diritto privato dell'impresa.

⁸⁶³ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1045 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 169 ss. Spunti assai interessanti possono leggersi in C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 1023 s. e in G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 28. In tema, anche, L. GAROFALO, *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 602 s.

⁸⁶⁴ P. PERLINGIERI, *Autonomia privata e diritti di credito*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, cit., p. 95 ss.

un'analisi del diritto privato delle garanzie che abbia riguardo ai ruoli e alle attività delle imprese⁸⁶⁵.

È pur vero, però, che la nuova contrattualistica risponde a chiare ed innegabili esigenze economiche ma, ciononostante, come si è avuto modo di sostenere precedentemente, non mira alla definizione di uno iato o di una paratia tra diritto privato generale e diritto dell'impresa, tra autonomia privata e autonomia contrattuale d'impresa, quanto alla rivendicazione della necessità di una rimodulazione delle regole privatistiche in tema di contratto che riconosca e tenga conto dell'insistere dell'impresa e del suo operare sul mercato⁸⁶⁶ (i contratti esplicativi d'impresa nascono in seno all'organizzazione professionale e da ciò traggono esigenze regolamentari distintive rispetto agli altri contratti, senza che ciò conduca ad una abrasione del rispetto dei principi fondamentali ordinamentali)⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Sono le parole di U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 794.

⁸⁶⁶ *Ex multis*, G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16 s.; ID., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione del diritto commerciale»*, cit., p. 148 s.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 33 ss.; ID., *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, p. 515 ss., L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., spec. p. 37 ss.

⁸⁶⁷ Hanno espresso osservazioni oltremodo critiche, G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 96, ove rileva il rischio concreto, che richiede una posizione costantemente guardinga, per cui l'abuso della libertà contrattuale possa celare una strumentalizzazione del negozio, impiegato a perseguire finalità *contra legem*. Analogamente, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 20 s. rileva che «non si può, pertanto, sottovalutare la necessità di comprendere se ed in quale misura l'adozione di schemi contrattuali non previsti dal legislatore costituisca un tentativo di eludere le norme che, frutto di una lunga elaborazione, realizzano un equo componimento degli interessi in gioco». Scrive P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, cit., p. 1347 «la libertà negoziale esercitata tra le imprese deve essere sottoposta ad un controllo di meritevolezza oltre che di liceità, quale risultato ineludibile di una concezione dell'ordinamento che sia sistematica e unitaria e che non consideri l'attività d'impresa avulsa dai valori e dai principi dell'ordinamento medesimo». In una prospettiva più ampia, G. DORIA, *Il contratto tra post-modernità e tradizione*, cit., p. 511 ss.

2. La disciplina delle garanzie personali d'impresa nel DCFR

L'imponente impiego di garanzie personali nelle contrattazioni d'impresa ed il sempre più frequente ricorso a meccanismi atipici ispirati da esigenze di snellezza e fluidità hanno costituito un indispensabile retroterra culturale e dogmatico per l'elaborazione della preziosa opera del quadro comune di riferimento europeo.

Il rispetto delle tradizioni giuridiche dei vari paesi dell'Europa⁸⁶⁸, delle forme tipizzate nei codici civili rispettivi e nelle leggi speciali e l'attenzione verso le istanze della prassi hanno condotto ad un'opera di armonizzazione che, oltre all'indubbio pregio della finezza culturale⁸⁶⁹, reca con sé il tentativo di offrire un'impalcatura regolamentare ampiamente flessibile, di tal fatta da escludere un pregiudizio per l'autonomia privata⁸⁷⁰.

Questo può evincersi, assai chiaramente, dalla lettura del testo dedicato alla disciplina delle garanzie personali. Malgrado, rispetto alle originarie stesure, nella edizione definitiva sia stato espunto il riferimento all'autonomia contrattuale delle parti e alla capacità di creare schemi contrattuali che potessero assolvere a funzioni di garanzia personale - rispetto a quelli già previsti -, il libro IV.G presenta un reticolato disciplinare di natura dispositiva (al netto delle disposizioni dedicate al garante consumatore, cui si è ritenuto opportuno predisporre una serie di tutele inderogabili e non rinunciabili).

Dalla non imperatività⁸⁷¹, dalla riduzione dei requisiti formali per la conclusione del contratto e dalla legittimazione "positiva" della fideiussione globale (omnibus) e del contratto autonomo di garanzia possono evincersi degli indici inclini ad un recepimento delle esigenze delle imprese.

⁸⁶⁸ Per A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 389 la proposta disciplinare esplicita nel quadro comune di riferimento è mutuataria delle tradizioni giuridiche nazionali, non apportando innovazioni radicali. Trattasi piuttosto di un'operazione di sincretismo e rispetto delle tradizioni.

⁸⁶⁹ Cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 24. Prima, U. DROBNIG, *Present and Future of Real and Personal Security*, cit., p. 623 ss.; ID., *Trait fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles*, in AA. VV. *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, 2006, p. 315 ss.

⁸⁷⁰ A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, cit., p. 279. V. M. CUCCOVILLO, *Garanzie personali e obblighi di informazione nei Principles of European Law on Personal Securities*, in *Contratti*, 2009, p. 1050 ss.

⁸⁷¹ F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 35.

A ciò deve accompagnarsi, come acutamente evidenziato, che il plesso regolamentare approntato per le garanzie autonome e per quelle a prima richiesta non si discosta ma, anzi, tenda ad aderire alle soluzioni contrattuali più invalsi nella prassi ed a quelle rifluite in testi e convenzioni uniformi internazionali (ad es. convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e sulle lettere di credito)⁸⁷². Con ciò, si prova ad edificare un sistema articolato, flessibile ed omogeneo di garanzie personali d'impresa. Il testo europeo non menziona espressamente le garanzie d'impresa: meglio, non disciplina la garanzia globale, la garanzia autonoma e quella a prima richiesta come moduli contrattuali ad uso e godimento esclusivo delle imprese⁸⁷³. Alle garanzie d'impresa ed alla loro ascrizione e rinvio alla disciplina generale del libro IV.G, art. 1:101 ss. può addivenirsi nel porre in esponente il distinguo rispetto alle garanzie apprestate dai consumatori⁸⁷⁴.

Al fine di poter saggiare la favorevolezza della regolamentazione per l'agire d'impresa, occorre partire dalla considerazione per cui, come già cennato, i vincoli formali per l'instaurazione di un contratto di garanzia personali sono pressoché modesti. Dalla disposizione in tema di accettazione del creditore (art. 1:103) si arguisce che le parti possano convenire la costituzione tramite contratto oppure mediante atto unilaterale del garante. Per agevolare la definizione del vincolo, il momento di conclusione viene fatto risalire alla recezione da parte del creditore del contratto, salvo che l'offerta esiga l'espressa accettazione, o che il creditore, senza irragionevole ritardo, la rifiuti o si riservi d'esaminarla.

La disciplina in tema di garanzie personali, come già rilevato di natura non inderogabile, trova applicazione a qualsiasi tipo di garanzia personale che sia assunta

⁸⁷² A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, cit., p. 279.

⁸⁷³ Per un raffronto con la disciplina (insufficiente sia oggettivamente che soggettivamente) del codice civile in materia di garanzie personali v. D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 443 per cui «[...] no distinction exists in the law with strict reference to the grantor *status* (professional or consumers) nor for the grantor is a natural person or, on the contrary, a legal person». Ancora, l'A. rileva che «this absence of specific rules referring to the *status* are only partially overpassed where guarantees are released by banks and insurance companies. [...] In this case, there is a set of special rules that govern not specifically the contract or the duties of the grantor within the perspective of his or her protection: on the contrary they are set as a condition for the authorisation to release guarantee and/or for the exercise of the activity within the area of business of the grantor/bank or other financial institution); consequently, those rules are to be found, for what concerns insurance companies, in the *Codice delle Assicurazioni Private* [...] and in the *Testo Unico Bancario*».

⁸⁷⁴ V. L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno e nel DCFR*, cit., p. 280. Sulla formulazione di regole di livello generale nel settore delle garanzie personali, cfr. M.E. STORME, *The Harmonisation of the Law of Personal Security*, cit., p. 73 ss.

volontariamente e, in particolare, in riferimento alle garanzie d'impresa, alla garanzia globale ed al contratto autonomo di garanzia. Dal tenore letterale si desume che l'elencazione di cui all'art. 1:102 non sia esaustiva ma, anzi, lasci aperta la possibilità che future forme di garanzia personale escogitate dalla prassi possano esservi ricomprese.

La garanzia globale, stante la formulazione disciplinare, arride alla garanzia personale accessoria che viene prestata allo scopo di garantire tutte le obbligazioni del debitore nei confronti del creditore, oppure il saldo debitorio di un conto corrente, ovvero, ancora, una garanzia con simile estensione. La garanzia globale tende a difettare del perimetro dell'importo di base garantito: verosimilmente, le parti nel momento in cui contraggono il credito garantito potrebbero non essere, ancora, a conoscenza delle tipologie e degli importi dei crediti da garantire. Va rilevato che l'instaurazione del particolare regime della garanzia globale non nasce dalla semplice previsione della mancata individuazione dell'importo massimo della garanzia. Anzi, la garanzia può essere definita globale allorquando la tipologia (spesso nei confronti di istituti bancari), la fonte o le tempistiche legate ai crediti da garantire non sono determinati dalle parti⁸⁷⁵.

La struttura della garanzia globale consente alle parti di eccettuare alcuni limiti discendenti dal carattere accessorio delle obbligazioni a carico del garante. Ci si riferisce, come recita l'art. 2:102, par. 3, alla previsione di limitazione dell'ammontare della garanzia che, in caso di mancata indicazione nell'accordo delle parti, è limitata all'importo delle obbligazioni garantite al tempo in cui è divenuta efficace la garanzia stessa.

La regola contenuta all'art. 2:102, par. 4, si pone in continuità con la summenzionata. Per cui, qualsiasi accordo tra creditore e debitore volto ad anticipare la scadenza delle obbligazioni garantite oppure teso ad accrescere l'onerosità dell'obbligazione garantita non incide sul garante se l'accordo è concluso posteriormente al momento in cui è divenuto efficace il contratto di garanzia.

Queste due disposizioni puntellano ed innervano il pilastro dell'accessorietà fideiussoria⁸⁷⁶, contemperando eventuali effetti oltremodo pregiudizievoli per il garante e mitigando i rischi cui questi può (presumibilmente) sottostare.

⁸⁷⁵ Per una analisi, A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 395.

⁸⁷⁶ In generale S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessority – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, cit., p. 309 ss.

Di contro, nel caso di fideiussioni globali tale suggerimento precauzionale non trova ragion d'essere, dal momento che ciò limiterebbe, indebitamente, la prassi commerciale, frustrando la specificità negoziale costitutiva sottesa.

Il quadro europeo, però, non lascia del tutto avulso da meccanismi di tutela il garante globale. Vero è che non gode delle protezioni tipiche della garanzia accessoria, dal momento che ciò, plasticamente, striderebbe con l'essenza intima di una garanzia personale dipendente illimitata; al contempo, il garante conserva il diritto a conoscere l'approssimativa ampiezza del rischio assunto. Grava sul creditore il conseguente dovere comunicativo circa alterazioni incrementalmente dell'ammontare garantito pari al 20 per cento rispetto al tempo della costituzione della garanzia (e rispetto alla data di comunicazione di precedenti aumenti).

Che trattasi d'un diritto può ricavarsi dalla lettura dell'ultimo paragrafo dell'art. 2:107, per cui l'inottemperanza od il ritardo notiziale addebitabile al creditore conduce ad una riduzione dei diritti da questi vantati verso il garante, nella misura in cui sia necessario ad evitare che quest'ultimo subisca perdite come conseguenza del ritardo o dell'omissione (perdite che possono consistere nella pregiudicata capacità del garante di rifarsi sul debitore, andato fallito nelle more dell'aumento non comunicato dell'importo garantito).

I garanti professionali, oltre al contratto di fideiussione globale, sono coinvolti nella stipulazione di contratti di garanzia autonoma. Di primo acchito, può rilevarsi che l'autonomia degli impegni ha vantaggi economici evidenti: facile e svelta circolazione del rischio e calcolabilità del medesimo attraverso il computo degli oneri relativi alla sua assunzione⁸⁷⁷. Al contempo, però, la sottoscrizione di una garanzia indipendente deve essere legata alla volontà delle parti di farvi ricorso - stante il meccanismo presuntivo, *ex art. 2:101* di garanzia personale accessoria, salvo dimostrazione diversa del creditore - non bastando l'apposizione di una clausola, quale quella a prima richiesta⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 399 appare, invece, scettico nel riconoscere l'afferenza della garanzia autonoma al novero delle *security transactions*, «because the *debtor's non-performance* is not a part of the objective conditions of the guarantor's duty. Moreover, the essence of IGs is not to be found in the fact that the guarantor must perform *regardless of whether* the underlying debt is matures and unpaid, but in the totally different circumstance that the guarantor's duty does not have as its purposes to *keep the creditor harmless* of the consequences of the breach, but rather to put into the hands of the creditor a certain amount of money, on demand or otherwise, when the conditions laid down in the issued guarantee are met».

⁸⁷⁸ L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno e nel DCFR*, cit., p. 287. L'A. spiega che «il DCFR precisa immediatamente, nel considerare l'elemento della volontà del *security provider*, che ogni forma di

Se l'indipendenza della garanzia certifica l'irrelevanza del dato genetico, funzionale e patologico dell'obbligazione originaria del debitore, essa deve essere, invece, pienamente valida: ovvero non essere inficiata da elementi perturbativi del volere o da stati di incapacità del garante che potrebbero legittimare l'esperibilità di un'azione di annullamento.

Merita di essere sottolineata, anche, la parte dei doveri informativi ricadenti sul garante (verso il debitore) in caso di presentazione della richiesta di adempimento da parte del creditore; di rifiuto della garanzia; di comunicazione di avvenuto adempimento⁸⁷⁹. In caso di omessa comunicazione a favore del debitore i diritti del garante si intendono progressivamente ridotti per evitare una perdita al debitore come conseguenza di tale inadempimento (si pensi al caso in cui il debitore paghi nuovamente al creditore e sia possibile l'azione di regresso da parte del garante nei suoi confronti).

Sotto il versante esecutivo, *ex art. 3:103*, la disciplina dota il garante di differenti modalità di tutela nell'onorare la prestazione di garanzia. Egli è tenuto ad adempiere, solo quando la richiesta d'escussione sia presentata in forma scritta e rispetti tutti i termini e le condizioni dedotte nel contratto di garanzia o in altro atto giuridico istitutivo della garanzia. Il garante conserva un lasso di tempo pari ad una settimana per adempiere secondo i termini della domanda oppure informa il debitore delle ragioni a sostegno del rifiuto d'esecuzione. Questo denota un indice della garanzia autonoma: l'assolvimento dell'obbligazione di garanzia è soggetto all'osservanza dei requisiti formali e contenutistici da parte del creditore mentre, il rischio di inadempimento del debitore originario continua a costituire la causa esterna della garanzia autonoma non rifluendo nel rapporto tra garante e creditore⁸⁸⁰.

Veniamo, ora, ad un punto assai delicato che attiene alla paralisi della pretesa creditoria a seguito, *verbatim*, di una provata - in base a prove effettive - richiesta di escussione che sia manifestamente abusiva o fraudolenta (art. 3:105). L'infondatezza della pretesa creditoria deve, pertanto, essere inequivoca, evidente ed economicamente rilevante

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

⁸⁷⁹ Per un'analisi più dettagliata, M.E. STORME, *The Harmonisation of the Law of Personal Security*, cit., p. 79 s.

⁸⁸⁰ Precisa A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 401 che «the condition in Law is only that the demand complies exactly on its face with the terms set out in the contract. The underlying risk (the "causa", in the Romanic Law countries) continues to be the non performance of the main debtor, but this basic breach stands not as material condition of the guarantor's duty to pay».

per il debitore: le prove effettive su cui fondare l'illegittimità della richiesta devono, normalmente, essere fornite dal debitore che ha incaricato il garante di assumere la garanzia. È proprio il ruolo del debitore, a questo punto, ad apparire nevralgico. Ben potrebbe darsi, infatti, la situazione che il garante agisca in regresso sul debitore, il quale si troverà poi costretto a richiedere il rimborso al creditore. La situazione si complica e si infittisce specialmente quando vi è il coinvolgimento di imprese operanti all'estero, conseguendone difficoltà nell'intrapresa delle procedure esecutive. Ancora, sempre a corroborare la centralità della posizione debitoria, può rilevarsi che l'adempimento del garante finisce per costituire un inadempimento nel rapporto tra questi ed il debitore ordinante, esponendo il primo a rimedi contrattuali e ad una richiesta risarcitoria da parte del secondo.

Il DCFR, all'art. 3:105, par. 2, compie un'opera di armonizzazione della definizione dei poteri interdittivi debitori rispetto a quanto contenuto nella convenzione UNCITRAL, art. 20, parr. 1 e 2⁸⁸¹. Per cui, il debitore potrà impedire l'adempimento del garante e l'emissione o l'utilizzo di una richiesta di escussione da parte del creditore. Manifesto appare come il tentativo di armonizzazione risulti a favore della certezza dei traffici giuridici e della mitigazione dei rischi delle garanzie passive, spesso contratte da imprese. Il dato non è di poco rilievo. Anzi, supplisce ad una eterogeneità delle prassi giurisdizionali nazionali, divise, da un lato, tra il consentire al debitore di attaccare creditore e garante e, dall'altro, di procedere al sequestro delle somme intascate⁸⁸².

Sotto il profilo rimediabile, che tra l'altro appare quello maggiormente colpito dagli strali polemici della dottrina italiana⁸⁸³, l'art. 3:106 divisa che il garante abbia diritto di ripetere quanto ricevuto dal creditore qualora le condizioni della richiesta del creditore non si siano realizzate o siano venute meno; oppure, quando la richiesta fosse manifestamente abusiva o fraudolenta. Il diritto alla ripetizione è assoggettato, secondo l'art. 3:106, par. 2,

⁸⁸¹ Il giudice su istanza del debitore principale potrà: a) ordinare al garante di non trasferire l'ammontare indicato nella richiesta del creditore a quest'ultimo e di trattenere l'ammontare della garanzia; b) se il pagamento è già stato effettuato, ordinare al creditore di non disporre di quanto ricevuto; c) ordinare al soggetto che è ricorso in giudizio di fornire una garanzia nella forma che il giudice medesimo riterrà appropriata.

⁸⁸² Così, A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 404.

⁸⁸³ E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., spec. p. 560 ss. a p. 565 s.; L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno e nel DCFR*, cit., p. 288 a p. 293 s. Non mancano critiche per difetto di chiarezza del DCFR, anche, da parte di A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 404 s.

alle regole in tema di ingiustificata locupletazione. Spetta, quindi, direttamente al garante d'agire nei confronti del creditore beneficiario: non si prospetta più un'azione di recupero dell'indebito affidata al debitore e con ciò viene ad essere neutralizzata la perpetuazione di una dispendiosa ed inefficiente duplicazione di rimedi contrattuali. Il garante professionale, quindi, maggiormente attrezzato, sarà in grado di poter sperare in un recupero più efficiente del credito, tenendolo al riparo da un'azione di ripetizione esercitata dal debitore che nelle more può sempre andare fallito⁸⁸⁴.

Il DCFR prescrive che il garante vanti il diritto di recupero della somma solo quando essa sia fraudolentemente od abusivamente escussa oppure siano mutate le condizioni legittimanti la pretesa creditoria. Nulla, invece, è detto riguardo al caso di obbligazione originaria inesistente oppure contratta con vizi determinanti la nullità della causa e dell'oggetto. In questi casi si riconosce che la garanzia indipendente sia un'attività commerciale rischiosa, sì profittevole, ma, al contempo, capace di esporre il garante a rischi non rimediabili. La mancata previsione di eccezioni esperibili dal garante attorno alla nullità della causa dell'obbligazione originaria: *i*) potrebbe tradursi in un precipitato di ostilità che il quadro comune riserva all'elemento causalista ai fini della conclusione del contratto⁸⁸⁵; *ii*) si inserirebbe nella prospettiva consustanziale alla garanzia autonoma, quale obbligazione tesa a non essere inficiata in nessun modo da rapporti originari e giustificata - in nome delle esigenze commerciali e della loro naturale rapidità - poi praticamente, nella copertura e nella compensazione del rischio di insolvenza⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Per uno studio approfondito di matrice francese, cfr. la monografia di G. MÉGRET, *Les recours du garant. Contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, Paris, 2011.

⁸⁸⁵ *Contra*, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 566 per cui il DCFR «[...]per un verso, abbracci(a) facili slogan promotori del superamento della causa, adducendo proprio il vantaggio di poter riconoscere contratti, quali il *Garantievertrag*, come se tale figura non fosse stata recepita in Italia e in altri ordinamenti causalisti; per un altro verso, accolgono con pari facilità, come fosse un nuovo dogma, la giustizia contrattuale, non avvedendosi che una formulazione troppo generica della disciplina sulla *gross disparity* o sull'*unfair exploitation* rischia di colpire, per altra via, un regolamento contrattuale plasmato sul modello del *Garantievertrag*». L'A. affina il suo assunto per cui «l'imprenditore inesperto che ordinasse la stipula di una garanzia automatica, ossia di un contratto che rispetto allo scopo di garanzia certamente determina un vantaggio eccessivo per il beneficiario, realizzerebbe infatti un'operazione economica, che facilmente si porrebbe in collisione con i suddetti parametri della giustizia contrattuale». Conclude, nettamente, sostenendo che «[...] anche in una prospettiva europea ed internazionale, pare decisamente preferibile, in luogo di una banalizzante sostituzione di dogma a dogma, operare una comparazione fra modelli non fondata sulla rigidità delle categorie, bensì sul raffronto rimediale, che dimostra la possibilità di conseguire risultati simili e parimenti efficienti a partire da apparati normative apparentemente oltremodo distanti».

⁸⁸⁶ *Ex multis*, L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., spec. p. 180 ss. Per L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno e nel DCFR*, cit., p. 293 s. «la scelta operata dai redattori del DCFR, che diversifica la tutela garantita al *security provider* e la "sposta"

Da ultimo, ma non per ordine di minore rilevanza, vuole essere menzionata la garanzia autonoma a prima richiesta, *species* del *genus* della garanzia autonoma, che viene riconosciuta all'interno dell'art. 3:104, il cui effetto principale è quello di limitare la proponibilità di eccezione da parte del garante riferite - a titolo personale - al suo diretto rapporto contro il creditore (così come previsto *ex art.* 3:103, par. 2). Il più elevato - o, meglio, rafforzato - grado di autonomia⁸⁸⁷ assicura il creditore da ogni possibile addebito od eccezione sollevabile dal garante (al netto dell'*exceptio doli*) ogni qualvolta la richiesta d'escussione presentata avvenga in forma scritta con espressa conferma delle condizioni cui l'esigibilità della garanzia soggiace⁸⁸⁸. Anche qui pare possibile, inoltre, trovare una corrispondenza con quanto divisato all'art. 15 della convenzione UNCITRAL, circa il rispetto dei requisiti formali e strutturali ai fini della proposizione della domanda di garanzia a prima richiesta.

Il dato che sinora è emerso può aiutare a svolgere delle considerazioni d'insieme, malgrado rapsodiche. Il sistema delineato nel quadro europeo tende a sezionare le garanzie personali in accessorie, indipendenti ed in quelle prestate dal consumatore (legate ad un sistema di natura inderogabile, teso ad approntare una serie di accorgimenti informativi, formali e sostanziali volti a proteggere il garante vulnerabile dal peso e dal rischio dell'obbligazione di garanzia contratta ed improntato sul modello della garanzia accessoria⁸⁸⁹), apparendo in linea con l'approccio europeistico volto a segnare nel diritto contrattuale la necessità di un'adeguata armonizzazione che tenga conto dei contratti B2B e B2C⁸⁹⁰.

giuridicamente e cronologicamente ad un momento successivo l'adempimento della prestazione di garanzia, da un lato favorisce la certezza delle transazioni ed una più efficace stabilizzazione delle dinamiche creditizie, dall'altro sposta dei rischi ingenti in capo al garante, lasciando il creditore *de facto* assicurato contro il rischio di insolvenza e, pertanto, diventerebbe arduo contrastare, in sede di riqualificazione giudiziale di una simile fattispecie contrattuale, una eventuale tesi che la assimili ad una polizza assicurativa».

⁸⁸⁷ L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 575.

⁸⁸⁸ Per una disamina problematica, A. CARRASCO, *The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 401 s.

⁸⁸⁹ *Ex multis*, S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, cit., p. 309 ss. Sull'informazione, M. CUCCOVILLO, *Garanzie personali e obblighi di informazione nei Principles of European Law on Personal Securities*, cit., p. 1062 ss.

⁸⁹⁰ M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, cit., p. 144. V. U. DROBNIG, *Trait fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles*, cit., p. 323.

Dal DCFR c'è una presa d'atto di centralità dell'elemento impresa nei contratti di garanzia personale (ciò che conduce alla legittimazione della garanzia globale e della garanzia autonoma) ma, al contempo, v'è un quadro disciplinare di natura dispositiva, finalizzato ad impedire la mortificazione della capacità creativa di moduli e schemi contrattuali dell'impresa e tendente a costituire il *background* di riferimento. L'armonizzazione extralegislativa mira a supplire alle deficienze normative comunitarie, recependo i punti di contatto tra le garanzie personali europee, e favorisce l'avvicinamento dei singoli diritti nazionali⁸⁹¹.

Il DCFR fornisce, quindi, per la contrattazione d'impresa un efficiente modello sovranazionale, né vittima né asservito all'impalcatura positiva particolare vigente - che, piuttosto, tenta di superare e sostituire⁸⁹² -, *ad instar* di una consolidazione d'un vero e proprio diritto uniforme, costellazione giuridica delle relazioni d'affari. L'armonizzazione condurrà ad interrogativi circa il coordinamento con istituti di diritto interno, la loro compatibilità e la loro tenuta⁸⁹³ (trattasi di verificare se i filtri nazionali impediscano, di fatto, una equalizzazione generale⁸⁹⁴) ma al fine di saggiarne il significato e la meritorietà occorrerà muoversi scevri (o, ameno, il più possibile depurati) da pregiudizi ideologici dettati (ed esauriti) dai sistemi positivi cristallizzati e nella consapevolezza della complessità - tale da rendere non solo difficile ma anche inappagante ogni semplificazione e *reductio ad unum*⁸⁹⁵ - ove affiora e si totalizza l'autonomia privata d'impresa.

⁸⁹¹ Dal punto di vista francese, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Paris, 2014, p. 32 ss.; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 1 ss.

⁸⁹² L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 576 precisa che le regole del DCFR sono «[...] al di fuori di un modello normativo “vigente”[...] e ad esse è perciò non solo ovviamente estranea ogni esigenza di valutazione, sulla base di regole già esistenti - per esempio, riguardo a quali siano i limiti di elasticità - del tipo fideiussorio e quindi se il contratto concluso dalle parti si ponga “dentro/fuori” rispetto a questo -, ma soprattutto è estranea l'esigenza di verificare la compatibilità e la coerenza della soluzione proposta con i principi e i limiti del sistema».

⁸⁹³ M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, cit., p. 149; G. TUCCI, *L'armonizzazione del diritto del diritto delle garanzie*, cit., p. 193 ss.

⁸⁹⁴ Così, P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, cit., p. 111 s.

⁸⁹⁵ L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 584. Per alcune affinità metodologiche, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 566.

3. La disciplina dell'UNCITRAL in materia di garanzie personali d'impresa

Il sostegno disciplinare fornito dal DCFR in tema di garanzie personali d'impresa merita di essere (raccordato e) tragguradato la convenzione elaborata nel 1996 dall'UNCITRAL, in tema di garanzie indipendenti e lettere di credito *stand-by*. Evitando di incorrere in una repertoriazione delle singole norme, dal raffronto vogliono porsi in luce le analogie e i distinguo tra i due sistemi di uniformazione che conducono a predicare una rilevanza ed una centralità delle dinamiche d'impresa all'interno dei meccanismi di garanzia personale prefati⁸⁹⁶.

L'esigenza di garantire una normazione uniforme alle garanzie internazionali cui accedono e di cui s'avvalgono le imprese ha condotto, dapprima, a creare un sistema in cui far convergere e recepire le peculiarità della prassi e della comunità internazionale degli affari e, poi, a legittimare una regolamentazione internazionale degli impegni di garanzia non accessori⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ Giova, sin d'ora, rilevare che i contributi a commento della convenzione predisposta in seno all'UNCITRAL sono assai copiosi. Dall'esaminazione delle singole peculiarità tecniche a profili di diritto processuale, sino a quelli di diritto internazionale privato, la dottrina si è ampiamente dibattuta: per una sintesi e per maggiori informazioni bibliografiche v. A. FRIGNANI, M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., p. 285 ss. Per quanto riguarda il tema che qui si tenta di esaminare, oltremodo ricche di stimoli paiono essere le riflessioni di F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 542 ss.; A. CALDERALE, *Stand-by letters of credit e garanzie autonome european style: la riforma dell'Article 5 dell'Uniform Commercial Code e la Convenzione sulle garanzie autonome dell'Uncitral*, in ID., *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999, p. 231 ss.; ID., *La Draft Convention dell'Uncitral sulle garanzie indipendenti, le stand-by letters of credit e il contratto autonomo di garanzia nei Paesi del Medio-Oriente e in Russia: verso una disciplina uniforme?*, in G. CHIAIA NOYA (a cura di), *Diritto comune e cooperazione economica e professionale con i paesi del bacino del Mediterraneo e dell'Est Europeo*, Bari, 2000, p. 91 ss.; A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 807 ss.; P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, *ivi*, 1999, p. 591 ss. Nella letteratura francese, v. PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Paris, 2015, p. 925 s.; J.-L. ANGLADE, *Droit et pratique de la lettre de credit standby*, Paris, 2000, p. 89 ss.; J. STOUFFLET, *La convention des Nations Unis sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, in *RDBB*, 1995, p. 132 ss.; S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, in *RTDComm.*, 1996, p. 633 ss. Sul tema, v., anche, P. MANES, *Independent bank guarantees between civil and common law features and the issue of termination*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p. 752 ss. a p. 757 ss.

⁸⁹⁷ V. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 542; A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 807 parla di convenienza di siffata disciplina uniforme e di adattabilità alle realtà pratiche internazionali. In tema, S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, cit., p. 634; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 862 rilevano che la convenzione sia informata ai criteri del realismo e della flessibilità: «réalisme, d'abord, en tenant compte des pratiques et décisions rendues en la matière par les différentes droits internes. Souplesse, ensuite, en ne formulant que les principes essentiels, en ne régissant que les rapports garant-bénéficiaire, en adoptant des dispositions dont la plupart sont supplétives de la volonté des parties et, en tout état de cause, en permettant l'insertion d'une clause d'«*opting out*» qui soustrait entièrement l'operation à l'autorité de la Convention et la soumet au droit interne compétent».

Questa disciplina di ispirazione globale deve, però, malgrado la prestigiosa sede natia e l'*endorsement* della CCI, fare i conti con la riluttanza di molti stati, specialmente europei, apparsi ritrosi a consentire che una normativa dettagliata e assai puntuale potesse competere, quand'anche imporsi, con le singole discipline nazionali⁸⁹⁸.

A livello morfologico, la disciplina riconnette al novero degli impegni di garanzia suscettivi d'esser ricompresi all'interno della medesima, indistintamente, sia il contratto autonomo di garanzia che la lettera di credito *stand-by*. Quest'ultima, affermata negli Stati Uniti d'America e ivi disciplinata all'art. 5 UCC, ha consentito alle imprese bancarie di aggirare il divieto di *no-garanty rule*, attraverso il meccanismo di emissione di lettere di credito irrevocabili e confermate⁸⁹⁹, con il quale sorge l'obbligo a pagare, dietro la presentazione di documenti analiticamente indicati nella lettera, una determinata somma di denaro su richiesta del beneficiario⁹⁰⁰. Nella lettera di credito *stand-by* si realizza una funzione di garanzia, tramite lo smarcamento dall'accessorietà fideiussoria, ma al contempo

⁸⁹⁸ Come annota R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, in AA. VV., *Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian GALVADA*, Paris, 2001, p. 173 ss. a p. 174 «la Convention comme tuot text fruit d'une longue, minutieuse et parfois passionnée, discussion parmi plus de trente États membres de l'Uncitral, de cultures juridiques diverses et d'intérêts économiques contradictoires, offre un résultat équilibré: cela se manifeste non seulement dans la pondération des règles adoptées, mais aussi par l'inexistence au sein de la Convention des normes relatives à certains aspects des relations déterminantes ou dérivées de l'émission d'une garantie indépendante ou d'une lettre *stand-by*». La convenzione è entrata in vigore il 1° gennaio 2000, per mezzo della ratifica da parte della Tunisia che ha consentito il realizzarsi della condizione sospensiva per la vigenza (occorrevano 5 stati aderenti, ex art. 28). Gli altri Stati aderenti sono rappresentati da Bielorussia, Ecuador, El Salvador, Gabon, Kuwait, Liberia, Panama e Stati Uniti.

⁸⁹⁹ In tema, v. l'esauriente riflessione di G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., pp. 8-43. Per uno spaccato generale sul credito documentario, v. C. COSTA, *Astrattezza ed eccezioni opponibili nel credito documentario irrevocabile*, Milano, 1989; ID., *Il credito documentario*, Torino, 1997; L. PONTIROLI, *Il credito documentario. Esigenze del commercio internazionale e regole nazionali nel diritto delle lettere di credito commerciali e standby*, Milano, 2000; M.J. BONELL, *Il credito documentario: norme ed usi uniformi*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, cit., p. 959 ss.

⁹⁰⁰ Per puntuali osservazioni, v. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 543 ss. L'A., nel tracciare una linea di demarcazione tra lettera di credito commerciale ordinaria, spesso accompagnata, nell'ambito di compravendite internazionali, alla promessa di pagamento del compratore, di modo da eliminare, per l'alienante, i rischi propri delle contrattazioni con compratori esteri e di cui non si conosce affidabilità e solvibilità, e lettera di credito *stand-by*, precisa che «operativamente e, si direbbe, tecnicamente, si è passati, nel realizzare la suddetta rivisitazione documentale, da una documentazione di base rappresentante un "fatto", propria della *letter of credit*, cioè l'esistenza e le qualità di un bene che in base al rapporto sottostante il beneficiario deve consegnare al cliente dell'emittente, a una diversa e più complessa documentazione rappresentante l'"evento" dell'inadempimento dell'ordinante al contratto sottostante, della *stand-by*». V., anche, P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 593. Per un raffronto tra garanzie indipendenti e credito documentario, A. MAZZONI, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, cit., p. 294 ss.

si recupera e porta al centro l'elemento soggettivo dell'intermediario garante, costituito da una banca o da altro soggetto di consolidata reputazione economica⁹⁰¹.

Atterrate queste brevi e frammentarie considerazioni iniziali, proviamo a rinvenire nell'articolata messe regolamentare alcuni aspetti meritevoli di attenzione. La densità disciplinare pare rappresentare una prima differenza con l'impianto del DCFR. Laddove si è privilegiata una normativa di principio, più che di dettaglio, e non si è rintuzzato - grazie ad una prevalenza regolamentare dispositiva, al netto della tutela consumeristica - l'esercizio dell'autonomia privata e dell'adattabilità a schemi e moduli principianti ed invalsi nella prassi, l'approccio della convenzione UNCITRAL appare di tutt'altro segno⁹⁰². Come può arguirsi, anche, dall'art. 27, non sono ammesse riserve alla presente convenzione, a seguito dell'adesione di nuovi stati, con inevitabili ripercussioni sull'intero ambito di efficacia dell'autonomia privata. Il tenore rigido - se non imperativo - della maggior parte delle disposizioni contenute sottrae alle realtà nazionali la possibilità di valersi di un testo duttile, adattabile alle mutevoli realtà pratiche. Può rilevarsi, quindi, che l'armonizzazione passa attraverso un irrigidimento complessivo che trova giustificazione, come può leggersi dai lavori preparatori e dal testo esplicativo in calce al documento convenzionale, dal facilitare la combinazione di garanzie indipendenti e di lettere di credito *stand-by*. Al contempo, sono esclusi dall'ombrello protettivo contratti di garanzia accessori o condizionali e lettere di credito differenti rispetto alle *stand-by letters* (salvo espresso riferimento applicativo contrario)⁹⁰³.

L'elemento dell'internazionalità delle garanzie rileva ai fini dell'applicazione della suddetta convenzione. Sono riguardate, infatti, le garanzie autonome e le *stand-by letters* aventi rilevanza (collegamento) internazionale, desumibile dall'appartenenza del garante ad

⁹⁰¹ In tema, J.-L. ANGLADE, *Droit et pratique de la lettre de credit standby*, cit., p. 89 ss.

⁹⁰² Invece, intravede un carattere suppletivo delle disposizioni UNCITRAL, S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, cit., p. 634.

⁹⁰³ Per una sintesi, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit. p. 558, nt. 41; L. PONTIROLI, *Il credito documentario. Esigenze del commercio internazionale e regole nazionali nel diritto delle lettere di credito commerciali e standby*, cit., p. 232; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 19 ss. a p. 25; P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 606 ss.

uno stato contraente o se le regole di diritto internazionale privato facciano espresso riferimento alle norme convenzionali⁹⁰⁴.

Il meticoloso ordito regolamentare si appunta, in prima battuta, con la delimitazione della tassonomia della garanzia indipendente: viene circoscritta l'indipendenza di una garanzia: a) nell'assenza di subordinazione dell'efficacia circa l'esistenza o la validità dell'operazione sottostante; b) nell'assenza di condizionamenti legati al verificarsi di circostanze, anche future e incerte, non contemplate nel testo della garanzia, eccezion fatta per la presentazione di documenti o per altri atti o eventi suscettivi d'essere considerati, per loro natura, afferenti all'attività professionale esercitata dall'emittente/garante⁹⁰⁵.

Un ulteriore analogia con il DCFR, ispirata sempre dall'esigenza di favorire lo sviluppo delle garanzie autonome e delle *stand-by letters* e di evitare di frapporre vincoli ed ostacoli formali, può rinvenirsi nel principio di libertà (tendenziale) di forma dell'impegno di garanzia assunta. L'art. 7, comma 2, consacra la libertà di forma quale principio ispiratore ma, al contempo, ne mitiga l'assolutezza, in quanto questa deve, comunque, assicurare il mantenimento di un *complet record* del testo - trattasi, verosimilmente, d'un supporto che consenta, ad ogni momento, di verificare il contenuto - e consentire l'identificazione della fonte d'emissione (provenienza) mediante procedure usualmente accettate nella prassi (come i codici identificativi delle banche) oppure tramite una procedura concordata da garante e beneficiario⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 808; P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 611 ss.

⁹⁰⁵ A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 810.

⁹⁰⁶ Spiega F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 560 che le precisazioni formali convenzionali «[...] per un verso contribuiscono a comporre una disciplina compiuta della stand-by letters of credit, per altro verso aiutano a circoscrivere ulteriormente l'ambito di applicazione oggettivo della Convenzione, posto che, accettata la legittimità di qualunque forma convenzionale, compresi i più recenti sistemi di trasmissione elettronica, la Convenzione non si estende alle promesse caratterizzate da forme inadeguate alle esigenze di certezza e di celerità del messaggio». Su questo punto v., anche, A. CALDERALE, *Stand-by letters of credit e garanzie autonome european style: la riforma dell'Article 5 dell'Uniform Commercial Code e la Convenzione sulle garanzie autonome dell'Uncitral*, cit., p. 317; A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 811; P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 615 s.

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

Questo profilo ha raccolto diverse perplessità da parte della dottrina, ove non s'è mancato di rilevare, da un lato, una lesione all'astrattezza del meccanismo di garanzia a cui è corrisposto un progressivo riavvicinamento al tipo fideiussorio⁹⁰⁷, dall'altro, che ad un elenco composito di eccezioni corrisponda il disfavore del beneficiario verso l'applicazione della disciplina convenzionale⁹⁰⁸.

Veniamo con ordine. L'art. 19 struttura una lista di eccezioni opponibili al beneficiario da parte del garante, definendone contorni e limiti di applicabilità.

Le eccezioni possono essere bipartite in cartolari-letterali e relazionali-contrattuali. Al primo tipo afferiscono quelle che consentono al garante di bloccare la pretesa del beneficiario nel caso in cui, data la situazione chiara e patente (e qui, può agevolmente cogliersi una contiguità con la disciplina dell'eccezione per richiesta manifestamente fraudolenta o abusiva del DCFR): a) un documento posto a supporto dell'escussione non sia autentico o contenga indicazioni false; b) alcun pagamento è dovuto sulla scorta di quanto asserito nella richiesta e nei documenti presentati; c) riguardo al tipo ed allo scopo della garanzia la domanda difetta di una ragionevole giustificazione⁹⁰⁹.

Quest'ultima norma, di primo acchito, potrebbe rappresentare il contenitore per una congerie di situazioni legittimanti l'eccezione da parte del garante. La convenzione, oltre ad enumerare ed esemplificare alcune cause giustificatrici, compie, nell'ottica del processo di armonizzazione, un notevole passo in avanti. Ovvero, cristallizza e verbalizza legislativamente le ipotesi di eccezioni in caso di pretesa priva di ragionevole

⁹⁰⁷ Spiega S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, cit., p. 644 che le «[...] exceptions à l'obligation de payer, dans le souci de moraliser certains agissements, remettent indirectement en cause le caractère indépendant des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by qui désormais se rapprochent du cautionnement, puisque garanties et opérations couvertes sont parfois liées». V. A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., p. 291. Così, anche, R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, cit., p. 177 ss.

⁹⁰⁸ A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 816.

⁹⁰⁹ Per riflessioni di sintesi, A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 814 s.

giustificazione e, così facendo, riduce il rischio di sperequazioni nella tutela legate a regole di natura giurisprudenziale⁹¹⁰.

Per quanto concerne il secondo tipo, le situazioni che integrano l'ipotesi di richiesta priva di ragionevole giustificazione attengono all'accertamento che il rischio o l'evento per il quale la garanzia era stata emessa non si sia verificato (prova documentale dell'avvenuto pagamento da parte del debitore); oppure se, attraverso una pronuncia giudiziale, l'obbligazione sottostante sia stata dichiarata invalida, salvo espressa esclusione nella garanzia e contestuale aumento del rischio derivante; oppure che si sia verificato ed accertato l'adempimento principale o che, di contro, questo sia stato impedito.

La congerie ampia di eccezioni che può essere sollevata dal garante rifluisce sulla tutela cautelare esperibile dal debitore originario/ordinante. Questi, ai sensi dell'art. 20, può ottenere dei provvedimenti inibitori che si dividono a seconda del momento temporale coincidente con l'avvenuto assolvimento dell'obbligazione del garante oppure nell'attesa che questi vi adempia. Nelle more della prima situazione il giudice potrà concedere il blocco dell'utilizzazione delle somme già incassate oppure, nell'altro caso, potrà pronunciare una misura idonea ad inibire il pagamento. Qualsiasi provvedimento potrà essere emesso solo previa verifica dell'alta probabilità che si verifichi una circostanza specificata all'art. 19 e che gli elementi probatori a sostegno siano diretti e disponibili⁹¹¹. Oltre al *fumus boni iuris* è richiesto anche il sussistere del *periculum in mora*, ovvero la valutazione della gravità del danno che potrebbe derivare all'ordinante in caso di mancata concessione del provvedimento cautelare richiesto⁹¹².

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

⁹¹⁰ Favorevolmente, P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 623.

⁹¹¹ V. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 568; P. TARTAGLIA, *Garanzie bancarie del commercio internazionale*, cit., p. 980.

⁹¹² P. TERRILE, *L'entrata in vigore della United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit e la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 627 ss. a p. 630 s.

mala fede e che non ricorra alcuna circostanza prefata, giustificatrice dell'eccezione del garante⁹¹³.

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

Iniziando da questo secondo interrogativo, coerentemente a quanto asserito in apertura, non mancano ragioni per credere che l'armonizzazione delle garanzie personali d'impresa, in questa assise, passi attraverso una posizione di non manifesta favorevolezza all'autonomia contrattuale d'impresa. Difetta la presenza di clausole di apertura verso schemi e modelli nuovi afferma(n)tisi, progressivamente, nella prassi.

L'armonizzazione coincide con una dettagliata, malgrado a volte ridondante e talaltre lacunosa (specie nel tratteggiare l'operazione economica complessiva in cui si iscrive la garanzia)⁹¹⁴, regolamentazione tecnica con lo scopo precipuo di accrescere la fiducia degli operatori del commercio internazionali verso regimi convenzionali sovrastatali, in grado, per l'appunto, di offrire una soluzione normativa unitaria ai distinti approcci nazionali.

Se, come finemente rilevato⁹¹⁵, gli istituti bancari potranno esercitare il loro potere contrattuale, impedendo l'applicazione di un regime normativo assai stringente e capillare, allora sarà interessante percepire quale sarà l'incidenza effettiva sulla pratica delle garanzie bancarie internazionali. Allo stato attuale, stante le esigue ratifiche ed adesioni, date dalle politiche statali recalcitranti a privarsi di competenze esclusive in materie sia contrattuali che giurisdizionali, il progetto della armonizzazione internazionale delle garanzie personali resta un valido e altisonante *plafond* applicativo, dotato, però, di scarso *appeal*.

⁹¹³ R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, cit., p. 174. Spiega F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 564 che «la presunzione che caratterizza la disciplina dell'escussione accolta dalla Convenzione si è presto esposta ad una serie di critiche da parte della dottrina più attenta, evidenziandosi, in particolare, la facilità di interpretazioni fallaci e fuorviate. Potrebbe risultare alterata la natura astratta della promessa, ove si utilizzasse detta presunzione per avvalorare l'idea che anche il garante, al pari dell'ordinante, sia in concreto legittimato ad agire per bloccare la pretesa del creditore o per recuperare quanto sborsato adducendo la falsità dell'attestazione. Di segno contrario, invece, le posizioni di coloro i quali ritengono che la disposizione anzidetta non sia tale da poter aggiungere alcunché alla previsione dell'art. 19 della Convenzione o da giustificare il rifiuto del garante, sulla base di una pretesa falsità dell'implicita attestazione».

⁹¹⁴ Così, si esprimono R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de crédit stand-by et la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, cit., p. 177 ss.; S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, cit., p. 634 ss.

⁹¹⁵ A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 816.

4. Le regole della CCI in materia di garanzia personale a prima richiesta

L'interesse da parte della Camera di Commercio internazionale per le garanzie autonome a prima richiesta è, prevalentemente, da ricercare nella grande diffusione che tali schemi contrattuali hanno ottenuto nella pratica della contrattualistica internazionale e nella conseguente *policy* di offrire un quadro regolamentare, il più possibile uniforme e lineare, individuativo (quindi, favoritivo) delle specificità delle ragioni commerciali d'impresa sottese nella complessiva operazione di garanzia⁹¹⁶.

Le norme uniformi arrivate alla terza edizione nel 2010 - la prima è stata del 1978, mentre la seconda del 1991⁹¹⁷ - traducono in versione disciplinare clausole contrattuali invalse ed adoperate nel commercio internazionale⁹¹⁸, favorendo l'ingenerare di principi uniformi e standardizzati cui richiamare il ricorrere degli operatori nelle contrattazioni di riferimento⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Precisa C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, cit., p. 98 che «[...] un moderno sistema di garanzie, regolamentate in maniera uniforme in ambito transnazionale, scevro da oscillazioni ed incertezze in ordine alla validità, alla rilevanza e all'ambito di operatività delle diverse fattispecie, rappresenta un importante fattore di stimolo all'implementazione e allo sviluppo dei rapporti commerciali in un contesto globalizzato». Per un primo approccio al tema, v. F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 128 ss. E, tra le monografie che hanno approfondito il tema nella prospettiva del commercio internazionale, v. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit.; A. PRÜM, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, Paris, 1992; T. ROSSI, *La garantie bancaire à première demande. Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, cit.; N. ENONCHOONG, *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees*, Oxford, 2011, spec. p. 39 ss.

⁹¹⁷ Per un'analisi diacronica, che evidenzia le criticità delle precedenti versioni disciplinari, v. M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, in *Bbtc*, 2012, I, p. 211 ss. a p. 212, nt. 7 per cui «la prima versione [...] non ha riscosso molto successo pratico perché non è riuscita a svincolarsi dal carattere accessorio delle garanzie atipiche. (Neppure la seconda) è stat(a) accolt(a) con entusiasmo tanto da determinare una scarsa applicazione, in quanto ha rappresentato il risultato di un compromesso (fallito) tra l'esigenza del sistema bancario che tendeva a schierarsi con il beneficiario e l'esigenza contrapposta degli ordinanti che cercavano di vincolare l'adempimento monetario del garante alla verifica della legittimità della richiesta di escussione». Cfr. A. DI MEO, *Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio internazionale*, cit., p. 870 ss.

⁹¹⁸ G. AFFAKI, R. GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, Paris, 2011.

⁹¹⁹ In tema, v. le riflessioni di G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 370 ss.; ID., *Le clausole dei contratti del commercio internazionale: Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)*, in G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, cit., p. 91 ss.; P. MANES, *Independent bank guarantees between civil and common law features and the issue of termination*, cit., p. 763 ss. Sulla stessa linea d'onda, J.-P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1296 ss. a p. 1297 per cui l'ambizione della regolamentazione internazionale «[...] est de faciliter, grâce à la qualité des Règles proposées, l'adoption de nouvelles pratiques remplaçant progressivement les pratiques nationales et les textes approximatifs, sources d'incertitude et pour finir d'insécurité juridique». L'A. aveva affrontato il tema, anche, in occasione della seconda codificazione da parte della Camera di Commercio Internazionale, come risulta in *De nouvelles règles de la CCI pour les lettres de crédit stand by*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Paris, 2000, p. 99 ss.

Questa terza “consolidazione” di regole, usi e principi non va, però, intesa alla stregua di una mera attualizzazione delle istanze emergenti nella prassi oppure di una rivisitazione in chiave moderna. Essa introduce un corpo di regole tutto sommato innovativo (basti pensare alla possibilità di sostituzione della divisa di pagamento; all’estinzione delle garanzie che non prevedano né data di scadenza né evento culminante; od, ancora, si pensi al perfezionamento, rispetto alle precedenti edizioni, delle regole concernenti la disciplina dell’avviso delle garanzie, la modificabilità, le richieste incomplete, multiple e imparziali), in cui viene posto in risalto l’aspetto e la dimensione funzionale dell’operazione della garanzia⁹²⁰.

Rectius, ciò si evince da due momenti assai significativi: il primo coincide con l’inclusione all’interno della disciplina delle norme uniformi della contro garanzia, intesa quale impegno assunto dal contro garante verso un terzo al fine di far emettere da quest’ultimo una garanzia o un’altra contro garanzia e che, ancora, comporti il pagamento a seguito della presentazione di una richiesta conforme a valere sulla contro-garanzia a favore del cennato terzo; il secondo può rilevarsi nella menzione che viene fatta circa il ruolo del debitore-ordinante, impedendo il perpetuarsi della figura di invitato di pietra o di grande escluso cui questi, a lungo, nelle operazioni di garanzia a prima richiesta è stato relegato⁹²¹. Questi, infatti, giusta il disposto dell’art. 16, deve essere informato da parte del garante, senza dilazioni temporali che possano pregiudicare i diritti delle posizioni soggettive coinvolte nel rapporto triangolare, circa la richiesta pervenuta a valere sulla garanzia e, alternativamente, della richiesta di prorogare la scadenza della garanzia.

Sono proprio questi ultimi due profili ad agevolare una prima e modesta riflessione: la disciplina assicurata in sede internazionale consolida il meccanismo della garanzia a prima richiesta quale schema contrattuale affidabile, senza al contempo lasciarlo adombrare da una normativa estremamente sottilizzante e di natura imperativa. Le regole chiare ed equilibrate hanno il pregio di poter essere salutate con favore e, poi, concretamente

⁹²⁰ In modo esauriente, S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, in *RTDComm.*, 2011, p. 513 ss.

⁹²¹ Rileva così, S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 515. V. M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 215.

adoperate nella pratica⁹²²; sotto il punto di vista teorico concettuale può rilevarsi che da una codificazione di stampo e tenore non imperativo vi sia il riconoscimento della capacità contrattuale (autopoietica) degli operatori commerciali. La *lex mercatoria* che, come precedentemente rilevato, ha trovato un suo referente, anche, nella predisposizione delle norme uniformi della Camera di Commercio Internazionale, manifesta tutta la sua forza condizionante e la capacità di guidare e plasmare, in modo adesivo, gli interventi di disciplina uniforme ed internazionale.

Ancora, un altro punto di contatto con la teorizzazione dell'autonomia d'impresa può essere offerto dalle norme in rassegna. Esse mirano ad una valutazione puntuale dell'operazione di garanzia nel suo complesso, vale a dire, ne certificano l'essenzialità di uno scrutinio globale non limitato al contratto di garanzia intercorrente tra garante e beneficiario. Funzionalmente, ciò, è d'ausilio (potremmo, anche, dire che ne irrobustisce la tenuta) al piano concettuale dell'autonomia d'impresa ed alle ripercussioni normative che da questa si innervano in termini sia di causa che di oggetto contrattuale⁹²³.

Ancora, malgrado poi, rispetto alla prospettiva del DCFR non sia espressamente escluso il ricorso alle garanzie autonome a prima richiesta da parte di persone fisiche/consumatori dal testo normativo - l'art. 2 nel delineare il garante stabilisce che esso risponda al soggetto che emette una garanzia e che opera per conto proprio -, non sembrerebbe ardimentoso escludere (*de facto*) tra i soggetti emittenti della garanzia e della contro garanzia tutti coloro i quali non rivestano la qualifica di istituti di credito. Infatti, sia la serie di comportamenti prescritti che la natura della fattispecie contrattuale in esame, oltre ad essere tipicamente consustanziale alla pratica bancaria, arreca con sé il rischio di esporre a soverchi ed irreparabili pregiudizi garanti non professionali, quindi non operanti a livello imprenditoriale⁹²⁴.

⁹²² Ancora, S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 515 avvisa che «[...] certitude et prévisibilité sont indispensables en cette matière. De ce point de vue, les RUDG 758 sont sans aucun doute une réussite qui devrait séduire donneurs d'ordre, garants et bénéficiaires».

⁹²³ *Ex multis*, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1045 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 1 ss. Per M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 213, nt. 11, per cui traguardando le UDRG si assisterebbe ad «[...] una prospettiva di tipo "funzionale" che confermerebbe la ricerca del referente causale nell'insieme dell'operazione, superando la visione atomistica della garanzia a prima richiesta».

⁹²⁴ M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 214.

Preme, ora, effettuare una disamina critica delle disposizioni maggiormente rilevanti, contenute nelle URDG, che consenta di rinvenirne compatibilità o, invero, ostilità rispetto alle dinamiche contrattuali d'impresa.

Malgrado i contratti del commercio internazionale siano spesso infarciti di clausole⁹²⁵ - rispetto alle quali, quantunque espressione dell'autonomia privata, v'è da rilevare, a volte, un diverso approccio da parte dei singoli ordinamenti nazionali⁹²⁶ -, al fondo, si perpetua l'esigenza di affidabilità e snellezza dei meccanismi procedimentali del consenso e di chiarezza del testo regolamentare. In questa direzione si iscrive la consolidazione delle URDG: si impongono, come facilmente intuibile, brevità e concisione, requisiti necessari per gli operatori del commercio internazionale⁹²⁷, ed ancora, intellegibilità, trasparenza e chiarezza delle disposizioni⁹²⁸. Il proposito di regolare nel modo più neutrale ed equilibrato possibile i rapporti contrattuali tra i soggetti coinvolti⁹²⁹ viene corroborato da quanto divisato agli artt. 2 e 3. Mutuando l'impostazione consueta dei contratti di *common law*, si apprestano, a scanso di equivoci, definizioni tecniche soggettive ed oggettive e si forniscono linee guida interpretative che, nell'intento di ridurre le incertezze, in un primo momento, coadiuvano le parti nel *drafting* del documento negoziale e, in seconda istanza, possono risultare assai utili in sede di ermeneutica contenziosa⁹³⁰.

⁹²⁵ V. la rassegna contenuta in G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, cit.

⁹²⁶ V. G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009.

⁹²⁷ J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1297.

⁹²⁸ Sul punto, ancora una volta, v. M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 214 per cui «[...] tutte le disposizioni debbono essere chiaramente intellegibili, perché una formulazione poco chiara è nociva per tutte le parti: per il beneficiario che non potrà sfuggire a lunghe contestazioni in sede di escussione che il ricorso a una garanzia indipendente ha per scopo di evitare; per la banca garante che, davanti a un testo poco chiaro, al momento dell'escussione della garanzia, è divisa tra l'esigenza di salvaguardare la sua credibilità commerciale davanti al beneficiario e la fedeltà agli interessi del cliente; per lo stesso debitore-ordinante che, se può essere tentato di usare l'ambiguità del testo per sfuggire alle conseguenze dannose del pagamento della garanzia, ne subirà più tardi le ripercussioni, dal momento che il beneficiario, non potendo ottenere soddisfazione puntuale e immediata dei propri diritti, perderà ogni fiducia nel debitore ordinante e nella banca garante di questo».

⁹²⁹ G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 380.

⁹³⁰ A. SANTILLI, *La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie a Prima Richiesta*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1717; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 514.

Le trame contrattuali in materia di garanzia a prima richiesta, figlie dell'autonomia contrattuale d'impresa, potrebbero, pertanto, già rinvenire un sostegno disciplinare all'interno dell'URDG, che elegge chiarezza espositiva, certezza giuridica e linearità formale a precipuo ed irriducibile elemento costitutivo. Un altro profilo di favore potrebbe annidarsi nella natura delle regole predisposte dalla Camera di Commercio. Esse hanno una valenza dispositiva, appaiono aliene dal meccanismo e dal tenore intimamente imperativo (apprezzabile, di contro, nella convenzione UNCITRAL) e rinvenono applicazione solo ove espressamente menzionate nei contratti a prima richiesta, secondo il meccanismo dell'*opting in*⁹³¹ (art. 1). La natura dispositivo/suppletiva si manifesta, altresì, nella definizione della prestazione conforme (art. 2) - per cui, prestazione conforme a fronte di una garanzia significa una presentazione conforme *in primis* ai termini ed alle condizioni della garanzia (in omaggio all'elemento documentario/letterale, cardine dell'autonomia) ed *in secundis* alle norme URDG ove compatibili con tali termini e condizioni - e nella strutturazione dei limiti della responsabilità del garante a fronte della garanzia (art. 12) - ove il garante è tenuto verso il beneficiario sino all'importo della garanzia solamente in conformità ai termini ed alle condizioni delle medesime e, quindi, alle norme URDG ove compatibili con tali termini e condizioni⁹³².

Sotto il profilo strutturale, la tenuta dell'autonomia dell'impegno di garanzia a prima richiesta si lascia cogliere nella previsione della limitazione della proponibilità di eccezioni in capo al garante verso il beneficiario (art. 5), ovvero solo a quelle derivanti dal rapporto tra questi ultimi due soggetti - trattasi del cardine delle URDG, non soggetto a deroghe e contemperamenti⁹³³ - e per il regime cartolare/documentale che limita le condizioni che possono inficiare la garanzia a quelle espressamente contenute nel documento scritto (da qui la rilevanza del profilo formale) in cui essa è incasellata⁹³⁴.

⁹³¹ V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, cit., p. 38.

⁹³² J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1297; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 514.

⁹³³ Spiega A. SANTILLI, *La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie a Prima Richiesta*, cit., p. 1979, nt. 8 che «l'eventuale deroga, infatti, esplicita od implicita, renderebbe di fatto il loro richiamo una mera applicazione di clausole aggiuntive ad uno strumento che, di conseguenza, troverebbe altrove (specifico diritto applicabile) la sua reale qualificazione giuridica».

⁹³⁴ V. L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 575 s.

In relazione a quest'ultimo profilo, assai interessante appare, ora, lo scrutinio dell'escussione della garanzia, al fine di valutarne l'adattabilità con le esigenze che principiano dalla contrattualistica d'impresa.

Oltre ad una serie minuziosa di requisiti formali (temporali, redazionali), la richiesta di escussione della garanzia - vale a dire, secondo la terminologia delle URDG, il documento firmato dal beneficiario che richiede il pagamento a valere sulla garanzia - deve essere accompagnata dai documenti previsti dalla garanzia ed affiancata da una dichiarazione del beneficiario che indichi sotto quale aspetto l'ordinante risulti essere inadempiente.

Per altro, sempre a corredo della natura non imperativa delle disposizioni delle URDG, quest'accorgimento può essere eluso dalle parti tramite un'apposita clausola volta ad escludere l'insistere di una dichiarazione del beneficiario (art. 15).

La delicatezza e la gravosità economica dell'impegno professionale contenuto nell'impegno di garanzia, la riduzione di ipotesi di escussioni abusive o indebite ed il contemperamento/equilibrio fra gli interessi delle parti rinvergono l'ipotesi proprio nell'art. 15⁹³⁵. Oltre all'elemento documentale a sostegno della pretesa del beneficiario, la garanzia dovrà essere escussa, salvo patto contrario, a seguito di una dichiarazione del beneficiario medesimo, indicativa e specificativa dei motivi per i quali si procede all'escussione (ovvero, in cosa sia stato inadempiente l'ordinante).

La comunicazione, va però precisato, non consente di revocare in dubbio la natura autonoma della garanzia a prima richiesta. Il suo tenore eminentemente e squisitamente dichiarativo deve essere decodificato alla stregua d'una previsione regolamentare (moralizzatrice⁹³⁶) tesa a sensibilizzare il beneficiario circa la responsabilità che, nei suoi riguardi, verrebbe a sorgere in caso di dichiarazione mendace, non conforme o inadeguata⁹³⁷.

L'importanza della disposizione contenuta all'art. 15 deve essere letta in uno scenario complessivo, funzionale e globale (essenziale, specie, nel rinvenimento del fondamento

⁹³⁵ Per rilievi complessivi, G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 381.

⁹³⁶ Così, S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 517.

⁹³⁷ A. SANTILLI, *La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie a Prima Richiesta*, cit., p. 1979.

causale della prestazione attributiva), qual è quello tratteggiato diffusamente dalle URDG. Sotto il profilo degli effetti può ricavarsene che: a) la dichiarazione aggiuntiva non determina alcun onere probatorio a carico del soggetto garantito circa l'inadempimento del debitore principale, né l'indicazione del *quantum* del danno lamentato⁹³⁸; b) la descrizione degli inadempimenti dell'ordinante facilita la prova dell'eventuale carattere abusivo dell'escussione, posto che una volta edotto il debitore principale della richiesta pervenuta (ex art. 16) questi potrà eventualmente opporsi⁹³⁹; c) il garante deve rimanere neutrale, non dovendo esaminare e valutare la veridicità della dichiarazione, limitandosi a verificare la conformità esteriore dei documenti alle clausole di garanzia⁹⁴⁰; d) in nessun caso la dichiarazione è prevista al fine di attenuare o ritardare le obbligazioni gravanti sul garante o sul contro garante⁹⁴¹; e) la dichiarazione ancora l'escussione all'inadempimento del debitore rispetto al rapporto principale, venendo, di conseguenza, indebolita la funzione di copertura dei rischi atipici della garanzia⁹⁴².

Il sistema sinora delineato parrebbe compatibile con le esigenze della prassi, non frustrerebbe le specificità soggettive e della fattispecie contrattuale e offrirebbe all'autonomia privata un'eco di risonanza alquanto importante.

⁹³⁸ Spiega G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 381 s. che «come si desume anche dai moduli tipo di garanzia a prima richiesta allegati alle URDG, in caso di garanzia di buona esecuzione, le dichiarazioni a supporto possono avere un tenore generico, senza la necessità per il beneficiario di comprovare la sua affermazione o fornire dettagli tecnici della violazione. La dichiarazione a supporto potrebbe, ad esempio, indicare: “l'esecuzione del contratto non è stata completata entro la data prevista”, “sono state realizzate opere difettose”, “è stata fornita una quantità di merce ridotta rispetto alle previsioni nel contratto”, ecc.».

⁹³⁹ Per J.-P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298 «la déclaration poursuit un double but: responsabiliser le bénéficiaire en lui demandant de motiver son appel et faciliter éventuellement la contestation, *a posteriori*, par le donneur d'ordre auprès du bénéficiaire».

⁹⁴⁰ G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 382; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 517 s.; J.-P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298.

⁹⁴¹ J.-P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298.

⁹⁴² Spiega M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 218 che «l'astrattezza della garanzia consentirebbe, infatti, di coprire non soltanto il rischio di inadempimento, ma anche quello legato a qualunque altro accadimento che precluda al beneficiario l'accesso ai vantaggi dell'operazione economica principale. La versatilità delle garanzie indipendenti permette, in particolare, di coprire i c.d. rischi atipici normalmente connessi ad operazioni commerciali internazionali, come ad esempio, la possibilità che il contraente straniero invochi la nullità del contratto principale avvalendosi di norme ignote alla controparte, o il *factum principis* che renda impossibile l'esecuzione della prestazione del contraente estero».

Balza a mente, però, a differenza di quanto previsto nel DCFR e nella convenzione UNCITRAL, l'assenza di una disciplina caratterizzante l'escussione abusiva della garanzia. Nelle ipotesi di difetto dei presupposti per l'escussione della garanzia - si pensi al corretto adempimento del contratto principale oppure all'inadempimento per causa non imputabile al debitore principale, o ogni qualvolta difetti il *fumus* dell'inadempimento - il garante potrà, legittimamente, ed in presenza di prove pronte e liquide, rifiutare di adempiere ed il debitore, in via cautelare, potrà richiedere l'emissione di provvedimenti volti a paralizzare la pretesa del beneficiario.

Il plesso regolamentare della Camera di Commercio Internazionale su questo punto, invece, è silente e rimanda ai singoli ordinamenti e alle singole giurisdizioni nazionali la disciplina di un profilo inteso quale attinente a principi di ordine pubblico⁹⁴³.

La mancanza di uniformazione in questo segmento, per quanto possa trovare giustificazione in una *policy* di non invasione delle competenze domestiche, lascia comunque trasparire dei lati oscuri che possono mettere a repentaglio l'edificazione di un quadro disciplinare favoritivo della certezza delle operazioni negoziali di garanzia a prima richiesta⁹⁴⁴.

Infatti, da un lato si raggruma la possibilità che il garante, nel valutare e contrastare la frode del beneficiario, faccia ricorso ad eventuali documenti estranei alla garanzia (ad esempio offerti dal debitore), addivenendosi, di tal fatta, ad un contrasto con quanto divisato agli artt. 12 e 19, che concludono i documenti esaminabili in quelli indicati nel testo della garanzia.

Dall'altro lato, e la questione non è di poco conto, rimettere agli ordinamenti interni la disciplina della tutela per l'escussione abusiva porta con sé il rischio di una lettura largheggiante dei presupposti legittimanti la paralisi della pretesa del beneficiario (vale a dire, riconoscere la possibilità di sollevare eccezioni anche in assenza di una prova evidente della frode). Questo potrebbe vanificare l'automatismo innato della garanzia a prima domanda, funzionale a procurare al beneficiario un indennizzo subitaneo, senza

⁹⁴³ G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 388. Per una recente rassegna, densa di riferimenti comparati, v. G.B. BARILLA, *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e conditio indebiti nelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*, in *Bbitc*, 2016, II, p. 449 ss.

⁹⁴⁴ Per una riflessione più estesa tra uniformazione internazionale e diritto interno, G. BROGGINI, *Le garanzie nei contratti internazionali*, cit., p. 351 ss.

accertamenti nel merito del rapporto principale, e minare dall'interno il principio di completa autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto principale⁹⁴⁵.

⁹⁴⁵ G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 388.

5. Le garanzie personali d'impresa nel diritto francese

Analizzare le garanzie personali d'impresa traguardando la prospettiva francese può apparire tema assai denso, ma al contempo fascinoso, specialmente per differenti ordini di ragioni: *a)* ci si muove all'interno di diverse articolazioni normative in materia; *b)* ci si imbatte una decisa specializzazione del diritto delle garanzie personali; *c)* e, non da ultimo, viene solleticato lo scrutinio dei rapporti tra autonomia contrattuale e consacrazione legislativa (facendo, così, emergere, sin d'ora, una difficile compenetrazione dell'autonomia d'impresa, secondo la declinazione italiana, nelle maglie del quadro teorico-normativo di riferimento francese).

All'interno di questo perimetro, è opportuno concentrare l'attenzione sulle figure della fideiussione omnibus e del contratto autonomo di garanzia, le quali consentirebbero di formulare una possibile riflessione comparata che tenga conto dell'obiettivo di efficace rafforzamento del credito⁹⁴⁶, costitutivo delle garanzie personali, e di mettere in esponente le relazioni dinamiche tra istanze negoziali d'impresa, reazioni ordinamentali e recezioni sistematiche.

Modulando la riflessione a partire dalla prima considerazione critica, giova rilevare che il dualismo codicistico e le conseguenziali rivendicazioni positive e concettuali danno tuttora la stura ad una doppiezza morfologico-strutturale del negozio fideiussorio. Al contempo, occorre tenere a mente che l'unica definizione di fideiussione si rinviene all'art. 2288 del *Code civil*, salvo deroghe ed accenni contenuti nel *Code de la consommation*, e considerato, anche, che il *Code de commerce* disciplina solo l'avallo (art. L. 511-21)⁹⁴⁷.

Eppure, nonostante il consolidato (trattatizio⁹⁴⁸) intendimento per cui la fideiussione sia solamente civile e non commerciale, anche quantunque il debito garantito abbia carattere commerciale⁹⁴⁹ e i contraenti originari rivestono la qualità di commercianti, il negozio fideiussorio diviene commerciale solo eccezionalmente.

⁹⁴⁶ Sul tema, è fondamentale lo studio di M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, cit., *passim*.

⁹⁴⁷ In tema, *ex multis*, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 58 s.; S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, Paris, 2015, p. 37 ss.; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 130 ss.; PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., p. 104 ss.

⁹⁴⁸ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 130 precisano che «le cautionnement est par nature un contrat civil: ce caractère, qui n'est pas de son essence, découle de ce qu'il est en principe un contrat de bienfaisance, ce qui n'est guère compatible avec l'exercice du commerce».

Le situazioni affermanti la commercialità della fideiussione son sottratte alla disponibilità delle parti, le quali compirebbero un abuso giuridico nel voler reclamare il carattere di commercialità in difetto di uno scrutinio di compatibilità, e suole ripartirle in una quadruplicazione⁹⁵⁰.

La prima è connessa all'elemento formale: da qui se ne inferisce l'appartenenza dell'avallo, quale fideiussione di un impegno cambiario⁹⁵¹, e della fideiussione sottoscritta da società commerciali⁹⁵².

Il secondo momento di commercialità della fideiussione è legato alla natura del contratto medesimo. Si pensi alla previsione legale contenuta all'art. L. 313-1 del *Code monétaire et financier* che divisa quali operazioni di banca le fideiussioni, derivandone da ciò l'immediata ascrizione nel novero dei contratti aventi natura commerciale delle fideiussioni bancarie⁹⁵³.

Un terzo profilo di commercialità si rileva nella modulazione soggettiva degli interessi coinvolti, la quale, oltre a non conoscere una piena copertura pretoria⁹⁵⁴, disvela incertezze ed inconvenienti applicativi⁹⁵⁵. Ne discende che la fideiussione assume la connotazione commerciale ogni qualvolta essa sia resa da un commerciante a favore di un altro commerciante con l'intento di favorire ed agevolare la sua attività commerciale, inserendosi pertanto in un atto di commercio⁹⁵⁶.

⁹⁴⁹ R. SAVATIER, *Cautionnement*, in *Traité Planiol-Ripert*, XI, *Contrats civils*, Paris, 1954, p. 966 s.

⁹⁵⁰ Uno studio approfondito sul tema appare essere quello di D. LEGEAS, *De la distinction des sûretés civiles et commerciales*, in AA. VV. *Études de Droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, 2008, p. 237 ss.

⁹⁵¹ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 130.

⁹⁵² Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 58.

⁹⁵³ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 131 ss., p. 910 ss.

⁹⁵⁴ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 58 precisa che questa teoria dottrinarica «[...] empruntée au gage trouve malheureusement peu d'écho dans la jurisprudence qui fait prevaloir l'idée selon laquelle le cautionnement est un acte civil par nature».

⁹⁵⁵ PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., spec. p. 112.

⁹⁵⁶ S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, cit., p. 37 s.; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 132 precisano che «[...] il convient, afin que le cautionnement soit soumis aux règles du droit commercial, non seulement que la dette principale soit de nature commerciale, mais encore que le créancier et la caution soient commerçants et que l'opération soit conclue dans l'exercice ou pour l'intérêt du commerce de cette dernière. Le caractère commercial du cautionnement n'a évidemment pas pour conséquence, à lui seul, de conférer la qualité de commerçant à la caution».

La quarta situazione legittimante la subordinazione della fideiussione al *Code de commerce* origina e si afferma, invece, proprio in seno alla giurisprudenza che, pur mutando un primo momento di chiusura e rigore, ha rinvenuto delle ipotesi di fideiussione commerciale tramite la formula dell'*intérêt personnel d'ordre patrimonial*⁹⁵⁷.

Tramite il prisma dell'interesse personale, patrimonialmente contraddistinto, la giurisprudenza ha inteso assegnare alla fideiussione una connotazione marcatamente commerciale, per l'irruzione all'interno della dinamica di garanzia di un interesse retrostante, immediato o mediato, l'operazione principale. Questo criterio, prevalentemente utilizzato per conferire commercialità alle fideiussioni sottoscritte dai dirigenti o dai soci di maggioranza, proprio per i debiti contratti dalle società medesime, è esposto a rischi di incertezza applicativa e di arbitrarietà ogni qualvolta - e, non infrequentemente - l'interesse personale-patrimoniale, il cui onere dimostrativo grava sul creditore, incontra nel fideiussore la figura di un socio minoritario o di una persona emotivamente legata al debitore⁹⁵⁸.

Tutto ciò considerato, ed in un'ottica funzionale ai rapporti di garanzia in cui sono coinvolte le istanze d'impresa, appare opportuno rintracciare le peculiarità di siffatta connotazione e di come, anche in una prospettiva *de iure condendo*, possa essere interpretato il permanere del doppio statuto delle garanzie personali.

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

Il quadro lascerebbe trasparire, inoltre, diverse venature acconce alle esigenze proprie della contrattazione d'impresa. Questi dati non vanno, però, assolutizzati; anzi, vi è di più. La dicotomia tra fideiussione civile e commerciale è stata più volte mitigata ed erosa da disposizioni protezionistiche contenute nel *Code de la consommation* che ne hanno limitato,

⁹⁵⁷ Cass. Com., 21 gennaio 1980.

⁹⁵⁸ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 59; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 131 ss., p. 910 ss.

sensibilmente, la ragione del distinguo, comportando, di conseguenza, l'assottigliamento delle prerogative d'impresa⁹⁵⁹.

Basti pensare alle disposizioni contenute agli artt. L 331-1 a 331-3 con cui vengono apprestate differenti guarentigie concernenti la persona fisica, commerciante o meno, che garantisca un credito nei riguardi di un creditore professionista: riemerge l'obbligo di forma scritta *ad validitatem*, di espressa e preliminare rinuncia ad avvalersi del beneficio di escussione, di invalidità della fideiussione assunta senza predeterminazione del debito globale garantito.

Quanto brevemente tratteggiato, induce a riflettere se le garanzie personali d'impresa trovino, quindi, un coerente attracco ed una legittima sistematizzazione all'interno del *Code de commerce*. La distinzione con la fideiussione civile appare sfocata, debilitata dall'impetuoso incedere tutorio-consumeristico che ha falciato i connotati distinguenti d'un tempo, quali il lasco formalismo, la scarsa protezione offerta al garante, una marcata efficacia in chiave funzionale e di rafforzamento del credito⁹⁶⁰.

I confini della distinzione appaiono sempre più labili, così da mettere in discussione l'utilità stessa del dualismo e del *Code de commerce* come sede maggiormente idonea a recepire e proteggere le garanzie personali d'impresa⁹⁶¹. La fideiussione commerciale risulta svuotata di senso, deprivata di un nucleo forte, aggregativo delle ragioni di impresa.

Il problema, in realtà, appare più esteso e si riflette sulla tenuta e sulla compatibilità del negozio fideiussorio, informato al criterio angusto della accessorietà, con le istanze d'impresa, ispirate al progressivo rafforzamento del credito, alla celerità e deformalizzazione dei meccanismi costitutivi di garanzia, alla autonomia dell'impegno⁹⁶².

Se il *Code de commerce* offre risposte insoddisfacenti alla sistematizzazione giuridica delle garanzie personali d'impresa, dall'altra sponda il *Code civil*, per mezzo

⁹⁵⁹ Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 60. Importanti considerazioni, corredate da una ampia bibliografia cui si rinvia, sono presenti in F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, *I contratti di garanzia*, I, cit., pp. 500-507, p. 512 s. In generale, sul rapporto tra istanze consumeristiche e d'impresa, cfr. M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2014, p. 435 ss.

⁹⁶⁰ D. LEGEAIS, *De la distinction des sûretés civiles et commerciales*, cit., p. 240 ss.

⁹⁶¹ D. LEGEAIS, *De la distinction des sûretés civiles et commerciales*, cit., p. 242 ss. a p. 244 ss.

⁹⁶² Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 35 precisa che «a l'heure actuelle, le cautionnement, tel qu'il résulte des textes du Code civil, dit cautionnement simple, ne fonctionne donc que là où le cautionnement est légal ou judiciaire; il a, de la sorte, perdu la majeure partie de son intérêt pratique».

dell'*Ordonnance* 2006-346 del 23 marzo 2006, ha consacrato nel testo ultrabicentenario forme di garanzie personali discendenti dalla prassi d'impresa, quali il contratto autonomo di garanzia e le lettere di patronage⁹⁶³. Ciò conduce a domandarci se si assista ad un tentativo di assestamento nell'alveo di categorie ordinanti⁹⁶⁴ delle garanzie personali d'impresa, ricucendo le distanze tra il vigore della prassi e dell'autonomia dei privati e la regola positiva, ovvero se l'autonomia contrattuale d'impresa possa ancora contendere al diritto positivo degli spazi di affermazione e di propagazione, che in chiave esemplificativa, potremmo definire di *bancarisation e professionalisation*⁹⁶⁵.

Prima, però, coerentemente con quanto prefissatoci all'inizio della riflessione comparatistica, merita qualche considerazione il caso della fideiussione *omnibus*: ovvero dell'impegno, modulato sull'ossatura codicistica della fideiussione, tramite il quale il fideiubente garantisce tutti i debiti presenti e futuri del debitore.

Questa declinazione contrattuale, reputata assai giovevole ed efficace nella garanzia dei debiti d'impresa⁹⁶⁶, sarebbe preveduta all'art. 2293, comma 1, del *Code civil* ove può leggersi che "le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution".

⁹⁶³ A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, in AA. VV., *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, cit., p. 409 ss. Per qualche notazione italiana, cfr. G.B. BARILLÀ, *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, in *Bbtc*, 2007, I, p. 217 ss.; F. BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, *ivi*, 2007, I, p. 226.

⁹⁶⁴ V. le osservazioni critiche di D. LEGEAIS, *De la distinction des sûretés civiles et commerciales*, cit., p. 237 ss. Anche se precedentemente alla riforma del 2006, e limitatamente alle garanzie reali, A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, cit., pp. 189 ss. lamentava che il tema delle garanzie nel *Code civil* fosse trattato in modo insoddisfacente, essendo ciò percepibile anche dalla collocazione topografica delle norme. Per un quadro molto dettagliato, anch'esso cronologicamente anteriore alla riforma del 2006, v. PH. SIMLER, *Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles*, in AA. VV., *Le Code civil. Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, p. 373 ss. a p. 395 ss. per cui il contratto di fideiussione avrebbe dovuto rimanere l'unica garanzia positivizzata, in modo da rimanere, in termini di politica del diritto, la garanzia personale di diritto comune nell'ordinamento interno. Parallelamente, l'A. appariva contrario all'introiezione codicistica del contratto autonomo di garanzia poiché ne avrebbe minato l'efficacia e ristretto gli spazi operativi, quelli che ne avevano decretato la natura eccezionale (da intendersi in chiave di rapporto sistematico) rispetto alla fideiussione.

⁹⁶⁵ Così, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 35; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 865 ss. In tema, seppur datato, v. C. MOULY, *Pour la liberté des garanties personnelles*, in *Banque*, 1987, p. 1166 ss. V., anche, lo studio monografico di J.-P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire. Le rôle des banques et des établissements financiers*, Paris, 1964.

⁹⁶⁶ *Ex multis*, P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Paris, 1989, spec. p. 37 ss. In termini generali, anche, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, cit., p. 97 ss.; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 2014, p. 105 s.

A dire il vero, non sono mancate voci critiche, volte a sottolineare come l'impegno fideiussorio indefinito non vada sinonimicamente inteso *ad instar* della fideiussione omnibus.

Da una interpretazione formalistica, imperniata sulla centralità del dato letterale più che su quella della funzionalità, si tende a rimarcare il distacco tra la fideiussione indefinita che si riferisce comunque ad una sola obbligazione e la fideiussione omnibus, illimitata o limitata ai debiti futuri ed eventuali del debitore principale⁹⁶⁷.

V'è da rilevare, però, che questo meccanismo fideiussorio, risulta compatibile con la disciplina dell'oggetto ai sensi dell'art. 1163 del *Code civil*, quindi perfettamente lecito, è venuto ad affermarsi in epoca assai più successiva rispetto alla previsione della garanzia strettamente indefinita dell'unica obbligazione garantita, quale divisa dall'art. 2293 del *Code civil* (che ricordiamo essere del 1804). Ciononostante, in un quadro complessivo di professionalizzazione delle garanzie personali, la fideiussione omnibus non fuoriesce dall'alveo normativo dell'art. 2293 del *Code civil*, continuando ad essere intessuta nell'ordito dell'accessorietà⁹⁶⁸.

Questo consente d'asserire che all'interno della disposizione codiciale convivano, senza stridori ed incertezze, sia la fideiussione indefinita sia quella omnibus, indeterminata nel *quantum* ma determinata relazionalmente all'obbligazione principale cui accede⁹⁶⁹.

Se l'art. 2293 del *Code civil* ha, attraverso la sua formulazione elastica e di principio, consentito e denotato - quand'anche involontariamente - la capacità adattativa del *Code civil* alla particolare coloritura della fideiussione comune nelle vesti dell'omnibus, ai fini di valutare l'impatto sulla contrattazione d'impresa bisogna coordinarsi con il secondo *alinea* dell'art. 2293 del *Code civil* e con le disposizioni contenute nel *Code de la*

⁹⁶⁷ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 310 ss. a p. 318 ss.

⁹⁶⁸ Per una approfondita casistica giurisprudenziale ed un'analisi sistematica v. P. GROSSER, *La Cour de cassation et l'article 2293 du Code civil*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, cit., p. 203 ss.

⁹⁶⁹ Sul punto, nitidamente, L. AYNÈS, P. CROCO, *Les sûretés. La publicité foncière*, cit. p. 105 per cui «le cautionnement indéfini peut être lui-même plus ou moins étendu par rapport à l'ensemble des obligations d'une personne: on peut cautionner de manière indéfinie telle dette spéciale, certaine ou incertaine; on peut aussi s'engager en termes généraux: cautionner toutes les dettes présentes, ou toutes les dettes futures, ou toutes les dettes présentes et futures de telle personne envers tel créancier (cautionnement omnibus)». In tema, PH. SIMLER, *Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles?*, cit., p. 379.

*consommation*⁹⁷⁰. In ambedue i casi, viene in rilievo la persona fisica fideiubente cui si accorda una protezione informativa e strutturale.

Nel primo caso, viene fatto discendere sul creditore l'obbligo di informazione circa le fluttuazioni del montante garantito a pena di perdita di tutti gli accessori del debito, oneri e penalità. Ciò, oltre ad essere apparso non propriamente coerente sotto il piano di redazione e topografia legislativa - preferibile sarebbe stata, di contro, l'inserzione dell'obbligo informativo in rapporto agli effetti della fideiussione⁹⁷¹ -, potrebbe accreditarsi ad indice debilitante delle ragioni dell'impresa.

All'interno del *Code de la consommation* spicca, in omaggio alla protezione formalista, la disposizione di cui all'art. L 331-3, per cui "Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéficiaire d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires". Questa previsione pone delle serie ripercussioni in termini di garanzie bancarie, laddove il ruolo di fideiubente venga assunto da una persona fisica, quindi anche un dirigente di società, nei riguardi della banca, creditrice professionale. Il condizionamento della solidarietà e della rinuncia al beneficio di escussione ad una fideiussione con estensione predeterminata mortifica l'efficacia che dovrebbe essere consustanziale alla fideiussione omnibus⁹⁷² e, inevitabilmente, intacca il *favor* creditorio bancario verso le imprese, soprattutto in un periodo di crisi economica.

Lo sfaldamento dell'efficacia e l'esautorazione della ragione sociale del contratto di fideiussione omnibus appare in modo più reciso se letto da un'altra duplice angolatura.

A tutta prima, si addivene ad un livellamento disciplinare tra divieto della fideiussione omnibus diviso in tema di credito al consumo e divieto della fideiussione omnibus ogni qualvolta vi sia una contrattazione tra fideiubente persona fisica e creditore professionale (assi frequentemente). Questa uniformità tutoria rischia di essere arbitraria. Se

⁹⁷⁰ C. LE GALLOU, *Droit des sûretés. Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, 2015, p. 41 ss.

⁹⁷¹ Ne auspica(va) questa ricollocazione PH. SIMLER, *Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles?*, cit., p. 380.

⁹⁷² A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 313.

il credito al consumo mira a sostenere il consumatore per fini esuli dall'attività imprenditoriale e professionale tramite dilazione di pagamento, finanziamenti o analoghe facilitazioni finanziarie sarebbe, tuttosommato, compatibile con le finalità operazionali sottese predicare la sottrazione della fideiussione omnibus, quale garanzia a tutela del credito: essa infatti tende a coprire rischi maggiori e più ampi rispetto a quelli connessi al credito consumeristico.

Diversamente, invece, l'estensione della prefata regola ad ogni generica operazione involgente un fideiubente persona fisica potrebbe risolversi in una frustrazione delle esigenze dell'impresa bancaria: così facendo, gli unici spazi in cui la fideiussione omnibus potrebbe operare, scevra da sfibranti meccanismi protettivi, risultano essere quelli tra due persone fisiche (ipotesi assai rara) o tra due professionisti (ipotesi più onerosa in termini di rapporti tra debitore garantito e fideiubente)⁹⁷³.

La complessiva inadeguatezza delle regole attorno alla fideiussione omnibus⁹⁷⁴ e il dogma dell'accessorietà hanno spinto le imprese a smarcarsi da questi letti di Procuste e rinvenire soluzioni operative ispirate a maggiore fluidità e ad accresciuta sicurezza, soprattutto reclamate nel comparto degli affari transnazionali⁹⁷⁵. Il contratto autonomo di garanzia merita di essere letto, quindi, come esempio della libertà contrattuale protesa all'individuazione di nuove forme di garanzia, riottose ad una regolamentazione stringente, avversa, nonché sostanzialmente inconciliabile, con l'esigenza di rafforzamento della sicurezza del credito⁹⁷⁶.

⁹⁷³ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 313 asseriscono che «au vrai, le dispositif est si calamiteux que l'on peut légitimement se demander s'il ne convient pas, dans une certaine mesure, de se départir de sa lettre». Condividono il rischio di limitatezza operativa M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBAR-BACHELLIER, cit., p. 99.

⁹⁷⁴ P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, cit., p. 10 ss.

⁹⁷⁵ V. M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français. À la recherche d'une légitimité*, in AA. VV., *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René ROBLOT*, Paris, 1984, p. 421 ss. a p. 431. Sottolinea questi aspetti, A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 409 s.

⁹⁷⁶ Per alcune notazioni critiche, P. CROCQ, *L'évolution des garanties du paiement: de la diversité à l'unité*, in AA. VV., *Mélanges Christian Mouly*, Paris, 1998, p. 317 ss.

Nell'ordinamento francese, il contratto autonomo di garanzia aveva conosciuto una validazione pretoria già a partire dagli anni '80⁹⁷⁷, periodo in cui questa nuova creazione contrattuale andava diffondendosi copiosamente.

La strutturazione negoziale, imperniata sul superamento dell'accessorietà, della riduzione delle eccezioni opponibili, e sull'autonomia dell'impegno assunto dal garante rispetto al contratto originario, ha vinto le resistenze di conio causalista⁹⁷⁸, riconoscendosi al contratto autonomo una squisita finalità di rafforzamento delle garanzie del credito, non animata da scopi elusivi di disposizioni legali in materia di fideiussione⁹⁷⁹.

Il progressivo riconoscimento di questa forma contrattuale, assai invalsa nella prassi degli affari bancari ed assicurativi ed espressiva di una faglia rispetto alla dominante e comune sovrastruttura fideiussoria, è stato esaltato dalla consacrazione legislativa del 2006, attraverso la copertura riconosciuta dall'art. 2321 del *Code civil*. Dal tenore normativo possono ricavarsi diverse indicazioni rispetto alla matrice primigenia dell'autonomia contrattuale d'impresa.

Il legislatore, nel recepire le considerazioni dottrinali e le risultanze della prassi, ha, con formula incisiva ma non limitativa o escludente, identificato la garanzia autonoma come «l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues»⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ Cass., 20 dicembre 1982.

⁹⁷⁸ Un'approfondita trattazione si rinviene in J.-L. RIVES-LANGE, *Les engagements abstraits pris par les banquiers. Rapport français*, in *Travaux Capitants*, XXXV, cit., p. 301 ss. a p. 303 per cui «pour donner plus de sécurité au créancier et plus de force contraignante à l'engagement du banquier, pour éluder le contrôle du juge ... il faut rompre le lien causal qui unit l'engagement du banquier aux rapports de droit dont il est l'aboutissement, la garantie ou le mode d'exécution». Per un approfondimento sul tema della causa nel contratto autonomo di garanzia cfr. la ricca analisi di PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., p. 1005 ss.

⁹⁷⁹ L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés personnelles. La publicité foncière*, cit., p. 153 s. a p. 155 ove spiegano che «[...] dans les relations d'affaires, spécialement internationales, la garanties se greffe sur une obligation principale souvent complexe, de longue durée, aux multiples intervenants, soumise à des lois étrangères mal connues, relevant d'une compétence juridictionnelle incertaine [...]. Imposer au créancier, d'établir le caractère certain, liquide, exigible de l'obligation principale avant d'agir contre le garant revient souvent à le priver de garantie: le temps - du procès ou de l'arbitrage, des expertises et contre-expertises... - est de l'argent». Ed, ancora, proseguono rilevando che «l'internationalisation des pratiques bancaires permet le développement de garanties insensibles aux lois régissant l'obligation principale, aux conflits de juridictions, détachées de l'obligation garantie, aussi neutres et abstraites que la monnaie. L'efficacité de la garantie implique l'abandon de son caractère accessoire. Il faut donc que le garant s'engage à payer de manière autonome; c'est-à-dire que l'exigibilité de son obligation ne dépende pas de celle de l'obligation du débiteur principal, mais soit indépendante, directement déterminée dans ses relations avec le créancier».

Nel tratteggiare gli elementi costitutivi della fattispecie, in chiara discontinuità con il modello fideiussorio, si è altresì precisato che “le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l’obligation garantie” e che “sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l’obligation garantie”.

La formulazione legislativa delinea i tratti essenziali della garanzia autonoma, ne individua, ma ribadiamo, non tassativamente, eventuali modelli esplicativi. Ancora, la sottrazione e il disancoraggio dall’operazione principale, ragione predominante nella prassi della diffusione di questo modello contrattuale, trova la sua ipostasi nella previsione, al netto di convenzione contraria, dell’indipendenza della garanzia autonoma dall’obbligazione originaria e nel divieto imposto al garante di sollevare qualsivoglia eccezione che rifluisca dall’obbligazione garantita⁹⁸¹.

L’abdicazione al potere di sollevare eccezioni trova un contemperamento, oppure se si volesse leggere il dato da una differente visuale, l’autonomia e l’indipendenza vengono ad essere mitigate dal principio generale di ordine pubblico, così come ratificato all’art. 2321 del *Code civil*, consistente nell’esonero del garante dall’adempiere la propria obbligazione in caso di “abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d’ordre”.

Da una prima analisi, e dal conforto dottrinale di cui ci si è avvalso, parrebbe un puntuale recepimento da parte del legislatore francese delle esigenze diffuse all’interno dei traffici commerciali internazionali che hanno generato e plasmato i vari modelli di garanzia autonoma. Il dato testuale lascerebbe apprezzarsi per aver saputo declinare, al suo interno, una flessibilità disciplinare che lascia spazio alle imprese di avvalersi del contratto autonomo e di modularlo secondo le esigenze vicendevolmente coinvolte⁹⁸².

⁹⁸⁰ Non proprio di questo avviso è G.B. BARILLÀ, *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, cit., p. 223 per cui «quella che salta subito all’occhio dell’interprete è la scelta di ridurre le fattispecie di garanzia autonome a quelle ove si apresente la calusola “a prima richiesta” che [...] non è di per sé indice di autonomia ma può semplicemente essere interpretata come sinonimo di *solve et repete*».

⁹⁸¹ Per approfondimenti qualificatori e definitivi, cfr. A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 887 ss.

⁹⁸² A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 409 ss. a p. 412 per cui «[...] la nouvelle notion laisse une large marge de manœuvre à la pratique puisqu’elle se contente de prévoir que la garantie peut être stipulée payable sur simple demande ou suivant toute autre modalité convenue entre parties. Cette flexibilité permet d’embrasser tout le spectre des garanties autonomes en commençant par la formule la plus simple et la plus fréquente des engagements dits “à première demande” sans négliger toutes les figures des garanties documentaires, sur demande

Ciò considerato, due momenti di riflessione possono appuntarsi attorno alla precipuità dell'impresa nell'ordito negoziale del contratto autonomo di garanzia.

Seppur l'art. 2321 del *Code civil* non delinea i effettivi protagonisti o beneficiari di tale contrattazione, legittimandosi, astrattamente, una facoltà in capo alle singole persone fisiche di impegnarsi a prima domanda a pagare una somma di denaro al creditore beneficiario, all'interno del *Code de la consommation* v'è un presidio normativo a tutela della persona fisica⁹⁸³. Il plesso tutorio, euritmicamente a quanto divisato e precedentemente analizzato in tema di fideiussione omnibus, si radica all'art. L. 314-19 ove si prescrive il ricorso ad una garanzia autonoma per la finalità di copertura di crediti immobiliari o mobiliari al consumo⁹⁸⁴. Il contratto autonomo di garanzia concorre, quindi, alla specializzazione delle garanzie personali, rimarcando un distinguo tra imprese e consumatori, tra enfasi di sicurezza e flessibilità, espressione di una autonomia negoziale *non bridée*⁹⁸⁵, ed istanze protezionistiche⁹⁸⁶.

Il criterio regolativo per principi generali⁹⁸⁷, emergente dall'art. 2321 del *Code civil*, di sicuro, si accredita a momento centrale ed importante nell'ottica di evoluzione delle regole in tema di garanzie personali d'impresa, evitando, al contempo, di rappresentare un *corpus* sì stringente da imbrigliare l'attitudine pragmatica consustanziale al mondo degli affari⁹⁸⁸.

La riforma rappresenta, comunque, un tentativo di modernizzazione volto a riabilitare il *Code civil* come sede privilegiata delle regole principali delle garanzie personali ma ciò non esaurisce né risolve ogni questione connessa alla pratica della garanzia autonoma,

justifiée ou “glissantes”». E, prosegue rilevando icasticamente che «aucune forme de garantie réellement indépendante n'échappe ainsi à la catégorie définie».

⁹⁸³ L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés personnelles. La publicité foncière*, cit., p. 166.

⁹⁸⁴ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 872; L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés personnelles. La publicité foncière*, cit., p. 168 s.

⁹⁸⁵ Così, A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 410.

⁹⁸⁶ M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»*, cit., p. 458 ss.

⁹⁸⁷ Sottolinea(va) l'importanza di questo processo in chiave di ripensamento legislativo della materia delle garanzie reali in Francia, A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, cit., p. 251.

⁹⁸⁸ A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 416; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, cit., p. 40.

specialmente nell'ambito internazionale (si pensi all'assenza delle garanzie quadrangolari o indirette, differentemente da quanto avviene nelle regole della CCI)⁹⁸⁹.

La libertà contrattuale d'impresa è fatta salva; invece, l'autonomia d'impresa, come declinata, in precedenza, secondo gli intendimenti italiani, non trova una piena corrispondenza nel diritto francese. Laddove in Italia si cerca di offrire una rilettura del fenomeno causalista - orientato alle esigenze dell'impresa, coestensivo e perimetrato non più sulla sagoma dell'atto ma sui contorni dell'attività (quindi della complessiva dinamica degli interessi d'impresa coinvolti) - per fornire legittimità ad atti tendenzialmente astratti e negozi causalmente atipici, non nella stessa indicazione si è mossa la soluzione francese⁹⁹⁰.

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

⁹⁸⁹ G.B. BARILLÀ, *Il Garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, cit., p. 223.

⁹⁹⁰ Sul punto cfr. le riflessioni di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 45, nt. 76 per cui se in Italia il requisito causale può fornire legittimazione agli atti astratti atipici strumentali all'esercizio dell'impresa e, pertanto, come criterio argomentativo sistematico per costruire nuovi schemi e discipline, «questa proposta, peraltro, potrebbe ricevere una smentita dalla possibile regolamentazione normativa del Garantievertrag, sulla scorta di quanto è avvenuto nell'ordinamento francese [...], la quale è suscettibile di concepirsi, in ordine al problema del rapporto tra giustificazione causalista e negozio astratto, come conferma del fatto che solo un'espressa opzione legislativa può legittimare uno schema che non è conforme al modello della causa come requisito essenziale del contratto».

Capitolo III

I contratti di garanzia personale d'impresa. Logiche delle fattispecie, autonomia d'impresa e parte generale del contratto

SOMMARIO: 1. Dinamiche ed efficacia dei contratti di garanzia personale d'impresa. Ruolo dell'impresa quale momento determinativo; 2. L'evoluzione degli schemi di garanzia personale del credito: le garanzie a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni. Considerazioni su autonomia ed accessorietà; 3. Il contratto autonomo di garanzia nel rapporto tra ammissibilità sistematica e peculiarità funzionali; 4. I problemi connessi all'elemento causale del contratto autonomo di garanzia e l'autonomia d'impresa; 5. La fideiussione omnibus: peculiarità strutturali e conformazione negoziale; 6. Le interrelazioni tra fideiussione omnibus, teoria dell'oggetto e autonomia d'impresa

1. Dinamiche ed efficacia dei contratti di garanzia personale d'impresa. Ruolo dell'impresa quale momento determinativo

Il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione omnibus, assunti in questa sede come epitome del peculiare statuto delle garanzie personali d'impresa, meritano di essere problematizzati alla luce dell'incidenza della dinamica d'impresa sul rapporto contrattuale.

Ciò, al fine di verificare la sussistenza di eventuali faglie, aperte proprio dall'incedere dell'attività d'impresa come momento discrezionale, circa l'applicazione delle regole sui requisiti essenziali del contratto, rispetto agli atti-momenti di autonomia privata individuale⁹⁹¹.

Una precisazione s'impone sin da subito. Aver scelto questi due contratti, per traguardare la più complessa panoramica dell'autonomia d'impresa, non equivale a certificare la limitatezza dell'inventiva pratica d'impresa in tema di garanzie personali del credito a questi due regolamenti atipici⁹⁹².

L'esigenza connessa al rafforzamento del credito, invero, conduce al superamento di dogmi e rigidità concettuali, qualificanti le attribuzioni di garanzia, tra cui l'accessorietà⁹⁹³,

⁹⁹¹ Cfr. G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 15; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 33 ss. a p. 57 ss., p. 62 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., spec. p. 528.

⁹⁹² U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 751 ss.

⁹⁹³ Per una lucida analisi, cfr. A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 666 ss.

per segnare l'approdo verso una valutazione in chiave effettiva ed effettuale delle operazioni economiche in una dimensione che tenga a debito conto l'esigenza delle imprese.

Contro la prospettiva, appunto, di chiusura dei fenomeni di garanzia personale del credito milita quanto disposto all'art. 1179 c.c., ove può leggersi che il soggetto tenuto a fornire una garanzia, senza specificazione di modo e forma, possa prestare a propria scelta un'idonea garanzia reale o personale, ovvero una diversa sufficiente cautela.

Questo gancio normativo consente di coonestare *positivamente* la creazione e la diffusione di garanzie personali atipiche (non dimenticando, al contempo, la flessione di già precisi atti e contratti in funzione di garanzia), non limitate alle invalse forme del contratto autonomo e della fideiussione omnibus, in guisa da riconoscere ai meccanismi di garanzia del credito la capacità di adeguarsi alle costanti mutevolezze indotte dallo sviluppo dei traffici senza chiusure pregiudiziali⁹⁹⁴.

Considerato, quindi, che le esigenze connaturate ai rapporti d'impresa rivendicano l'elaborazione di meccanismi contrattuali costantemente adeguati ai contesti economici ed informati alle istanze di snellezza procedimentale ed efficacia⁹⁹⁵, giova ora scrutinare quale sia l'effettivo impatto della dinamica d'impresa attorno al contratto autonomo di garanzia ed alla fideiussione omnibus.

Non è mistero che il settore bancario e affine costituisca, proprio, un campo privilegiato per l'impiego dello strumento delle garanzie personali⁹⁹⁶; anzi, è proprio in

⁹⁹⁴ Spiega U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 754, nt. 4 che «l'art. 1179 c.c. unisce, nel sistema, la nozione unitaria di garanzia quale possibile oggetto di un obbligo alle singole garanzie comprese nei due generi delle garanzie personali e delle garanzie reali ma non si limita a queste poiché si estende, purché siano idonee, a figure ulteriori non rientranti fra quelle già conosciute, secondo il *principio* implicito, ma unanimemente riconosciuto, dell'equivalenza delle garanzie, a cui deve unirsi il principio di autonoma determinazione delle garanzie secondo articolazioni plurime: il sistema delle garanzie delle obbligazioni, si autopropone, infatti, come sistema aperto, così da presupporre, contro i silenzi e le reticenze tramandate, forme nuove rispetto agli schemi legali». Per più puntuali commenti all'art. 1179 c.c., v. A. DI MAJO, sub *art. 1179*, in ID., *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 34 ss.; G. SICCHIERO, sub *art. 1179*, in ID., *Dell'adempimento. Artt. 1176-1179*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 327 ss. In tema, v., anche, P. CORRIAS, *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, cit., p. 429 s.

⁹⁹⁵ Il tema dell'efficacia delle garanzie personali del credito è stato oggetto di un approfondito studio francese da parte di M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, cit., *passim*.

⁹⁹⁶ Per quanto l'uso di questi strumenti di garanzia non sia ad esclusivo appannaggio dell'impresa bancaria, *de facto*, essa ne è la principale protagonista. In tema, cfr. E. ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Bbct*, 1987, I, p. 137 s.

questo comparto che si affinano e si limano le formule più efficaci di garanzia personale del credito⁹⁹⁷.

Lo statuto specifico della banca, e quindi il complesso operativo ove si dispiegano gli effetti⁹⁹⁸, si riflette sugli atti che vengono posti in essere e sulle forme di garanzia e ne condiziona con le sue peculiarità legittimità e meritevolezza⁹⁹⁹, sino a creare un autentico sottosistema o sistema peculiare delle garanzie bancarie¹⁰⁰⁰.

Le garanzie bancarie attive e passive costituiscono un'epifania dell'allontanamento causato dal diritto *vivente* dalle tipizzazioni del codice, con conseguente alterazione di regole incardinate positivamente, e dalle rigidità del sistema¹⁰⁰¹, insofferente a riconoscere una, più o meno forte, rilevanza alle qualità soggettive dei contraenti¹⁰⁰².

Il campo delle garanzie personali d'impresa pare, però, poter offrire degli spunti ricostruttivi nei termini di una rinnovata e riscoperta decisività dell'elemento soggettivo - non esaurentesi solo al lato bancario -, al ruolo che esso dispiega ed alle problematiche dischiuse.

I mirevoli sforzi ricostruttivi, volti a porre in esponente tale profilo - ci si riferisce agli studi a cavallo tra gli anni '70 e '80 di Portale¹⁰⁰³ e Benatti¹⁰⁰⁴ -, non sono stati oltremodo continuati. *Rectius*, lo svisceramento del contratto autonomo di garanzia e della

⁹⁹⁷ A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, cit., p. 575 s.

⁹⁹⁸ V. le considerazioni di E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, cit., p. 6.

⁹⁹⁹ A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, cit., p. 514 a p. 516 per cui «[...] delle regole espressive di differenze e peculiarità vanno ricercate, da un lato, ragioni e giustificatezza: nel confronto del vaglio di legittimità costituzionale, per le regole legali; di quello di validità (per non contrarietà a norme imperative e meritevolezza degli interessi perseguiti ex art. 1322 c.c.), per le regole di autonomia». Per una accezione ristretta alle garanzie attive della bancarietà, v. M. BUSSOLETTI, voce *Garanzie bancarie*, cit., p. 376 ss.

¹⁰⁰⁰ G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 26.

¹⁰⁰¹ Assai eloquente è l'espressione di G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 11 che assume la realtà commerciale, come lente per decodificare i malfermi dogmi e la necessità di ricercare soluzioni innovative ed avanzate.

¹⁰⁰² Il tema è compiutamente esaminato da G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 5 ss. cui subito ricorda che il problema tipologico dell'imprenditorialità dell'operazione e delle ragioni di coerenza della stessa sul piano giuridico è stato a lungo sottaciuto. Per molteplici spunti, G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 12, p. 20, p. 41.

¹⁰⁰³ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1043 ss.; ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16.

¹⁰⁰⁴ F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 171 ss.

fideiussione omnibus ha conosciuto analisi di sistema e/o funzionali imperniata sui singoli profili critici e sugli elementi strutturali delle fattispecie¹⁰⁰⁵.

L'attività produttiva e/o di scambio e il sostegno di questa hanno reclamato e preteso, diffusamente, duttili modelli di garanzia di attività industriali e commerciali dal lato passivo e di garanzia della propria attività di finanziamento dal lato attivo¹⁰⁰⁶. I meccanismi di garanzia del credito d'impresa, a sostegno dell'attività economica costituzionalmente tutelata di cui essa è espressione, esigono una lettura puntuale anche degli stati soggettivi coinvolti. Una riflessione, quindi, sul meccanismo contrattuale per come viene influenzato dal contraente impresa, nella mediazione e nella composizione dei conflitti e in una contestuale visione pluralistica, che tenga in debito conto sia l'aspetto instaurativo del vincolo che il profilo di svolgimento del rapporto costituito, appare opportuna¹⁰⁰⁷.

La garanzia a prima richiesta e senza proponibilità d'eccezioni, che come si avrà modo di illustrare in seguito, confiscando ogni contestazione di sorta (fatta salvezza per le eccezioni di natura d'ordine pubblico-imperativa: illiceità della causa del contratto principale, *exceptio doli*) da parte del garante, consente al creditore di introitare quanto pattuito e dedotto in garanzia, è un elemento denotativo - nonché imprescindibile in termini di efficacia - del contratto autonomo di garanzia¹⁰⁰⁸.

Differenti sono parsi i problemi connessi a codesta clausola, a seconda che acceda a garanzia passiva (contratto autonomo di garanzia) o nei formulari predisposti dalle banche per il rilascio delle fideiussioni attive, vale a dire quelle che garantiscono i crediti degli istituti di credito verso la clientela.

¹⁰⁰⁵ Per una ricostruzione analitica, v. N. SALANITRO, *Le fideiussioni bancarie*, cit., p. 130 ss.

¹⁰⁰⁶ Il profilo del finanziamento dell'impresa e l'assistenza ad esso fornita dalle garanzie personali è tratteggiato da A. NERVI, *Forme e tecniche delle garanzie nei finanziamenti*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010. Per l'A. «[...] l'articolazione della garanzia, nei suoi profili funzionali e strutturali, non è priva di conseguenze in ordine all'an ed al *quomodo* del finanziamento e del suo concreto svolgersi nella prassi dei rapporti socio-economici» (p. 40).

¹⁰⁰⁷ V. le riflessioni di F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. *Contributo allo studio dei contratti bancari*, cit., p. 8 a p. 15 ss.

¹⁰⁰⁸ *Ex multis*, v. P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., *passim.*; P. CORRIAS, *La valenza delle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, in *Vita not.*, 2014, p. 577 ss.; A. GEMMA, *La fideiussione bancaria a prima richiesta nei rapporti bancari*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 715 ss.; L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 567 ss.

Il contratto autonomo di garanzia, per vocazione e per funzionalità pratica, tende ad accreditarsi quale contratto stipulato tra parti imprenditrici¹⁰⁰⁹: assai raro, nonché soverchiamente oneroso, pare il coinvolgimento di individui o consumatori in quest'operazione. In questo contesto nessun tipo di cortocircuito sistematico pone l'inserimento delle clausole a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni: essa nasce come finalizzata a dotare il creditore beneficiario di uno strumento di garanzia del credito immediato, che differisce ogni contestazione e pretesa del garante al momento successivo all'adempimento, ed appare, appieno, compatibile con le esigenze economiche e produttive dell'impresa. Quindi, compatibile con l'utilità sociale ed anche meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c., comma 2¹⁰¹⁰.

Diversamente, non si è mancato di rilevare che l'inserzione di tali clausole *ablative* all'interno di garanzie attive potesse condurre all'indiscriminato sacrificio degli interessi di diverse classi sociali, vampirizzando ricchezza e polverizzando le ragioni del ciclo produttivo. E, quindi, che il problema dell'abuso delle imprese garantite, specialmente connesso alla standardizzazione dei contratti *de quibus*¹⁰¹¹ potesse condurre a prospettare la nullità di siffatte clausole limitative della proponibilità di eccezioni per contrasto con principi di ordine pubblico, non a fatica ricavabili nel sistema italiano, improntato alla tutela della produttività¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ Così, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 553.

¹⁰¹⁰ Cfr. C. FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 580 s.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 453.

¹⁰¹¹ Per profili generali, v. A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003; ID., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, cit., pp. 273-276. Per un quadro più articolato, v. G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 106 s. Di abusività della determinazione del contenuto del contratto standard di fideiussione, specie alla luce della tipizzazione in negativo, parla G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, cit., p. 506.

¹⁰¹² È l'opinione di G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1067 s. il quale precisa che «e non si obietti [...] che nell'attività bancaria l'uso standardizzato di clausole anche particolarmente onerose trova una giustificazione negli obiettivi di politica economica assegnati alle banche (tutela del risparmio e del sistema bancario), le quali per questo devono essere in grado di provvedere efficacemente a tutelarsi in via autonoma contro i potenziali pregiudizi correlati all'attività stessa. Una siffatta notazione - a parte il rilievo che la protezione del sistema bancario non è funzionale a sé stessa - dimentica che alla tutela del risparmio e del sistema bancario provvede già il diritto positivo sia con la c.d. legge bancaria, sia con la disciplina dei contratti bancari contenuta nel codice civile, da dove emerge che la posizione di autotutela - diretta emanazione del corporativismo del settore bancario - è stata già rafforzata e sostenuta dallo stesso legislatore, tanto da apparire particolarmente accentuata rispetto ad altri settori di attività (si tenga presente, a titolo di esempio, la disciplina del recesso dall'apertura del credito)».

Ictu oculi, la prospettazione appare molto radicale: la decretazione di non meritevolezza di un contratto di garanzia attiva così strutturato potrebbe restringere le opportunità di cautela del soggetto bancario, specie quando questi divenga beneficiario di garanzie rilasciate per finanziamenti concessi alle imprese.

In questo caso, la banca si proteggerebbe, nell'adempimento di una funzione essenziale al processo produttivo, da ogni contestazione rifluente dai rapporti tra debitore e garante: le ragioni d'impresa (e il rischio d'impresa) che animano e modulano l'applicazione della clausola a prima domanda e senza eccezioni sono fatte salve, non ripetendosi da ciò - salvo i casi limite *ut supra* - fenomeni di dannosità sociale¹⁰¹³.

L'immagine di una diversificata ammissibilità dell'atto in ragione dell'imporsi delle prerogative dell'impresa (*rectius*, delle imprese coinvolte) permette di tracciare una linea di dislivello rispetto al c.d. contratto dell'individuo proprietario.

Il ruolo¹⁰¹⁴ sociale delle imprese quando si afferma nel rapporto contrattuale¹⁰¹⁵, sia anch'esso standardizzato ed astrattamente indifferente alle caratteristiche dei contraenti, consente, d'un canto, l'emersione e il riconoscimento giuridico di posizioni ed istanze particolari e meritevoli di tutela e, dall'altro, la validazione di schemi contrattuali socialmente utili per il tramite di una soglia valutativa distinta rispetto a quella del contratto isolato.

Altra clausola che ha conosciuto una speculare riflessione in termini di valutazione soggettiva delle istanze d'impresa e di compatibilità sistemica è stata quella omnibus (malgrado nel 1992 la l. 17 febbraio n. 154, all'art. 10, abbia emendato la disciplina codicistica fideiussoria, prescrivendo l'obbligo di previsione dell'importo massimo garantito, *ex art. 1938 c.c.*, e sancendo il divieto della preventiva rinuncia del fideiussore ad

¹⁰¹³ Assai condivisibile è l'assunto di F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 189 s. per cui «diversa è la conclusione nelle ipotesi in cui la banca utilizza il patto “a semplice domanda” e “senza eccezioni” per garanzie che non hanno attinenza con attività imprenditoriali». Per l'A., ai fini dell'accertamento della validità, tale patto deve essere valutato, comunemente alle condizioni generali di contratto, alla luce dei canoni di buona fede, buon costume e ordine pubblico.

¹⁰¹⁴ Sulla figura del *ruolo*, sebbene in chiave oppositiva rispetto allo *status*, cfr. D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, cit., p. 48 ss.

¹⁰¹⁵ Per una più generale analisi circa l'incidenza che il profilo soggettivo dispiega sulla fattispecie, v. C. MAZZÙ, *Status del soggetto, ordinamento giuridico e fruizione dei beni*, cit., p. 971 ss.

avvalersi della liberazione per obbligazione futura, *ex art. 1956 c.c.*¹⁰¹⁶), anch'essa predisposta nelle fideiussioni attive a garanzia, come etimologicamente deducibile, di tutti i debiti presenti e futuri di un soggetto verso l'istituto di credito, riferitamente a rapporti che si instaurano tra il soggetto medesimo e l'impresa bancaria¹⁰¹⁷. Verosimilmente, garanzia di una *universalità* di debiti, evocativa della figura dell'imprenditore e discontinua rispetto al singolo debito, obbligazione passiva isolata¹⁰¹⁸.

La fideiussione omnibus - precisiamo, per chiarezza, *ante* correttivo legislativo - sarebbe risultata sì gravosa per il garante da trasferire su di questi l'intero rischio economico dell'operazione, assistendosi di tal fatta ad un pressoché totale esonero per l'azienda creditizia da qualsivoglia rischio d'impresa e negligenza nell'attività di concessione e gestione del credito¹⁰¹⁹.

A questo sguardo di disfavore per la clausola di estensione temporale si è, anche in tempi più recenti, asserita l'inammissibilità sistematica di queste clausole, poiché le garanzie così strutturate sarebbero estranee alla programmazione e successiva realizzazione delle operazioni di credito tra debitore garantito e banca¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ Cfr. l'ampia riflessione di A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, cit., spec. p. 1 ss., p. 54 ss., p. 210 ss., nonché i commenti puntuali di G.C.M. RIVOLTA, *Le nuove disposizioni sulla fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 673 ss. e A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Bbtc*, 1992, I, p. 375 ss.

¹⁰¹⁷ In generale, tra i primi sforzi ricostruttivi, cfr. V. ANGELONI, *Fideiussioni per obbligazioni indeterminate*, in *Bbtc*, 1954, I, p. 65 ss.; M. FOSCHINI, *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, p. 450 ss.; G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, *ivi*, 1971, I, p. 225 ss.; M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, in *Bbtc*, 1971, I, p. 321 ss.; P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, in AA. VV., *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, II, Milano, 1973, p. 1165 ss.; A. RAVAZZONI, *La fideiussione generale*, in *Bbtc*, 1980, I, p. 257 ss.

¹⁰¹⁸ R. RASCIO, *La fideiussione omnibus: premesse per la discussione del tema*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 198.

¹⁰¹⁹ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1068 per il quale la clausola standardizzata omnibus costituisce un artificio retorico e classificatorio, in quanto «[...] il contratto che la contiene, nonostante il *nomen iuris* attribuito ancora dalle banche [...] è in realtà un contratto autonomo di garanzia». Così, anche, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 497. Per A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, cit., p. 519 tra le inefficienze e le disfunzioni bancarie rientra il «[...] mancato tempestivo adeguamento della garanzia in ragione delle negative variazioni del valore di quanto in precedenza ottenuto cavendi causa». *Contra*, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., spec. p. 29 ss. a p. 33 ss.

¹⁰²⁰ A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, cit., p. 518 s. per cui le clausole omnibus «[...] delineano garanzia di pura aggiunta e di pura casualità (per l'esserci, come per il loro non esserci): richieste fuori da ogni logica di istruttoria dell'affidato, come puri da ogni valutazione del merito di credito». *Contra*, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., spec. p. 34 ss. Antecedentemente alla novella del 1992, v. le riflessioni di E. ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, cit., p. 137 ss. a p. 150 s.

La presenza di un'impresa, oltre a quella bancaria, nelle vesti di garante può, diversamente, essere letta in senso di ammissibilità sistemica di questo contratto di garanzia bancaria attiva. Il contratto di fideiussione omnibus si modella sulle esigenze della prassi commerciale e ratifica il superamento del prestito isolato: gli interessi dell'impresa garantita e gli interessi d'impresa di garante e debitore principale si congiungono in un legame circolare tale da porsi in chiara discontinuità con il modello fideiussorio codicistico e con la lettura frazionata del rapporto contrattuale individuale¹⁰²¹.

Funzionando, infatti, tale contratto da moltiplicatore del credito¹⁰²², il ruolo di imprenditore rivestito dal garante (e la posizione del debitore principale, spesso a sua volta impresa anch'esso), indurrebbe(ro) a predicare la validità di questa clausole, proprio per la presenza validatrice delle ragioni e delle dinamiche d'impresa¹⁰²³.

Il garante, si pensi ad un socio¹⁰²⁴, a una società, ad un'impresa interessata agli affari dell'impresa finanziata, ha la cosciente prefigurazione del rischio e dell'onerosità operativa ma, al contempo, possiede interessi verso il finanziamento del terzo¹⁰²⁵ -

¹⁰²¹ A. CALDERALE, *La Cassazione e la fideiussione omnibus: tutto quello che avreste voluto sapere sulla fideiussione omnibus e non avete mai osato chiedere*, in *Quadr.*, 1989, p. 574 ss.; F. BENATTI, *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, in A. MUNARI (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992, p. 105 ss.

¹⁰²² P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, cit., p. 1177. Aderisce a questa prospettiva G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, in ID., *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, p. 78 s.

¹⁰²³ V. G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16. A F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 191 deve l'intuizione per cui la fideiussione con clausola omnibus quando predisposta mediante condizioni generali di contratto o formulari, codicisticamente intesi, non possa essere sottratta ad un vaglio in termini di buona fede, buon costume ed ordine pubblico. Diversamente, la fideiussione con tale clausola è valida nell'ambito dei rapporti instaurati dalla banca con imprese. Per l'A. «fuori di questo ambito va esaminata caso per caso la sua rispondenza ai canoni della buona fede, buon costume e ordine pubblico».

¹⁰²⁴ A. BARBA, *Obbligazione sociale e garanzia personale del socio illimitatamente responsabile*, cit., p. 109 ss.

¹⁰²⁵ Considerazioni interessanti sono contenute in M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, cit., p. 324 per cui «[...] la fideiussione non poggia sul vuoto: rafforzando l'aspettativa di buon fine delle obbligazioni che potranno rientrare nella garanzia, questa ha aperto, mantenuto o allargato la via di una corrente di affari, che ha un suo valore economico sotto il profilo dell'avviamento dell'impresa del debitore. Per parte sua, il fideiussore ha interesse alla costituzione di una base finanziaria all'attività di impresa di colui per il quale dà la garanzia, ed è per questo che la sua garanzia assume un connotato così generale». Nel lumeggiare le relazioni tra rilievo della personalità d'impresa del garante e *causa cavendi* in riferimento alla fideiussione omnibus, precisa L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 181 s. che «[...] i rischi che la banca affronta accordando assistenza creditizia a tempo indeterminato ad un imprenditore commerciale, trovino adeguata tutela solo nell'obbligazione personale di quei soggetti che possono determinarne l'attività (e quindi aggravare il rischio) o che possono risultare i naturali beneficiari di azioni volte a sottrarre i beni del debitore alla garanzia generica [...]». Per alcuni spunti, v. R. RASCIO, *La fideiussione omnibus: premesse per la discussione del tema*, cit., p. 190 ss. a p. 195 s.; ID., *Sulla fideiussione generale bancaria*, in ID., *Studi giuridici*, cit., p. 271.

quindi, specialmente qualificati - e questa posizione specifica, potrebbe essere interessa *ad instar* d'una più efficace guarentigia per il creditore.

Il rischio d'impresa¹⁰²⁶ nelle garanzie personali, ontologicamente ed essenzialmente differente da quello del garante o del garantito nelle vesti di persona singola, deve assumersi in posizione centrale ai fini di identificare lo smarcamento dei negozi di garanzia personale, frutto dell'autonomia d'impresa, dai modelli contenuti nel codice civile e ai fini di valutare l'efficacia dei preclari negozi¹⁰²⁷. Sia sul versante delle garanzie passive che su quello delle garanzie attive, si assiste ad una particolare disciplina delle garanzie personali, incisa dalle prerogative bancarie e dalla più generale attività (interesse) d'impresa¹⁰²⁸, assai emergente in termini di relazione reticolare di atti connessi¹⁰²⁹.

Le garanzie personali d'impresa, malgrado le sostanziali differenze operative che per brevità si sono appuntate nella ordinaria attività di erogazione di credito e nei crediti di firma¹⁰³⁰, restano sì modulate in guisa da risultare oggettivamente funzionali alla tutela del credito ma apprestano un sistema di tutela peculiare e soggettivamente differenziato¹⁰³¹, in

¹⁰²⁶ Per uno studio critico in tema di garanzie personali, v. la monografia di L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., spec. p. 49 ss., p. 62 ss., p. 94 ss. Per un'impostazione teorica complessiva del rischio d'impresa, cfr. A. IANNARELLI, *Appunti per una teoria giuridica del "rischio d'impresa"*, cit., p. 1233 ss. a p. 1290 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in AA. VV., *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, IV, Napoli, 1968, p. 1775 ss.

¹⁰²⁷ Per una riflessione approfondita sul rischio quale elemento discrezionale dei singoli modelli di garanzia, cfr. lo studio di F. DENOZZA, *Le garanzie fideiussorie*, cit., p. 169. In tema, cfr. G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, cit., p. 82 s.

¹⁰²⁸ In riferimento alle garanzie passive, spiega criticamente G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 171 che allorquando una banca assume, a favore del proprio cliente, una garanzia autonoma a beneficio di un terzo contraente «[...] non si dubiterà dell'utilità economica della "purezza" dell'impegno, consistente nel consolidamento dell'immagine internazionale della banca concedente e nella certezza di "rientrare" del pagamento effettuato senza il rischio di coinvolgimento in dispute sostanziali tra cliente o beneficiario». Sempre in questa direzione, L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 181 per cui «[...] proprio le qualità professionali di chi esercita un'impresa bancaria e la rete di relazioni che la collegano agli altri operatori del mercato finanziario vengono in considerazione nella scelta del soggetto che deve intervenire nell'affare, assumendo l'impegno di pagare le penali pattuite in contratto: trattandosi di soggetto che professionalmente assume impegni di tale natura e che, normalmente, risulta di gran lunga più solvibile del debitore principale, la garanzia appare per più versi preferibile rispetto ad altri strumenti di tutela del beneficiario».

¹⁰²⁹ A. IANNARELLI, *Appunti per una teoria giuridica del "rischio d'impresa"*, cit., p. 1249 ss. a p. 1271.

¹⁰³⁰ Per alcune considerazioni, v. M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 1 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 217 ss., p. 244 ss.

¹⁰³¹ Secondo F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 119 «lo specifico statuto del "soggetto-banca" si riflette perciò sui suoi atti e, più in particolare, sulle garanzie di cui esso sia destinatario (per ragioni di convenienza economica delle banche stesse, beninteso, non per qualche necessità ontologica)». *Contra*, per una inaccettabilità della diversificazione teorica di natura fra fideiussione bancaria e quella prestata dai privati si schiera, E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., spec. p. 24 ss., p. 148 ss.

modo tale da poter rilevare che malgrado un'unica *ratio* causale, quella di garanzia, essa venga realizzata con modalità differenti in relazione alla persona del garante¹⁰³².

La rilevanza delle interrelazioni tra garanzie personali ed attività economiche¹⁰³³, tra contratto e piano del rapporto¹⁰³⁴, lascia apprezzarsi, provando a sintetizzare, in due momenti: *a)* nel rilievo dell'utilità sociale e della meritevolezza accordata al singolo fenomeno negoziale in virtù della presenza dell'impresa¹⁰³⁵; *b)* in termini di profonda penetrazione e di legame circolare tra la logica economica nella strutturazione e nella composizione della disciplina del singolo negozio e l'inerenza di questo ad una complessiva attività d'impresa¹⁰³⁶.

Un'ultima notazione investe il profilo dell'emersione della polarità d'impresa all'interno delle garanzie personali. Rispetto all'indifferenza soggettiva che permea,

¹⁰³² L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 184 s. rileva che l'incidenza dell'impresa sui contratti di garanzia lascia apprezzarsi non tanto sul terreno della causa, quanto, piuttosto, su quello del tipo. Per l'A., conseguentemente, «[...] promesse provenienti da soggetti, che non presentano le qualità (d'impresa), dovrebbero essere considerate come estranee alle categorie socialmente tipiche: si porrebbe allora il problema di valutarne la sussumibilità in tipi legali ovvero di riconoscerle operanti sulla sola base del principio di autonomia contrattuale».

¹⁰³³ Su questo tema, v. lo studio monografico di M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., spec. p. 38 ss. e gli spunti di A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, cit., p. 667 s. Il tema è esaminato anche da E. GABRIELLI, *Garanzie finanziarie, contratti d'impresa e operazione economica*, in ID., *“Operazione economica” e teoria del contratto*, cit., p. 131 ss.

¹⁰³⁴ L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, cit., p. 732; v. G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, cit., p. 92 s.

¹⁰³⁵ G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., spec. p. 90 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 21 ss. In una riflessione più generale sul ruolo del contraente professionale ai fini della validazione del contratto, v. L. ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato?*, cit., p. 760.

¹⁰³⁶ F. ALCARO, *«Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. Contributo allo studio dei contratti bancari*, cit., spec., p. 16. Il profilo della più generale riflessione sul contratto, quale operazione economica che le parti mirano a raggiungere devesi agli studi di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., spec. p. 240 ss., p. 345 ss. a p. 371 s.; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, spec. p. 18 ss. a p. 22, p. 58 s. e di E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., p. 93 ss.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, spec. p. 300 ss., p. 362 ss.; ID., *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 118 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziali*, cit., spec. p. 51 ss.; A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, Napoli, 2010, spec. p. 11 ss.; F. FERRARO, *Patto di opzione e operazione economica*, cit., p. 167 ss. Di operazione quale canone metodologico, volto a non esaurire il rilievo della causa ad un livello strutturale fa menzione, G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 124 ss. Sul rilievo dell'operazione economica come modello di qualificazione del tipo di prestazione riguardante un dato mercato di massa, v. A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, cit., p. 323 ss. In senso critico, circa l'insufficienza dell'operazione economica come momento di emersione delle dinamiche dei contratti d'impresa, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 532; e per alcuni spunti sempre critici, cfr. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 236, nt. 35; A. TULLIO, *Il project finance*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, cit., spec. p. 212 ss.

generalmente, il diritto comune dei contratti e il plesso fideiussorio, inteso quale archetipo delle garanzie personali, le garanzie personali d'impresa pongono al centro l'elemento soggettivo dell'impresa. Ciò non si esaurisce in un mero orpello retorico od in una sterile rivendicazione di classe.

Anzi, può riscontrarsi un forte legame tra le ragioni di giustificazione dei contratti di garanzia e la presenza nell'operazione economica di uno o più operatori professionali in funzione di intermediazione sia nelle vesti di garante che in quella di debitore che in quella di creditore beneficiario¹⁰³⁷.

È proprio l'elemento della professionalità¹⁰³⁸, la capacità di affrontare e sopportare rischi non isolati alle singole operazioni e della conseguente neutralità rispetto a situazioni contingenti a costituire non già un dato descrittivo e ininfluenza circa l'atteggiarsi delle operazioni contrattuali poste in essere, quanto una cifra di meritevolezza e legittimità di negozi di garanzia personale che si porrebbero in aperto contrasto con i principi informatori del tipo fideiussorio¹⁰³⁹.

La giuridicizzazione delle caratteristiche e degli interessi individuali¹⁰⁴⁰ e l'atteggiarsi dell'attività economica quale fattore distinguente legittima una autonomia propria delle garanzie personali d'impresa, quale più generale precipitato dell'autonomia d'impresa: una meritevolezza fondata su una valutazione globale degli interessi in gioco, che tiene conto della integrazione economica effettiva tra le imprese¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁷ G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 199 precisa che «[...] la professionalità dell'intermediario gioca un ruolo centrale, in quanto delinea con precisione, oltre alla ragione giustificativa degli impegni, anche il significato funzionale delle promesse astratte, ed apre finalmente la via alla merifica della meritevolezza degli interessi coinvolti ed alla selezione della disciplina».

¹⁰³⁸ Sul rapporto tra professionalizzazione e nuove forme di garanzia del credito cfr. A. GALASSO, *Perché, come e quando la fideiussione omnibus è valida*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 29. Criticamente, F. DENOZZA, *Le garanzie fideiussorie*, cit., p. 175.

¹⁰³⁹ Mutuando alcune riflessioni di D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, cit., p. 38 potrebbe asserirsi che «[...] l'affermazione e l'evoluzione di vari tipi [...] collegati all'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa mostra con tutta evidenza come sia proprio la caratteristica soggettiva di una delle parti (la sua *qualità* di imprenditore) a porsi quale presupposto per l'autonomizzazione e il distacco di una serie di operazioni negoziali da tipi legali contigui [...]». V., anche, C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, cit., p. 92.

¹⁰⁴⁰ Per uno spunto, cfr. F. MACIOCE, *L'atipicità della fideiussione omnibus*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 402 a p. 421.

¹⁰⁴¹ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 532; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 92 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 21.

Il nesso tra garanzie del credito, ragioni dell'impresa e mercato appare assai stringente: un articolato ed idoneo sistema di garanzie commerciali si riverbera sull'accesso delle imprese al finanziamento, svolgendo, di tal fatta, un irriducibile ruolo di rafforzamento delle imprese stesse¹⁰⁴².

Un sistema di garanzie, quindi, risulterà efficace quando sarà coerente con le finalità di fluida e stabile tutela del credito e del finanziamento che esso persegue¹⁰⁴³ e non frustri, in nome del riferimento ai principi codificati in materia di garanzia, le esigenze di garanzia aggiornate e contermini ai concreti interessi che si intendono soddisfare e presidiare¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Così, E. GABRIELLI, *Garanzie finanziarie, contratti d'impresa e operazione economica*, cit., p. 131.

¹⁰⁴³ Già, P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, cit., p. 1177 s.; R. RASCIO, *Sulla fideiussione generale bancaria*, cit., p. 279; C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, cit., spec. p. 1031; A. CALDERALE, G. TUCCI, *Clausola di pagamento a prima richiesta e buona fede*, in A. MUNARI (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, cit., p. 124 s. V., ora, A. DI BIASE, *La fideiussione omnibus a ventun'anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei «limiti» all'impegno del garante*, in *NLCC*, 2014, p. 169 ss. a p. 171 per cui la «[...] precipua funzione di finanziamento e di promozione dell'accesso al credito [...] arricchisce, per così dire, la tradizionale *causa cavendi* della fideiussione codicistica». Tra la giurisprudenza in senso favorevole, cfr. Cass., Sez. III, 1° agosto 1987, n. 6656, con nota di G. TUCCI, *Tutela del credito e validità della fideiussione «omnibus»*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 114 ss. a c. 116. Spiega M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. CNN*, XXX, Napoli, 2007, p. 85 che «nell'ambito della funzione elaborata dalla prassi, prevalentemente bancaria, la funzione di garanzia coesiste con quella di finanziamento, dando origine a un'operazione unitaria caratterizzata sul piano giuridico da una configurazione autonoma e distinta rispetto a quella della fideiussione codicistica». *Contra*, A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 140 s. il quale, tenendo a mente l'accessorietà e la causa tipica di garanzia del negozio fideiussorio, perimetra un'ipotesi di ammissibilità della fideiussione per obbligazioni future nella presenza di un rapporto di fatto tra debitore e creditore «[...] in base al quale era possibile l'accensione di un credito: e soprattutto che non sia stato il negozio fideiussorio a dare questa possibilità, o, più esattamente [...], funzione essenziale del negozio fideiussorio non sia stata quella di rendere possibile un'accensione di credito. Il ché, in pratica, si verificherà quando non sussistano i presupposti di fatto dai quali dovrà originare il diritto di credito, ma essi, invece, siano posti in essere soltanto proprio a seguito dell'intervento del negozio c.d. fideiussione».

¹⁰⁴⁴ Sostiene F. ALCARO, *Il soggetto-banca e la fideiussione omnibus*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 13 che, partendo dal tema della fideiussione omnibus (in questo scritto l'A. annota la sentenza Cass., Sez. III, 27 gennaio 1979, n. 615), può arguirsi «[...] il segno di un rinnovato interesse per la riscoperta, quantomeno da un punto di vista metodologico, del canone soggettivo e del suo intrinseco significato, non di meno, statico, termine di riferimento, ma di fonte dell'organizzazione e della funzione e quindi di elemento prefigurante e condizionante lo svolgimento dell'attività».

2. L'evoluzione degli schemi di garanzia personale del credito: le garanzie a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni. Considerazioni su autonomia ed accessorietà

Nel menzionare, in tema di garanzie personali, i concetti di accessorietà e di autonomia il rischio che si agitano, perniciosamente, divagazioni concettualistiche non è peregrino. Ciò condurrebbe ad una distrazione da un'analisi in chiave funzionale dei meccanismi di garanzia personale e ad una progressiva retrocessione degli interessi e delle rivendicazioni particolaristiche sottese agli schemi di garanzia, surclassate dal desiderio, seppur suggestivo, tipizzante¹⁰⁴⁵ e rigidamente classificatorio¹⁰⁴⁶.

Nel codice civile, in materia di fideiussione, per quanto qui maggiormente interessa, non si rinviene una esplicita definizione, una nozione di accessorietà. Essa può evincersi, specialmente, dalla disciplina contenuta agli artt. 1939, 1941 e 1945 c.c., ove, rispettivamente, vengono divise le regole sulla validità dell'impegno fideiussorio, sui limiti del medesimo e sulle eccezioni spettanti al garante.

Il riferimento all'accessorietà, come demarcatore strutturale e morfologico, quindi come *ubi consistam*, del sistema delle garanzie personali, non dovrebbe essere inteso in senso assoluto o imperativo. Le ragioni che militano, in tal senso, potrebbero essere sintetizzate in un paio. Dapprima può menzionarsi la deroga legale contenuta nell'art. 1939 c.c., secondo periodo, giusta la quale la fideiussione resta valida se è prestata per

¹⁰⁴⁵ Per alcune riflessioni di sistema, v. R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 788 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 3 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., spec. p. 249 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 175 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 250 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., spec. pp. 6-20; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, cit., p. 541 ss.; A. BARENGHI, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, in *Diritto civile Lipari-Rescigno*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, cit., p. 295 ss. Per R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1343, in *Id.*, *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., p. 311 «[...] il poter qualificare ed inquadrare il negozio per tipi e funzioni oggettive non costituisce affatto un risultato di scarso pregio e puramente descritto. Posto che, a ben vedere, consente di mettere in evidenza la ragione ed il modo di conformarsi dell'autonomia negoziale secondo i particolari modelli che l'esperienza pratica segnala; ed allo stesso modo offre elementi decisivi per la rilevazione e comprensione della disciplina normativa, che alla esigenza e finalità di rilevare siffatti modelli (tipi e funzioni) deve attagliarsi». Può venire in rilievo lo studio critico di F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 61 ss. circa il manto della tipicità legale e la necessaria distinzione tra tipo e causa.

¹⁰⁴⁶ Cfr. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., spec. p. 47. Spiega L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 52 che «ogni disputa circa l'accessorietà, l'autonomia, l'astrattezza rischia di spostare l'attenzione dall'assetto di interessi al concetto, il quale di per sé stesso non può dare utili indicazioni circa la disciplina applicabile [...]». Ancora, può leggersi quanto contenuto in E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 560 ove mette in luce dai rischi di una riflessione puramente dogmatica circa la distinzione tra accessorietà ed autonomia.

un'obbligazione assunta da un incapace (simmetricamente, all'art. 1945 c.c., viene preclusa al fideiussore la titolarità a sollevare eccezioni derivanti dall'incapacità del debitore principale)¹⁰⁴⁷.

Ancora, il riferimento all'autonomia privata e, più specificamente all'autonomia d'impresa, cui è ascrivibile la genesi del contratto autonomo di garanzia e della fideiussione omnibus potrebbe offrire una sponda radicale nel senso della cauterizzazione dell'accessorietà¹⁰⁴⁸.

Ora, come accennato in premessa, per provare a decodificare in maniera funzionale e pratica il travaso delle esigenze dell'impresa in tema di garanzia personale, appare necessario rifuggire da concettualizzazioni e dogmatismi che renderebbero anodina¹⁰⁴⁹ la (contro)relazione autonomia-accessorietà e comporterebbero usi non rigorosi del lemma garanzia¹⁰⁵⁰.

Il concetto di garanzia presuppone presuppone ontologicamente una relazione di accessorietà con un *quid* che dev'essere garantito¹⁰⁵¹: quindi, sarebbe pressoché irriducibile un legame, una *relatio* tra l'obbligazione di garanzia e l'obbligazione garantita¹⁰⁵². Ma, al contempo, una garanzia autonoma non sarebbe in contrasto con il *genus cavendi*, ove le

¹⁰⁴⁷ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, cit., spec. p. 141; M. FRAGALI, sub art. 1939, in ID., *Fideiussione. Mandato di credito. Art. 1936-1959*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., p. 63; R. RASCIO, *La fideiussione omnibus: premesse per la discussione del tema*, cit., p. 199. *Contra*, A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 34 per cui la seconda parte dell'art. 1939 c.c. costituisce sì una deroga all'accessorietà, provando che questa non può essere ritenuta assoluta e inderogabile. Precisa l'A., però, che «[...] il requisito dell'accessorietà, che costituisce un principio legale, può essere derogato dalla legge; ma appunto solo dalla legge, non dall'autonomia privata» (p. 41). Molto diffusamente sull'art. 1939 c.c. (reputato atecnico ed ostativo ad una corretta percezione delle problematiche), cfr. G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., p. 4, p. 327 ss. a p. 526 ss.

¹⁰⁴⁸ Cfr. le osservazioni di G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 96 s. per cui «[...] l'autonomia più che la risultante di uno sviluppo sistematico, è stata facilmente appiattita su una nozione preconfezionata di "attrazione" negoziale, ed è stata più appiccicata all'istituto come un segno distintivo che analizzata come qualità intrinseca dello stesso». Prosegue l'A. che «ne è conseguita un'assuefazione mentale all'astrazione del concetto autonomo di garanzia, ed una sua diluizione nella più generale valutazione positiva della meritevolezza degli interessi del commercio, specie internazionale, con integrale disattenzione al profilo della ragione giustificativa dell'impegno sul piano interprivato, e dunque delle condizioni di equilibrio interno della fattispecie».

¹⁰⁴⁹ Pare corretto il rilievo di L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 50.

¹⁰⁵⁰ Seppur da una diversa prospettiva v. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 54 ss.

¹⁰⁵¹ Come predicato dalla Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

¹⁰⁵² Per una analisi interessante, v. M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, spec. p. 25 s., p. 52 s., p. 207.

parti vogliano limitare gli effetti e le conseguenze del rapporto principale sul rapporto di garanzia.

L'accessorietà, intrinseca, seppur differenziata nell'intensità, ad ogni rapporto di garanzia, va intesa non quale schematica dipendenza tra il regime di responsabilità del garante e quello del debitore principale, quanto come adeguamento delle regole che presiedono al rapporto di garanzia rispetto allo specifico contenuto del rapporto di debito¹⁰⁵³. Indi per cui, non è necessario, né ripugna al sistema, che tra il rapporto di garanzia ed il rapporto garantito vi sia uno stringente nesso di subordinazione o una totale ripetizione di contenuti, tipico dell'accessorietà, quanto è, piuttosto, indispensabile un nesso di coordinazione¹⁰⁵⁴.

Nonostante non siano mancate letture volte ad individuare nel generico interesse economico¹⁰⁵⁵ e nel rischio del creditore¹⁰⁵⁶ elementi configurativi dell'accessorietà¹⁰⁵⁷, nel contratto di garanzia autonoma le parti si risolvono a escludere una dipendenza genetica e funzionale dal contratto garantito, rendendo la pattuizione di garanzia insensibile ed accordando alla medesima una capacità di maggiore sicurezza del credito.

¹⁰⁵³ A. GALASSO, *Perché, come e quando la fideiussione omnibus è valida*, cit., p. 39.

¹⁰⁵⁴ G. ROSSI, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, cit., p. 13; U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti del contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. not.*, 1992, I, p. 123 ss. a p. 133 ss. Più articolata appare la riflessione di P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 33 ss. a p. 43 per cui «[...] i concetti di autonomia e di accessorietà, già sul piano semantico, svelano una natura, anziché assoluta, eminentemente relativa, bisognosi come sono di recuperare un'effettiva valenza significativa attraverso l'individuazione di un momento di collegamento (in positivo o in negativo) esterno. Cosicché, lungi dall'essere tra loro incompatibili e contraddittori, sono invece complementari, integrandosi nel descrivere i diversi aspetti di un'unica fattispecie negoziale che, autonoma rispetto ad un'entità, ben può essere accessoria rispetto ad altra, diversa dalla prima». Per C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., p. 1018, dalla mancata positivizzazione dell'accessorietà nelle varie fattispecie, si ricava che essa «[...] assume diverse connotazioni ed effetti in base alle caratteristiche e alle esigenze della funzione garante che si vuole in concreto realizzare».

¹⁰⁵⁵ P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 78 ss. V., anche, F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 87 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 335 s.

¹⁰⁵⁶ L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 35 ss. a p. 49 ss.; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, Torino, 2013, p. 929.

¹⁰⁵⁷ Critico riguardo le due prospettazioni (nt. 1045 e nt. 1046) appare F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 141. Per l'A. l'attracco *relazionale* della garanzia autonoma, ora nel rischio contrattuale che tende a tutelare, ora nell'interesse economico sotteso all'obbligazione principale «[...] pur avendo il merito di evidenziare le peculiarità funzionali dei contratti autonomi di garanzia, non sembra idone(o) a fotografarne la struttura, risolvendosi semplicemente in una superflua sovrapposizione del piano delle obbligazioni garantite con quello degli interessi che ne garantiscono la base. Invero, poiché la tutela giuridica di un interesse economico contrattuale passa sempre attraverso la configurazione di un diritto soggettivo, in genere obbligatorio, sembra difficile concepire la garanzia autonoma come strumentale alla tutela di un interesse che non si traduca in un diritto di credito del beneficiario».

Nell'individuazione del fulcro della garanzia autonoma, rispetto alla specie fideiussoria, può propendersi per una lettura funzionale dell'accessorietà, non in senso di dipendenza assoluta (meccanismo di valutazione estrema dell'accessorietà¹⁰⁵⁸), formalmente e strutturalmente sclerotizzante¹⁰⁵⁹, condizionante nel rapporto fisiologico e patologico, quanto di congelamento e confisca della proponibilità di eccezioni, estraneità del garante ad ogni eventuale *res litigiosa* e rinvio al debitore-ordinante delle rivalse nei riguardi del garante¹⁰⁶⁰.

Un intendimento di tal genere dell'accessorietà può consentire di mettere in luce gli elementi che, invece, conducono a predicare l'autonomia di certune forme di garanzia, in un quadro concettuale sempre attento a trame di mercato, interessi tutelati ed esigenze sottese¹⁰⁶¹.

Il contratto autonomo di garanzia, nell'ottenere una marcata efficacia e nel rispondere alle esigenze dei traffici internazionali che ne hanno richiesto diffusione e capacità di impermeabilità alle contestazioni rifluenti dai rapporti di valuta, ha conosciuto l'insistere delle clausole a prima richiesta, ovvero a prima domanda, o, ancora a prima richiesta e senza proponibilità d'eccezioni.

Con l'inserzione di queste clausole, il dibattito circa l'esito dell'autonomia e quello dell'accessorietà è stato assai intenso, marcato da discontinuità pretorie e da distinte letture dottrinali. Ciò non toglie che una disamina delle garanzie a prima richiesta e senza proponibilità d'eccezione possa fornire una modulazione dell'autonomia della garanzia, coerente all'interesse delle parti, alla funzione cui è asservita ed alla complessiva operazione economica cui accede¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁸ V. BRIGANTI, *Contratti di garanzia e autonomia privata*, cit., p. 19 ss. a p. 22 ss.

¹⁰⁵⁹ Espressione mutuata da L. BARBIERA, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati*, cit., p. 843 ss.

¹⁰⁶⁰ Tra i primi studi, cfr. G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 1 ss.; (ora, ID., *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID., *Lezioni pisane di diritto commerciale*, Pisa University Press, 2014, p. 25 ss.); F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 171 s.

¹⁰⁶¹ M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 107 ss. a p. 127 ss., p. 136 ss.; C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, cit., p. 102 a p. 106 ss.

¹⁰⁶² Un autorevole studio in materia resta quello di F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., *passim*. In un quadro più generale, v. F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 139 s. per cui «il carattere dell'autonomia, dunque, vive, nella relazione che i contraenti volontariamente costruiscono tra l'obbligazione del garante e l'obbligazione che deve essere garantita».

L'individuazione dell'esatto significato e della precisa circoscrizione degli effetti da assegnare alle preclare clausole non è apparsa operazione lineare. Se la prassi ne ha registrato una progressiva ed ineludibile presenza, d'altro canto, s'è verificata una simitizzazione del portato effettuale¹⁰⁶³.

Molteplici problemi discendono dalla triplice funzione cui la clausola a prima domanda è stata destinata ad assolvere¹⁰⁶⁴. Secondo una prima ricostruzione, essa potrebbe dispiegare i propri effetti sotto un versante meramente procedimentale e, di tal fatta, invertire sul garante l'onere della prova circa i presupposti legittimanti l'escussione¹⁰⁶⁵.

Una seconda variante, ed è la prospettazione che più a lungo ha osteggiato l'ammissibilità della rottura dell'accessorietà¹⁰⁶⁶, ha coinciso con la replica della funzione ascrivibile al *solve et repete*¹⁰⁶⁷, consentendo il differimento della proponibilità di eccezioni in un momento successivo - azione di ripetizione - rispetto a quello dell'escussione della garanzia¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶³ Già, G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 6 rilevava che «l'estrema varietà dei testi reperibili nella prassi, l'imprecisione e talora la contraddittorietà del loro contenuto [...], costringono ancora le corti ad affrontare, con insospettata frequenza, la questione della delimitazione del contratto autonomo di garanzia e del contratto di fideiussione». Precisava, inoltre, che «il problema, negli ultimi anni, è stato reso più difficile dalla "smitizzazione" della clausola di "pagamento a prima richiesta" [poiché] si ammette dappertutto che la sua presenza, da sola, non basta, a rendere autonomo il contratto di garanzia, staccandolo sia dal rapporto di valuta, sia dal rapporto di provvista».

¹⁰⁶⁴ Per una aggiornata analisi ricognitiva, cfr. G. CHINÈ, *Il contratto autonomo di garanzia*, in V. CUFFARO (opera diretta da), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, p. 308 ss.; A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 417 ss.; P. CORRIAS, *La valenza delle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 577 ss.; F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 134; G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, p. 816 ss.

¹⁰⁶⁵ Cfr. M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 180 s.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 438; L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 569.

¹⁰⁶⁶ Secondo quanto annota G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 172, nt. 5.

¹⁰⁶⁷ V. la posizione di F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 44. In tema, E. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, 1998, pp. 33-56. V., anche, la attenta e contrastante ricostruzione di G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 940 s.

¹⁰⁶⁸ La posizione di favore nei confronti dell'operatività del meccanismo funzionale del *solve et repete* può rinvenirsi nella sentenza della Cass., Sez. Un., 1° ottobre 1987, n. 7341, in cui operando a metà uno sdoganamento ordinamentale della fattispecie del contratto autonomo di garanzia ha statuito che "è valido il contratto di garanzia che consente al creditore, «a prima richiesta e senza eccezioni», di esigere dal garante il pagamento immediato del credito in quanto l'autonomia di tale contratto, rispetto al negozio principale, non è assoluta, ma relativa, essendo possibile, in caso di pagamento ingiusto, il riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse". Per le annotazioni alla pronuncia, cfr., *ex multis*, M. VIALE, *Sfogliando la margherita: «Garantievertrag» e fideiussione «omnibus» in Cassazione*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 106 ss.; M. COSTANZA, *Adempimento del debito garantito e clausola di pagamento a vista e senza eccezioni*, in *Btcc*, 1988, II, p. 383 ss. Nella giurisprudenza di legittimità successiva, cfr. Cass., sez. I, 6 ottobre 1989, n. 4006, con commento critico di F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti*

Di tal fatta, verrebbe fatta salva la funzione economicamente rilevante di liquidità del denaro, tramite la neutralizzazione (seppur non definitiva, in quanto postergata) d'ogni pretesa paralizzante ed ostativa.

Una terza funzione, la più incisiva, è stata ascritta nella *autonomizzazione sostanziale* del diritto al pagamento della garanzia rispetto al diritto del beneficiario alla prestazione originaria. In questo caso, il garante oltre a pagare a richiesta fatta, non potrà rivalersi in sede di ripetizione¹⁰⁶⁹.

Ciò posto, si può ricavare un impiego plurimo, o quantomeno eterogeneo, della clausola a prima richiesta. Questo dato fornisce la stura per una riflessione in chiave pratica di come la modulazione del contratto di garanzia si ponga in rapporto all'accessorietà. Altrettanto perspicua - ciò non va omissis - appare la sostanziale subordinazione in cui incorre la clausola *senza eccezioni*.

Procediamo con ordine, iniziando dal dato giurisprudenziale. Il quadro appare frammentato. Da un lato, pertanto, un copioso filone pretorio, ora capeggiato dalla pronuncia a sezioni unite del 2010, e recentemente confermato¹⁰⁷⁰, ha inteso sostenere che attraverso la clausola a prima richiesta si configuri, immediatamente, un contratto autonomo di garanzia, stante l'incompatibilità della clausola con il regime dell'accessorietà che permea il tipo fideiussorio¹⁰⁷¹.

alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori, in *Bbtc*, 1990, II, spec. p. 574; Cass., sez. III, 28 febbraio 2007, n. 4661, con nota di M. CUCCOVILLO, *Sull'invalidità delle clausole di delimitazione temporale delle garanzie personali*, in *Bbtc*, 2008, II, p. 277 ss.

¹⁰⁶⁹ G. MEO, *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 927. L'A. precisa che «presupposto della escussione è, in questi casi, la semplice richiesta; ed essa è, allo stesso tempo, condizione di legittimazione sostanziale passiva per il garante (nel senso che questi dovrà pagare e pagherà bene in base alla semplice richiesta) e condizione di legittimazione sostanziale attiva per lo stesso garante al recupero presso il debitore-ordinante (nel senso che il solo fatto di aver pagato su richiesta del beneficiario gli dà diritto al recupero e priva l'ordinante di qualunque eccezione per contrastare la rivalsa del garante)».

¹⁰⁷⁰ 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 *Contratti*, 2016, p. 135 ss.

¹⁰⁷¹ Ora, Cass., Sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22233. Cfr. Cass., Sez. III, 25 febbraio 1994, n. 1933, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1757; Cass., Sez. III, 6 aprile 1998, n. 3552, annotata da C. BARBIERI, *La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale*, in *Giur. it.*, 1999, p. 502 ss.; Cass., Sez. I, 1° ottobre 1999, n. 10864, con nota di A.A. LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in questa *Contratti*, 2000, p. 145 ss.; Cass., Sez. III, 1 giugno 2004, n. 10486, con nota di G.B. BARILLA, *Polizza fideiussoria e assicurazione del credito tra attività bancaria e assicurativa: funzione di garanzia e profili atipici*, in *Bbtc*, 2005, II, p. 508 ss.; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2007, n. 3257, con nota di S. BOSA, *La polizza fideiussoria "cauzioni pubblici appalti di lavori o forniture" tra modello normativo e autonomia contrattuale*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 309 ss.; Cass., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853, con nota di M. ROSSETTI, *Garantievertrag e garanzie "a prima richiesta"*, in *Ass.*, 2008, p. 63 ss.

In modo pressoché antitetico, occorre rilevare la corrente giurisprudenziale che ha negato l'immediata consequenzialità autonomistica derivante dalla clausola a prima richiesta, in forza dell'ammissibilità della cennata clausola in funzione di *solve et repete*, che riferita alle eccezioni rifluisce dal rapporto principale, non elide la compatibilità dell'accessorietà fideiussoria.

In una prospettiva più articolata, ancora, milita la giurisprudenza che ha tratteggiato i confini morfologici e funzionali del contratto autonomo di garanzia all'interno della valutazione del completo regolamento contrattuale: vale a dire, nel riconoscere centralità alla relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia, potendosi considerare, ai fini della qualificazione della garanzia, anche il contenuto dell'accordo tra debitore principale e garante¹⁰⁷².

Questo orientamento modula differentemente il criterio ermeneutico che conduce all'approdo qualificatorio del contratto autonomo di garanzia. Il dato letterale emergente complessivamente dal negozio posto in essere tra le parti non assurge a fattore esclusivo¹⁰⁷³ ma viene corroborato dai canoni, espressivi dell'interpretazione funzionale¹⁰⁷⁴, ex artt. 1362 e 1363 c.c. Da tale assunto ne deriva un duplice corollario: a) la clausola a prima richiesta

¹⁰⁷² Cass., Sez. III, 17 giugno 2013, n. 15108, con nota di A. MONTANARI, *Qualche considerazione a margine della Corte di Cassazione n. 15108 del 2013: le clausole «a prima richiesta», «senza eccezioni» e «a prima richiesta e senza eccezioni» tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Giureta*, 2015, p. 113 ss.; Cass., Sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, con nota di M. CUCCOVILLO, *Clausola di pagamento «a prima richiesta» (e «senza eccezioni») e qualificazione della garanzia personale*, in *Bbtc*, 2011, II, p. 181 ss.; Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900, con nota di M. MASTRANDREA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: criteri distintivi*, in *Contratti*, 2007, p. 637 ss.; Cass., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11368, con nota di C. FRIGENI, *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*, in *Bbtc*, 2003, II, p. 267 ss. V. App. Milano, 1° febbraio 2008, con nota di G.B. BARILLÀ, *Il tipo fideiussorio nella prassi bancaria: qualificazione della fattispecie nella ricostruzione della volontà delle parti e nell'analisi dei rischi garantiti*, in *Bbtc*, 2010, II, p. 51 ss. In dottrina, spiega E. MOSCATI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in AA. VV., *Studi per Franco Di Sabato*, I, *Diritto dell'economia*, Napoli, 2009, p. 492 che è sempre necessaria «[...] un'interpretazione accurata - per la verità non sempre agevole - dell'impegno assunto dal garante; un'interpretazione volta a chiarire in quale relazione - di accessorietà o di autonomia - il garante abbia inteso porre tra l'obbligazione principale e quella di garanzia».

¹⁰⁷³ In questo senso, invece, G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 8 ss. Per F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 45 s. al fine di individuare la presenza di una garanzia accessoria o autonoma occorre fare riferimento «[...] solo al «testo della garanzia», senza che abbiano rilievo né i termini usati nel rapporto di mandato con cui l'ordinante chiede alla banca di rilasciare la garanzia o la controgaranzia, né i termini usati nel rapporto principale in cui l'ordinante-esportatore ha pattuito con il beneficiario-importatore il rilascio della garanzia». L'A., poi, si avvede di precisare che ciò «[...] non significa che la garanzia vada interpretata secondo il suo tenore letterale [...], ma significa solo che per qualificare la natura del rapporto di garanzia non ci si deve basare sulla natura degli altri rapporti relativi alla stessa operazione» (p. 46, nt. 17). Ora, v. l'analisi di A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., pp. 412-416.

¹⁰⁷⁴ N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del Codice civile*, Padova, 1992; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, cit., spec. p. 492 ss., p. 535 ss., p. 554 ss.

viene derubricata da fattore costitutivo a prova avente natura indiziaria del contratto di garanzia autonoma¹⁰⁷⁵; b) la valenza segnaletico, o comunque relativo-presuntiva, della clausola a prima richiesta¹⁰⁷⁶, non pone in posizione subalterna l'effettivo volere delle parti¹⁰⁷⁷.

Come menzionato, la sentenza resa a sezioni unite nel 2010, ammantata di verosimili atteggiamenti d'una *actio finium regundorum*, volta a dirimere i confini concettuali di garanzia autonoma, fideiussoria e polizza fideiussoria, ha conclamato la bastevolezza dell'applicazione di una clausola a prima richiesta e senza eccezioni, al fine di orientare l'interprete verso l'approdo alla garanzia autonoma, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale¹⁰⁷⁸.

Eppure, dubbi ed incertezze permangono nelle riflessioni dottrinali. Si è lamentata una perdita di autonomia della clausola a prima richiesta ed un consequenziale

¹⁰⁷⁵ S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, cit., p. 209 sostengono che ai fini della qualificazione del contratto autonomo di garanzia occorra uno scrutinio puntuale del dato complessivo, indagando la volontà dei contraenti nella costruzione del regolamento negoziale; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., pp. 155-156; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 316. Per G.B. BARILLÀ, *Il tipo fideiussorio nella prassi bancaria: qualificazione della fattispecie nella ricostruzione della volontà delle parti e nell'analisi dei rischi garantiti*, cit., p. 52, in tal maniera, la giurisprudenza seguita «[...] nell'opera "demolitoria" della ricostruzione in senso astratto del contratto di garanzia».

¹⁰⁷⁶ Per F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 43 «sebbene la clausola di pagamento "a prima domanda" non costituisce prova invincibile o *iuris et de iure* della natura autonoma della garanzia, essa ne costituisce una forte presunzione, tanto è che sono rari i casi in cui, in sua presenza, si è ritenuto che si è in presenza di una semplice fideiussione (o garanzia accessoria) "a prima richiesta"». M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 139.

¹⁰⁷⁷ In questo senso, M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., p. 457. L'A., *contra* la prospettiva delineata nella sentenza delle Sezioni Unite 3947/2010, osserva che «tale soluzione rende impraticabile l'introduzione delle clausole di pagamento all'interno del contratto di fideiussione, in mancanza di preclusioni esplicite o desumibili in modo visibile dal sistema, in tal modo finendo per ridurre i margini di operatività dell'autonomia privata in un settore il cui sviluppo è strettamente collegato al ruolo esercitato dalle parti dell'operazione economica. Sin dalle prime sentenze intervenute in materia si è posto in evidenza che l'utilizzazione di queste clausole nel contratto di fideiussione si traduce in un'inversione dell'onere della prova o in un *solve et repete*, suscettibile, come è noto, di rendere inopponibili a una delle parti alcune eccezioni che possano evitare o ritardare la prestazione»; ID., *I contratti di garanzia*, cit., p. 138 s.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., spec., p. 438 ss. attribuisce un valore squisitamente indiziaro alla clausola.

¹⁰⁷⁸ Per riflessioni critiche, cfr. L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 574 ss.; P. CORRIAS, *La valenza delle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 578 ss.; P. TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie e gli incerti orientamenti giurisprudenziali*, in AA. VV., *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1372 ss.; ID., *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, P. CORRIAS (a cura di), *Liber Amicorum per Angelo Luminoso, II, Contratto e mercato*, cit., p. 972 s.

dissolvimento in un *unicum* della garanzia a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni, risolvendosi in un sacrificio dell'autonomia contrattuale¹⁰⁷⁹.

Ancora, l'*animus* di ridurre gli spazi di incertezza ermeneutica, centrale nella decisione a sezione unite, striderebbe con l'imposizione di una ricostruzione dell'autonomia, limitata alle sole clausole a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni e, in subordine, al solo testo contrattuale¹⁰⁸⁰.

La sentenza, però, invita a fare delle riflessioni di sistema. Non è precluso, come è emerso pocanzi, che clausole del tenore di quelle cennate possano accedere ad una normale fideiussione, traducendosi in un'inversione probatoria od in un meccanismo di *solve et repete*¹⁰⁸¹. Al fine di evitare paralizzanti limitazioni dell'autonomia privata, con frustrazioni ripercosse sulle ragioni economiche sottese e sul reticolo di interessi sottostante ad ogni singola manifestazione negoziale, pare necessario uno scrutinio complessivo del contratto.

La valutazione del distacco dell'obbligazione di garanzia da quella garantita deve mettere in conto quali siano i propositi dei contraenti, gli stati soggettivi e l'ambiente in cui l'operazione si radica, i meccanismi funzionali¹⁰⁸² e di come si atteggi il meccanismo delle rivalse¹⁰⁸³.

L'accostamento congiunto della clausola escludente ogni eccezione a quella a prima richiesta può, presuntivamente, incoraggiare l'interprete verso l'apparizione di un contratto autonomo di garanzia¹⁰⁸⁴, ma non deve arrestarsi unicamente al dato testuale del

¹⁰⁷⁹ L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 576 s. precisa che tale riduzione degli spazi d'autonomia privata appare sorprendente in una pronuncia «[...] che più volte richiama i recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di causa in concreto e di funzione economica individuale dell'operazione contrattuale».

¹⁰⁸⁰ A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., spec. p. 416.

¹⁰⁸¹ M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 940.

¹⁰⁸² F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, cit., p. 434 ss.

¹⁰⁸³ Efficacemente, M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., p. 458. V. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 44. In giurisprudenza può, anche, leggersi Cass., Sez. I, 18 novembre 1992, con nota di M. COSTANZA, *Contratto di garanzia e diritti di regresso della banca controgarante*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1538 ss. Per uno studio sistematico assai articolato, cfr. C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, Padova, 2009, p. 335 ss.

¹⁰⁸⁴ G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 38.

contratto¹⁰⁸⁵ (pur non negandosi rilievo ad una indagine tesa a interpretare le clausole e stabilire il grado di rilevanza o il tenore meramente indicativo¹⁰⁸⁶).

Al fine di segnare il distacco dell'obbligazione del garante dall'obbligazione originaria garantita, oltre al dato logico e letterale delle clausole, un'interpretazione sistematica suggerirebbe il vaglio del comportamento complessivo delle parti, anche successivo alla conclusione del contratto, in considerazione degli scopi pratici perseguiti¹⁰⁸⁷.

Quanto ripercorso invita a formulare delle riflessioni di sintesi. Non pare opportuno, quindi, indulgere in una considerazione assoluta o astratta dell'autonomia in virtù dell'apposizione delle clausole a prima richiesta e senza eccezioni. Ambedue le clausole, quando apposte, possono assurgere ad indice segnaletico e denotativo della volontà di porre in essere un contratto autonomo di garanzia. Il distacco di questo negozio di garanzia dall'obbligazione di garanzia merita di essere letto nelle trame contrattuali intessute dalle parti. L'esigenza di impedire eccezioni e di rendere il garante - il quale conteggia e paga - estraneo a controversie tra ordinante e creditore, nonché un meccanismo di rivalsa ove si legittima il debitore ordinante ad agire nei confronti del creditore per l'eventuale escussione abusiva sono manifestazioni dell'autonomia contrattuale d'impresa. Difficilmente, anche per il dispiego di risorse economiche richiesto, un contratto di tale fattura può trovare impiego in una contrattazione *comune*.

La lettura seppur neutrale della clausola, però, non deve risolversi in un totale esaurimento della ricerca delle ragioni dell'impresa.

Anzi, a ciò, deve pervenirsi mediante una lettura non riduttiva del testo contrattuale, ma attraverso un'operazione ermeneutica funzionale¹⁰⁸⁸ che, ancora una volta, faccia

¹⁰⁸⁵ Cfr. P. CORRIAS, *La valenza delle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 578 ss. a p. 583 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁸⁶ F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 47.

¹⁰⁸⁷ Cfr. G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 935 e p. 939. Così, anche, G. MEO, *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, cit., p. 925. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 19 marzo 1993, n. 3291; Cass., Sez. III, 14 luglio 1994, n. 6604.

¹⁰⁸⁸ M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, p. 333 ss. Per una riflessione critica sulla relazione tra causa concreta ed interpretazione funzionale del contratto, cfr. D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, spec. p. 52 ss.

emergere le istanze economiche sottostanti all'operazione (tipiche degli ambienti d'impresa) per il tramite dei canoni interpretativi testuali ed extratestuali, soggettivi ed oggettivi¹⁰⁸⁹.

L'accessorietà, pertanto, conosce nel contratto autonomo di garanzia una debilitazione funzionale agli interessi dedotti nel contratto e, più significativamente, all'esigenza della protezione del credito. E a ciò deve pergiungersi attraverso argomentazioni sistematico-compressive e non tramite idolatrie dell'autonomia contrattuale d'impresa¹⁰⁹⁰, accompagnate da furori legati all'esodo dalla tipicità contrattuale.

¹⁰⁸⁹ Eloquenteemente, G. CHINÈ, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 308 scrive «la distinzione tra garanzie autonome ed accessorie è, pertanto, oggi ancora di più devoluta ad un attento esame dell'intero testo contrattuale nel complesso delle sue clausole, nonché all'esame dei rapporti che accedono all'operazione triangolare, in particolare del rapporto di mandato tra ordinante e garante. L'opera dell'interprete non potrà neppure prescindere dalla valutazione della natura del rapporto di valuta, dalla qualificazione professionale dei soggetti coinvolti e dalla loro nazionalità, dall'individuazione dei rischi coperti dal contratto di garanzia. Trattasi di elementi che il processo di svalutazione della clausola "a prima richiesta" nella sua originaria funzione tipizzante fa riapparire di grande attualità, permettendo la riemersione di tutte quelle condizioni soggettive ed oggettive che hanno storicamente accompagnato in altri ordinamenti e soprattutto, nell'ambito dei rapporti internazionali, il processo di emersione delle garanzie autonome accanto alle tradizionali garanzie personali accessorie». Precisa M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 940 s. che l'interprete non potrà fermarsi al «[...] mero dato testuale o all'espressione linguistica utilizzata dalle parti ma, in conformità del resto al canone ermeneutico indicato nell'art. 1362 c.c., dovrà ricercare l'intenzione dei contraenti e le finalità proprie del contratto, quale emerge dall'insieme delle clausole (art. 1363 c.c.) e particolarmente da quelle incompatibili con il carattere accessorio della fidejussione, che lo rendono indipendente dal contratto base».

¹⁰⁹⁰ In una più generale riflessione critica sulla giurisprudenza in tema di fidejussione e contratto autonomo di garanzia, ritenuta priva di basi sistematiche, carente ed inadeguata nell'argomentazione e foriera di un ermeneutica astrattizzante, ha rilevato G. PALERMO, *Sein und Sollen*, cit., p. 33 che essa «[...] non ha trovato di meglio che elaborare essa stessa i meccanismi da ritenere congrui, operando attraverso sentenze monografiche, nelle quali la ratio del decidere è venuta a ridursi pressoché ad una larva, spogliata dal suo contenuto e privata della sua forma; il tutto a vantaggio di formulazioni teoriche, alle quali l'esigenza del credito difficilmente è in grado di attingere». Prosegue l'A. che «ci si è infatti perduti nei meandri di un mondo parallelo, reso incerto dall'assenza di tracciabili confini tra forme atipiche di fidejussione, di garanzie assicurative, di depositi cauzionali e quant'altro, l'esistenza del quale sembra manifestarsi nella creazione di astratte figure - vedi il contratto autonomo di garanzia - preordinate ad animare dibattiti senza particolare costrutto».

3. Il contratto autonomo di garanzia nel rapporto tra ammissibilità sistematica e peculiarità funzionali

Osservare il contratto autonomo di garanzia nei suoi aspetti strutturali e funzionali può apparire, d'un canto, assai articolato, stante la molteplicità di figure che si radunano attorno a tale protipo negoziale¹⁰⁹¹ - *bid bond*, *performance bond*¹⁰⁹², *maintenance bond*, *advance payment guarantee*, *retention money bond* -, d'altro canto, invece, assumendo come specola la generica garanzia autonoma, la quale origina da un ordine (contratto di mandato¹⁰⁹³) impartito al garante - sovente nelle vesti di un istituto creditizio o assicurativo - di assumere una garanzia nei riguardi del beneficiario, soggetto coinvolto nell'operazione economica dell'ordinante¹⁰⁹⁴, e di assicurarne un pronto ed indifferibile soddisfacimento, consente di lumeggiare il rapporto tra legittimazione sistematica, requisito causale e teoria dell'autonomia d'impresa¹⁰⁹⁵.

Nel lungo andare che ha accompagnato il dibattito italiano, a partire dagli anni '70, le riflessioni sistematiche e ricostruttive in materia di contratto autonomo di garanzia hanno diffusamente impegnato dottrina e giurisprudenza. Una breve ricapitolazione delle ipotesi formulate in dottrina ed una rivisitazione delle soluzioni giurisprudenziali più celebri può costituire un addentellato irrinunciabile al fine della tesi che vorrà più innanzi esporsi.

¹⁰⁹¹ Per una ricostruzione delle varie figure contrattuali più frequenti nella prassi, modellate sullo schema delle garanzie autonome, cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 141 ss.; L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., spec. p. 133 ss.; G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 797 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 433 ss.; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 145 ss.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 107 ss.; A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, p. 181 ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 319 ss.

¹⁰⁹² G. VILLANACCI, *Performance Bond. Caratteri e funzioni*, cit., p. 11 ss.

¹⁰⁹³ Per questo profilo, in particolare, cfr. F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 83 ss. a p. 92; A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 405 ss.; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 873 ss.

¹⁰⁹⁴ M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 108.

¹⁰⁹⁵ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1045 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 169 ss. a p. 175; ID., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 30 ss. p. 43. Per riflessioni di sistema più ampie, v. M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., *passim*; ID., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 33 ss. a p. 50 ss., p. 62 ss.; V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 266 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., spec. p. 528; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., spec. p. 45.

Le problematiche, più interessanti, subito atterrate dal contratto autonomo di garanzia convocano i profili della causa contrattuale e dell'ammissibilità ordinamentale.

L'obbligazione di garanzia, operante a prescindere dalla invalidità originaria o sopravvenuta del rapporto di valuta (rapporto base) tra ordinante e creditore beneficiario della garanzia, ha acceso animosi interrogativi: *a)* circa la compatibilità del contratto autonomo con il sistema civilistico italiano di conio causalista, prescrittivo di giustificazione causale per ogni spostamento patrimoniale, e, pertanto, repulsivo, salvo deroghe legali, di atti astratti; *b)* circa la compatibilità della confisca al garante di sollevare eccezioni, stante quanto divisato dall'art. 1460 c.c.; *c)* sulla riconducibilità al tipo fideiussorio, ed in alternativa, sulla meritevolezza degli interessi trasfusi nel meccanismo contrattuale reputato atipico.

A rintuzzare i diversi focolai polemici, non può dimenticarsi lo sforzo ricostruttivo di chi ha asserito, mediante un'applicazione analogica della disciplina contenuta all'art. 1530, comma 2, c.c., in materia di credito documentario irrevocabile, che l'ordinamento conosca situazioni in cui lo spostamento patrimoniale non appare come conseguenza immediata di un negozio che contenga al suo interno la causa e, ancor più, in caso di difetto originario o successivo del fondamento causale esterno non ne consegue la nullità del negozio, bensì un'azione recuperatoria o una *condictio indebiti*¹⁰⁹⁶.

Il meccanismo del credito documentario irrevocabile, imperniato sulla facoltà concessa alla banca che ha confermato il credito al venditore di opporre a questi solo le eccezioni derivanti dall'incompletezza o irregolarità dei documenti e quelle concernenti il rapporto di conferma del credito, oltre ad una sua preminente *causa solvendi* manifesterebbe una funzione di garanzia, indissolubilmente collegata, senza pregiudizio alcuno per il carattere principale e non sussidiario dell'obbligazione bancaria¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁶ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1063 ss. a p. 1064 spiega che nel credito documentario irrevocabile, l'eventuale «[...] nullità o inesistenza del rapporto di provvista o di quello di valuta, o la nullità o inesistenza di entrambi questi rapporti [...] non incide minimamente sulla validità del contratto banca-venditore, dove lo scopo dichiarato è quello di dare esecuzione al rapporto di valuta (con l'assunzione da parte della banca del debito del compratore); ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 174.

¹⁰⁹⁷ Così, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1064. V., però, le osservazioni critiche di A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 58 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 314 s.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, cit., p. 231 ss. Sul tema delle eccezioni circa il credito documentario irrevocabile, cfr. lo studio monografico di C. COSTA, *Astrattezza ed eccezioni opponibili nel credito documentario irrevocabile*, cit., spec. p. 19 ss. e G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 699 ss. a p. 701 ss.

Diversamente, contestando l'inesensibilità analogica della disposizione in materia di credito documentario irrevocabile, in quanto peculiare del solo contratto di vendita e come tale inadatta a costituire base unica del contratto autonomo di garanzia¹⁰⁹⁸, si è inteso fondare la garanzia autonoma sulle norme in materia di delegazione, e segnatamente all'art. 1271, comma 2, c.c.¹⁰⁹⁹.

Tale accostamento presta il fianco a differenti punti critici. *In primis*, limita le eccezioni che il garante potrà sollevare in sede di escussione della garanzia a quelle riferibili alla nullità del rapporto di provvista e di quello di valuta. Ciò non tiene conto del fatto che l'obbligazione di garanzia autonoma diverge funzionalmente e strutturalmente dall'assunzione di un debito altrui, prevista dal meccanismo delegatorio¹¹⁰⁰. Il garante si impegna non già dietro un preesistente rapporto debitorio con il garantito né, tantomeno, garantisce la prestazione cui è tenuto l'ordinante ma la sua obbligazione, mimando un effetto prevalentemente indennitario-cautelativo¹¹⁰¹, resta contraddistinta da piena autonomia operativa e funzionale.

A trovare menzione per l'attracco del contratto autonomo di garanzia è stato, anche, l'istituto della promessa del fatto del terzo, *ex art.* 1381 c.c.¹¹⁰². Le affinità sarebbero da rinvenirsi nella matrice autonoma dell'obbligazione che il promittente assume verso il promissario e nella natura squisitamente indennitaria assunta dal promittente in difetto dell'obbligazione ricadente sul terzo¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁸ M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 951; R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 175.

¹⁰⁹⁹ M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952. Cfr. le osservazioni critiche di M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 118 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 416 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, cit., p. 233 ss.

¹¹⁰⁰ In generale, sulla delegazione può leggersi l'autorevole studio di P. RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1962, p. 929 ss.

¹¹⁰¹ Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 116; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 63 ss.

¹¹⁰² Molti spunti critici sono rinvenibili nel datato saggio di G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, cit., p. 216 ss. *Ex multis*, più recentemente, cfr. F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., *passim*; M.C. CHERUBINI, *In tema di rapporti tra promessa del fatto del terzo e garanzie del credito*, cit., p. 577 ss.; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 45 ss.; C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 340 s. Sul tema, v. anche lo studio monografico di E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit., *passim*.

¹¹⁰³ Mette in luce questo profilo S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, cit., p. 230 per cui dalla simmetrica valenza indennitaria deriva una forte affinità tra i due istituti «[...] fattispecie accomunate dalla funzione di proteggere il beneficiario attraverso una prestazione indennitaria dai rischi della mancata esecuzione del rapporto di valuta». Con

Distintamente dal contratto autonomo di garanzia, il beneficiario della promessa del terzo, ai fini dell'esazione dell'indennizzo, deve dimostrare il c.d. *casus promissionis*, il fatto posto a fondamento del suo diritto, il rifiuto del terzo e l'insieme delle circostanze che legittimerebbero di invocare l'indennizzo del promittente¹¹⁰⁴. Nel contratto autonomo il meccanismo funzionale è diametralmente opposto: il garante viene, infatti, convocato per l'adempimento della prestazione per l'effetto della semplice dichiarazione del creditore beneficiario, non sottoposta alla prova di aver assolto l'onere di escussione o di richiesta al debitore e, ancora, indipendentemente dalla circostanza che l'inadempimento sia effettivamente avvenuto¹¹⁰⁵.

Ancora nella promessa del fatto altrui conviverebbero due obbligazioni distinte: una primaria di fare, traducesi nell'impegno del garante affinché il terzo non tradisca il comportamento oggetto della promessa, ed una seconda di dare, vale a dire di corrispondere l'indennizzo promesso, nel caso in cui vengano vulnerate le ragioni del creditore. Solamente la seconda obbligazione potrebbe convivere con la dinamica contrattuale del contratto autonomo di garanzia.

A limitare le assonanze tra contratto autonomo di garanzia e promessa del fatto del terzo giunge la predeterminazione del *quantum debeatur*. Se nella garanzia autonoma esso è definitivamente prefissato al momento della conclusione del contratto, differentemente, il promittente è tenuto nella misura, valutabile *ex post*, del pregiudizio sofferto dal promissario per il mancato adempimento dell'obbligazione¹¹⁰⁶. Dalle dissonanze emerge una impossibilità di far rifluire l'intera caratterizzazione della promessa del fatto del terzo all'interno del contratto autonomo di garanzia. Ciò tendenzialmente avverrebbe sia in

parole precise, M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 120 spiega che «in sostanza, attraverso l'assunzione di tale obbligazione il promittente assumerebbe su di sé il rischio del pregiudizio temuto dal promissario, assicurando l'esecuzione di una prestazione idonea a ristorarlo della mancata prestazione del terzo. La promessa del fatto altrui sarebbe idonea, dunque, a spiegare quelle figure di garanzia nelle quali il beneficiario viene protetto, nei limiti dell'indennizzo, dai rischi relativi a un rapporto con un terzo».

¹¹⁰⁴ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 344; A. MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, cit., p. 363; M.C. CHERUBINI, *In tema di rapporti tra promessa del fatto del terzo e garanzie del credito*, cit., p. 587.

¹¹⁰⁵ Per una analisi più dettagliata, v. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 345 ss. e A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 72 ss.

¹¹⁰⁶ M.C. CHERUBINI, *In tema di rapporti tra promessa del fatto del terzo e garanzie del credito*, cit., p. 595; M.R. MARELLA, voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XV, Torino, 1997, p. 381 ss. a p. 393.

quanto la fattispecie delineata ex art. 1381 c.c. non costituisca un distinto tipo contrattuale, bensì un frammento di fattispecie idoneo a raggiungere un contratto già munito di una propria causa¹¹⁰⁷, sia per le differenze morfologiche e finalistiche del contratto autonomo di garanzia¹¹⁰⁸.

Queste brevi ricapitolazioni possono far denotare come l'approdo (e l'approccio) sistematico del contratto autonomo di garanzia sia stato costellato da diverse titubanze ed incertezze. I principali profili che hanno angustiato giurisprudenza e dottrina¹¹⁰⁹ possono individuarsi, per brevità, attorno ai temi della tipicità-atipicità del contratto di garanzia (quindi, dell'identificazione della fattispecie), dell'accessorietà e dell'autonomia dell'obbligazione di garanzia autonoma, della meritevolezza degli interessi perseguiti, delle eccezioni opponibili, del meccanismo delle rivalse e della causa contrattuale¹¹¹⁰.

Nel rinvenire i punti nodali prefati nell'articolato groviglio giurisprudenziale, appare opportuno muovere dal pronunciamento di legittimità, reso a sezioni unite, risalente all'ormai lontano 1987¹¹¹¹. Accanto ad una epidermica ricostruzione della tendenza germanica a distinguere le garanzie personali in quelle accessorie ed in quelle autonome, i giudici hanno riconosciuto che, l'incedere del commercio internazionale e dei connessi rapporti interbancari, hanno determinato la prassi di contratti fideiussori in parte svincolati dal negozio principale garantito, soprattutto mediante clausole di pagamento a prima

¹¹⁰⁷ Così, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1061.

¹¹⁰⁸ Precisa, però, M.R. MARELLA, voce *Promessa del fatto del terzo*, cit., p. 393 che promessa del fatto del terzo e contratto autonomo di garanzia, pur nella diversità dell'assetto di interessi regolato, presentano significative coincidenze. Per l'A. viene in rilievo, in primo luogo, il carattere non accessorio della garanzia e, ancora, «[...] un profilo funzionale comune, poiché entrambi si esplicano nello spostamento di un rischio, quello rappresentato dalla frustrazione dell'interesse del creditore, da questo al promittente o, rispettivamente, garante. Come la p.f.t., anche il contratto autonomo di garanzia garantisce non un credito, ma un interesse legato al conseguimento di un'utilità da parte del creditore».

¹¹⁰⁹ U. GRASSI, *Il contratto autonomo di garanzia* (Garantievertrag), in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, cit., p. 237 ss.

¹¹¹⁰ Per esaurienti raffronti, v. A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *NGCC*, 2010, I, p. 435 ss.; P. TARTAGLIA, *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 967 ss.; C. FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 572 ss. Anche nella trattatistica il tema dell'evoluzione giurisprudenziale che ha conosciuto il contratto autonomo di garanzia e della meritevolezza degli interessi è doviziosamente approfondito. Cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 428 ss.; G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 775 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, cit., p. 217 ss.; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 159 ss.; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 131 ss.

¹¹¹¹ Cass., Sez. Un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit., con note di M. VIALE, *Sfogliando la margherita: «Garantievertrag» e fideiussione «omnibus» in Cassazione*, cit., c. 106 ss.; M. COSTANZA, *Adempimento del debito garantito e clausola di pagamento a vista e senza eccezioni*, cit., p. 383 ss.; A. CALDERALE, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il «big sleep» delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 3022 ss.

richiesta, in base alle quali il fideiussore è tenuto alla prestazione garantita in favore del creditore, senza che a questo possa essere preventivamente opposto l'avvenuto adempimento del debitore principale.

Se questo avrebbe potuto apparire uno sdoganamento del contratto autonomo di garanzia, in forza delle logiche del commercio internazionale e, quindi, dell'autonomia d'impresa, nel prosieguo del *decisum* tale aspirazione naufraga miseramente. Infatti, malgrado si fosse riconosciuta meritevolezza al contratto autonomo di garanzia, in forza della manifestazione una *causa cavendi* tesa a proteggere il creditore da lungaggini e complicanze, ciò non è apparso bastevole per sottrarre il contratto autonomo all'abbraccio soffocante del tipo fideiussorio¹¹¹².

L'ammissibilità dimidiata che riecheggia dal pronunciamento non appariva e non appare tuttora idonea a legittimare la prassi contrattuale della garanzia autonoma, mortificandone specificità proprie ed interessi sottesi¹¹¹³.

Con differente nitore, e rispetto delle caratteristiche del contratto autonomo di garanzia, nel 1989, la Corte di cassazione ha riconosciuto che il connotato fondamentale del contratto autonomo di garanzia, tipizzato nel commercio internazionale, va individuato nell'autonomia del rapporto di garanzia a quello garantito, giacché il garante si obbliga ad eseguire la prestazione in seguito alla semplice dichiarazione del creditore che affermi essersi verificato l'inadempimento dell'obbligazione principale, senza poter opporre eccezioni attinenti alla validità all'efficacia ed in genere alle vicende del rapporto di base¹¹¹⁴.

¹¹¹² Può leggersi che «ciò che merita di essere puntualizzato, riguardo all'autonomia del contratto atipico fideiussorio rispetto al negozio principale, è che essa va sempre inteso in senso relativo perché, come emerge dalla stessa costruzione della sentenza impugnata, la definizione del rapporto principale è in ogni caso destinata a determinare anche quella del negozio fideiussorio. In sostanza, se pure, contrariamente ai principi che disciplinano la fideiussione, è da ritenere valido il contratto che consente al creditore di esigere dal fideiussore il pagamento immediato, senza che in quella fase possano essere opposte le eccezioni sollevabili dal debitore garantito, tuttavia, come del resto hanno rilevato i giudici d'appello, tutto ciò si risolve in un'inversione dell'onere della prova perché, una volta effettuato il pagamento eventualmente ingiusto – per essere stata già esattamente adempiuta l'obbligazione principale garantita – la situazione giuridica tra le parti potrà essere riequilibrata e ristabilita con il sistema delle rivalse; essendo evidentemente inammissibile, e non tutelabile dall'ordinamento, che attraverso la clausola di pagamento “a prima richiesta” il creditore possa conseguire due volte la prestazione dovutagli: dal debitore garantito e dal fideiussore. Pertanto la cosiddetta autonomia del contratto fideiussorio rispetto al principale va intesa in senso relativo ed entro i limiti enunciati».

¹¹¹³ V. le riflessioni critiche di A. CALDERALE, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il «big sleep» delle sezioni unite*, cit., c. 3022 ss.; G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 3 s., nt. 1.

¹¹¹⁴ Cass., Sez. I, 6 ottobre 1989, n. 4006, con nota di G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia nel diritto svizzero*, in *Bbtc*, 1990, II, p. 1 ss.; F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità*, *ivi*, 1990,

La pronuncia, pur sforzandosi di riconoscere l'appartenenza della garanzia autonoma nel novero dei contratti d'impresa - asserendo, appunto, che il garante normalmente coincide con un istituto di credito od una compagnia di assicurazione -, non è apparsa totalmente al riparo da incertezze o timidezze, nel senso d'una progressiva debilitazione della autonomia contraddistinguente lo speciale rapporto di garanzia.

Con il predicare che la causa del contratto autonomo di garanzia dovesse rinvenirsi nella copertura del rischio connesso all'oggettiva inesecuzione del rapporto di base, in quanto pur sempre costitutivo del fondamento e della misura della prestazione del garante, i giudici ebbero ad evidenziare nel momento causale stesso il limite dell'autonomia "dichiarata" del contratto. Infatti, si è osservato che il negozio di garanzia sarebbe stato geneticamente nullo per mancanza di causa qualora l'obbligazione originaria fosse stata affetta da nullità o non fosse giammai esistita. Ancora, non si è mancato di precisare come, anche nel momento esecutivo, il contratto autonomo di garanzia avrebbe potuto essere infirmato da un difetto funzionale, con conseguente ingiustificatezza dell'attribuzione patrimoniale, allorché fosse verificatasi una oggettiva soppressione del rischio garantito per già avvenuto conseguimento della *res debita* da parte del garante.

Ulteriore profilo di distonia con il sistema poi successivamente consolidatosi circa il profilo delle rivalse e della *condictio indebiti*, ha riguardato la possibilità che in caso di escussione abusiva, a ripetere l'indebitito nei confronti dello stesso creditore fosse il garante medesimo e non il debitore ordinante.

La sentenza lascia apprezzarsi per il riconoscimento, in forza dell'autonomia contrattuale, del contratto autonomo di garanzia ma i condizionamenti allo schema della garanzia accessoria appaiono, ancora, una volta sfibrare la funzionalità della garanzia autonoma, relativizzando o limitando l'autonomia della medesima¹¹¹⁵.

Sempre sul versante dell'ammissibilità e della identificazione morfologica del contratto autonomo di garanzia può, invece, lasciarsi apprezzare pronunciamenti di

II, p. 553 ss. V. le osservazioni critiche di P. TARTAGLIA, *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 969 ss.; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 134 ss.

¹¹¹⁵ P. TARTAGLIA, *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 971 s. precisa (pure in riferimento a Cass., Sez. I, 18 novembre 1992, cit.) che «la relatività o il limite deriverebbero dalla connessione con il rapporto garantito [...] e dall'identificazione dell'oggetto dell'obbligazione di garanzia *per relationem* rispetto a quella principale. Senonché, seguendo questa impostazione, non si accredita l'esistenza di un "distacco" tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia, né si contribuisce a dissipare le incertezze [...] incombenti sulla figura del "contratto autonomo di garanzia"».

legittimità del 1991¹¹¹⁶ e del 1998¹¹¹⁷. Specie, in ques'ultima, è stato precisato, nettamente, che, il contratto autonomo di garanzia, espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322, comma 2, c.c., si configurasse come una relazione tri o quadrilaterale fra il destinatario della prestazione, il garante, il controgarante (soggetto non necessario e che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera) e il debitore della prestazione (l'ordinante)¹¹¹⁸.

Si è, quindi, precisato che la caratteristica fondamentale di tale contratto, idonea a distinguerlo dalla fattispecie fideiussoria, si rinviene nella carenza dell'elemento dell'accessorietà, in forza del quale il garante s'impegna a pagare al beneficiario, che escuta la garanzia, senza opporre eccezioni in ordine né alla validità né all'efficacia del rapporto di base.

La piena legittimità e copertura del contratto autonomo di garanzia assegnata dalla giurisprudenza si consolida con l'intervento, già diversamente menzionato, delle sezioni unite nel 2010¹¹¹⁹.

All'interno di un ragionamento molto articolato l'assise ha lumeggiato i punti cardinali del contratto autonomo di garanzia, precisando che l'assonanza (non già la totale sovrapposizione) con la funzione tipicamente cauzionale, consistente nell'immediata disponibilità ed impiego di risorse al fine di garanzia, senza improduttivo immobilizzo di capitali, intacca gli aspetti funzionali della garanzia.

Ciò produce una mutazione genetica da vicenda lato sensu fideiussoria in fattispecie atipica che, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., persegue un interesse certamente meritevole di tutela, identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario minato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali).

¹¹¹⁶ Cass., Sez. I, 7 giugno 1991, n. 6494, con nota di G. MEO, *Il contratto autonomo di garanzia è un contratto atipico che soddisfa interessi meritevoli di tutela*, in *Bbtc*, 1992, II, p. 529 ss.

¹¹¹⁷ Cass., Sez. III, 11 febbraio 1998, n. 1420, con nota di V. CARIELLO, *Questioni di diritto processuale e sostanziale in tema di contratti autonomi di garanzia*, in *Bbtc*, 1999, II, p. 272 ss.

¹¹¹⁸ V. CARIELLO, *Questioni di diritto processuale e sostanziale in tema di contratti autonomi di garanzia*, cit., pp. 273-275.

¹¹¹⁹ Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

Esaurito il sinottico quadro che ha condotto alla designazione del contratto autonomo di garanzia (a prima richiesta) quale fattispecie atipica, disarcionata dalle stringenti maglie fideiussorie, il predicato dell'autonomia non è assunto a dogma irriducibile ma, sotto il regime funzionale, sconta dei limiti che hanno impegnato diffusamente i giudici di legittimità¹¹²⁰.

L'impegno di tenere indenne il creditore beneficiario da eccezioni paralizzanti attinenti alle sorti del rapporto di valuta non esaurisce il ventaglio di eccezioni di cui può disporre il garante¹¹²¹.

Il garante può sottrarsi al pagamento della garanzia invocando ragioni interne al rapporto di garanzia medesimo. Tra queste, considerate come indifferibili ed opponibili senza limiti¹¹²², vengono in rilievo le eccezioni sul tenore letterale dell'accordo¹¹²³, quelle attinenti all'efficacia temporale della garanzia, nonché ai requisiti formali pattuiti per l'escussione.

Ancora, quelle concernenti la nullità per illiceità della causa, dell'oggetto e dei motivi del contratto di garanzia, quindi, più generalmente, la validità del contratto¹¹²⁴. L'autonomia del rapporto di garanzia non conduce, inoltre, ad obliterare la facoltà di sollevare eccezioni dirette e personali, tra cui l'eccezione di compensazione per un credito

¹¹²⁰ C. FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 573 s.

¹¹²¹ Per un quadro generale di dottrina, *ex multis*, cfr. i saggi di G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 176 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 19 ss.; M. MAGGIOLO, *La tutela degli obbligati nelle garanzie a prima richiesta*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 427 ss.; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 285 ss.; F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 148 ss.; 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, p. 252 ss.; e le opere monografiche di F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 359 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 467 ss.; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 142 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, cit., p. 249 ss.; G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 826 ss.; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 216 ss.; F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 131 ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 342 ss. a p. 349 ss.

¹¹²² F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 362.

¹¹²³ S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, cit., p. 250 precisa che «si tratta di ipotesi piuttosto ricorrenti e che consentono al garante di opporsi alla richiesta di pagamento del beneficiario: [...] (basti richiamare) il caso dell'escussione intempestiva in quanto effettuata dopo la scadenza del termine di validità della garanzia, oppure il caso in cui l'escussione sia avvenuta senza che il beneficiario abbia prodotto una certa documentazione pur indicata come necessaria nel testo della garanzia per legittimare la richiesta di pagamento [...]»; V. CAPPUCCELLI, D. CORAPI, voce *Garanzie bancarie I) Ordinamento italiano*, cit., p. 12.

¹¹²⁴ Cass., Sez. III, 7 marzo 2002, n. 3326, con nota di M. AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*, in *Contratti*, 2002, p. 1087 ss.

originariamente appartenente al garante, la quale resta liberamente disponibile e rinunciabile da parte del garante¹¹²⁵. Più delicato, appare il tema delle eccezioni connesse al rapporto di valuta che, quantunque costitutivamente avulse dalla dinamica funzionale del contratto autonomo di garanzia, possono riemergere, in una complessiva ottica di gradazione dell'autonomia funzionale alla salvaguardia della funzione economica dell'istituto¹¹²⁶.

La giurisprudenza ha, distintamente, ammesso la possibilità che al garante si estenda sia la facoltà di far valere l'inesistenza¹¹²⁷ del rapporto garantito - tale da rendere, a monte, irrealizzabile ed insussistente la funzione di garanzia¹¹²⁸ - sia quella di eccepire la nullità del contratto base, derivante da contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa¹¹²⁹. In quest'ultimo caso si è precisato che il difetto originario del contratto garantito si comunichi, estendendosi al rapporto di garanzia, al fine di precludere al beneficiario un risultato favorevole vietato dall'ordinamento¹¹³⁰. Altra eccezione in grado di evitare che

¹¹²⁵ Cass., Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6728. In dottrina, cfr. G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 15 s. V. la limpida ricostruzione di F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 370 il quale, dapprima, precisa che l'eccezione di compensazione da parte del garante rappresenta «[...] un modo semplice, sicuro e automatico per soddisfare i propri controcreditori: esso riduce (o elimina) il rischio di un successivo inadempimento di tali crediti da parte del beneficiario». In seguito, annota che il credito opposto dal garante «[...] debba appartenergli originariamente e non dipendere invece dal rapporto-base: se infatti il garante lo acquisisse a titolo derivativo dall'ordinante (ad es., mediante una cessione) e potesse poi opporlo al creditore "principale" (beneficiario), sarebbe fin troppo facile eludere l'autonomia della garanzia e consentire al garante di ricavare eccezioni dal rapporto principale, come in una qualsiasi garanzia accessoria».

¹¹²⁶ F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 150.

¹¹²⁷ In giurisprudenza, Cass., Sez. III, 24 aprile 2008, n. 10652, con nota di M. CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Bbtc*, 2009, II, p. 431 ss. Non rifugge da questa lettura, Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

¹¹²⁸ In dottrina, v. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 602; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 298 ss. a p. 300 ss.; EAD., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 553 ss. a p. 561 giustifica ciò in considerazione del fatto che «[...] il nostro ordinamento non sembra accogliere una nozione puramente strutturale di causa, quanto piuttosto un'accezione oggettiva, concreta e funzionale [...]».

¹¹²⁹ Tra le diverse pronunce che si occupano del tema, v. Cass., Sez. III, 10 gennaio 2012, n. 65, con nota di V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *NGCC*, 2012, I, p. 552 ss. a p. 556; Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; Cass., Sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, cit.; Cass., Sez. III, 7 marzo 2002, n. 3326, cit.

¹¹³⁰ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1065, a riprova della ammissibilità ordinamentale del contratto autonomo di garanzia e del mancato contrasto con la regola inderogabile dell'art. 1462 c.c., replica che «[...] la necessaria descrizione nel contratto di garanzia del rapporto base, palesando l'illiceità del "fondamento", porterebbe sicuramente anche alla nullità (del contratto autonomo di garanzia) per illiceità della causa, a parte la considerazione che il più delle volte allo stesso risultato si perviene adoperando il principio della frode alla legge (art. 1344 c.c.)»; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 180 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 179; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 362 ss. Mutuando una riflessione in tema di titoli di credito ed eccezioni esperibili formulata da F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, cit., p. 59, può asserirsi che l'autonomia della garanzia «[...] significa che non può

l'incondizionata sudditanza del garante dinanzi ad ogni pretesa del beneficiario traligni e si declini in sudditanza riposa sull'*exceptio doli* che, rappresentando un'infrazione dell'astrattezza¹¹³¹, pone al riparo il garante da eventuali escussioni abusive e fraudolente¹¹³².

La paralisi delle iniquità, informata all'ossequio dei canoni di buona fede contrattuale ex art. 1175 e 1375 c.c.¹¹³³, tuttavia, non può, snaturare la *ratio* della garanzia autonoma e risolversi in uso arbitrario¹¹³⁴.

L'*exceptio doli* può essere opposta solo ed esclusivamente in caso di prove liquide ed incontrovertibili dell'abuso e/o della frode che, pertanto, attestino in modo irrecusabile l'inesistenza o l'estinzione del diritto garantito¹¹³⁵.

rifiutarsi l'adempimento del primo contestando la validità del secondo, ma non esclude la rilevanza di una vicenda, pure attinente, dal punto di vista fattuale, allo svolgimento del rapporto causale, ove essa integri, *aliunde*, una ipotesi di invalidità, alla stregua dei principi generali, dell'obbligazione cartolare».

¹¹³¹ D. CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., p. 668.

¹¹³² G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1071 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 19 ss., sostiene che l'eccezione di dolo rappresenti un limite intrinseco dell'obbligo della banca che trae origine dal principio di buona fede. Ancora, possono consultarsi l'approfondito saggio di A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 987 ss. e E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 304 ss.; EAD., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 563 ss. V. la monografia di L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, Milano, 1993.

¹¹³³ Cfr. G. GRIPPO, *La garanzia automatica tra «tecnica» e «politica»: tendenze della giurisprudenza*, in *Bbtc*, 1985, II, p. 91 ss. Cfr. le ricostruzioni di P. LAMBRINI, *Eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia*, e P. ZILLOTTO, *Eccezione di dolo generale e solidarietà nelle garanzie autonome*, ambedue in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006, rispettivamente a p. 139 ss. e p. 173 ss.

¹¹³⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. I, 17 marzo 2006, n. 5997, ove si può leggere che «nelle garanzie autonome, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, a meno che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, non escludono l'operatività del principio della buona fede, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata, in virtù del quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento, qualora esistano prove evidenti del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta del beneficiario; tale rifiuto non rappresenta una mera facoltà, ma un dovere del garante, il quale è legato al debitore principale da un rapporto di mandato, che è tenuto ad adempiere con diligenza e secondo buona fede, con la conseguenza che l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario in presenza di prove evidenti della sua pretestuosità preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale»; Cass., Sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, con nota di T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 223 ss. e C. ROMEO, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Contratti*, 2007, p. 980 ss.; Cass., Sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26262 e Cass., Sez. III, 24 aprile 2008, n. 10652, cit.

¹¹³⁵ Criticamente, L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 630 ss.; ID., *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 613. V. C. FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 576 ss.

La prova liquida deve tradursi in una palese manifestazione che renda agevolmente percepibile l'esistenza della frode e/o dell'abuso, che non potendo essere presunti o fumosi, di contro, necessitano di una allegazione documentale¹¹³⁶. Ancora, di preminente rilievo nella designazione dei tratti operativi caratteristici del contratto autonomo di garanzia risulta il regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento¹¹³⁷.

Le garanzie bancarie autonome, a differenza del meccanismo fideiussorio, per cui l'*actio indebiti* è esercitata dal garante nei riguardi del creditore beneficiario, sono configurate in modo da consentire al garante che abbia effettuato il pagamento, l'immediato addebito a carico del debitore ordinante, su cui grava l'onere di recuperare presso il beneficiario le somme indebitamente incamerate¹¹³⁸.

Attraverso l'effetto di autonomizzare il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, il debitore non può opporsi al pagamento preteso dal garante né eccepire nulla, in sede di rivalsa, circa l'avvenuto pagamento¹¹³⁹.

La procedura di rivalsa sconta un'eccezione. Nel caso di pagamento effettuato dal garante in presenza di evidenti prove della malafede del creditore beneficiario, il garante non potrà rivalersi verso il debitore ordinario, restando salva la possibilità di agire contro il beneficiario mediante la *condictio indebiti*, ex art. 2033 c.c.

¹¹³⁶ F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 483 s. ricostruisce attentamente le singole e differenti modalità ammesse dalla giurisprudenza ed integranti il concetto di prova liquida. Per una analisi della casistica giurisprudenziale di merito, G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 836 ss. V. G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 22. A detta di M. VALIGNANI, *L'intervento del giudice nei crediti documentari e nelle garanzie bancarie internazionali*, in *Bbtc*, 1981, II, p. 170 ss., il concetto di prova liquida non possiede dei contorni netti e precisi. In tema, M. CUCCOVILLO, *Garanzie autonome, «prova liquida» e inibitoria di pagamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 105 ss.

¹¹³⁷ C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 354 ss.

¹¹³⁸ G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 177 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., p. 17; G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, cit., p. 112 ss.; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 162 ss. V. le ampie considerazioni di F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 237 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 387 ss.

¹¹³⁹ Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; Cass., Sez. I, 19 giugno 2001, n. 8324; Cass., Sez. III, 20 aprile 2004, n. 7502.

4. I problemi connessi all'elemento causale del contratto autonomo di garanzia e l'autonomia d'impresa

Le questioni sottese alla causa contrattuale non risparmiano il contratto autonomo di garanzia, anzi, sollecitano la dottrina e l'interprete a muoversi tra angustie concettuali, legate alla ontologica polivocità del termine, e ad offrire soluzioni diversificate non sempre coerenti con le trame contrattuali.

Ed allora, le teorie sulla causa, intesa alla stregua di sintesi giustificativa dello spostamento patrimoniale attuato tramite il contratto¹¹⁴⁰, sintesi degli effetti contrattuali¹¹⁴¹, ma anche, in prospettiva funzionale¹¹⁴², quale funzione economico-sociale¹¹⁴³, funzione economico-individuale¹¹⁴⁴, ragion pratica del contratto¹¹⁴⁵ - vale a dire interesse che l'operazione mira a soddisfare¹¹⁴⁶ -, scopo comune¹¹⁴⁷ e, non da ultimo, le teorizzazioni della causa in concreto e della causa in astratto¹¹⁴⁸, si intrecciano con il profilo, tanto temuto quanto spigoloso, ma pur sempre rilevante, dell'astrazione¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁰ In generale, cfr. M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss. a p. 564; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 2 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 341; R. SACCO, *La causa*, in *Tratt. Sacco*, I, *Il contratto*, cit., p. 792.

¹¹⁴¹ R. SACCO, *La causa*, cit., p. 784.

¹¹⁴² G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 29 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1343*, cit., p. 300 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., p. 27, p. 187 assegna alla causa il ruolo di regola «[...] vista nella sua attitudine funzionale, cioè nel suo indirizzarsi ad un risultato».

¹¹⁴³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., spec. p. 119 ss. Di causa quale funzione pratico-sociale del negozio, riconosciuta, in generale e preventivamente dal diritto, parla L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 596.

¹¹⁴⁴ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in ID., C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, cit., p. 87 ss. V., anche, F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 245 ss.

¹¹⁴⁵ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 103 ss. Cfr. le tesi di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in ID., *Scritti giuridici*, III, 1947-1957, Milano, 2010, p. 219 ss.; V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1979, p. 54.

¹¹⁴⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 447.

¹¹⁴⁷ S. PIRAS, *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*, I, *La struttura*, Milano, 1952, p. 61 ss. Parla di motivo determinante comune P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., p. 62.

¹¹⁴⁸ *Ex multis*, tra gli studi monografici in tema, cfr. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., *passim*; R. ROLLI, *Causa in concreto e causa in astratto*, cit., *passim*; E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., spec. p. 43 ss. Riguardo ai saggi, invece, cfr. D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, cit., p. 37 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 957 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 251 ss. In giurisprudenza, segnatamente al contratto autonomo di garanzia, v. Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; Cass., Sez. III, 10 gennaio 2012, n. 65, cit.

Il contratto autonomo di garanzia può costituire un momento di importante riflessione, esercitata assumendo la causa come modo per valutare complessivamente il ruolo del contratto, nel tentativo di fare emergere il rapporto di questo con gli interessi delle parti coinvolte¹¹⁵⁰ e il contributo che può apportare la teoria dell'autonomia d'impresa¹¹⁵¹.

Ciò imporrebbe di non lasciarsi suggestionare da tentazioni concettualistiche, che trascinerrebbero nel vortice della parola causa¹¹⁵², optando per uno sguardo orientato ai problemi che originano e si schiudono dal contratto autonomo di garanzia.

I problemi sono legati al rinvenimento del fondamento causale del contratto autonomo di garanzia, prevalentemente, caratterizzato dall'indipendenza e dall'ininfluenza verso l'obbligazione principale garantita¹¹⁵³, e, segnatamente, se esso sia individuabile all'interno del contratto ovvero se la ragione giustificativa debba essere ricercata esternamente rispetto al regolamento contrattuale, ossia all'interno di un più vasto contesto operativo in cui il contratto autonomo di garanzia si esplica¹¹⁵⁴. Da qui, si inferisce che il costituente causale venga, preminentemente, in rilievo sia ai fini dell'accertamento della

¹¹⁴⁹ Cfr. le puntuali considerazioni di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, p. 283 ss. a p. 303 ss. e di L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 191 ss. Di preminente rilievo sono gli studi di M. GIORGIANNI, voce *Causa* (*dir. priv.*), cit., p. 565 ss.; P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, cit., p. 673 ss.; A. LENER, *Expressio causae e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, *Diritto e processo civile*, Napoli, 1972, p. 1 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 175; V. SCALISI, voce *Negoziato astratto*, cit., p. 52 ss.; B. TROISI, voce *Negoziato giuridico II) Negoziato astratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; R. SACCO, voce *Negoziato astratto*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 48 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone*, XII, *Il contratto in generale*, II, Torino, 1999, p. 15 ss. a p. 33 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., *passim*; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 301 ss.; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., p. 676 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 128 ss.; M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, cit., *passim*; F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., *passim*; ID., *Causa ed efficacia dell'atto*, Milano, 2012, p. 149 ss.

¹¹⁵⁰ A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss.; ID., *Le promesse unilaterali*, cit., p. 77 ss.

¹¹⁵¹ G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit, p. 174 s.; ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 14 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 51 ss. a p. 62 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 37 ss. a p. 45.

¹¹⁵² G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, cit., p. 264; P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, cit., p. 711 ss. Sul tema, in generale, v. A. PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, cit., *passim*.

¹¹⁵³ G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 30.

¹¹⁵⁴ P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 441 s.

liceità del contratto che della valutazione della serietà e della vincolatività della promessa di garanzia¹¹⁵⁵.

Ovvero, nell'analisi dei requisiti strutturali e funzionali e degli interessi¹¹⁵⁶ coinvolti nella dinamica del contratto autonomo di garanzia¹¹⁵⁷.

La dottrina si è, a lungo, dibattuta sul fondamento causale del contratto autonomo di garanzia, tra tesi evocative di una giustificazione esterna e tesi mirate, invece, ad una giustificazione interna.

A rendere compatibile il contratto autonomo di garanzia con il principio causalista ordinamentale si è sostenuto, forti dell'ellissi con la disciplina del credito documentario irrevocabile, che al sistema civilistico non fosse estranea la situazione in cui lo spostamento patrimoniale non derivasse da un negozio con una causa in sé interna ma andasse cercato esternamente¹¹⁵⁸.

Il contratto autonomo di garanzia assurge a rango di negozio causale, data l'enunciazione all'interno del contratto della funzione economica dell'attribuzione - scopo del disponente - e pur rimanendo il rinvenimento del fondamento della prestazione al suo esterno, ma al contempo non può negarsi una caratterizzante connotazione astratta,

¹¹⁵⁵ Cfr. l'approfondito studio di F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., *passim*. In tema, R. SACCO, *La causa*, cit., p. 794 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 179 precisa che sotto il profilo della serietà e dell'impegnatività della promessa di garanzia, «[...] 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 (cioè il soddisfacimento di esigenze essenziali per le imprese), 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»; A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 205 ss. Per alcune considerazioni sistematiche, v. G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 96 ss.

¹¹⁵⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 528; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss. V. le osservazioni critiche di L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 66 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 188 ss.; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 175 ss.

¹¹⁵⁷ Spiega U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 15 s. che nella sfera degli impegni con funzione di garanzia «[...] il senso dell'operazione economica spesso non si riduce a un suo singolo frammento ma va rintracciato in un contesto più complesso quand'anche non sia dato ricostruirlo per mezzo di un riferimento legislativo puntuale. Complessità e concretezza dell'analisi spesso sono congiunte; e soltanto ove siano valutate insieme consentono di dar conto del lecito fondamento degli interessi regolati». V. le considerazioni di G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., spec. p. 58 s.; E. MOSCATI, *La causa del contratto*, in *Diritto civile Lipari-Rescigno*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, cit., p. 280 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 128 ss. a p. 133.

¹¹⁵⁸ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1063 s.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 170 ss.

nell'accezione che definisce l'indipendenza della validità dell'attribuzione dai vizi della sua funzione economica¹¹⁵⁹.

A fugare i dubbi di un'astrazione, comunque risolvendosi in uno spostamento patrimoniale sguarnito di giusta causa, si è argomenato che l'attribuzione patrimoniale del garante trovi la sua ragione validatrice nel rapporto tra il garante e l'ordinante ed in quello di valuta tra debitore e creditore¹¹⁶⁰ e che l'ingiustificata escussione da parte del garante non si cristallizzi in una situazione irrimediabile, ma rende il medesimo esposto all'esperimento di una *condictio indebiti* o ad una equipollente azione recuperatoria o ad un'azione risarcitoria¹¹⁶¹. Questa ricostruzione ha il pregio di considerare il contratto autonomo di garanzia nella sua manifestazione globale, ripetendo dal riferimento al rapporto sottostante cui la garanzia accede la giustificazione causale (*expressio causae*)¹¹⁶² e, al contempo,

¹¹⁵⁹ Questa configurazione dell'astrattezza è elaborata da P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, cit., p. 719. Precisa A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 86 s. che «[...] la promessa del garante non è a termine o parte di un contratto causale, del tipo fideiussione, ma attribuzione obbligatoria e solo *causalmente* condizionata, ma nella permanenza (e non già nella insorgenza) dei suoi effetti, dalla esistenza del debito garantito». *Contra*, P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 125 s. per cui trattasi di «[...] soluzione, sotto il profilo logico, contraddittoria, non potendo essere uno stesso schema essere ad un tempo causale ed astratto».

¹¹⁶⁰ G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 175. Cfr., anche, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 166 ss. a p. 167 per cui «[...] la funzione di garanzia che il contratto autonomo tende ad assolvere si traduce in una formula di per sé astratta, ma che si riempie di contenuti attraverso il riferimento, da un lato, al rapporto di provvista (ordinante-garante), dall'altro, al rapporto di valuta (ordinante-beneficiario)»; G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 811 ss. a p. 814. V., però, i rilievi dubitativi mossi da A. D'ANGELO, sub art. 1987, in ID., *Le promesse unilaterali. Artt. 1987-1991*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 358 ss.

¹¹⁶¹ G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1063 s. Per G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, cit., p. 30 «[...] in un ordinamento causalista come quello italiano, l'astrazione causale non signific(a) ammissibilità della mancanza di causa, ma solo possibilità di dare rilievo al difetto della stessa in un momento successivo a quello dell'attuazione del rapporto». Può essere richiamata l'autorevole ricostruzione di F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 119 per cui «[...] anche il contratto astratto ha una causa; la quale, però, è *fuori di esso* e per questo [...] rest(a) provvisoriamente "accantonata" e inoperante, consentendo al creditore di ottenere la prestazione, senza necessità di richiamarsi alla causa; tuttavia, al debitore, che abbia adempiuto senza causa, è attribuito il diritto di ripetere la prestazione», nonché le acute riflessioni di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, cit., p. 284 ss. In tema, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 379. *Contra*, F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 321 ss.

¹¹⁶² Ricca di spunti è la monografia di M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, cit., spec. p. 201 ss. a p. 206, nt. 27 per cui il contratto autonomo di garanzia «[...] non è allora - e non potrebbe essere - privo di causa né nel senso di essere privo di uno scopo pratico giuridicamente rilevante, né nel senso di dar luogo a spostamenti patrimoniali totalmente astratti da un *Grund*; ciò che lo caratterizza è piuttosto un modo peculiare di regolamentazione delle questioni che il concetto di causa riassume: proponibilità o improponibilità di eccezioni relative al rapporto di valuta nell'ambito del rapporto garante/beneficiario; riequilibrio degli spostamenti patrimoniali ingiustificati». *Contra* la prospettiva elusiva della causa esterna e dell'*expressio causae* si schiera E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 559 ss. a p. 561 ss. la quale invita a considerare il problema causale attraverso la prospettiva rimediale. Critici, anche, paiono, F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 132 s.; G. VILLANACCI, *Performance Bond. Caratteri e funzioni*, cit., p. 73 s.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del*

impedendo che la conformazione alla regola causalista possa snaturare l'essenza autonoma della garanzia, risolvendosi, di tal fatta, in un rapporto fideiussorio¹¹⁶³.

Diversamente, si è evidenziato che il contratto autonomo di garanzia potrebbe, più semplicemente, risultare causalmente giustificato da un eventuale intervento di corrispettivo, operando, di conseguenza, come causa lo scambio¹¹⁶⁴. Potrebbe obiettarsi, anche tenendo conto della sua *tipica* declinazione quale contratto d'impresa, della sua strutturazione, del legame con i rapporti sottostanti, e dell'astrattezza immanente, che una ordinaria applicazione (strutturale) del costituente causale - che tenga in non cale le ragioni dell'impresa e l'attività complessiva - potrebbe addirittura, essere cagione di sacrificio della *ratio* economica e dell'utilità giuridica¹¹⁶⁵.

Tenendo in debito riguardo il contesto operativo in cui il contratto autonomo di garanzia, prevalentemente, si innesta, ovvero quello del mercato e delle imprese, e i profili funzionali, non è mancato chi vi ha assegnato all'astrazione il ruolo di causa stessa del contratto¹¹⁶⁶.

credito, cit., p. 188 s. In una prospettiva generale, v. A. LENER, *Expressio causae e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, cit., p. 27 s.; G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., p. 206 ss.

¹¹⁶³ G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 43. Eloquently, F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 179 rileva che, sotto il profilo della funzione della causa, riguardante l'esame della sua liceità, «[...] il Garantievertrag contiene nel suo testo l'indicazione del rapporto garantito, sicché l'illiceità di quest'ultimo conduce alla nullità della garanzia per illiceità della causa. Di conseguenza la garanzia a prima richiesta non si configura come un atto "muto" circa la "causa", soltanto che per volontà delle parti il suo rilievo è ridotto nei limiti previsti dalle stesse [...]». Cfr. G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, cit., p. 27 ss. a p. 36 ss.

¹¹⁶⁴ Cfr. R. SACCO, *La causa*, p. 797, nt. 13; M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, cit., p. 202; F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 109 ss.

¹¹⁶⁵ G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 171 spiega che «[...] se una banca assuma, a favore di un proprio cliente, una garanzia "senza eccezioni ed a prima richiesta" a beneficio di un terzo contraente, non si dubiterà dell'utilità economica della "purezza" dell'impegno, consistente nel consolidamento dell'immagine internazionale della banca concedente e nella certezza di "rientrare" del pagamento effettuato senza il rischio di coinvolgimento in dispute sostanziali tra cliente o beneficiario». Prosegue l'A. che l'assunzione dell'impegno nell'operazione complessiva «[...] non per questo assurgerà a "causa" in senso giuridico-strutturale dell'impegno, poiché ciò è quanto le parti intendono massimamente evitare: è proprio la "purezza" dell'impegno, infatti, a renderlo capace di servire, all'interno dell'operazione, lo scopo perseguito; resolo "causale", se ne spunterebbe l'efficacia, in quanto ne verrebbe sacrificata la ratio economica e, in definitiva, l'utilità giuridica». *Contra*, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 561 per cui «l'applicazione della causa, dunque, non può in alcun modo far temere un ritorno all'accessorietà, ma tutt'al più evidenzia una minima limitazione nel concetto di autonomia [...]». Rilievi dubitativi sono esposti anche da P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 450 ss. e da F. CAPPAL, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 143 ss.

¹¹⁶⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 378 s.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 128 ss.

All'obbligazione del garante di adempiere a richiesta fatta e senza eccezioni si è estesa una valutazione non solo in termini squisitamente effettuale ma, vieppiù, causalmente determinativa¹¹⁶⁷.

Il riferimento alla causa esterna, alla dinamica dell'astrazione non coincide, come si è provato a delineare, con lo sdoganamento di un negozio privo di ogni forma di controllo causale. Trattasi, invero, di una limitazione dell'efficacia, concreta e dinamica, della situazione giuridica originaria intercorrente tra debitore e creditore, quale valore giuridico incidente sul contratto autonomo di garanzia¹¹⁶⁸.

Esso merita di essere trasferito dal piano dell'atto al piano dell'attività, consentendo l'emergere delle ragioni dell'impresa ed una valutazione sistematica circa l'integrazione delle singole posizioni contrattuali¹¹⁶⁹.

Inoltre, l'astrazione del contratto autonomo di garanzia, può essere intesa in senso debole¹¹⁷⁰, come diverso modo di soddisfare (pressoché un'attenuazione) l'esigenza causale, nonché attributiva al soggetto pregiudicato di azioni recuperatorie e restitutorie¹¹⁷¹.

Distintamente dalla teoria della causa esterna - all'interno della quale milita anche la tesi che evoca quale fonte determinativa dell'impegno assunto dal garante, il mandato intercorrente tra ordinante e garante¹¹⁷² - e della rilevazione del fenomeno dell'astrazione, non sono mancate importanti ricostruzioni dottrinali volte a rinvenire, internamente, il

¹¹⁶⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 378 s. precisa che nel contratto autonomo di garanzia «[...] l'astrazione che ricorre qui è, paradossalmente, essa stessa causa del contratto: infatti la ragione giustificativa di questo è proprio dare al creditore una garanzia particolarmente forte e sicura, insensibile alle eccezioni ordinariamente capaci di bloccare una normale garanzia fideiussoria».

¹¹⁶⁸ Dalla prospettiva del rapporto tra causa e categoria dei negozi sull'effetto giuridico (tra cui rientra la fideiussione), v. G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., spec. p. 216.

¹¹⁶⁹ Cfr. E. MOSCATI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 495; ID., *La causa del contratto*, cit., p. 281 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., spec. p. 131 ss.

¹¹⁷⁰ U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 33 ss.; R. SACCO, voce *Negozio astratto*, cit., p. 48 ss. Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 193.

¹¹⁷¹ R. SACCO, voce *Negozio astratto*, cit., p. 51; V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, cit., p. 112 s. Può essere utile menzionare quanto ha rilevato C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, cit., p. 1020 per cui «[...] non vi è vera e propria astrattizzazione rispetto alla garanzia fideiussoria, ma l'astrazione [...] è ad un grado più avanzato, rispetto a questa, sulla strada della separazione rispetto all'influenza effettuale delle vicende afferenti il rapporto nascente dal negozio che ne è la premessa causale: e la denominazione di garanzia personale non accessoria, sotto la quale si rubrica la fattispecie atipica in oggetto, allude non ad un negozio sine causa, ma scolpisce una causalità sostanzialmente differente rispetto alla fattispecie tipica».

¹¹⁷² È l'opinione di G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 871 ss. Sull'influenza del mandato nel contratto autonomo di garanzia v. le considerazioni critiche di F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 92.

fondamento causale del contratto di garanzia, in modo tale da disperdere ogni difficoltà circa il rischio di produzione di attribuzioni patrimoniali ingiustificate¹¹⁷³. Si è arguito che il contratto autonomo di garanzia non possa trovare la propria giustificazione, esclusivamente, in forza del richiamo del rapporto di valuta (inteso quale vicenda attributiva di effetti)¹¹⁷⁴.

Di contro, il fondamento causale sarebbe da individuare nel rischio della perdita patrimoniale, che grava sul beneficiario in dipendenza del contratto stipulato con l'ordinante¹¹⁷⁵ (non è mancata, altresì, la declinazione della copertura del rischio in chiave assicurativa¹¹⁷⁶).

L'insufficienza dell'*expressio causae* e la presenza di cause remote non appare, in una ulteriore diversa prospettazione, bastevole all'individuazione del fondamento giustificativo degli effetti del contratto che, perciò, deve essere interno al medesimo¹¹⁷⁷.

La giustificazione causale del contratto autonomo di garanzia risiederebbe nella funzione di garanzia, nella c.d. *causa cavendi*. Nel rafforzamento della sicurezza del credito, e, nel caso di specie, nella garanzia di un risultato considerato nella sua materialità e vantaggioso per il creditore¹¹⁷⁸, si colora la causa del contratto autonomo di garanzia, risultando tale esigenza prevedibile dalle parti anche al di fuori di un contesto negoziale

¹¹⁷³ G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 305 s.

¹¹⁷⁴ L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 179.

¹¹⁷⁵ L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 49 ss. a p. 179. Assai critico nei riguardi di questa impostazione è P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 443 per cui tale costruzione difetterebbe sotto due profili: «per un verso omette di indicare e descrivere i caratteri della situazione giuridica passiva del garante (e della corrispondente posizione del beneficiario) che consente di realizzare tale attribuzione. Inoltre - e soprattutto - lascia del tutto impregiudicata l'annosa questione relativa alla giustificazione causale del contratto autonomo facendo così emergere, in maniera emblematica, il difetto di impostazione [...] (per cui) dall'individuazione dello specifico vantaggio che viene attribuito al creditore-garantito per effetto dell'assunzione dell'impegno da parte del garante, non può essere tratta alcuna indicazione in ordine alla determinazione della giustificazione causale dell'atto da quale scaturisce tale impegno».

¹¹⁷⁶ U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 130 ss. a p. 138 ss.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 177 s.

¹¹⁷⁷ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 320 ss. a p. 321 spiega che l'*expressio causae* «[...] non varrebbe a trasformare in causale un negozio, che l'ordinamento prevedesse come astratto, né basterebbe ad elevare il finalismo delle parti al rango di causa; non serve, infatti, per affermare la natura causale del contratto, semplicemente richiamarsi all'autonomia privata, creatrice dei tipi contrattuali. È invece, indispensabile, a tal fine, cercare la risposta dell'ordinamento, verificare, cioè, se lo scopo voluto dalle parti costituisca una funzione pratica in esso inquadrabile e da esso positivamente apprezzabile».

¹¹⁷⁸ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 354.

fideiussorio e, quindi, non in grado di contraddire l'autonomia del contratto autonomo di garanzia dai rapporti di base¹¹⁷⁹.

Ulteriormente, si è sostenuto l'assunto per cui, nella specifica individuazione di una causa autonoma ed interna, non sarebbe la *causa cavendi* ad esaurire l'uniformità al requisito strutturale imposto dall'art. 1325 c.c., bensì la combinazione tra causa di garanzia e causa *obligandi*¹¹⁸⁰.

Una diversa ricostruzione, assai articolata, rintuzza l'astrattezza del contratto autonomo di garanzia, asserendo che essa non può essere giustificata per mezzo della volontà delle parti ma, solamente, in forza di esplicite previsioni legali¹¹⁸¹. Da questa precisazione, e stante la necessità di rinvenire un fondamento causale, si è posto in esponente il collegamento di carattere economico e giuridico¹¹⁸² intercorrente tra i vari segmenti in cui si inserisce il contratto autonomo di garanzia.

Di tal fatta, la presentazione della garanzia assurge a mezzo irrinunciabile, richiesto dal beneficiario per la stipulazione del contratto con l'imprenditore (debitore) garantito: si addiviene a raggiungere nella promozione contrattuale la causa del contratto autonomo di garanzia¹¹⁸³.

Il profilo della causa del contratto autonomo di garanzia offre un banco di prova assai interessante per l'autonomia d'impresa.

¹¹⁷⁹ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 353 precisa che il contratto autonomo di garanzia sarà meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico: «a) in riferimento all'*intera operazione economica*, in cui esso si inserisce, e *alle relazioni giuridiche*, in cui tale operazione si traduce; b) purché il suo contenuto programmatico o *miri, ex ante* e in astratto, ad un'(almeno soggettivamente) *equilibrata distribuzione delle attribuzioni* - nella complessiva operazione cui è destinato -, prevedendo un vantaggio per il garante (ipotesi onerosa), o sia giustificabile da un interesse apprezzabile di quest'ultimo, consistente in un vantaggio realizzabile *ex post*, anche se non prevedibile nella sua precisa entità economica (ipotesi gratuita). In mancanza di tale interesse, l'assunzione di garanzia si *può* presentare come liberalità, ma seguendone allora la peculiare disciplina; c) in relazione alla situazione giuridica di ciascun soggetto nell'operazione (per il momento basti genericamente osservare che un'eccessiva compressione delle difese di uno dei soggetti da eventuali abusi degli altri renderebbe assai difficile sostenere la meritevolezza di tutela del contratto atipico)».

¹¹⁸⁰ P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 129 ss. a p. 130 precisa che: «[...] la causa non è soltanto di garanzia, ma consiste anche nella previsione della soddisfazione degli interessi alla esecuzione dell'attribuzione: il beneficiario a ricevere "a semplice richiesta" la prestazione promessa; il garante a compiere la prestazione per eseguire il mandato ricevuto dall'ordinante».

¹¹⁸¹ A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 97 ss.

¹¹⁸² Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, p. 119.

¹¹⁸³ A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 108 precisa che la promozione contrattuale nel contratto autonomo di garanzia si pone, in primo piano, sul rango causale. L'A. specifica che «in ogni negozio di garanzia in senso tecnico si ha questo elemento di "promozione" di un affare; che rimane però allo stato di motivo, o di presupposto di fatto, dell'assunzione della garanzia».

I contratti autonomi di garanzia si esplicano all'interno della dinamica imprenditoriale, sono contratti cui fanno ricorso le imprese - in cui si radicano scopi lucrativi e speculativi, accanto a finalità di garanzia - e questa considerazione, non può arrestarsi a constatazione inane o ad orpello retorico.

Vi è di più. La teoria dell'autonomia d'impresa, fondata sull'art. 41 Cost., suggerisce un'interpretazione *altra* delle norme della parte generale del contratto.

In questo caso, una lettura riduttiva¹¹⁸⁴ o diversificata¹¹⁸⁵ del portato causalista. Il controllo causale, come dianzi rilevato, non deve arrestarsi al contratto, inteso quale atto isolato, ma deve estendersi all'attività complessiva: in modo da rilevare nel contratto un frammento funzionale di quest'ultima¹¹⁸⁶.

Occorre quindi un coordinamento tra controllo causale, espanso al momento dell'attività, e livello di meritevolezza che, stante quanto prescritto all'art. 41 Cost., incontra il già pregnante limite dell'utilità sociale e si pone ad un livello ulteriore (maggiore) rispetto al contratto concluso dall'individuo proprietario¹¹⁸⁷.

Ciò induce a predicare che il contratto autonomo di garanzia con il suo grado di astrazione e la sua peculiare valutazione causale debba essere ammesso come contratto d'impresa, manifestazione dell'autonomia d'impresa e momento decisivo per la costruzione di un sistema di principi di governo delle relazioni contrattuali distinto da quello che regge il contratto di diritto comune¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁴ G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 174.

¹¹⁸⁵ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 51.

¹¹⁸⁶ M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, cit., p. 62; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 43 s.

¹¹⁸⁷ Per una valorizzazione giurisprudenziale dell'art. 41 Cost. nell'ambito delle relazioni contrattuali, cfr. gli spunti di A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 944. Cfr. le considerazioni critiche di F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 63 ss., p. 72 ss., p. 88 ss. a p. 93.

¹¹⁸⁸ Assai utile appare ricordare, nuovamente, quanto sostiene L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 45 «[...] l'autonomia d'impresa, nel valorizzare l'attività negoziale dell'imprenditore, avrebbe un ruolo infungibile sia per gli atti astratti, siano essi contratti o atti unilaterali, sia per i negozi causali atipici, dei quali configurerebbe la struttura ed i limiti di operatività». In tema, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., spec. p. 52. *Contra*, A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 97 ss. e A. D'ANGELO, sub *art. 1987*, cit., p. 368 s.

Un controllo causale, comunque irriducibile per i contratti d'impresa¹¹⁸⁹, deve tenere in considerazione gli interessi che si obiettivano e traspaiono dalle maglie dell'operazione contrattuale¹¹⁹⁰: uno scrutinio che superi le rigidità derivanti dall'intendere la causa quale funzione economico sociale¹¹⁹¹ e sia, ad un tempo, concreto, in quanto si appunta sullo specifico assetto di interessi trasfuso ma, anche, astratto, in quanto mira ad enucleare i nessi legittimanti attraverso un parametro esterno ed obiettivo che riassume il senso dell'operazione¹¹⁹².

Da ciò, può anche arguirsi che il rischio di spostamenti patrimoniali ingiustificati e di attribuzioni economiche prive di fondamento, ovvero il rinvenimento di una ragione della sanzione del vincolo che giustifica il trasferimento di ricchezza, possa non essere del tutto espunto se nelle trame contrattuali abbiano ad operare esclusivamente soggetti comuni¹¹⁹³, mentre l'incedere e l'insistere del soggetto-impresa, quindi la connessione oggettiva tra

¹¹⁸⁹ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 62 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 273 ss.

¹¹⁹⁰ In generale, cfr. lo studio di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 217 ss. a p. 237 s. ove, pur dissentendo da chi è favorevole al dissolvimento causale all'interno dell'interesse (il riferimento è a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 370) precisa che «[...] è innegabile che proprio la suaccennata moderna linea evolutiva dimostra che, ove si intende ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto d'autonomia, deve concentrarsi l'indagine sulla causa, in quanto è proprio quest'ultima a racchiudere in sé, fra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili, quello che ha acquisito concreta e specifica consistenza. Ecco perché, nell'indicata più consapevole prospettiva l'analisi degli interessi di cui il negozio è portatore, non può non sfociare in quella della causa; con la conseguenza che estremamente discutibile, se non addirittura dannoso, e certamente infecondo apparirebbe, in questa sede, continuare a riconoscere agli interessi penetrati nell'atto d'autoregolamento, una posizione autonoma distinta da quella della causa».

¹¹⁹¹ Per alcune notazioni di teoria generale, cfr. P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, spec. p. 202, p. 209. Per ulteriori spunti, v. A. PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, cit., p. 5 a p. 43.

¹¹⁹² G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 58. In una prospettiva più vasta, spiega G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 136 che «la sintesi giuridica degli elementi che condizionano la autonomia privata al rispetto delle norme imperative, non si realizza in astratto, con riferimento a una regola tipica, ma in concreto, quale valutazione globale dell'assetto di interessi, che si caratterizza in relazione al risultato sostanziale, oltreché al fine perseguito». Per ulteriori spunti sul rapporto tra causa in concreto, soggettività metaindividuale della società di persone, astratta possibilità dell'effetto negoziale e garanzia personale, cfr. A. BARBA, *Obbligazione sociale e garanzia personale del socio illimitatamente responsabile*, cit., p. 114 ss. a p. 117 s.

¹¹⁹³ Seppur da una più complessa prospettiva, può leggersi quanto scritto da C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 343 per cui «[...] un contratto atipico di garanzia, in assenza di interessi patrimoniali facenti capo al garante, deve trovare giustificazione in un intento di liberalità, ossia nell'intento di attribuire ai soggetti del rapporto principale un vantaggio - consistente, per il creditore, nell'attenuazione del rischio e, per il debitore principale, nell'*utilitas temporis* - cui corrisponde un proprio sacrificio economico, identificabile nella passività attuale accompagnata dal rischio del recupero della somma dal debitore».

garanzia autonoma ed esercizio di un'attività d'impresa, condurrebbe ad una diversa valutazione del causalismo¹¹⁹⁴, dell'astrazione¹¹⁹⁵ e della meritevolezza¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁴ Più in generale, A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 85 parla di distacco e di abbandono del causalismo contrattuale generato dal moderno trend delle forme di garanzia.

¹¹⁹⁵ A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 86, in riferimento al contratto autonomo di garanzia, parla di obbligazione del garante «[...] contrassegnata da relativa “astrattezza”, se per astrattezza si intende *il vigore* dell'obbligazione a prescindere da elementi o circostanze ad essa “esterni” [...]». Per G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 41 non può revocarsi in dubbio che «la prestazione “astratta” sia da considerare una tessera di un più ampio mosaico (variamente articolato) di rapporti che, nelle loro reciproche implicazioni, descrivono i tratti della complessiva operazione entro cui l'operazione è collocata e, nel contempo, rendono percepibile l'obiettivo che, con essa, le parti si sono prefisse di conseguire; è, altresì, chiaro che detta prestazione è voluta con la sua natura astratta e con i profili di (più o meno) spiccata “autonomia” che ne caratterizzano la struttura e la disciplina, in quanto funzionale alla realizzazione del risultato desiderato e parimenti assodato che a questa sua “neutralità” (rispetto alle vicende che possano interessare l'operazione sottostante) le parti assegnano un valore a tal punto essenziale da rendere la prestazione medesima, ove non contrassegnata da quei caratteri, del tutto inutile, perché non più idonea ad assolvere quella funzione strumentale rispetto al risultato da raggiungere che ne costituisce, in buona sostanza, l'intima ragion d'essere». Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 477 ss. Per una distinta valutazione volta, però, a ratificare la limitata rilevanza dell'interesse causale all'interno della teoria contrattuale, v. S. PIRAS, *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*, I, *La struttura*, cit., p. 64 per cui «[...] al fine di alleggerire la pratica del traffico giuridico, il legislatore mostra di volere accantonare la rilevanza (del requisito causale), disinteressandosi in linea di massima del colore di un determinato contratto, cioè di quello che può essere lo scopo in concreto perseguito dalle parti mediante la stipulazione del contratto medesimo».

¹¹⁹⁶ G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 96 s., p. 196; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 181 ss.

5. La fideiussione omnibus: peculiarità strutturali e conformazione negoziale

La contrattualistica d'impresa in materia di garanzie personali del credito si lascia apprezzare, in modo assai deciso, attraverso lo schema regolamentare della fideiussione omnibus. La genesi di tale meccanismo negoziale, ampiamente derogatorio rispetto al plesso fideiussorio codicistico, si rinviene nelle norme bancarie uniformi, contrattazione standardizzata predisposta dagli istituti di credito, al fine di procurarsi una garanzia fluida ed immediata, a copertura dell'intera esposizione debitoria risultante al momento dell'escussione¹¹⁹⁷.

L'elevazione del grado di realizzazione dell'interesse creditorio, raggiungibile mediante questo atto negoziale, pur sempre incidente sull'intensità di un effetto giuridico preesistente¹¹⁹⁸, ha posto sul tavolo differenti problemi in termini di determinabilità, compatibilità con la disciplina contrattuale dell'oggetto, validità delle clausole derogatorie ex artt. 1938 e 1956 c.c., e buona fede *in executivis*. Problemi, questi, meritevoli di essere vagliati attraverso un'analisi diacronica e strutturale, non adombrando, al contempo, il profilo della funzionalità che aiuta a discernere l'operatività della fideiussione omnibus rispetto alla *comune* fideiussione¹¹⁹⁹.

A mente dell'art. 1938 c.c., la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito. (Quest'ultimo periodo, novellando l'originario testo dell'art. 1938 c.c., a seguito dell'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n. 154, recante norme per la trasparenza delle operazioni bancarie, va tenuto in stretta considerazione, come emergerà nel prosieguo, con la strutturazione della fideiussione omnibus e con le dinamiche d'impresa coinvolte nel reticolo negoziale).

¹¹⁹⁷ *Ex multis*, M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, cit., p. 321; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 99 ss.; A. GALASSO, *Perché, come e quando la fideiussione omnibus è valida*, cit., p. 29; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 29 a p. 33. V. le riflessioni critiche, a tratti caustiche, di A. BREGOLI, *Per un'«amministrazione controllata» della fideiussione omnibus*, in *Bbtc*, 1983, I, p. 469, p. 479 a p. 484 s. Ben documentato rimane lo studio di G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., p. 244 ss.

¹¹⁹⁸ In generale, G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., p. 129 ss. a p. 525 ss.

¹¹⁹⁹ Che il giudizio di validità e di invalidità della fideiussione omnibus debba trascendere quello del tipo appuntandosi attorno a problemi concreti lo sostiene, E. ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, cit., p. 139. In questo senso, anche, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 29 ss. Cfr. S. MACCARONE, voce *Contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 389 ss. a p. 394.

L'ammissibilità ordinamentale di una garanzia nei confronti di un'obbligazione futura, e quindi non ancora sorta al momento della stipula del negozio fideiussorio¹²⁰⁰, costituente una novità rispetto alla codificazione ottocentesca, parebbe in linea con il più generale principio di deducibilità all'interno del contratto della prestazione di cosa futura¹²⁰¹.

Ciononostante, rispetto al tenore del dettato codicistico, la fideiussione omnibus obbedisce ad una differente concezione funzionale per via della colorazione bancaria: non limitata ad una singola obbligazione in divenire o per un tempo definito, ma inserita in una cornice operativa più complessa ed articolata. Essa, come già accennato, mira a favorire l'accesso del debitore garantito a finanziamenti economici e delinea un'obbligazione di garanzia elastica ed uniformata agli interessi delle parti sottesi¹²⁰².

Questa funzione (economico-sociale¹²⁰³) svolta dalla fideiussione omnibus, che ne avrebbe conferito validità e meritevolezza, andava correlata, prima della novella del 1992, con la determinabilità dell'oggetto del contratto, tema che ha suscitato un vivace dibattito dottrinale e pretorio¹²⁰⁴.

La ricostruzione volta a minare dalle fondamenta la sostenibilità ordinamentale della fideiussione omnibus era imperniata su differenti aspetti: a) sulla distorsione ermeneutica del disposto dell'art. 1938 c.c. e del principio di accessorietà fideiussoria, alla stregua del quale l'obbligazione fideiussoria, quantunque futura e condizionale, avrebbe dovuto

¹²⁰⁰ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 136 precisa che la locuzione obbligazione futura non abbia un significato tecnico, stando ad indicare, soltanto genericamente, debiti ancora non sorti; F. MACIOCE, *L'atipicità della fideiussione omnibus*, cit., p. 387.

¹²⁰¹ Precisa A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 137 nel raffronto tra fideiussione per un debito futuro e la vendita di cosa futura sottolinea che «[...] nel primo caso, manca un presupposto per l'esistenza del diritto di garanzia, nel secondo caso, mancando addirittura la cosa su cui dovrebbe cadere il diritto da trasferire, in realtà, si ha la mancanza di un presupposto, che impedisce alla stessa maniera il sorgere del diritto». Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 497; M. FRAGALI, sub *art. 1938*, in ID., *Fideiussione. Mandato di credito. Art. 1936-1959*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., p. 190; A. DI BIASE, *La fideiussione omnibus a ventun'anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei «limiti» all'impegno del garante*, cit., p. 173.

¹²⁰² V. l'analisi di G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 153 ss.

¹²⁰³ Così, Cass., Sez. III, 1° agosto 1987, n. 6656, cit.

¹²⁰⁴ La posizione di chiusura nei riguardi della fideiussione omnibus è rinvenibile in alcune pronunce di merito. *Ex multis*, v. Trib. Milano, 6 settembre 1979; Trib. Milano, 12 luglio 1984; Trib. Roma, 27 maggio 1985, con nota di G. PIAZZA, *La giurisprudenza di merito si ribella alla Cassazione: la fideiussione omnibus è nulla!*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2014 ss.

possedere il canone della determinabilità *ab origine*¹²⁰⁵; b) sull'indeterminabilità del *quantum* fideiussorio, stante l'impossibilità per il fideiussore di conoscere, nel momento in cui assume la garanzia, l'importo cui sarà tenuto, altrimenti noto solo al momento della chiusura dei rapporti¹²⁰⁶; c) sul rischio di arbitrarietà ed abusi in capo al creditore, che avrebbe esposto ad un sacrificio ingiustificato e ad una prestazione iugulatoria, o quantomeno sperequata, il fideiussore, lasciando questi sguarnito da protezione alcuna¹²⁰⁷.

Di tutt'altro avviso sono apparse la dottrina e la giurisprudenza di legittimità¹²⁰⁸, protese a rinvenire la giustificazione dell'oggetto della fideiussione omnibus nel meccansimo della determinabilità *per relationem*, giusta l'art. 1346 c.c., in riferimento a parametri soggettivi ed oggettivi.

Gli indici informativi della determinabilità dell'oggetto sono stati identificati nella dinamica fattuale e contrattuale instaurantesi tra creditore garantito e debitore originario, nella somma dell'importo garantito, nei limiti temporali previsti, nell'esercizio del diritto di recesso spettante al garante, negli interessi del garante e, in modo assai decisivo, nel parametro della normale attività bancaria¹²⁰⁹.

¹²⁰⁵ V. ANGELONI, *Fideiussioni per obbligazioni indeterminate*, cit., p. 65.

¹²⁰⁶ Problematicamente, in questa direzione, G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, cit., p. 227 ss. Precisa A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 141 che è necessaria una limitazione, implicita od esplicita, dell'ammontare del debito da garantire. Con ciò, l'A. precisa «[...] non che, altrimenti, si debba considerare invalido il negozio per indeterminatezza dell'oggetto, ma perché, invece, si avrebbe, anche in questo caso, il perseguimento di scopi diversi da quelli propri del negozio fideiussorio».

¹²⁰⁷ G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, cit., p. 229. In questo senso v., anche, E. ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, cit., p. 140 ss. a p. 150 ss.; E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., spec. p. 147; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, cit., p. 64 ss.

¹²⁰⁸ Tra la vasta giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 31 gennaio 1957, n. 363, con nota di M. FOSCHINI, *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, cit., p. 456 ss.; Cass., Sez. I, 29 ottobre 1971, n. 3037, con nota di R. MARTINELLI, *Sulla fideiussione generale*, in *Foro it.*, 1972, I, c. 396 ss.; Cass., Sez. I, 31 agosto 1984, n. 4738, con nota di L. PONTIROLI, *Validità e limiti della fideiussione generale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 809 ss.; Cass., Sez. I, 18 luglio 1989, n. 3362, con nota di U. GRASSI, *Fideiussione omnibus e buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 920 ss. e con nota di A. DI MAJO, *La fideiussione «omnibus» e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2753 ss.

¹²⁰⁹ Per approfondite osservazioni, cfr. M. FRAGALI, sub *art. 1938*, cit., p. 192; ID., *La fideiussione generale*, cit., p. 331 ss.; P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, cit., p. 1170 ss. Per M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 66, l'art. 1938 c.c. consentirebbe d'asserire che «[...] al momento della stipulazione del contratto di fideiussione non sia necessaria né l'esistenza di un rapporto in corso di formazione, né tanto meno l'esistenza di un vincolo giuridico dal quale trarrà origine l'obbligazione garantita» quanto, invece, l'esistenza di riferimenti minimi che consentano di uscire dal vago (A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 140 s.). Per E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 142 occorre che la fideiussione non sia prestata in bianco ma che figurino elementi della fattispecie in formazione tali da delinere la causa dell'obbligazione medesima e, anche, la valutazione dell'ammontare complessivo.

Questi referenti tecnico-giuridici traducevano, concretamente, il portato di contratto d'impresa, espresso dalla fideiussione omnibus, la cui logica, espansa al medio logico dell'attività, consentiva la determinabilità contrattuale *ab externo e per relationem*.

Detto più chiaramente, ai fini della determinabilità dell'obbligo fideiussorio, veniva a risultare bastevole il rimando convenzionale al riferimento alla normale e tipica attività d'intermediazione creditizia esercitata dalla banca, nonché alle operazioni bancarie compiute dal debitore garantito nel periodo di efficacia del contratto con la banca e conferenti con il contratto originario cui accedeva la fideiussione¹²¹⁰.

La determinabilità necessaria della fideiussione omnibus quale contratto d'impresa si posava, anche, sulla considerazione per cui l'intervento dell'operatore bancario, in virtù del regime pubblicistico di controlli cui veniva sottoposto e da cui veniva governato, avrebbe impedito un esercizio smodato ed arbitrario della concessione di credito, esponendo e vessando, oltremodo, il garante.

Preme sottolineare, invece, che la determinabilità unilaterale del creditore - frutto dell'autonomia privata e non in contrasto con le disposizioni civilistiche in tema di determinazione dell'oggetto, *ex art. 1349 c.c.*, allorquando non si risolve in esercizio meramente potestativo - risultava un requisito consustanziale alla fideiussione omnibus, espressivo dell'operazione economica contrattuale nel suo complesso, idoneo a conferire al contratto flessibilità senza aumento di litigiosità e ponendo al riparo la fideiussione omnibus da aleatorietà ed imprevedibilità¹²¹¹.

¹²¹⁰ M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, cit., p. 331 ss. a p. 334; P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, cit., p. 1173 s. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 1° agosto 1987, n. 6656, cit.; Cass., Sez. I, 31 agosto 1984, n. 4738. *Contra*, diffusamente, E. ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, cit., p. 141 ss.; A. BREGOLI, *Per un'«amministrazione controllata» della fideiussione omnibus*, cit., p. 476 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 151.

¹²¹¹ V. la lucida analisi di R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in *Tratt. Sacco*, II, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 117 ss. a p. 130 s. In tema, E. GABRIELLI, sub *artt. 1346-1347*, in ID., *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, p. 141. Per alcuni spunti, cfr. G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, cit., p. 91. Per A. BREGOLI, *Per un'«amministrazione controllata» della fideiussione omnibus*, cit., p. 480 s. il procedimento determinativo dell'oggetto, rimesso all'attività del creditore, rispetta il significato minimo di determinabilità «[...] quando, o per la fissazione nel contratto di criteri precisi di sviluppo della attività integrativa della controparte, o per la sua preventiva "canalizzazione", o per l'apposizione di limiti obiettivi al dispiegarsi della volontà del creditore, che realizzino il risultato di conformare il contenuto che va progressivamente prendendo corpo a quello pianificato, risulti comunque assicurato il rispetto della funzione pratica del requisito necessario della determinabilità dell'oggetto del contratto: permettere e pretendere la configurazione, anche indiretta o in prospezione, dei termini economici del programma contrattuale».

Il rischio che la *relatio* esterna o i sussidiari criteri di normalità¹²¹², assieme alla deroga ex art. 1956 c.c.¹²¹³, potessero non scongiurare prevaricazioni e indebiti approfittamenti, tramite cui le banche creditrici, ai limiti dell'imprudenza e dell'impudenza¹²¹⁴, avrebbero soffocato il garante, veniva neutralizzato da due distinte, ma pur sempre coordinate, tecniche giuridiche: a) la fonte integrativa esclusa per legge risulta essere solo la mera volontà dell'obbligato ed il mero arbitrio del terzo, così argomentandosi ex artt. 1349 c.c. e 1355 c.c.¹²¹⁵; b) la previsione dell'operatività del limite della correttezza e della buona fede, operanti nella corretta erogazione e gestione del credito nello svolgimento del rapporto garantito¹²¹⁶.

Il principio di buona fede, quale perno della fideiussione omnibus, ha trovato in differenti sentenze del 1989 una robusta applicazione¹²¹⁷, da cui ne è disceso un canone fondamentale, volto non già ad offrire una tecnica di controllo del contratto al momento genetico¹²¹⁸, quanto a delimitare i limiti della copertura fideiussoria nel momento attuativo,

¹²¹² M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, cit., p. 334.

¹²¹³ G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, cit., p. 230 ss.; V. ANGELONI, *Fideiussioni per obbligazioni indeterminate*, cit., p. 66 s. Per G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, cit., p. 87 s. è pur vero che, in astratto, sia difficile negare che la deroga all'art. 1956 c.c. «[...] possa dar luogo a comportamenti poco rispettosi delle ragioni del fideiussore; in concreto, però, si ha la sensazione che, nella maggior parte dei casi, l'atteggiamento pretestuoso sia proprio quello del garante, il quale, dopo essere rimasto a guardare, nella speranza di superare indenne il momento di crisi, viene a rinfacciare alla banca di aver profuso risorse in un pozzo senza fondo [...]».

¹²¹⁴ Così, G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, cit., p. 233 per cui la fideiussione omnibus avrebbe costituito un incentivo al delitto, laddove la banca si fosse impegnata a far credito al debitore per consentirgli di risarcire i danni da fatto illecito. Sulla problematica della risarcibilità fideiussoria degli illeciti, v. G. PIAZZA, *La fideiussione omnibus anche per fatto illecito?*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 722 ss.

¹²¹⁵ P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, cit., p. 1173. Ora, A. DI BIASE, *La fideiussione omnibus a ventun'anni dalla legge sulla trasparenza bancaria: alla ricerca dei «limiti» all'impegno del garante*, cit., p. 173. Criticamente, invece, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 222; A. BREGOLI, *Per un'«amministrazione controllata» della fideiussione omnibus*, cit., p. 480.

¹²¹⁶ Cfr. i contributi contenuti in A. MUNARI (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, cit.; R. RASCIO, *Sulla fideiussione generale bancaria*, cit., p. 261 ss.; G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, cit., p. 91 ss.

¹²¹⁷ Trattasi delle ben note sentenze Cass., Sez. I, 18 luglio 1989, n. 3362, cit.; Cass., Sez. I, 20 luglio 1989, n. 3385 e 3386, annotate da V. MARICONDA, *Fideiussione «omnibus» e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3102 ss.; Cass., Sez. I, 20 luglio 1989, n. 3387 e 3388. Per una riflessione approfondita v. A.A. DOLMETTA, *La fideiussione bancaria attiva nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale*, in A. MUNARI (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, cit., p. 3 ss.; R. RASCIO, *Sulla fideiussione generale bancaria*, cit., p. 261 ss.

¹²¹⁸ Precisa G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 184 che «la buona fede è un criterio di valutazione del concreto comportamento delle parti, nell'esecuzione del contratto, ma non anche di controllo del contenuto di quest'ultimo nel momento della sua stipulazione». Per l'A. «in linea generale i contraenti possono concordare liberamente il contenuto contrattuale, senza che in tale fase, e dopo la stipulazione, possa ipotizzarsi una nullità od annullabilità del negozio per violazione del principio di buona fede».

escludendo, di conseguenza, la responsabilità del garante per operazioni bancarie avulse dal normale e corretto operare creditizio¹²¹⁹.

L'efficacia della fideiussione omnibus, pertanto, si sarebbe ritratta laddove la banca, pur nella consapevolezza di un evidente stato di insolvenza o di un conclamato dissesto economico del debitore, avesse procurato a questi ulteriore credito, così esercitando una funzione creditizia contraria alle regole professionali e lesiva dell'effettiva possibilità di esercizio del regresso del fideiussore nei confronti del debitore¹²²⁰. Ancora, ipotesi di esercizio abusivo del credito, con conseguente esclusione del dovere di garanzia, si sarebbe avuta in caso di operazioni bancarie eseguite senza l'osservanza dei preliminari doveri informativi nei riguardi del fideiussore.

Va però precisato che il principio di buona fede andava e vada, preferibilmente, letto non quale un grimaldello deresponsabilizzante o un cuneo percussivo e indebitamente limitativo dell'autonomia privata, risolvendosi in uno svuotamento di significato e di utilità della fideiussione omnibus¹²²¹, quanto, piuttosto, concretamente e secondo le circostanze del caso¹²²², interpretato e misurato con gli effetti propri di ogni fideiussione omnibus¹²²³, tenendo in debito conto il ruolo d'impresa esercitato dalla banca¹²²⁴ ed, eventualmente, anche, dal garante¹²²⁵.

¹²¹⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Clausola «omnibus» nella fideiussione e buona fede* e A. NIGRO, *Corretto esercizio del credito e fideiussione «omnibus»*, ambedue in A. MUNARI (a cura di), *Fideiussione omnibus e buona fede*, cit., rispettivamente a p. 41 ss. e p. 91 ss. L'A. a p. 103 s. suggerisce per la fideiussione contrastante con i doveri bancari la radicale nullità della medesima.

¹²²⁰ Cfr. la ricostruzione di R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 120.

¹²²¹ A. NIGRO, *Corretto esercizio del credito e fideiussione «omnibus»*, cit., p. 102.

¹²²² Lucidamente, A. DI MAJO, *Clausola «omnibus» nella fideiussione e buona fede*, cit., p. 49 ss.; ID., *La fideiussione «omnibus» e il limite della buona fede*, cit., c. 2750 ss., precedentemente, aveva già messo in guardia dal rischio che dall'applicazione della buona fede si tralignasse in un «[...]» decisionismo giudiziario che *in subjecta materia* può essere fonte di incertezza, specie per l'azione delle banche, e forse anche di aggravii maggiori per gli utenti, sotto l'aspetto di maggior costi per l'accesso al credito».

¹²²³ Sia consentito riprendere quanto sostiene sul punto F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 131 per cui «il criterio della buona fede opera sempre sul piano degli effetti del contratto *inter partes* e tende a garantire alle parti che l'esecuzione vi sarà e corrisponderà alla realizzazione del programma contrattuale. Per ottenere ciò, può essere necessario conformare i comportamenti alle esigenze o, se si preferisce, agli interessi della controparte così come si sviluppano *in itinere*, avendo le stesse parti accettato l'idea - che è principio caratterizzante ed ineliminabile dei rapporti di durata - della (ri)determinazione dell'oggetto *ex post*, secondo parametri di normalità, nella maggior parte dei casi attinenti alle qualità dei soggetti, all'attività economica da loro svolta e alla disciplina legislativa (anche sono potenzialmente) incidente sul rapporto».

¹²²⁴ Precisa A. NIGRO, *Corretto esercizio del credito e fideiussione «omnibus»*, cit., p. 97 che «[...] se la qualità del soggetto-banca è, in quanto tale, influente nella determinazione *ex ante* del “programma contrattuale”, che concorre a

L'appartenenza al diritto degli affari della fideiussione omnibus, la sua discontinuità strutturale e funzionale dalla logica delle operazioni isolate e dei prestiti eccezionali¹²²⁶, deve però misurarsi, oggi, con correttivi di evocazione paternalista¹²²⁷, inseriti nell'ordito giustificativo della trasparenza delle relazioni giuridiche.

Infatti, all'art. 1938 c.c. è stata prescritta la previsione dell'importo massimo garantito per la fideiussione avente ad oggetto un'obbligazione futura e all'art. 1956 c.c., tramite l'aggiunta del comma 2, si è stabilito l'invalidità della rinuncia preventiva da parte del fideiussore ad avvalersi della liberazione ove il creditore abbia fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.

La fissazione del tetto massimo e il sistema della invalidità della rinuncia preventiva, traducibili in un adeguamento tutorio a favore del fideiussore contro i rischi endemici dati dalla determinabilità unilaterale¹²²⁸, ha animato una riflessione in termini di effettiva applicabilità della normativa alle fideiussioni bancarie, prima, e di adeguata risoluzione del tema della sopraffazione del garante, poi.

Si è arguito che l'intervento normativo non abbia condotto ad una tipizzazione della fideiussione omnibus, limitandosi ad incidere sulla disciplina della fideiussione prestata per obbligazione futura¹²²⁹: la fideiussione omnibus, pertanto, attraverso le sue clausole

definire nella rappresentazione delle parti, nel senso che chi entra in contatto con una banca è portato, proprio perché questa impresa esiste ed opera in un certo assetto rigorosamente determinato e governato, ad attendersi da essa un comportamento coerente alla sua funzione economica e conforme agli standards comuni all'intera categoria, tale qualità non può non essere influente, anche e proprio, nel modo di realizzazione di quel "programma contrattuale"».

¹²²⁵ G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 188 precisa che sulla valutazione di tutte le vicende e, specialmente, ove dispieghi la sua forza limitatrice il principio di buona fede «[...] pesa notevolmente il grado di estraneità del fideiussore alla gestione dell'impresa del debitore principale (essendo evidente, ad esempio, che l'obbligo di informazione da parte del creditore dovrà essere più intenso, se il garante non è partecipe degli affari del debitore garantito, avendo rilasciato la garanzia sulla base di semplici rapporti di parentela o di amicizia)». In tema, v. A. DI MAJO, *Clausola «omnibus» nella fideiussione e buona fede*, cit., p. 55 s.; R. RASCIO, *Sulla fideiussione generale bancaria*, cit., p. 262 ss., p. 271 ss.

¹²²⁶ F. BENATTI, *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, cit., p. 106.

¹²²⁷ L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 204.

¹²²⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 338; ID., *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in A. BELVEDERE, C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, cit., p. 150 s.

¹²²⁹ L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 38.

derogatorie e la sua alterità funzionale rispetto alla fideiussione codicistica¹²³⁰, rimarrebbe al riparo da tale conformazione legale¹²³¹.

Ora, accantonando la teoria tipologica¹²³², può, invece, rilevarsi come gli aggiustamenti vantino una natura imperativa, assurgano a principio generale di ordine pubblico economico¹²³³, la cui contrarietà importerebbe la nullità, ex art. 1418, comma 1, c.c., e non l'inefficacia¹²³⁴ né, tantomeno, la nullità per mancata determinazione dell'oggetto, ex art. 1346 c.c.¹²³⁵.

In omaggio alla *ratio legis*, finalizzata a proteggere il garante da soprusi e soperchierie esercitabili dalla banca creditrice, la previsione del tetto massimo potrebbe, ancora, risultare inadeguata qualora l'istituto di credito predetermini un *quantum debeatur*, manifestamente sproporzionato ed irragionevole¹²³⁶. Può, in questo contesto, essere convocato il principio della buona fede¹²³⁷?

¹²³⁰ G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, cit., p. 506, considerando la situazione normativa antecedente alla novella del 1992 ha rilevato che, attraverso il meccanismo della tipizzazione in negativo, vi fosse «[...] materia sufficiente per un controllo della eventuale abusività della determinazione del contenuto del contratto standard, alla luce della disciplina del tipo». Sulla tipizzazione in negativo, cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., spec. p. 19; ora, A. FACHECHI, *Il problema della disciplina applicabile tra tipicità e atipicità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1192 ss.

¹²³¹ V. le perplessità di G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 243 ss.

¹²³² In questo senso, invece, v. le rilevazioni di A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, cit., p. 211 ss. a p. 221 per cui la novella del 1992 «[...] consente di escludere l'atipicità della fideiussione omnibus, non solo perché (impone) di limitare l'oggetto della garanzia per obbligazioni future, ma anche perché mirano a salvaguardare la posizione del garante e riportano così in primo piano la funzione appunto di garanzia del contratto, relegandone in secondo piano quella creditizia, con l'imposizione della preventiva autorizzazione del garante alla concessione di crediti al debitore [...]».

¹²³³ Cass., Sez. III, 14 marzo 2014, n. 5951; Cass., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1520, con nota di P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, in *Btcc*, 2010, II, p. 665 ss. e di M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche «omnibus»: l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1249 ss.

¹²³⁴ M. FRANZONI, *Fideiussione omnibus e jus superveniens*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 428 ss. a p. 434.

¹²³⁵ M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 74; E. MINERVINI, *La nuova formulazione dell'art. 1956 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 257 ss. L'A. sottolinea che gravita in dottrina l'equivoco per cui l'art. 1956 sarebbe espressione di ordine pubblico ex artt. 1175 e 1375 c.c. Tuttavia, «l'affermazione è equivoca, in quanto sovrappone arbitrariamente il motivo per il quale il legislatore tutela un interesse, e l'interesse tutelato dal legislatore stesso. Nel caso di specie, l'interesse protetto è squisitamente privatistico: si tratta dell'interesse del fideiussore ad essere reso edotto, mediante la richiesta della speciale autorizzazione, del mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore, ed a decidere liberamente se assumere su di sé il rischio di nuovi affidamenti». In generale, G. BOZZI, *La fideiussione bancaria omnibus*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 790 ss. Per una ampia panoramica giurisprudenziale della giurisprudenza di merito, cfr. G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 229.

¹²³⁶ Criticamente F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 148 s. precisa che «l'aver fissato un "tetto" soltanto in parte rimuove gli inconvenienti, sia perché le banche potrebbero pretendere prudenzialmente garanzie per importi assai superiori ai fidi concessi, in generale ai crediti prevedibili, sia perché resta non chiarita la qualità e il

Il tema ha incontrato un colorito scetticismo, dettato dal fatto che l'attuale previsione di un tetto massimo costituisca di per sé un argine valevole (se non unico) operante in sede determinativa riguardo al rischio di abusi del creditore¹²³⁸ e non sussistendo criteri oggettivi per stabilire quando un importo debba essere reputato squilibrato rispetto alla capacità proporzionale ed al volume d'affari del debitore principale¹²³⁹.

Inoltre, a limitare l'operatività della buona fede solo al momento esecutivo¹²⁴⁰ concorrerebbe il combinato disposto ex artt. 1938 e 1956 c.c., in forza del quale, a limitare ipotesi e scenari di dilatazioni imprevedibili del credito, militano il massimale e la richiesta di autorizzazione al fideiussore¹²⁴¹, per la concessione di crediti in situazioni di difficoltà economica del debitore¹²⁴².

rischio delle operazioni che interverranno tra banca e cliente, né quali comportamenti la banca dovrà tenere per informare correttamente il fideiussore al momento della prestazione di garanzia e nel corso del rapporto».

¹²³⁷ In generale, v. A. MIRANDA, *A neverending story: la fideiussione omnibus*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, cit., p. 157 ss. Scetticamente, G.C.M. RIVOLTA, *Le nuove disposizioni sulla fideiussione*, cit., p. 675. V., anche, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 170. Per un'applicazione, invece, estensiva della clausola della buona fede, v. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 155.

¹²³⁸ In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 30 dicembre 1997, n. 13131 ove può leggersi che «la fideiussione bancaria cosiddetta omnibus è valida essendo l'oggetto della stessa determinabile attraverso il riferimento all'attività bancaria così come risulta limitata dalle rigide regole del sistema bancario, le quali escludono ogni possibilità di arbitrio da parte dell'istituto di credito e da parte dello stesso debitore principale; i principi generali di correttezza e buona fede non incidono sul contenuto del contratto, nel senso che, ad eccezione di quelle ipotesi nelle quali la violazione di detti doveri integri anche una delle specifiche cause di nullità o annullabilità del contratto, i contraenti possono comporre i loro contrapposti interessi come meglio credono, concordando liberamente detto contenuto contrattuale»; Cass., Sez. I, 19 gennaio 1995, n. 558.

¹²³⁹ G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 233 ss. a p. 234 per cui «quanto all'argomentazione suggestiva secondo cui un massimale garantito palesemente sproporzionato potrebbe considerarsi contrario ai principi di correttezza e buona fede (e in tal senso considerarsi nulla la clausola sul massimale), va osservato che, in realtà, nel nostro ordinamento i principi di correttezza e buona fede sono utilizzabili nella fase di esecuzione del contratto e non, invece, nella fase della stipulazione del contratto medesimo, non incidendo quindi sul contenuto e sulla validità del contratto».

¹²⁴⁰ Tra le sentenze di legittimità, v. Cass., Sez. I, 28 gennaio 1998, n. 831; Cass., Sez. I, 9 agosto 2016, n. 16827.

¹²⁴¹ Circa i profili formali e applicativi dell'autorizzazione del garante ex art. 1956 c.c., v. la recente sentenza della Cass., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 4112, con nota di A.A. DOLMETTA, *Sulla "speciale autorizzazione" del fideiussore ex art. 1956 c.c.*, in *Contratti*, 2016, p. 1077 ss.

¹²⁴² G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., p. 235 il quale precisa come «[...] il combinato disposto dei rinnovati artt. 1938-1956 c.c. mette in luce come dal punto di vista del creditore-banca, che riceve una fideiussione omnibus, la questione delicata sia non tanto l'eventuale fissazione di un tetto massimo garantito sproporzionato (e quindi suscettibile, in qualche modo, di un sindacato in sede giudiziale), quanto la necessità di richiedere l'autorizzazione del garante ogni volta che si verificano i presupposti indicati dall'art. 1956 c.c. È evidente, infatti, [...] che la previsione di un massimale garantito, di qualunque entità esso sia, non esclude che possano verificarsi le condizioni per l'applicazione dell'art. 1956 c.c.; ciò che avviene, appunto, allorché - *pur restando all'interno del massimale garantito* - il creditore-banca conceda ulteriore credito senza la speciale autorizzazione del fideiussore».

Dal dato che si è provato a ricostruire, tenderebbe ad emergere una disciplina della fideiussione omnibus non propriamente forgiata a misura d'impresa. Anzi, a seguito della novella del 1992, proprio le istanze dell'impresa che avevano plasmato un meccanismo di garanzia, sì accessorio, ma fisionomicamente (e, anche, funzionalmente) alterato rispetto alla garanzia fideiussoria codicistica, parrebbero conoscere una battuta d'arresto. Il vaticinio dell'eutanasia della fideiussione omnibus¹²⁴³ potrebbe risultare smentito, stante ancor'oggi il dibattito giurisprudenziale e dottrinale che anima la fideiussione omnibus.

Oltre a suggestive preconizzazioni, però, sarebbe interessante valutare come l'autonomia d'impresa possa oggi rapportarsi rispetto alla fideiussione omnibus. La lata determinabilità dell'oggetto contrattuale, antecedentemente al 1992, si inseriva, a pieno diritto, in una teoria dell'oggetto che tenesse in debito riguardo gli interessi d'impresa coinvolti, ratificando, d'altro canto, l'impossibilità di una stringente determinazione *ab origine* per via della dinamica propria dei traffici commerciali¹²⁴⁴.

Il rimando all'attività bancaria, al corretto esercizio della funzione professionale creditizia, alla natura del debitore ed a quella del garante si atteggiavano ad indici in grado di scongiurare aleatorietà ed imprevedibilità, per rispondere, concretamente, al meccanismo di una garanzia ampia e fluida, con una sfasatura cronologica del meccanismo di determinazione progressiva dell'oggetto della garanzia riconducibile all'autonomia privata.

Con le addizioni legislative del 1992, questo piano teorico e pratico ha conosciuto un deciso arretramento, in nome della trasparenza e della protezione del garante.

L'equivoco parrebbe annidarsi proprio in un eccessivo protezionismo ed in una conseguente mitizzazione della figura del garante che potrebbero pregiudicare, ingiustamente, l'elasticità della fideiussione omnibus¹²⁴⁵.

Bisognerebbe, di contro, considerare che chi garantisce tramite la modalità omnibus conserva e possiede, mediamente, all'atto della sottoscrizione del negozio fideiussorio, la prefigurazione del suo oggetto, ovvero della totale estensione a tutti i rapporti bancari che

¹²⁴³ L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 199 ss.

¹²⁴⁴ G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 99 ss.; L. BARBIERA, *Inefficacia parziale della fideiussione omnibus*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 223 s.; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 115 s.

¹²⁴⁵ G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 235.

coinvolgeranno il debitore ed è spinto da un interesse concreto verso il finanziamento del debitore¹²⁴⁶. Più interessante, inoltre, sarebbe meditare su un necessitato distinguo valutativo esteso al connotato soggettivo del garante. Sarebbe infruttuoso interpretare alla medesima stregua la fideiussione omnibus accordata da un privato e la fideiussione omnibus accordata da un'impresa¹²⁴⁷.

L'analisi degli interessi che animano l'impresa, la capacità di sopportare impegni gravosi e il rischio tipico dell'attività imprenditoriale potrebbero suggerire uno scrutinio differente circa le modalità operative e validate della fideiussione omnibus, rispetto a quanto è oggi cristallizzato normativamente e rispetto al rischio di logiche sopraffattorie¹²⁴⁸.

La garanzia prestata da un'impresa, nell'esplicazione della sua attività d'impresa commerciale, dovrebbe non essere assoggettata alle stringenti maglie che oggi uniformano il meccanismo fideiussorio omnibus, nell'ottica di una valorizzazione complessiva dell'attività statutaria d'impresa¹²⁴⁹ e di un progressivo avvicinamento alle soluzioni contenute all'interno del DCFR¹²⁵⁰ e nel sistema francese¹²⁵¹ (ove si limita, costitutivamente, l'impegno fideiussorio del garante consumatore ad una garanzia predeterminata, rispetto alla maggiore libertà che incontra l'impresa).

¹²⁴⁶ F. BENATTI, *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, cit., p. 106 s. per cui «il fideiussore non offre quasi mai al debitore un aiuto gratuito, meritando per questo ampia protezione: è, invece, colui che trae vantaggio dalla fideiussione». V., anche, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 34.

¹²⁴⁷ G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 235.

¹²⁴⁸ Addirittura, F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 191 ritiene che la clausola omnibus, proprio perché è diretta a fare credito, «[...] deve essere considerata valida nell'ambito dei rapporti instaurati dalla banca con imprese. Fuori di quest'ambito va esaminata caso per caso la sua rispondenza ai canoni della buona fede, buon costume e ordine pubblico». Differente è la ricostruzione offerta da A. BREGOLI, *Per un'«amministrazione controllata» della fideiussione omnibus*, cit., p. 484 s. per cui la promessa di garanzia «[...] avrà una tendenziale maggiore stabilità od affidabilità di tenuta, quando venga rilasciata in un quadro di rapporti coerenti all'attività d'impresa commerciale: e cioè dal garante professionale - che fa della prestazione del servizio di garanzia oggetto d'impresa - od a favore dell'imprenditore commerciale ("presunzione", per così dire, di validità della omnibus in materia di impresa commerciale)». Precisa l'A. che a ciò si addivene «non perché sia speciale, in subiecta materia, lo statuto dell'impresa commerciale, ma perché sarà presupposto, assunto a base del rischio d'impresa e della misura del compenso, per il garante professionale e presupposto semplicemente "normale", quando il garante assiste l'indebitamento di un'impresa commerciale (quando l'ambiente da cui si genera la garanzia è quello d'impresa), che il fideiussore si trovi nello stato d'informazione e conoscenza, che rende determinabile l'oggetto della garanzia».

¹²⁴⁹ *Ex multis*, v. G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, cit., p. 99 ss.; F. ALCARO, *Il soggetto-banca e la fideiussione omnibus*, cit., p. 13.

¹²⁵⁰ Cap. II, par. 2.

¹²⁵¹ Cap. II, par. 5. Il sistema francese, poi, manifesta, più in generale per ogni persona fisica, una *policy* di tendenziale chiusura nei riguardi del meccanismo contrattuale della fideiussione omnibus, incrementando una sorta di censurabile complessivo disfavore normativo per la fideiussione omnibus.

Ciò, in ogni caso, non si tradurrebbe in un'assenza di controlli e in una rivincita della arbitraria determinabilità unilaterale: il canone della buona fede, limitativo di abusi del potere contrattuale del creditore¹²⁵², dovrebbe ritenersi determinativo e decisivo così come una tecnica efficace di monitoraggio e tutela può consistere nel raffronto tra utilizzazione in concreto e funzione assegnata al contratto di fideiussione omnibus dalle parti¹²⁵³. Con la conseguenza che nell'interpretazione della portata della garanzia, essa si arresterebbe dinanzi ad ipotesi eccedenti la normalità alla stregua del programma negoziale¹²⁵⁴.

¹²⁵² G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., spec. p. 312 ss. a p. 382 ss.

¹²⁵³ Spiega F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 130 che per quanto riguarda il problema della determinabilità dell'oggetto della fideiussione omnibus può rilevarsi che «la determinazione *per relationem* dell'oggetto, nella prospettiva futura, è quasi irrilevante (se non fosse per una sorta di ossequio alle regole formali sulla validità dei contratti), mentre il ricorso al criterio della correttezza evidenzia il carattere endogeno, si direbbe, della rideterminazione dell'oggetto nei contratti di durata in corso di esecuzione». Sull'incidenza della buona fede nelle garanzie d'impresa, e più in generale sui contratti d'impresa, cfr. l'ampio studio di E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., spec. p. 536.

¹²⁵⁴ Così, M. BUSSOLETTI, voce *Garanzie bancarie*, cit., p. 376 ss.

6. Le interrelazioni tra fideiussione omnibus, teoria dell'oggetto e autonomia d'impresa

L'oggetto della fideiussione omnibus involge il più ampio e problematico profilo della teoria dell'oggetto contrattuale e invita a mettere in relazione la necessità di determinabilità, propria della garanzia omnibus, con le regole previste nel codice civile¹²⁵⁵.

La fideiussione omnibus, per sua conformazione strutturale e funzionale, reclama una deliberata incompletezza sotto il versante dell'oggetto contrattuale¹²⁵⁶, che si traduce in una determinabilità progressiva e in una sorta di adeguamento automatico del *quantum*, sino alla concorrenza della soglia prevista dal massimale imperativo.

L'oggetto del contratto ha conosciuto differenti intendimenti dottrinali¹²⁵⁷.

Certuni improntati nel rimarcare l'aspetto cosale, quello del bene¹²⁵⁸, della materia che cade sotto il volere delle parti¹²⁵⁹, cert'altri, criticando l'insufficienza e la genericità del nudo bene, sono risultati volti ad esaltare le prestazioni dedotte nel contratto stesso¹²⁶⁰.

¹²⁵⁵ Per alcune considerazioni complessive v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *Giur. Bigiavi, I contratti in generale*, III, *I requisiti del contratto*, Torino, 1991, p. 742 ss.

¹²⁵⁶ Di questo avviso è A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, p. 175. *Contra*, G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, cit., p. 74 ss. per cui la fideiussione omnibus è un contratto ad oggetto determinato, in quanto il testo contrattuale non rinvia ad una fonte integrativa esterna. Per l'A. «[...] il testo negoziale è pienamente intelligibile e privo di lacune, anche se contiene una espressione generale, che non specifica i debiti garantiti, ma li individua per la loro appartenenza ad una classe di rapporti (nell'esempio: quelli futuri), più o meno ampia, a seconda delle circostanze» (p. 76). V., in generale, E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, spec. p. 174 ss.

¹²⁵⁷ Per un approfondimento teorico, v. le voci di C.A. CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1980, p. 827 ss.; G. ALPA, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss. Tra gli studi monografici meritano considerazione le opere di P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, spec. p. 60 ss.; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, spec. p. 127 ss.; G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, spec. p. 129 ss.; E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, spec. p. 113 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, spec. p. 126 ss.; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, spec. p. 145 ss.; G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, cit., spec. p. 229 ss.; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2005; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 89 ss.

¹²⁵⁸ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 136; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 103 ss. per cui occorre distinguere tra oggetto e contenuto del contratto. Il primo si identifica con la cosa, con il diritto che il contratto trasferisce da una parte all'altra oppure con l'obbligazione promessa; il contenuto, invece, è il regolamento contrattuale derivante dall'inseme delle clausole. Precisa G.B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in ID., *Le anamorfose del diritto civile attuale. Saggi*, cit., p. 348 ss. a p. 351 per cui l'oggetto del negozio giuridico possa coincidere con il bene quale «[...] punto di riferimento oggettivo degli interessi coinvolti nel regolamento negoziale». L'A. precisa, però, che «bene [...] non può essere soltanto la cosa [...] intesa come parte limitata della realtà materiale, ma bene come attività, bene come valore anche incorporale [...]».

¹²⁵⁹ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 625. Per E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 57 «oggetto o "materia" del negozio sono [...] gli interessi che, secondo l'ordinamento sociale, comportino di essere regolati direttamente per opera degli stessi interessati nei loro rapporti reciproci».

Un altro orientamento, ancora, è apparso propenso ad identificare l'oggetto nell'elemento del contenuto¹²⁶¹, inteso in senso sostanziale quale insieme delle disposizioni contrattuali e concreta manifestazione dell'atto di autonomia privata espresso dall'autoregolamento¹²⁶².

La pluralità definitoria che ha incontrato lo statuto dell'oggetto può farsi risalire, soprattutto, alla mancata previsione di una definizione codicistica, laddove, invece, emerge un plesso di regole indeclinabili per la validità del contratto. Trattasi dei requisiti necessari dell'oggetto, rappresentati dalla possibilità, dalla liceità, dalla determinatezza o dalla determinabilità, della regola della possibilità sopravvenuta dell'oggetto, della deducibilità contrattuale della prestazione di cose future e della determinazione dell'oggetto affidata al terzo arbitratore.

Una risposta all'approccio diffidente nei riguardi del valore normativo del concetto d'oggetto contrattuale e della conseguente insufficienza sistematica¹²⁶³, potrebbe rinvenirsi in una lettura complessiva delle tesi dottrinali suesposte¹²⁶⁴ e dell'insieme delle regole che presidiano l'oggetto per mezzo d'una prospettiva valoriale¹²⁶⁵, evitando di procedere a

¹²⁶⁰ S. PIRAS, *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*, I, *La struttura*, cit., p. 66, p. 75 rileva che l'oggetto del contratto sia la prestazione «[...] la cui effettuazione sta a carico della parte o di ciascuna delle parti singolarmente, quale mezzo per la realizzazione dello scopo la cui rappresentazione ha determinato le parti medesime alla conclusione del relativo contratto»; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 503 s.; G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in G. ALPA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, p. 21 ss. a p. 23 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 317; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit. p. 32 asserisce che è preferibile intendere l'oggetto come contenuto del contratto che individua le prestazioni. Di recente, cfr. E. DEL PRATO, sub *art. 1325*, in ID., *Requisiti del contratto. Art. 1325*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, spec. p. 19; ROS. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, p. 329

¹²⁶¹ F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 227; N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1967, p. 799 ss. a p. 804 per cui il negozio ha come tale un oggetto corrispondente a quanto dichiarato dalle parti. Per l'A. l'oggetto del negozio non è *altro* dal suo contenuto. Per R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1346*, in ID., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Comm. Scialoja-Branca*, cit., p. 353 l'oggetto esprime l'aspetto oggettivo e contenutistico dell'intero contratto.

¹²⁶² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 315 ss. a p. 316, p. 320.

¹²⁶³ G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law). (Saggio di critica mediante il metodo comparativo)*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss. a p. 293 precisa che «la teoria dell'oggetto del contratto cerca di riunire sotto uno stesso concetto casi troppo diversi. In questi casi le ragioni della invalidità del contratto sono così disparate, che la loro unificazione in un concetto generale non presenta alcuna utilità, né pratica né scientifica».

¹²⁶⁴ R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 6 asserisce che «[...] la nozione di oggetto, o contenuto, inteso come regolamento adottato dalle parti si adatta bene alla correlazione fra regolamento, prestazione, e cosa».

¹²⁶⁵ Sostiene A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nozione di causa)*, cit., p. 244 che nella valutazione dell'oggetto si esprime un giudizio di valore al programma negoziale.

ricostruzioni che tendano ad occultare ed appiattare le peculiarità e gli interessi costitutivi di ogni singolo contratto¹²⁶⁶.

Orbene, per i contratti esplicativi della realtà d'impresa, ai fini di un'interpretazione elastica e funzionale dell'oggetto dovrà aversi conto di un ripensamento della descrittiva dell'oggetto del contratto. L'oggetto non potrà più compendiarsi solo ed esclusivamente nelle note contenutistiche generiche ed interne ma dovrà essere espressivo della funzione esercitata dal singolo contratto, della realtà d'impresa di cui è manifestazione e del mercato di riferimento¹²⁶⁷.

Questa enfattizzazione della descrittiva estesa al momento dinamico ed al contesto operativo consente di non disperdere gli stimoli che giungono dall'intendimento dell'oggetto come termine esterno al contratto¹²⁶⁸, a guadagno di una complessiva rivalorizzazione dell'elemento dell'oggetto dove possano essere collegati e non rimanere in un difetto di comunicabilità la realtà economica esterna ed il contratto con le prestazioni concrete dedotte¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ Con parole precise, V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 316 asserisce che «per aiutare l'interprete, la nozione di oggetto del contratto deve non già occultare o appiattare, bensì cogliere ed esplicitare le differenze fra contratti differenti». V., sul punto, le riflessioni di G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 208 ss. a p. 211 per cui è necessaria una nozione di oggetto vicina alla realtà; E. GABRIELLI, sub *artt. 1346-1347*, cit., p. 12 ss. a p. 29 per cui «appare allora più corretto sostenere che non sia l'interesse a costituire l'oggetto del negozio, ma che la designazione, l'individuazione, negoziale dell'oggetto risponda ad un interesse delle parti per il medesimo, vale a dire che "l'interesse in senso proprio non è l'oggetto, ma è all'oggetto"».

¹²⁶⁷ E. GABRIELLI, sub *artt. 1346-1347*, cit., p. 51 rileva che «la determinazione dell'oggetto non si limita, infatti, ad una generica indicazione dello stesso, ma lo specifica attraverso l'individuazione della funzione per cui esso è stato assunto ad oggetto del programma negoziale. Ne segue che le note idonee ad indicare la funzione cui l'oggetto è destinato per la realizzazione del programma contrattuale divengono parte necessaria della descrittiva, accanto alle note che lo identificano, e concorrono a porre in risalto la funzione concreta del negozio».

¹²⁶⁸ Sulla scorta del pensiero di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., spec. p. 129 s., cfr. l'ampio ragionamento di G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 213 il quale parte da una distinzione tra contratti a contenuto obbligatorio e dispositivo. Per i primi individua l'oggetto nel diritto alla prestazione o con la prestazione *tout court*. Per i secondi, invece, l'oggetto dei contratti si identifica con il diritto sulla cosa o con la cosa *tout court* ovvero con il rapporto giuridico preesistente. Per l'A. «queste due stipulazioni definitive non intendono trovare ragione in termini di verità, ma soltanto in termini di giustificazione empirica e pertanto relativa, nell'osservazione che rispetto al contratto, se inteso restrittivamente come "complesso delle pattuizioni approvate dai contraenti" vale a dire come *testo* contrattuale, i "soggetti" che lo concludono e l'"oggetto" su cui ricadono gli effetti "restano semplicemente i termini fra i quali e sul quale il negozio si forma: sebbene necessari per l'esistenza del negozio, sono non dentro, ma fuori del negozio medesimo"» (p. 213 s.). *Contra*, E. DEL PRATO, sub *art. 1325*, cit., p. 19 per cui l'oggetto «[...] non è la realtà esterna su cui il contratto incide né le prestazioni dei contraenti concepite come realtà esterne al contratto, né infine, i diritti di cui essi dispongono (cfr. l'art. 1429 nn. 2 e 3 c.c.), bensì la descrizione delle prestazioni nell'autoregolamento. L'oggetto è, dunque, un fenomeno endogeno all'autoregolamento: è la previsione che le parti fanno della realtà che intendono conformare».

¹²⁶⁹ E. GABRIELLI, sub *artt. 1346-1347*, cit., spec. p. 52 s. Però, precisa G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 220 che la rappresentazione o descrittiva «[...] non potrà mai confondersi con l'oggetto, per lo più materiale, del contratto, nemmeno di quello a contenuto obbligatorio, per il quale a tutto concedere, potrà rivelarsi utile strumento di prognosi

Accanto alla descrittiva e, al contempo, centrale per una teoria dell'oggetto dei contratti d'impresa, appare la valorizzazione dell'elemento della determinabilità dell'oggetto¹²⁷⁰.

Ciò, specialmente per quanto attiene ai contratti bilateramente d'impresa, stante, di contro, l'operatività (quale presidio di validità) del requisito della necessaria determinatezza per i contratti che coinvolgono i consumatori¹²⁷¹, e ai contratti d'impresa non formali (diversamente da quelli bancari e assicurativi)¹²⁷².

Giova premettere che sia la determinatezza sia la determinabilità assumono un senso irriducibile sul piano dell'autonomia contrattuale, ai fini della realizzazione di un'adeguata intesa fra le parti¹²⁷³ e nella dimensione della realizzazione dell'effetto contrattuale¹²⁷⁴.

La determinabilità dell'oggetto contrattuale, punto focale per l'osservazione della fideiussione omnibus, comporta il differimento della puntuale e completa fissazione dell'oggetto contrattuale ad un momento cronologicamente successivo rispetto a quello della conclusione del negozio.

Pur tuttavia, evitando di tradurre la determinabilità in un qualcosa di vago e fumoso, l'esigenza elementare della sufficiente concretezza del contratto¹²⁷⁵ può essere soddisfatta

sul futuro ed effettivo venir in essere della prestazione e niente di più e quindi rivelatore di un accordo effettivo tra le parti».

¹²⁷⁰ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 57 ss.; G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 226 ss.

¹²⁷¹ Cfr. le approfondite considerazioni di G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 220 ss. a p. 226 ove, però, osserva che «ritorna allora attuale l'antica distinzione tra contratti civili, comprensivi oggi anche di quelli conclusi con i consumatori, ai quali deve riferirsi il principio di essenzialità della originaria determinazione dell'oggetto, e i contratti commerciali - che, se riferibili ai tipi contrattuali oggetto di disciplina e di tutela per i consumatori da parte del diritto europeo, sono da intendersi bilateramente d'impresa - per i quali [...] la regola fisiologica è quella della determinabilità dell'oggetto». V. le riflessioni di D. VALENTINO, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 511 ss. a p. 514 s. Per ulteriori spunti, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 57.

¹²⁷² G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 229.

¹²⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1346*, cit., p. 358; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 132 s. Per E. GABRIELLI, sub *artt. 1346-1347*, cit., p. 117 si deve «valutare il rapporto tra autonomia privata e (attività di) determinazione, e quindi analizzare fino a che punto un oggetto può essere considerato determinato e/o determinabile, e quale sia il limite tra un oggetto indeterminato ma determinabile e tra un oggetto indeterminato e indeterminabile».

¹²⁷⁴ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 167; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 180 ss.

¹²⁷⁵ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 167; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., p. 36 precisa che «la determinazione della prestazione (o almeno la possibilità di determinarla) è nota evidentemente indispensabile perché, in mancanza, l'assetto di interessi programmato risulterebbe privo di concretezza ed idoneo ad operare». Ancora più decisa è la posizione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*,

sia mediante la preliminare previsione di criteri formali, in base a cui fissare le modalità o la quantità delle prestazioni dedotte, sia mediante criteri-atti procedurali, tramite i quali addivenire alla futura determinazione¹²⁷⁶.

Di determinabilità può parlarsene in senso lato od in senso proprio. Nel primo caso, si è dinanzi ad una successiva attività di specificazione e calcolo, eseguita dalla parte che vi è tenuta: trattasi di un'attività di mero accertamento che esclude ogni apprezzamento individuale¹²⁷⁷. Nel secondo caso, invece, le parti fissano i requisiti o i procedimenti attraverso cui procedere alla determinazione dell'elemento lasciato sospeso¹²⁷⁸.

La determinabilità nei contratti d'impresa lascia, specialmente, apprezzarsi quando viene ad assurgere a determinabilità in senso proprio, in attività determinativa¹²⁷⁹, laddove si conviene che sarà rimessa alla futura attività delle parti contraenti o di una di esse la determinazione dell'oggetto per il tramite di meccanismi o parametri esterni relazionali¹²⁸⁰.

Questa tecnica si distingue chiaramente dalle ulteriori ipotesi di determinabilità dell'oggetto tramite arbitraggio, di determinabilità legale o giudiziale. Qui le parti si risolvono a completare la determinazione contrattuale attraverso il richiamo volontario ad elementi esterni al contratto¹²⁸¹.

cit., p. 327 per cui «la determinabilità del rapporto rimessa ad elementi esterni all'accordo non può tuttavia essere totale, in quanto il nucleo essenziale del rapporto contrattuale deve essere direttamente stabilito dalle parti. Al riguardo occorre rilevare che il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto esprime un'elementare esigenza di concretezza dell'atto contrattuale, e cioè l'esigenza che le parti sappiano fondamentalmente qual è l'impegno che assumono». Prosegue, quindi, l'A. che «non basta, quindi, che il contratto indichi i criteri per la determinazione del rapporto, ma occorre che risulti già la causa e che risulti anche la natura delle prestazioni principali».

¹²⁷⁶ R. SCOGNAMIGLIO, sub *art.* 1346, cit., p. 359; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 233. In modo più rigoroso, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 626 precisa che «[...] in mancanza della determinatezza al momento stesso della conclusione del contratto, occorre almeno la determinabilità, la quale presuppone ed esige che sia stabilito, sin dal detto momento, un mezzo obbiettivo di determinazione, ossia esista la possibilità di una determinazione non rimessa alla volontà del dichiarante o dei dichiaranti: altrimenti, lo stesso negozio o contratto sarebbe in forse o *in fieri*».

¹²⁷⁷ Cfr. F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 230 per cui si è dinanzi ad un'attività non integrativa, quanto accertativa, del contenuto del contratto; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 108.

¹²⁷⁸ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., p. 109.

¹²⁷⁹ A. FICLI, *Il contratto incompleto*, cit., p. 168.

¹²⁸⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 330 s. precisa che gli elementi determinativi si presume che «[...] siano esterni al contratto, perché se appartenessero al contratto questo determinerebbe direttamente il proprio oggetto».

¹²⁸¹ E. GABRIELLI, sub *artt.* 1346-1347, cit., p. 138 s.

Nelle pagine precedenti si è assunto l'esempio della fideiussione omnibus come contratto in cui si legittima la determinabilità unilaterale. Già prima della novella del 1992, il rimando al corretto esercizio dell'attività d'impresa come canone di determinazione contrattuale e la conseguente operatività della buona fede *in executivis* sono apparsi idonei a dissipare le polemiche di chi intravedeva cortocircuiti sistematici, connessi all'abrasione dell'autonomia privata, del valore del contratto come accordo e vincolo e, più in generale, all'incedere di usi distorti o sopraffattori¹²⁸².

La determinazione di parte, pertanto, suscita diffidenze non giustificate¹²⁸³ e si iscrive nel più generale principio di determinabilità, inteso quale supplezza ad altri principi, solita a verificarsi quando una parte, nelle vesti di contraente professionale, predispone un contenuto contrattuale ove plurimi elementi non ancora determinati offrono spazi per scelte future rimesse proprio al predisponente¹²⁸⁴.

A questo punto, si potrebbe sostenere che la determinabilità dell'oggetto del contratto sia un predicato dell'autonomia d'impresa. Quest'ultima suggerisce un'applicazione ampliata del requisito della determinabilità per i contratti inseriti in un'attività d'impresa¹²⁸⁵.

In tale prospettiva, un sostegno a quanto diviso si rinverrebbe nell'interpretazione delle norme che dettano criteri suppletivi di determinazione del prezzo, come (ma non solo) l'art. 1474 c.c., alla stregua di un principio generale ordinatore dei contratti d'impresa e non

¹²⁸² A mettere in guardia dai rischi legati ad una determinabilità unilaterale del contratto, lontana da orizzonti di ragionevole prevedibilità e mancante di parametri obiettivi, si sono levate le voci di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 337 ss.; ID., *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, cit., p. 141 ss. a p. 146 s.; ID., *Sugli usi giudiziali della categoria della "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto"*, e su una recente applicazione a tutela di "contraenti deboli", in *Giur. it.*, 1979, I, p. 146 ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, cit., p. 479 ss.

¹²⁸³ Cfr. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 44 per cui «l'obiezione di un contrasto delle possibilità di determinazione o modificazione unilaterale [...] con la bilateralità del sinallagma e del consenso contrattuale, è destinata a sollevare più perplessità che consensi, poiché non sembra trattarsi di obiezioni utilizzabili nei confronti della espressa pattuizione di una clausola di modificazione o di determinazione unilaterale, in quanto è interessata la stessa autonomia del destinatario degli effetti, cui in definitiva può farsi risalire l'attribuzione del potere determinativo o modificativo». Prosegue l'A. che «il timore di veder compromesse le ragioni della bilateralità nel diritto dei contratti dovrebbe piuttosto dar luogo ad una più aperta riflessione sul controllo degli atti di autonomia privata, e dal punto di vista del contenuto e sul piano dell'esercizio dei poteri che ad una delle parti vengano riconosciuti. Più che alla teoria dell'oggetto, ed ai principi di corrispettività o di bilateralità, [...] la influenza unilaterale sul vincolo, o sull'oggetto del vincolo, può forse cercare soluzioni più immediate e adeguate sul piano del controllo dell'esecuzione e nell'elaborazione di regole e figure sintomatiche capaci di fornire misura in linea generale all'esercizio della discrezionalità unilaterale nei rapporti privati, da cui può anche risultare una più incisiva salvaguardia dei valori che dalla determinazione unilaterale si teme possano essere incisi» (p. 45).

¹²⁸⁴ Così, R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 121.

¹²⁸⁵ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 57.

come disposizione eccezionale¹²⁸⁶. Infatti, in una vendita commerciale, se le parti non hanno determinato il prezzo e non abbiano convenuto il modo di determinarlo e né abbiano affidato la determinazione ad un terzo arbitratore, il contratto non verrà ad essere colpito da nullità ma può essere determinabile mediante il ricorso a fonti extracontrattuali che documentino il giusto prezzo, *ex art. 1474, comma 3, c.c.*¹²⁸⁷ (se la somministrazione, nella determinazione del prezzo, ricalca il meccanismo della vendita, per quanto riguarda eventuali altri contratti d'impresa, quali l'appalto e il mandato oneroso, essi convocano tra le fonti extracontrattuali di determinabilità le tariffe e gli usi).

Di tal fatta, diversamente da quanto accadrebbe per i contratti di diritto privato comune, l'oggetto del contratto non può esaurirsi nella menzione di soli elementi endo-contrattuali ma richiama parametri e valori ulteriori eso-contrattuali, quali la dinamica dell'attività, il contesto di mercato¹²⁸⁸.

La determinabilità, con il rimando a fonti ed indici extracontrattuali, può, quindi, essere letta come momento generale e fisiologico della strutturazione dei contratti d'impresa¹²⁸⁹ nonché come mezzo di potenziamento della stabilità del rapporto¹²⁹⁰.

¹²⁸⁶ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., p. 58 precisa che «viceversa, nei contratti individuali, la mancata determinazione del prezzo (per es. una clausola di un preliminare di vendita, con cui si stabilisce soltanto che le parti si accorderanno successivamente per la determinazione del prezzo) rende nullo il contratto». In questa direzione può anche leggersi la sentenza Cass., Sez. III, 24 giugno 2014, n. 19161, con nota di M. MAUGERI, *La determinabilità del prezzo e l'art. 1474 cod. civ. come espressione di un principio generale*, in *NGCC*, 2015, I, p. 8 ss. a p. 12 ove sostiene che «gli artt. 1473 e 1474, comma 3°, cod. civ., con il consentire la possibilità di determinare il prezzo semplicemente facendo riferimento o alla decisione del terzo o al giusto prezzo non sono in alcun modo norme eccezionali rispetto ai principi di parte generale». Sempre in questa direzione della stessa A. può leggersi: F/RAND *Commitments e disciplina del contratto*, in V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, II, *Concorrenza e mercati*, Milano, 2015, p. 1050 ss., p. 1055 ss. a p. 1062 ss. Nella stessa direzione, v. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 210.

¹²⁸⁷ G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 228 s.; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., p. 210 s.

¹²⁸⁸ Puntualizza M. MAUGERI, *La determinabilità del prezzo e l'art. 1474 cod. civ. come espressione di un principio generale*, cit., p. 12 che «[...] il codice del 1942, anche nella parte sul contratto in generale, accetta l'idea secondo la quale la determinazione del prezzo possa essere sganciata dai valori idiosincratici delle parti e operata attraverso il rinvio (mediato o immediato) a valori oggettivi di mercato»; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, cit., p. 11 s., p. 43 ss. V. le riflessioni di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 187 s. il quale, assumendo a parametro i contratti relazionali di durata e quelli a lungo termine, rivendica un'analisi che tenga conto (anche sotto il profilo del vaglio della determinabilità unilaterale dell'oggetto) della logica giuridica propria di questi, rispetto a quella che ispira il contratto isolato [...] rappresentativo dello scambio immediato, della transazione istantanea» (p. 188).

¹²⁸⁹ G. GITTI, *L'oggetto*, cit., p. 226

¹²⁹⁰ D. VALENTINO, *Il contratto "incompleto"*, cit., p. 511.

Il valore ed il portato della determinabilità nei contratti d'impresa può, infine, rinvenirsi non tanto nel conferimento di una sperata elasticità al vincolo contrattuale che lega le parti quanto nell'essere espressione tipica di interessi d'impresa, finendo, così, per assurgere a momento di qualificazione del contratto, fuori dalla logica dell'eccezionalità¹²⁹¹.

¹²⁹¹ Cfr. A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., spec. p. 34.

Indice*

- Abatangelo C. (168, 242)
Abbadessa P. (165)
Achille D. (243)
Addis F. (90, 133)
Adiutori A.R. (85)
Affaki G. (166, 201)
Afferni V. (61)
Agabitini C. (168)
Agostinelli B. (60, 91)
Alagna S. (117, 129)
Albanese A. (19, 93)
Alcaro F. (6, 7, 20, 70, 142, 142, 146, 175, 233)
Alessi Ric. (9, 40)
Alessi Ros. (85, 89, 89, 281)
Almeida Prado M. (136)
Alpa G. (9, 12, 18, 19, 37, 50, 53, 55, 55, 55, 59, 84, 87, 89, 89, 94, 119, 120, 128, 234, 280)
Amadio G. (22, 91, 146)
Amato C. (117)
Amato G. (11)
Ambrosini L. (155)
Ambrosoli M. (253)
Ancel P. (214)
Andreani F.M. (153)
Anelli F. (156)
Angelici C. (38, 59, 100, 109, 119, 157)
Angelone M. (275)
Angeloni V. (228)
Anglade J.-L. (194)
Antonucci A. (63)
Aragiusto M. (29)
Ascarelli T. (8, 8, 27, 37, 38, 142)
Asquini A. (7, 96, 100, 137)
Astone A. (19)
Astone F. (50, 105, 127)
Auletta G. (6, 16, 66, 97, 99)
Aynès L. (214)
Azzaro A.M. (32, 84, 85, 87, 88, 155)
Baldassarre A. (12)
Balestra L. (10, 148)
Balsamo M. (120)
Barassi L. (154)
Barba A. (16, 59, 157, 160)
Barbiera L. (20, 152, 154, 277)
Barbieri C. (239)
Barcellona M. (38, 48, 52)
Barcellona P. (7, 8, 11, 60, 118, 257)
Barchiesi L. (145)
Barela M. (31)
Barenghi A. (234, 280)
Barillà G.B. (49, 50, 182, 208, 214, 239, 240)
Bart J. (130)
Barthez A.-S. (177)
Bartolomei M. (167)
Barucci P. (33)
Battelli E. (79, 131)
Beger K.P. (131)
Belcredi M. (160)
Belvedere A. (9)
Belviso U. (12)
Benatti F. (19, 49, 229)
Benedetti A.M. (47, 85)
Benedetti G. (9, 12, 19, 25, 57, 75, 128, 146, 149)
Berlinguer A. (13)
Berlioz B. (90)
Berlioz-Houin G. (90)
Berti de Marinis G. (29, 90)
Bertolini A. (249)
Bessone M. (73)
Betti E. (22)
Bianca C.M. (25, 46, 47, 73, 74, 154, 156, 228)
Bianca M. (25)
Bianchini M. (13, 55)
Bigiavi W. (27, 70)
Bigliuzzi Geri L. (71)
Bin M. (126)
Biscontini G. (9, 79)
Blaise J.-B. (114)
Blandini A. (177)
Bloch P. (113)
Bo G. (153, 178)
Bocchini E. (8)
Bocchini F. (157)
Bonell M.J. (117, 125, 131, 131, 131, 131, 195)
Bonelli F. (177)
Bonfils S. (116)
Bortolotti A. (85)
Bortolotti F. (130, 163)

* Il numero indica la pagina in cui l'opera è citata per la prima volta

Bosa S. (239)
 Botta C. (167)
 Bourassin M. (162, 193, 213)
 Boutteron J. (114)
 Boy L. (115)
 Bozzi G. (9, 156, 161, 236, 275)
 Bozzi L. (163)
 Bravo F. (117)
 Breccia U. (9, 46, 52, 118, 119, 119, 258)
 Bregoli A. (55, 268)
 Brémond V. (193)
 Brescia Morra C. (160, 178)
 Brianda G. (138)
 Briganti E. (154, 156, 174)
 Briolini F. (214)
 Broggin G. (135)
 Bucelli A. (101)
 Buonocore V. (7, 7, 8, 8, 12, 13, 16, 23, 23, 26, 38, 38, 65, 73, 81, 85, 85, 90, 94, 104)
 Bureau D. (113, 125)
 Busnelli F.D. (22, 83, 101, 179)
 Bussani M. (15, 122, 166)
 Bussoletti M. (177)
 Buttaro L. (94)
 Cabella Pisu L. (158)
 Cabrillac M. (112)
 Cafaggi F. (86, 86, 86, 123)
 Cagnasso O. (96)
 Cahen D. (119)
 Calderale A. (194, 194, 213, 229, 233, 245, 249)
 Calvo R. (78, 78, 84, 140)
 Camardi C. (9, 55, 60, 90, 92)
 Camilleri E. (40)
 Campobasso G.F. (153)
 Candian A. (154, 165, 167, 182, 182)
 Canepa T. (157)
 Cannata C.A. (280)
 Capo G. (7, 55, 70, 85, 160)
 Capobianco E. (24, 26, 80, 84, 138)
 Caporrino V. (118)
 Cappai F. (157, 158)
 Cappuccilli V. (177)
 Capriglione F. (141, 178)
 Carbone P.L. (138)
 Carbone S.M. (130, 131, 135)
 Carboni B. (84)
 Carcavallo L. (168)
 Caredda V. (22)
 Cariello V. (252)
 Carimini F. (85)
 Cariota Ferrara L. (13, 254)
 Carnelutti F. (142, 153)
 Carpino B. (71)
 Carrasco A. (162)
 Carresi F. (72, 73)
 Carusi D. (39, 60, 175)
 Caruso A. (44)
 Casanova M. (69, 97)
 Cascione C.M. (159)
 Caso R. (85)
 Castronovo C. (20, 93, 93, 93, 93)
 Casucci F. (117)
 Catalano R. (12)
 Catanossi S. (176)
 Cataudella A. (11, 18, 75, 146, 146)
 Caterini E. (18, 34, 87)
 Caterino D. (10)
 Catricalà A. (40)
 Cenini M. (161)
 Cerini D. (162, 182)
 Cesarini-Sforza W. (141)
 Champaud Cl. (113, 114, 114)
 Chaput Y. (156)
 Charpentier E. (134)
 Chazal J.-P. (116)
 Checchini A. (156, 259)
 Cherti S. (158)
 Cherubini M.C. (156)
 Chiappetta G. (89, 89)
 Chiarella M.L. (22)
 Chinè G. (87, 165, 238)
 Cian G. (38, 57, 99)
 Cianci G.A. (18)
 Cicala C. (120)
 Cicala R. (155)
 Cicero C. (126)
 Cicu A. (151)
 Cipriani N. (153, 167)
 Clarizia R. (15, 161)
 Colangelo G. (60, 160)
 Collart Dutilleul F. (110)
 Collins H. (118)
 Colombi Ciacchi A. (176, 176)

Colombo C. (54)
 Colombo G.E. (69)
 Colussi V. (57)
 Comandè G. (19)
 Comporti M. (82, 157)
 Conserva D. (8)
 Contamine-Raynaud M. (217)
 Conte G. (15)
 Corapi D. (109, 120, 136, 149, 177)
 Corbo N. (161)
 Corrias P. (155, 178, 225, 275)
 Costa C. (195, 195)
 Costantino M. (73)
 Costanza M. (17, 76, 118, 238, 242)
 Cottino G. (21, 61, 99, 101)
 Couret A. (115)
 Crea C. (25, 71)
 Criscuolo F. (30, 69, 128, 280)
 Crocq P. (214, 217)
 Cuccovillo M. (163, 185, 201, 239, 240, 254, 256)
 Cuffaro V. (85)
 D'Adda A. (90)
 D'Addino Serravalle P. (15)
 D'Alessandro F. (14)
 D'Amico G. (18, 18, 20, 20, 74, 87, 88)
 D'Angelo A. (148, 231, 260)
 D'Orazi Flavoni M. (152)
 Dabin L. (121)
 dalla Massara T. (255)
 Dalle Vedove G. (36)
 Dalmartello A. (8, 16)
 Dattilo G. (108)
 David R. (125)
 Davola A. (156)
 De Cicco M.C. (35)
 de la Mata Muñoz A. (164)
 De Ly F. (126)
 De Martinis P. (85)
 De Martino F. (178)
 De Meo R. (155, 155)
 De Nova G. (55, 57, 85, 85, 85, 130, 130, 132, 204, 281)
 De Nova R. (135)
 De Poli M. (89)
 De Sanna P. (156)
 De Semo G. (94)
 De Simone C. (175)
 De Stasio V. (86)
 De Vallois De Laender M.-H. (156)
 de Vauplane H. (113)
 Del Marmol C. (121)
 del Prato E. (124, 124, 178, 281)
 Delebecque P. (110)
 Delfini F. (36, 84)
 Dell'Anna Misurale F. (168)
 Dell'Aquila E. (101)
 Delle Monache S. (81, 168)
 Delli Priscoli L. (17)
 Denozza F. (45, 58, 63, 97, 139, 182)
 Derrida F. (111)
 Desana E. (12)
 Desiderio G. (144)
 Deumier P. (132)
 Dezalay Y. (121)
 Di Amato A. (61)
 di Biase A. (231, 233)
 Di Ciommo F. (17, 17)
 Di Donna L. (16)
 di Majò A. (18, 74, 118, 131, 158, 178, 223, 258, 270)
 Di Marzio F. (18, 55, 62, 124)
 Di Meo A. (163)
 Di Nella L. (9, 34, 176)
 Di Raimo R. (15, 49, 50, 101, 108, 119)
 di Robilant A. (139)
 Di Rosa G. (85)
 Di Sabato D. (28)
 Di Sabato F. (15, 99, 155)
 Di Via L. (45)
 Dolmetta A.A. (55, 155, 177, 228, 272)
 Donativi V. (36)
 Donisi C. (22, 231)
 Doria G. (59, 59, 183)
 Draetta U. (127, 131)
 Drobnig U. (162, 162, 185)
 Enonchoong N. (201)
 Eörsi G. (138)
 Esposito M. (16)
 Fachechi A. (275)
 Falzea A. (48, 137, 145)
 Fanelli G. (7)
 Farina V. (28)
 Farjat G. (114)

Fauvarque-Cosson B. (131)
 Favale R. (90)
 Fazio E. (90)
 Fazzalari E. (126)
 Febbrajo A. (138)
 Febbrajo T. (153)
 Federico A. (59)
 Femia P. (26, 27, 54, 119, 121, 122, 123)
 Ferrajoli L. (11)
 Ferranti I. (15)
 Ferrarese M.R. (117, 132, 137)
 Ferrari F. (135)
 Ferrari G. (69)
 Ferrarini G. (174)
 Ferraro F. (147)
 Ferri G. (96, 96)
 Ferri G.B. (8, 13, 14, 22, 24, 25, 25, 30, 79, 138, 257, 280)
 Ferri L. (12, 145)
 Ferro-Luzzi P. (15, 99)
 Fezza F. (175)
 Fici A. (85, 280)
 Filanti G. (91)
 Finzi E. (149)
 Fiorentini F. (165, 166, 174)
 Fiorenza K. (25)
 Foglia M. (130)
 Fois C. (103)
 Fonderico G. (33)
 Förster C. (162)
 Foschini M. (228)
 Foti G. (9)
 Fouchard Ph. (127)
 Fragali M. (152, 178, 178, 228, 235, 269)
 Franceschelli R. (6, 31, 42)
 Franco R. (60)
 Franzese L. (125)
 Franzoni M. (92, 275)
 Frezza P. (178)
 Frigeni C. (183, 240)
 Frignani A. (117)
 Frison-Roche M.A. (116)
 Furgiuele G. (280)
 Fusaro A. (161, 165)
 Gabrielli E. (59, 87, 119, 152, 157, 166, 167, 167, 167, 168, 168, 168, 173, 181, 231, 231, 271, 280)
 Gaggero P. (89)
 Gaillard E. (131)
 Galasso A. (232)
 Galgano F. (7, 7, 13, 13, 13, 57, 66, 76, 95, 96, 117, 117, 117, 117, 123, 175, 264)
 Galletti M. (82)
 Galli G. (101)
 Gallo P. (89, 120)
 Gambaro A. (96, 117, 133, 153, 174)
 Gambaro F. (177)
 Gambino F. (123, 127)
 Gandolfi G. (63)
 Gardella A. (167)
 Garofalo L. (183, 255, 255)
 Gazzara M. (24)
 Gazzoni F. (22, 169)
 Gemma A. (225)
 Genovese And. (71)
 Genovese Ann. (40, 89)
 Genovese Ant. (73, 125)
 Gentili A. (10, 32, 56, 86, 90, 91, 118, 127)
 Germain M. (112)
 Ghezzi F. (35)
 Ghidini G. (33)
 Ghosh S. (45)
 Giacobbe G. (72)
 Giampieri A. (194)
 Giannelli G. (29)
 Gianola A. (60)
 Giardina A. (128, 177)
 Gigliotti F. (29, 126)
 Ginevra E. (161)
 Giorgianni M. (10, 154, 257)
 Girolami M. (46, 91, 91)
 Gitti G. (9, 37, 75, 150, 150, 280)
 Giusti A. (164)
 Giustolisi C. (26)
 Giverdon C. (112)
 Gliozzi E. (17)
 Goldman B. (126)
 Goldman B. (127)
 Goode R. (139)
 Goode R. (201)
 Gorgoni M. (93, 156)
 Gorla G. (73, 152, 258, 281)
 Gorla V. (46)
 Grassi U. (249, 270)

Grasso B. (155, 155)
 Graziani A. (68, 175)
 Greco P. (11, 94, 94)
 Grimaud D. (162)
 Grippo G. (161, 255)
 Grisi G. (16, 51, 51)
 Grondona M. (9, 19, 133)
 Grosser P. (215)
 Grossi P. (7, 117, 117, 128)
 Grundmann S. (30, 87)
 Guarneri A. (18, 24, 125, 174)
 Guarnier T. (31)
 Guerinoni E. (280)
 Guerrera F. (9)
 Guizzi G. (6, 32, 32, 37, 40, 40)
 Guyon Y. (111)
 Hadding W. (162)
 Hamel J. (112, 112)
 Heine K. (161)
 Highet K. (130)
 Hilaire J. (114)
 Horsmans G. (115)
 Houin R. (112)
 Houtchieff D. (177)
 Iamiceli P. (86, 86, 86)
 Iannarelli A. (26, 30, 57)
 Iannelli D. (7)
 Ibba C. (104)
 Illescas-Ortiz R. (195)
 Imbrenda M. (85)
 Inzitari B. (44, 74)
 Ioriatti Ferrari E. (140)
 Iorio G. (159)
 Irti N. (10, 16, 17, 18, 28, 28, 30, 30, 30, 93,
 96, 96, 96, 117, 118, 122, 128, 128, 128, 128,
 129, 145, 146, 240, 280, 281)
 Iudica G. (12, 71, 85, 117, 117, 174)
 Jaeger P.G. (6, 7)
 Janal R. (161)
 Jannarelli A. (7, 122, 137, 166)
 Jauffret A. (112)
 Jobard-Bachellier M.-N. (193)
 Kadens E. (127)
 Kahn P. (130, 130)
 Kassis A. (127)
 Klingel K. (162)
 Koehl J.-L. (110)
 La Lumia I. (94)
 La Porta U. (117, 156, 175, 236)
 La Rocca D. (176)
 La Rosa E. (11, 48, 92)
 La Spina A. (92)
 La Torre A. (50)
 La Torre M. (15)
 Lacour L. (114)
 Lagarde M. (112)
 Lagarde P. (124)
 Laghi P. (19)
 Lai F. (126)
 Lamanuzzi A.A. (239)
 Lambrini P. (255)
 Landini S. (90)
 Lanza E.M. (33)
 Lasserre-Kiesow V. (113)
 Laudisa L. (255)
 Le Cannu P. (114)
 Le Gallou C. (216)
 Leccese E. (118, 238)
 Lefvebre D. (114)
 Legeais D. (211)
 Leloup J.-M. (115)
 Lener A. (257)
 Lenti L. (84)
 Lenzi R. (156)
 Lequette Y. (123)
 Libertini M. (7, 8, 8, 8, 11, 17, 20, 28, 30, 30,
 30, 32, 34, 34, 35, 36, 37, 39, 119, 139)
 Libonati B. (6, 22, 31, 141)
 Licini C. (164)
 Lipari N. (15, 20, 21, 21, 31, 31, 81, 106,
 123, 125, 127, 127)
 Liserre A. (10, 15, 16, 76)
 Lobbuono M. (9, 50, 77, 132, 156, 166, 233)
 Loffredo E. (12, 12)
 Lombardi G. (19)
 Lonardo L. (18)
 Loquin E. (126, 127)
 Lottini M. (13)
 Lucarelli A. (33)
 Lucarelli F. (10, 17)
 Lucas de Leyssac C. (44)
 Lucchi C. (156)
 Lucchini Guastalla E. (93)
 Luciani M. (14)

Luminoso A. (55, 70)
 Luoni S. (69)
 Luzzatto R. (135)
 Lyon-Caen Ch. (114)
 Lyon-Caen G. (112, 112)
 Macario F. (9, 9, 10, 17, 49, 55, 77, 86, 122, 136, 140, 155, 156, 162, 163, 167, 167)
 Maccarone S. (175)
 Macioce F. (232)
 Maffeis D. (174)
 Magazzù A. (179)
 Maggiolo M. (74, 152, 178, 253)
 Magnier V. (113)
 Maimeri F. (169)
 Maiolo F. (47)
 Maiorca C. (146, 153, 157)
 Maisano A. (89)
 Maisto F. (101, 155)
 Majello U. (173)
 Maleki A. (114)
 Malomo A. (90)
 Malvagna U. (168)
 Mancaleoni A.M. (87)
 Manes P. (194)
 Mannino V. (85, 178)
 Mantello M. (22)
 Mantello M. (243)
 Marcello D. (35)
 Marchetti G. (155)
 Marchetti P. (11)
 Marella M.R. (18, 248)
 Mariconda G. (161)
 Mariconda V. (272)
 Marinaro R. (13)
 Marinelli F. (96)
 Marini G. (118, 118, 156)
 Marino R. (167)
 Marrella F. (117, 125)
 Martinelli R. (270)
 Martino M. (235)
 Martorano F. (52, 69)
 Masi P. (7)
 Mastrandrea M. (240)
 Mastropaolo E.M. (167)
 Mastropaolo F. (139, 152, 156, 156, 160, 177, 213, 239, 250)
 Mastrotrilli A. (55)
 Mattei U. (139)
 Mattout J.-P. (163, 201, 201)
 Maugeri M.R. (35, 86, 90, 96, 101, 286, 286)
 Mazeaud L. (112)
 Mazzamuto S. (23, 25, 60, 139)
 Mazzoletti E. (124)
 Mazzoni A. (50, 102, 117, 132, 134, 177, 179)
 Mazzoni C.M. (16, 18, 21, 73, 76, 95)
 Mazzù C. (84, 84)
 Mégret G. (191)
 Meli V. (29, 32, 92)
 Memmo D. (120)
 Mengoni L. (19, 19, 20, 20, 52)
 Menicucci M. (85)
 Meo G. (9, 9, 239, 252)
 Merkel H. (156)
 Messineo F. (15, 81, 152)
 Messinetti D. (60, 148, 148, 160)
 Mezzanotte F. (160)
 Minervini E. (60, 84, 275)
 Minervini G. (10, 17, 21, 67, 70)
 Mirabelli G. (68)
 Miranda A. (276)
 Mirone A. (89, 164, 226)
 Moccia L. (118, 118, 128)
 Modica L. (90)
 Molfessis N. (113, 157)
 Molle G. (62)
 Monaco R. (125)
 Monateri P.G. (47, 59, 118, 119, 266)
 Montalenti P. (89, 96, 138, 138, 141, 147)
 Montanari A. (238, 240, 255)
 Montani V. (254)
 Montel A. (153)
 Monticelli S. (139)
 Montrasio L. (162)
 Morbidelli G. (13)
 Morello U. (73, 125, 125)
 Mortati C. (21)
 Moscati E. (158, 240, 259)
 Mosco G.D. (86, 86)
 Mossa L. (57, 96)
 Mouly C. (156, 214)
 Musolino G. (71)
 Musto A. (65)
 Musy A. (120)

Nania R. (11)
 Nanna C.M. (136)
 Nanni L. (71)
 Nappi F. (50, 152)
 Natali L.C. (33)
 Natoli R. (43, 74, 167, 175)
 Natoli U. (10)
 Natucci A. (50, 68)
 Navaretta E. (10, 43, 43, 46, 46, 49, 49, 49, 94, 128, 253)
 Nerson R. (96)
 Nervi A. (154, 225)
 Nicolò R. (7, 96, 154, 156, 156)
 Nicolussi A. (87, 146, 158)
 Nigro A. (273)
 Nivarra L. (10, 32, 93, 139)
 Nonne L. (6, 55, 60)
 Nuzzo M. (14, 23, 25, 26)
 Olivieri G. (8, 39)
 Onorato M. (35)
 Oppetit B. (113, 119, 126)
 Oppo G. (7, 7, 7, 7, 8, 10, 10, 15, 15, 16, 16, 22, 22, 28, 30, 31, 41, 57, 57, 57, 79)
 Orestano A. (75)
 Orestano R. (143, 146, 152)
 Orlandi M. (19, 54, 75)
 Orlando S. (146)
 Osman F. (126)
 Osti C. (29, 35, 42)
 Osti G. (281)
 Ottaviano V. (13)
 Pace A. (16)
 Paclot Y. (113)
 Padovini F. (70)
 Pagliantini S. (79, 85, 90, 90)
 Paillusseau J. (115)
 Palermo G. (11, 18, 80, 153)
 Palmieri A. (39)
 Palmieri G. (7)
 Panuccio V. (15, 23, 100)
 Papanti-Pelletier P. (18)
 Pardolesi P. (182)
 Pardolesi R. (29, 39, 60, 60, 85)
 Parente F. (154)
 Parini M.M. (60)
 Parléani G. (44)
 Passagnoli G. (91)
 Patroni Griffi A. (35)
 Patti S. (47, 55, 73, 87, 89, 93, 93, 96, 117, 117)
 Pavone La Rosa A. (23, 51, 125)
 Pellecchia E. (159)
 Pelleriti S. (45)
 Pellicanò A. (164)
 Pelliccioli L. (137)
 Pellizzi G.L. (114)
 Pennasilico M. (72)
 Perchinunno R. (22)
 Perfetti U. (66)
 Perillo J.M. (131)
 Perlingieri P. (9, 13, 14, 17, 25, 81, 85, 178, 183, 280)
 Pernazza F. (131)
 Perrier R. (156)
 Pescatore G. (166)
 Pescatore V. (18)
 Petel P. (113)
 Piazza G. (269, 272)
 Piazza L. (152)
 Picod Y. (176)
 Piédelièvre S. (163, 194, 202, 210)
 Piepoli G. (18, 31, 156, 156, 159, 166)
 Piraino F. (19, 43, 158)
 Piras S. (257)
 Piscitello P. (168)
 Plaia A. (94)
 Poletti D. (74)
 Polidori S. (23, 71, 91)
 Pollaud-Dulian F. (127)
 Pollice P. (9)
 Pontiroli L. (163, 179, 195, 270)
 Ponzanelli G. (117)
 Portale G.B. (8, 8, 8, 29, 49, 49, 49, 55, 155, 237, 250)
 Porzio M. (17, 72)
 Poulet Y. (177)
 Prospero F. (22, 128, 136)
 Prüm A. (201, 214)
 Pugliatti S. (38, 145, 257)
 Putortì V. (13, 70)
 Putti P.M. (91)
 Rabitti Bedogni C. (33, 41)
 Rabitti M. (85)
 Racine J.-B. (115)

Racugno G. (69)
 Radicati di Brozolo L. (131, 132)
 Rascio R. (47, 228, 229)
 Ravazzoni A. (65, 175, 228)
 Realmonte F. (73)
 Recinto G. (69)
 Redenti E. (98)
 Renault L. (114)
 Renda A. (90)
 Renna M. (239)
 Rescigno M. (125, 168)
 Rescigno P. (15, 20, 23, 25, 27, 28, 56, 84, 88, 96, 115, 118, 124, 139, 140, 145, 154, 155, 180, 228, 247)
 Resta G. (18, 19)
 Ricciuto V. (9)
 Ricolfi M. (21)
 Riffard J.-F. (130)
 Rigamonti S. (173)
 Ripert G. (112, 112, 115)
 Rives-Lange J.-L. (218)
 Rivolta G.C.M. (7, 8, 15, 64, 85, 228)
 Rizzo V. (20, 56, 73)
 Robles M. (176)
 Roblot R. (112)
 Rocchio F. (155, 258)
 Rodotà S. (10, 18, 21, 31, 108, 118, 155)
 Rojas Elgueta G. (155, 170)
 Rojo A. (101)
 Rolli R. (46)
 Romano M. (60)
 Romano S. (145)
 Romeo C. (255)
 Romeo F. (138)
 Rondinone N. (7, 96)
 Roppo V. (8, 19, 50, 56, 60, 60, 89, 117, 122, 154, 223, 274, 285)
 Rossano C. (18)
 Rossetti M. (239)
 Rossi Carleo L. (7)
 Rossi G. (40, 119, 119, 123, 179)
 Rossi T. (165)
 Rotondi M. (94, 96)
 Rubino D. (140, 146, 179)
 Ruggeri L. (49, 117)
 Russo C. (176)
 Russo E. (146)
 Sacco R. (9, 23, 96, 105, 118, 125, 145, 154, 257, 258, 271)
 Salanitro N. (62, 102)
 Salomone R. (13)
 Salvestroni U. (12)
 Salvi C. (11, 19)
 Salvi G. (156, 253)
 Sambucci L. (9)
 Santagata R. (166)
 Santilli A. (204)
 Santini G. (7, 37, 61, 101)
 Santoro-Passarelli F. (7, 7, 94, 258)
 Sassi A. (155)
 Savatier R. (115, 116, 211)
 Sbordone F. (117, 119)
 Scaglione F. (32, 33)
 Scalfi G. (156)
 Scalisi V. (7, 39, 90, 91, 91, 91, 93, 122, 257)
 Scannicchio N. (43, 142)
 Scarpa D. (86, 136)
 Scarso A.P. (88)
 Schlesinger P. (117, 145, 164, 182)
 Schmidt J. (96)
 Schwenzer I. (122)
 Sciancalepore G. (80)
 Scognamiglio C. (43, 46, 47, 47, 71, 86, 231)
 Scognamiglio R. (67, 146, 230, 234, 281)
 Scozzafava O.T. (7, 73, 160)
 Senigaglia R. (89, 89, 94)
 Serio M. (46)
 Serravalle S. (149)
 Sesta M. (161, 242)
 Sica S. (126)
 Sicchiero G. (13, 46, 161, 223)
 Siclari D. (170)
 Siiranien F. (115)
 Silva F. (46)
 Simler Ph. (162, 162, 194, 214)
 Simone S.G. (85)
 Simonetto E. (154, 155, 164, 179, 179)
 Sirena P. (29, 55, 87, 92)
 Smit H. (122)
 Smorto G. (46)
 Somma A. (18, 22, 22, 127)
 Spada P. (12, 15, 77, 95, 139, 145, 155)
 Spadafora A. (133)
 Stagno d'Alcontres A. (52)

Stammer R. (162)
 Stanca S. (46)
 Stanzione P. (24)
 Stefini U. (156, 156)
 Stella G. (163, 168, 201, 238)
 Stoffel-Munck P. (113)
 Stolfi G. (156, 228, 257)
 Storme M.E. (162)
 Stoufflet J. (132, 194)
 Struycken A.V.M. (126)
 Tagliaferri V. (71)
 Tamburrino G. (68)
 Tartaglia P. (51, 161, 177, 241, 241)
 Tatarano M.C. (8)
 Tedeschi G.U. (69)
 Terranova G. (6, 62, 62, 94, 229)
 Terré F. (119)
 Terrile P. (194)
 Teti R. (96)
 Teubner G. (117, 126, 138)
 Thaller E. (112)
 Ticozzi M. (13)
 Tolone S. (126)
 Tommasi S. (90)
 Tommasini R. (68, 69, 92, 156)
 Torino R. (120)
 Tork S. (115)
 Torsello M. (117)
 Toth O. (126)
 Trabucchi A. (16)
 Troisi B. (258)
 Tucci G. (152, 156, 162, 162, 233, 233)
 Tullio A. (231)
 Ubertazzi T.M. (62)
 Uda G.M. (19)
 Ugas A.P. (146)
 Vaccà C. (127)
 Valentino D. (60, 88, 120, 160, 160)
 Valeri G. (94)
 Valignani M. (256)
 Van Erp S. (162)
 Van Ryn J. (115)
 Vanzetti A. (69)
 Vasques L. (86)
 Vassalli F. (96, 139)
 Vassallo Paleologo F. (181)
 Vecchio G. (55)
 Vella F. (141)
 Venchiarutti A. (66)
 Veneziano A. (162, 162, 166)
 Venosta F. (90, 92)
 Venturelli A. (179)
 Vettori G. (13, 19, 21, 32, 33, 34, 62, 82, 117)
 Viale M. (177, 238)
 Vigo R. (85)
 Villa G. (86, 90)
 Villanacci G. (47, 49, 85, 153)
 Villani U. (177, 177)
 Vincent J. (96)
 Virally M. (130)
 Visentini G. (109, 109)
 Vitale P. (63)
 Vitucci P. (101)
 Vivante C. (96, 96, 96, 97)
 Vogel L. (114, 114)
 Vogenauer S. (131)
 Volpe F. (136)
 Wahl A. (112)
 Wattiez J.-P. (214)
 Weigmann R. (22)
 Wilkinson L.D. (130)
 Weatherill S. (176)
 Zaccaria A. (140)
 Zaccaria E.C. (160)
 Zaccheo M. (47, 60)
 Zana M. (164)
 Zeno-Zencovich V. (31, 38, 87, 280)
 Ziliotto P. (255)
 Zoppini A. (8, 8, 8, 9, 20, 37, 37, 94, 117, 159, 159, 170)
 Zorzi Galgano N. (88)