

**QUALCHE CONSIDERAZIONE A MARGINE DI CORTE DI CASSAZIONE
N. 15108 DEL 2013: LE CLAUSOLE «A PRIMA RICHIESTA», «SENZA
ECCEZIONI» E «A PRIMA RICHIESTA E SENZA ECCEZIONI» TRA
FIDEIUSSIONE E CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA**

*Andrea Montanari **

**CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. III
22 APRILE - 17 GIUGNO 2013, N. 15108**

Per la qualificazione del contratto autonomo di garanzia non è necessaria la previsione della clausola «a prima richiesta e senza eccezioni», ma occorre verificare, in linea con i canoni sull'interpretazione del contratto, la presenza degli indici che implicano la deroga alla normale accessorietà della garanzia fideiussoria.

SOMMARIO: 1. I quesiti posti alla Corte di cassazione. – 2. Il contratto autonomo di garanzia. – 3. Contratto autonomo di garanzia e regole sull'interpretazione del contratto. – 4. Sufficienza e necessità delle clausole «a prima richiesta», «senza eccezioni» e «a prima richiesta e senza eccezioni». – 5. La portata della deroga all'art. 1952, co. 2, c.c. tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia.

1. – La sentenza che si annota ¹ concerne il ricorso della Società Italiana Cauzioni s.p.a. (SIC) contro la sentenza della Corte d'appello di Milano la quale aveva respinto l'opposizione della Società medesima al decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Lodi che ordinava il pagamento di polizze fideiussorie in favore dell'Azienda Ospedaliera di Melegnano.

* Dottore di Ricerca, Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli", Sezione di Diritto Privato, Università degli studi di Palermo.

¹ Cfr. Cass. 17-6-2013, n. 15108, in *Urbanistica e appalti*, 32 ss. con commento di G.F. Nicodemo, *Il contratto autonomo di garanzia negli appalti pubblici*. Per il testo completo della sentenza v. www.giureta.unipa.it/Cass_15108-2013.pdf.



La Società ricorrente contesta, sostanzialmente, la qualifica di contratto autonomo di garanzia attribuita alle polizze escusse dall'Azienda Ospedaliera, giacché le stesse risultano prive della «clausola con la quale il fideiussore rinuncia a sollevare le eccezioni che spettano al debitore principale con riguardo all'obbligazione garantita»². Di conseguenza, la SIC propone alla Corte di legittimità i seguenti quesiti: «a) “se viola l'art. 1362 cod. civ. la sentenza che, nell'interpretare il contratto secondo la comune intenzione delle parti, giunge all'individuazione della fattispecie legale (contratto autonomo di garanzia) alla quale non sono tuttavia riconducibili gli elementi di fatto concretamente accertati”; b) “se viola gli artt. 1939 e 1945 (cod. civ.) la sentenza che, in assenza di qualsiasi previsione contrattuale in ordine alla rinuncia del fideiussore a far valere, nei confronti del beneficiario, le eccezioni del debitore principale, configura, tuttavia, la polizza fideiussoria come contratto autonomo di garanzia e non già come fideiussione”»³.

I giudici di legittimità respingono il ricorso, affermando che in forza delle regole sull'interpretazione del contratto la garanzia va qualificata come «autonoma», qualora il contenuto del contratto renda inequivocabile l'intento delle parti di rompere il nesso di accessorietà tra la garanzia e il rapporto garantito, nesso che caratterizza, invece, la fideiussione⁴. In particolare, la Corte di Cassazione rileva la presenza nel contratto sia della preclusione al debitore della possibilità di chiedere al garante l'opposizione al beneficiario delle eccezioni fondate sulle vicende del rapporto garantito sia della rinuncia del debitore a proporre le eccezioni medesime in sede di regresso (art. 1952, co. 2, c.c.)⁵.

La pronuncia in esame va apprezzata, poiché procede all'interpretazione della clausola alla luce del contenuto contrattuale nella quale s'inserisce. Tale approccio - come verrà precisato in seguito - appare il più corretto e ciò in base ai diversi significati che assumono le clausole «a prima richiesta», «senza eccezioni» e «a prima richiesta e senza eccezioni» a seconda del «contesto»⁶ contrattuale in cui vengono contemplate. Il presente lavoro quindi, dopo una breve ricognizione della figura del contratto autonomo di garanzia,

² Cass. 17-6-2013, n. 15108, cit., § 1.1.

³ Cass. 17-6-2013, n. 15108, cit., § 1.1.

⁴ Così Cass. 17-6-2013, n. 15108, cit., § 1.4.

⁵ Così Cass. 17-6-2013, n. 15108, cit., § 1.3.

⁶ Al riguardo *cf.* sin d'ora N. Irti, *Testo e contesto*, Padova, 1996.

muoverà dall'analisi delle regole sull'interpretazione del contratto per individuare la portata delle clausole ora menzionate. Verrà, infine, approfondita la portata della deroga all'art. 1952, co. 2, c.c. posta dalle parti nella fattispecie esaminata dalla Corte.

2. – Il contratto autonomo di garanzia costituisce una forma di garanzia personale atipica⁷, generata dall'esigenza dei privati di approntare un congegno che sollevi il beneficiario dal rischio d'inadempimento e al contempo assicuri una maggiore rapidità, rispetto alla fattispecie tipica, nell'escussione. Di conseguenza, l'operazione in parola contempla – nella sua configurazione “ordinaria”⁸ – una triangolazione di rapporti instaurati da tre distinti contratti⁹: il contratto di mandato¹⁰ tramite cui il debitore incarica il garante di

⁷ Al riguardo cfr. E. Briganti, *Garanzie personali atipiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 573 ss.

⁸ La garanzia autonoma, infatti, può fare parte di un'operazione trilaterale ma anche quadrilaterale, ciò avviene nell'ipotesi in cui il garante del creditore viene a sua volta garantito da un ulteriore garante (c.d. controgarante).

⁹ L'idea di una garanzia personale distinta dalla fideiussione in quanto carente del carattere di accessorietà fu prospettata sul finire del 1800 da R. Stammler, *Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, 1 s. Nella dottrina italiana si distingue in modo particolare l'analisi condotta sul contratto autonomo di garanzia da parte del prof. G.B. Portale i cui principali lavori (*Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, 1044 s.; *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 169 s.; *Le garanzie bancarie internazionali. (Questioni)*, *ivi*, 1988, I, 1 s.; *Le sezioni unite e il contratto autonomo di garanzia. («Causalità» ed «Astrattezza» nel Garantievertrag)*, in *Dir. della banca e del merc. fin.*, 1988, I, 504 s.) sono raccolti nel volume G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, cui, per semplicità espositiva, si farà esclusivo riferimento nel presente studio. Per la ricostruzione storica dell'istituto v. in part. *ibidem*, 8 ss. Tra i contributi più recenti sul contratto autonomo di garanzia v. E. Navarretta, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I. *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012, 553 ss.; C. Frigeni, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2013, 565 ss.; G. Stella, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Tratt. dei contratti*, IV. *Opere e Servizi*, 2, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano, 2014, 937 ss.

¹⁰ Cfr. nello stesso senso Portale, *Le garanzie bancarie*, cit., 10; R. Cicala, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 146 s.; G. Bozzi, *Le garanzie atipiche*, I. *Garanzie personali*, Milano, 1999, 105 s.; F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, in *Tratt. di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, II, 3.X, Torino, 2006, 247. *Contra* E. Simonetto, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, 40 s., che, seppur riferendosi alla fideiussione, configura l'incarico del debitore al garante come un contratto atipico con funzione indirettamente creditizia. Anche P. Corrias,

stipulare un contratto di garanzia con il suo creditore; il contratto di garanzia che obbliga il garante «a prima richiesta» («a prima domanda», «a semplice richiesta» o simili) o «senza eccezioni» oppure ancora «a prima richiesta e senza eccezioni» a effettuare il pagamento di una determinata somma di denaro a vantaggio del creditore per garantire l'adempimento da parte del debitore del diverso contratto tra loro intercorrente¹¹. L'obiettivo consiste, per il creditore garantito, nell'essere sollevato dal rischio dell'infruttuosità dell'operazione conclusa con il debitore e, per il garante, nel rimanere terzo rispetto al rapporto garantito e, quindi, nel risultare insensibile rispetto all'eventuali controversie da esso scaturenti.

Il tratto caratteristico di tale forma di garanzia risiede nella preclusione al garante di opporre al beneficiario le eccezioni fondate sul rapporto tra il beneficiario medesimo e il debitore, il che genera l'autonomia, per l'appunto,

Garanzia pura e contratti di rischio, Milano, 2006, 482 preferisce ricondurre il rapporto tra debitore e garante alla più generale figura del contratto con prestazione al terzo di cui all'art. 1269, co. 1, c.c.

¹¹ La conclusione del contratto autonomo di garanzia può essere finalizzata all'assunzione da parte del garante di differenti tipi di rischio cui fanno riscontro diversi tipi di garanzie elaborate dalla prassi del commercio internazionale: la garanzia di mantenimento di un'offerta contrattuale – solitamente utilizzata nelle gare d'appalto – (*bid bond*, *garantie de soumission*, *Bitungsgarantie*); la garanzia di buona esecuzione di un contratto (*performance bond*, *garantie de bonne exécution*; *Leistungsgarantie*); la garanzia che solleva il creditore dal rischio di perdita degli acconti ricevuti in caso di inadempimento (*advance payment bond* o *repayment bond*, *garantie d'acompters*, *Anzahlungsgarantie*). Sui diversi tipi di garanzia autonoma v. F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 172 ss.; L. Pontiroli, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, in *Contratto impr.*, 1989, 1030 s.; F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*², Torino, 1995, 142 s.; S. Monticelli, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003, 11 ss.; Id., *Le garanzie autonome*, in L. Ruggeri – S. Monticelli, *Garanzie personali*, in *Tratt. di dir. civ. cons. naz. notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, 207 ss.; 11 ss.; Bozzi, *Le garanzie*, cit., 42 s.; Fezza, *Le garanzie*, cit., 145 ss.; F. Macario, *Garanzie personali*, in *Tratt. Sacco, I singoli contratti*, 10, Torino, 2009, 432 ss.; Stella, *Il contratto autonomo*, cit., 938 ss., 954 ss. Sul punto 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, 20 s. spec. 23 dubita che la garanzia in esame possa essere ricondotta a un'unica disciplina, le diverse tipologie in cui essa si articola rendono, infatti, più opportuna l'individuazione caso per caso della regola in concreto applicabile. Al riguardo anche P. Tartaglia, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999, 89; Id., *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 499-500 segnala la difficoltà di creazione di una categoria unitaria e, a tale riguardo, critica la pronuncia delle Sezioni Unite n. 3947 del 2010 (citata *infra* nt. 21) la quale «sembra accreditare una categoria unitaria denominata contratto autonomo di garanzia».

del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito¹². Questo risultato viene perseguito dai privati mediante l'inserimento di diverse clausole le quali derogano alle regole proprie della fideiussione, svincolando, talvolta in misura maggiore, talvolta in misura minore, la posizione del garante da quella del debitore.

Tale deroga al principio di accessorietà non è stata accettata in un primo momento dalla giurisprudenza, la quale ha proceduto all'identificazione biunivoca tra causa di garanzia personale e fideiussione¹³, qualificando l'accessorietà come un principio di ordine pubblico inderogabile dai privati¹⁴.

L'orientamento in esame va, però, disatteso, poiché appare, per lo più, il frutto dell'adesione all'idea della causa come funzione economico-sociale¹⁵, la quale svincola l'azione dei privati, ingabbiandola entro gli schemi contrattuali previsti dal codice civile¹⁶. A ben altri risultati approda, invece, la con-

¹² Sulle differenze tra fideiussione e garanzia *cf.* *ex multis* Stella, *Il contratto autonomo*, cit., 949 ss.

¹³ Sul punto *cf.* in particolare la critica di E. Navarretta, *Causalità e sanzioni degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contratto impr.*, 1991, 285.

¹⁴ Così Cass. 7-9-1968, n. 2899; Cass. 9-6-1975, n. 2297; Trib. Roma 27-5-1985. In questo senso in dottrina v. A. Marini, *Sull'art. 1939 del codice civile*, in *Dir. giur.*, 1968, I, 1, 830 s.; E. Favara, *Fideiussione di obbligazione principale invalida e validità della clausola che estende la garanzia fideiussoria anche a tale ipotesi*, in *Econ. cred.*, 1974; G. Cavalli, *Contratti bancari su modulo e problema del contraente debole*, Torino, 1976, 77 s. D'altra parte, la validità della garanzia autonoma è sostenuta dalla dottrina prevalente: v. M. Fragali, *Delle obbligazioni. Fideiussione – Mandato di credito*, Art. 1936-1959, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1957, 322; Id., voce *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 369; Portale, *Le garanzie bancarie*, cit., 4 s.; Benatti, *Il contratto autonomo*, cit., 173 ss.; A. Mazzoni, *Lettere di patronage*, Milano, 1986, 131; Id., *Lettere di patronage, mandato di credito, e promessa del fatto del terzo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 352 s.; M. Sesta, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto impr.*, 1985, 939 ss.; Id., *Le garanzie atipiche. I. Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia, contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988, 455 ss.; P. De Sanna, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 35; G. Grisi, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 201-202; C.M. Bianca, *Diritto civile, V. Responsabilità*, Milano, 1994, 518-519; G. Stella, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 780 ss.

¹⁵ Così E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*², a cura di G. Crifò, Napoli, 1960 rist. corretta 2002, 43 s., 170 s. e già Id., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1929, 313-314. Nonché per qualche accenno in tal senso *cf.* V. Scialoja, *Negozi giuridici*, Roma 1938, 89 ss.

¹⁶ Sul punto è d'obbligo il riferimento alla critica di G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. 112-115. Sul tema *cf.* anche G. Gorla, *Il contratto*, Milano, 1964, 113; P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 288 nt. 104; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 63 s.; R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, 574; Id., *Il*

cezione di causa come funzione economico-individuale¹⁷ o, per usare un termine in voga nella giurisprudenza, di «causa in concreto»¹⁸. Questa linea ermeneutica permette una maggiore valorizzazione della libertà contrattuale dei privati, i quali godono della possibilità di concludere contratti atipici purché volti al soddisfacimento di un interesse meritevole di tutela (art. 1322 c.c.)¹⁹.

È quest'ultima l'impostazione seguita in maniera pressoché graduale dalle pronunce successive, le quali, dopo l'ammissione, pur non priva di ambiguità²⁰, della garanzia autonoma nel nostro ordinamento, hanno precisato in misura sempre maggiore i contorni della fattispecie in questione. In questo filone s'inserisce la nota sentenza del 2010 delle Sezioni Unite, la quale configura la garanzia in esame come una forma di garanzia priva del vincolo di ac-

contratto³, 1, in *Tratt. Sacco-De Nova*, Torino, 2004, 784 s.

¹⁷ Così Ferri, *Causa e tipo*, cit., *passim*.

¹⁸ L'orientamento è stato inaugurato da Cass. 8-5-2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1988 ss. con nota di B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale e seguito in modo pressoché unanime dalle pronunce successive*. Sull'uso giurisprudenziale del concetto di causa in concreto v. i due recenti contributi, di opposto tenore, 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, 957 ss. e di C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, *ivi*, 2014, 251 ss.

¹⁹ Sul punto *cfr.* G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., 258-270, 345-412; Id., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 58 ss., 156 ss.

²⁰ La validità nel nostro ordinamento del contratto autonomo di garanzia è stata affermata da Cass. s.u. 1-10-1987, n. 7341, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, 1 ss.; in *Foro it.*, 1988, I, 103 ss. con nota di M. Viale, *Sfogliando la margherita: Garantievertrag e fideiussione «omnibus» in Cassazione*. La pronuncia in questione pur riconoscendo il contratto autonomo di garanzia appare riottosa ad abbandonare lo schema tipico della fideiussione quando afferma che «i negozi atipici (di garanzia) sono pur sempre riferibili alla fideiussione». Il sostanziale non abbandono della figura tipica viene riscontrato, poi, da diversi autori secondo cui «il sistema delle rivalse», ideato dalle Sezioni Unite per correggere le patologie sostanziali che l'esecuzione del contratto autonomo di garanzia poteva provocare, comporta l'avvicinamento della fattispecie in esame alla fideiussione con clausola *solve et repete* e non già al *Garantievertrag*. Così Portale, *Le garanzie bancarie*, cit., 129-139; A. Calderale, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il «big sleep» delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1988, I, 3022 ss.; G. Meo, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, 192-195; Monticelli, *Le garanzie autonome*, cit., 243 ss.; *Contra* G. Ferri, *Garanzie bancarie da soddisfare a semplice richiesta*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 340 «escluderei [...] che la costruzione delle Sezioni Unite abbia fatto propria quella posizione abbastanza diffusa in dottrina [...] secondo la quale la garanzia da soddisfare a prima richiesta configuri una ipotesi di *solve et repete*».

cessorietà la cui «causa concreta» consiste nell'assicurare la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario ²¹.

3. – Nella pronuncia n. 15108 del 2013 la ricorrente contesta l'interpretazione data dalla Corte d'appello alla garanzia che la lega all'Azienda ospedaliera e incentrata sulla qualifica di «autonoma», nonostante l'assenza di una clausola che prevede in modo esplicito la rinuncia del garante a proporre le eccezioni spettanti al debitore in base al rapporto con garantito. In altri termini, la SIC assume la necessaria presenza della clausola «senza eccezioni» oppure «a prima richiesta e senza eccezioni», con ciò procedendo a una sorta di estremizzazione dell'indirizzo, accolto in via di *obiter dictum* dalle Sezioni Unite, secondo cui la seconda delle clausole ora menzionate costituisce un indice *ex se* sufficiente per l'individuazione della garanzia autonoma ²².

Di contro, la Corte di Cassazione del 2013 ha respinto l'assunto della SIC, precisando che la presenza della clausola in questione non risulta di per sé decisiva, poiché bisogna prestare attenzione alla relazione che le parti hanno voluto instaurare tra la garanzia e il contratto garantito ²³.

²¹ Così Cass. s.u. 18-2-2010, n. 3947, § 1, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 257 ss. con nota di G.B. Barillà, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*; in *Corriere giur.*, 2010, 1022 s. con nota di F. Rolfi, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grand arrêt delle Sezioni Unite tra massime ed obiter dicta*; in *Giust. civ.*, 2010, I, 1365 ss. con note di A. Lamorgese, *Il Garantievertrag secondo le sezioni unite* e G. Pasciucco, *Le polizze fideiussorie e un'occasione di riflessione sulle clausole di pagamento «a prima richiesta» e ivi*, 2011, I, 497 ss. con nota di Tartaglia, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia*, cit.; in *Contratti*, 2010, 453 s. con nota di M. Lobbuono, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *NGCC*, 2010, I, 904 s. con nota di C. Puppo, *La polizza fideiussoria al vaglio delle sezioni unite. Tra autonomia e accessorietà della garanzia*.

²² Cfr. Cass. s.u. 18-2-2010, n. 3947, cit., § 10. Sul punto cfr. Barillà, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag*, cit., 287-288; nonché 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, 578, il quale sottolinea che le Sezioni Unite avallano l'orientamento secondo cui ai fini della configurazione della garanzia autonoma risulta necessario l'accostamento del «a prima richiesta» al «senza eccezioni» (in questo senso v. Cass. 3-5-2005, n. 19300; Cass. 20-4-2004, n. 7502; Cass. 26-7-2000, n. 9801; Cass. 21-4-1999, n. 3964). *Contra* L. Bozzi, *Le garanzie personali a prima richiesta*, in *I contratti per l'impresa*, cit., 574 ss., Stella, *Il contratto autonomo*, cit., 980 i quali ritengono che le Sezioni Unite del 2010 hanno affermato l'efficacia esaustiva della clausola «a prima richiesta».

²³ Cfr. in questo senso già tra le altre Cass. 3-3-2009, n. 5044; Cass. 28-2-2007, n. 4661; Cass. 9-11-2006, n. 23900; Cass. 19-6-2001, n. 8324. Diversamente, Stella, *Il contratto autonomo*, cit.,

Tale approccio ermeneutico risulta preferibile perché più rispettoso dei canoni dell'interpretazione del contratto. Quest'ultima impone la funzionalizzazione del dato testuale allo scopo perseguito dai contraenti²⁴, nel senso che l'interprete deve unire l'analisi letterale all'indagine sulla «comune intenzione delle parti» di modo da rendere il primo il più possibile conforme alla seconda (art. 1362 c.c.)²⁵. Il che non significa, d'altra parte, che l'interpretazione del contratto implichi l'accertamento dell'atto psicologico di volontà dei contraenti²⁶, quanto piuttosto la necessità che tale attività ermeneutica muova dal dato testuale²⁷ per arricchirlo tramite il riferimento «extratestuale», ora, al comportamento dei contraenti anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c.), ora, ai casi non espressi e, infine, al luogo in cui il contratto è stato concluso o a quello in cui ha sede l'impresa, qualora una delle parti sia un imprenditore (art. 1368 c.c.)²⁸. L'operazione in discorso non può approda-

980 nt. 117, ritiene che la Corte di Cassazione menzionata *supra* nel testo aderisce all'assunto delle Sezioni Unite e, quindi, alla tesi secondo cui la clausola «a prima richiesta» risulta *ex se* sufficiente, e a maggior ragione se accompagnata da quella «senza eccezioni», per giustificare in linea di principio la configurazione della garanzia autonoma.

²⁴ Per il legame tra l'interpretazione e la causa/funzione del contratto *cf.* Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 346 ss.; P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, 227, Id., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 166; V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 103; G. Alpa, *Alle origini della teoria moderna dell'interpretazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 324; Irti, *Testo e contesto*, cit., 44 ss.; C. Scognamiglio, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, II², a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, 1050 ss., 1077-1078; C. Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*², Napoli, 2007, 205; A. Gentili, sub *art. 1362*, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 437 ss.

²⁵ *Cfr.* invece G. Liotta, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 972 ss., il quale assegna minore rilevanza al riferimento alla «comune intenzione».

²⁶ Così invece C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico. Con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 93 ss.; G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 4-5; G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947 rist. 1961, 232 ss..

²⁷ *Cfr.* sul punto Gentili, sub *art. 1362*, cit., 438: «Intesa propriamente la volontà come fatto psichico, essa resta *in interiore homine*. Ma la verifica condotta su dichiarazioni e comportamenti non è verifica del fatto volitivo ma ricerca del senso».

²⁸ *Cfr.* in questo senso Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 348-356; Irti, *Testo e contesto*, cit., 1-21; L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*², Art. 1362-1371, a cura di V. Calderai, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2013, 111-115, la quale sottolinea che le regole sull'interpretazione del contratto assegnano sì rilevanza al dato letterale, il quale va inserito, però,

re, però, alla correzione della *lex contractus*: il rilievo normativo degli indici ora richiamati risulta propedeutico a rendere conforme il dato testuale all'obiettivo programmato dai contraenti, ma non abilita alla sua rettifica²⁹. Ciò trova conferma nella norme che individuano nell'intero testo contrattuale il parametro di riferimento per l'interpretazione delle singole clausole (art. 1363 c.c.)³⁰ e che impediscono di attribuire alle espressioni generali un senso diverso da quello desumibile dall'oggetto del contratto (art. 1364 c.c.), il quale funge da cartina al tornasole per l'individuazione del significato più conveniente da assegnare a tali espressioni generali (art. 1369 c.c.)³¹.

L'interpretazione agisce, dunque, entro gli argini segnati dalla lettera del contratto senza, tuttavia, contentarsene e, in questo senso, il noto adagio *in claris non fit interpretatio* va indirizzato e piegato alla funzione impressa alla *lex contractus* dall'autonomia privata: finanche l'inequivoco dato letterale necessita dell'ausilio dei dati extratestuali per assumere il senso che le parti gli hanno inteso attribuire³².

L'approccio ora richiamato appare sacrificato dall'ottica, sposata dalle Sezioni Unite del 2010, che assegna l'effetto derogatorio delle regole sulla fideiussione alla clausola «a prima richiesta e senza eccezioni», salva l'evidente «discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale»³³.

Quest'argomentazione attribuisce efficacia dirimente al dato letterale della clausola e postula la non necessità di procedere *prima facie* all'approfondimento del contenuto del contratto, il quale viene relegato a mero strumento

all'interno di un procedimento ermeneutico in cui assumono rilevanza ulteriori indici extratestuali. Esclude la rilevanza dei dati extratestuali, come ad es. il comportamento delle parti *ex art. 1362, co. 2, c.c.*, nelle garanzie autonome F. Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 149. Segnala tale orientamento anche nella giurisprudenza Portale, *Le garanzie bancarie*, cit., 65.

²⁹ Cfr. sul punto L. Mengoni, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (note sull'art. 625 c.c.)*, in *Jus*, 1989, 8-9.

³⁰ Sul punto cfr. G. Sicchiero, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 87 ss., in part. 87-110.

³¹ Nel senso detto *supra* nel testo, l'interpretazione del contratto non differisce in maniera considerevole dall'interpretazione della legge. Quest'ultima non si limita, infatti, alla mera ricognizione della scelta legislativa avulsa dalla realtà in cui s'inserisce, ma va condotta tenendo conto dell'ordine sociale oggetto di regolazione. Così S. Pugliatti, *Coscienza e diritto*, Milano, 1961, 54 s.; E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, a cura di G. Crifo, II, Milano 1965 rist. corretta e ampliata 1990, 801 ss., 806 ss. Per il raffronto tra regole sull'interpretazione della legge e regole sull'interpretazione del contratto cfr. anche E. Russo, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, 431-439.

di eccezione offerto alle parti per confutare il dato letterale³⁴. Viceversa, l'interpretazione della clausola non può prescindere dall'analisi del rapporto obbligatorio cui accede, giacché solo in questo modo il significato della prima viene posto in linea con la funzione trasmessa dalle parti al secondo³⁵.

A tale riguardo l'esigenza delle Sezioni Unite di non generare «spazi ermeneutici» incontrollati per scongiurare, al contempo, decisioni ineguali su situazioni identiche, appare francamente insufficiente a giustificare un'interpretazione che astrae la clausola dal programma contrattuale in cui viene inserita³⁶. In realtà, l'indagine sul contenuto del contratto risulta in linea con la valutazione imposta al giudice sui documenti prodotti dalle parti nel processo civile³⁷; il giudice deve, infatti, procedere all'apprezzamento del comune intento delle parti senza arrestarsi «al senso letterale delle parole»³⁸. Di

³² Così Irti, *Testo e contesto*, cit., 49 ss.; R. Sacco, *L'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 10. *Obbligazioni e contratti*², II, Torino, 1998, 511; Scognamiglio, *L'interpretazione*, cit., 1054 ss., spec. 1059;

³³ Cass. s.u. 18-2-2010, n. 3947, cit., § 10.

³⁴ Sul punto *cf.* anche la critica alla giurisprudenza degli anni '80 svolta da G. Meo, *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1998, 923-924.

³⁵ *Cfr.* sul punto E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, a cura di G. Crifò, I, Milano 1965 rist. corretta e ampliata 1990, 309 il quale, sulla scorta del pensiero di F. Schleiermacher, (*Hermeneutik und Kritik*, Berlino, 1838), rammenta «il circolo di reciprocità ermeneutica che corre fra l'unità del tutto e i singoli elementi di un'opera: reciprocità tale, che consente d'intraprendere l'interpretazione sia assumendo d'intendere l'unità del tutto per mezzo delle singole parti, sia assumendo d'intendere il senso delle singole parti in funzione del tutto». Con riferimento al contratto autonomo di garanzia *cf.* Corrias, *Garanzia pura*, cit., 430, il quale sottolinea che la clausola «a prima richiesta» costituisce un indice dell'autonomia il quale deve, però, essere sorretto da ulteriori elementi del contratto «che confermino la volontà delle parti di instaurare una relazione di completa autonomia tra la posizione di garanzia e l'obbligazione principale».

³⁶ *Cfr.* in senso opposto tutte le pronunce che ritengono sufficiente la presenza della clausola «a prima richiesta» o «senza eccezioni» oppure «a prima richiesta e senza eccezioni» per legittimare il mutamento sostanziale della fideiussione in garanzia autonoma: v. tra le altre Cass. 27-9-2011, n. 19736; Cass. 19-5-2011, n. 10998; Cass. s.u. 12-1-2007, n. 412, in *Contratti*, 2007, 845 ss. con nota di M. Cuccovillo, *Garanzie personali atipiche e giurisdizione per connessione*. Nel senso del testo v. Cass. 19-3-1993, n. 3291, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1387; Cass. 14-7-1994, n. 6604, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995, II, 422; Cass., 29-3-1996, n. 2909, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2601.

³⁷ Al riguardo *cf.* per tutti S. Satta - C. Punzi, *Diritto processuale civile*³, Padova, 2000, 165 ss.

³⁸ Al riguardo *cf.* però V. Calderai, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino 2008, 126 ss., 139 ss.; Id., voce *Interpretazione del contratto*, in *Il diritto. Enc. giur. Il sole 24ore*, IV, 204 ss., la quale segnala il pericolo per la certezza del diritto insito nel riferimento alla comune intenzione delle parti di cui all'art. 1362 c.c.

conseguenza, il compito di nomofilachia assegnato alla Corte di Cassazione, volto proprio a evitare che l'interpretazione del contratto generi decisioni contraddittorie, non può giustificare la cancellazione di fatto dell'attività ermeneutica del giudice sul contenuto del contratto, ma dovrebbe, semmai, stimolare una più attenta e scrupolosa analisi dello stesso.

4. – La soluzione proposta dalla sentenza che si annota appare soddisfacente da un'ulteriore prospettiva: essa prosegue il *trend* – proprio delle Sezioni Unite del 2010 – che muove dall'accettazione del contratto autonomo di garanzia per sviscerarne la fattispecie, e, a tale riguardo, offre un contributo rilevante, rendendo più nitidi i criteri per la sua individuazione.

La valorizzazione delle regole sull'interpretazione del contratto effettuata dalla pronuncia n. 15108 del 2013 acquisisce, infatti, peculiare rilevanza nella materia delle garanzie personali in forza delle diverse funzioni rivestite dalle clausole «a prima richiesta»³⁹, «senza eccezioni» e «a prima richiesta e senza eccezioni» a seconda del rapporto cui accedono⁴⁰.

La clausola «a prima richiesta» può produrre un mero effetto procedimentale, innescando l'inversione dell'onere della prova, sicché il beneficiario è abilitato a escutere la garanzia, salvo che il garante opponga la mancanza del presupposto sostanziale per il pagamento. Un'ulteriore funzione svolta da questa clausola può essere quella di c.d. *solve et repete* (art. 1462 c.c.), che offre al beneficiario la possibilità di escutere la garanzia e insieme di posporre le eccezioni del garante, il quale è abilitato, successivamente, ad agire per la ripetizione di quanto versato e in tale sede a eventualmente lamentare il difetto dei presupposti dell'escussione esercitata⁴¹. Ancora, la clausola in esame risulta idonea a sancire l'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito. Di conseguenza, il beneficiario può escutere la garanzia e il garante non può opporsi a tale escussione né al momento della richiesta né in sede di ripetizione.

Solo l'ultima delle ipotesi ora menzionate individua, dunque, la deroga al contenuto sostanziale della fideiussione, generando il contratto autonomo di

³⁹ Al riguardo cfr. N. Salanitro, *Le fideiussioni bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, I, 139-141.

⁴⁰ Sul punto cfr. anche l'analisi di Meo, *Fideiussioni e polizze fideiussorie*, cit., 924-940.

⁴¹ Cfr. sul punto anche Stella, *Il contratto autonomo*, cit., 984.

garanzia. In tal caso, infatti, la garanzia e l'operazione garantita vengono eseguite in modo autonomo, per l'appunto, sicché il garante risulta abilitato ad opporre soltanto le eccezioni fondate sul contratto di garanzia con il beneficiario e non già quelle che traggono origine dalle vicende del rapporto garantito. Nelle prime due ipotesi, viceversa, la clausola ha una portata meramente processuale: l'inversione dell'onere della prova, nel primo caso, e la posticipazione dell'opponibilità delle eccezioni basate sul rapporto garantito, nel secondo caso. Entrambe queste ipotesi non impediscono, pertanto, la riconduzione della garanzia alla forma tipica della fideiussione, poiché non escludono il principio di accessorietà di essa caratteristico. Ne consegue che la clausola «a prima richiesta» non può costituire di per sé un indice rivelatore della presenza del contratto autonomo di garanzia⁴².

Questa conclusione non appare così immediata con riferimento alla clausola «senza eccezioni» la quale ha di mira il tratto caratteristico della garanzia

⁴² Il punto appare pacifico in dottrina: v. Benatti, *Il contratto autonomo*, cit., 173; Salanitro, *Le fideiussioni bancarie*, cit., 139-141; Portale, *Le garanzie bancarie*, cit., 57-71; F. Bonelli, *Escusione abusiva delle garanzie bancarie a prima domanda*, in *Dir. comm. int.*, 1988, 487-490; Cicala, *Sul contratto autonomo*, cit., 143-144; A. Calderale, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999, 128-130; Monticelli, *Le garanzie autonome*, cit., 240 ss.; Fragali, voce *Fideiussione*, cit., 369; A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Mesineo-Mengoni*, XVIII, 3, Milano, 1998, 208 nt. 104; G.B. Barillà, *Il Garantievertrag nella prassi: qualificazione giuridica e disciplina applicabile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 635-636; Corrias, *Garanzia pura*, cit., 429-432; Id., *La valenza delle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni"*, cit., in part. 582-583; Fezza, *Le garanzie*, cit., 138-140, 154-158; G. Grippo, *La fideiussione in generale*, in *Le garanzie personali*, I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007, 191 ss.; Macario, *Garanzie personali*, cit., 436-446; Stella, *Le garanzie del credito*, cit., 851 ss.; Id., *Il contratto autonomo*, cit., 982 ss.; Tartaglia, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia*, cit., 502. Per la giurisprudenza che assegna alla clausola *solve et repete* mera efficacia processuale e non già sostanziale v. Cass. 17-1-2008, n. 903; Cass. 9-11-2006, n. 23900; Cass. 6-10-2005, n. 19484; Cass. 3-10-2005, n. 19300. *Contra* Trib. Cagliari 14-11-2013, n. 3273; Trib. Cagliari 24-2-2014, n. 717, in *Riv. giur. sarda*, 337 ss. con nota di P. Corrias, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione «a prima richiesta»)*. Queste due pronunce qualificano una garanzia come «autonoma» sulla scorta della mera presenza della clausola che obbliga il fideiussore a pagare a semplice richiesta anche in caso di opposizione del debitore. Tale conclusione risulta, peraltro, accompagnata dall'improprio richiamo all'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, il quale – come più volte rilevato – si riferisce non già alla clausola «a prima richiesta», bensì alla clausola «a prima richiesta e senza eccezioni». Al riguardo *cf.* la critica puntuale di Corrias, *ibidem*, 349 ss. Ritengono sufficiente la clausola «a prima richiesta» per la configurazione della garanzia autonoma tra le altre anche Cass. 14-2-2007, n. 3257; Cass. s.u. 12-1-2007, n. 412, cit.; Cass. s.u. 1-10-1987, n. 7341, cit.

autonoma, ossia l'inopponibilità da parte del garante delle eccezioni basate sulle vicende del rapporto garantito. Anche quest'ipotesi non sembra, tuttavia, poter fare a meno dell'approfondimento ermeneutico richiamato in precedenza e ciò in quanto la clausola ora menzionata si presta a una pluralità di significati diversi a seconda del contesto contrattuale in cui viene inserita⁴³. Il riferimento "puro" al «senza eccezioni» potrebbe, infatti, avere il significato sia di *solve et repete*, sia di escludere tutte le eccezioni al pagamento della garanzia, e quindi di quelle basate sul contratto di garanzia e di quelle fondate sul rapporto garantito, sia di precludere le sole eccezioni fondate sul contratto di garanzia, sia ancora d'impedire quelle esclusivamente basate sul rapporto garantito. Tutto ciò sconsiglia, dunque, l'attribuzione della qualifica di «autonoma» a una garanzia sulla scorta del mero richiamo alla clausola «senza eccezioni»⁴⁴.

La clausola a «prima richiesta e senza eccezioni», oltre a dare la conferma del diverso significato delle due clausole *uti singuli* considerate⁴⁵, potrebbe alludere al *solve et repete*, poiché l'antecedenza del «a prima richiesta» potrebbe circoscrivere la portata precettiva del «senza eccezioni»: al momento della prima escussione. Di conseguenza, va negata anche l'idoneità della clausola «a prima richiesta e senza eccezioni» a fungere da indice rivelatore della presenza di un contratto autonomo di garanzia.

⁴³ Nel senso che la clausola «senza eccezioni» può contribuire in un determinato contesto alla configurazione del contratto autonomo di garanzia v. Tartaglia, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia*, cit., 504; Id., *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, a cura di P. Corrias, II, Milano, 2013, 973. Sul punto cfr. anche Corrias, *La valenza delle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni"*, cit., 583-584, il quale, muovendo dall'idea per cui le regole sull'interpretazione del contratto scongiurano l'attribuzione di un significato assoluto alle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni», qualifica quest'ultima come «un significativo segnale della completa autonomia della prestazione del garante», non escludendo, però, la possibilità che ulteriori elementi del contratto possano giustificare la soluzione opposta.

⁴⁴ Cfr. invece Cass. 10-1-2012, n. 65; Cass., 12-12-2008, n. 29215; Cass. 27-6-2007, n. 14853; Cass. 6-4-1998, n. 3552 le quali ritengono equipollenti le clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» al fine di configurare la garanzia autonoma.

⁴⁵ Cfr. in questo senso Cass. 27-9-2011, n. 19736; Cass. 19-5-2011, n. 10998; Cass. 28-10-2010, n. 22107 e v. *supra* nt. 22. In dottrina cfr. in particolare Tartaglia, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia*, cit., 504, il quale insiste sulla differenza tra clausola «a prima richiesta» e clausola «senza eccezioni». Attribuisce alle clausole un significato distinto e autonomo anche Stella, *Il contratto autonomo*, cit., 974-975.

L'*obiter dictum* delle Sezioni Unite del 2010 si pone, dunque, in contrasto con le regole sull'interpretazione del contratto e rischia altresì di sortire l'attribuzione alla clausola «a prima richiesta e senza eccezioni» di una forza che *ex se* non le corrisponde: quella di derogare alle regole sulla fideiussione. Diversamente, l'azione ermeneutica tesa a inserire il significato delle clausole nella cornice contrattuale cui accedono mitiga tale rischio⁴⁶ e permette l'individuazione del diverso grado di opponibilità delle eccezioni che, come hanno rilevato proprio le Sezioni Unite del 2010, segna la differenza tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione⁴⁷.

L'impostazione suggerita dai giudici di legittimità nella pronuncia del 2013 offre, infine, un guadagno ulteriore: essa implica non solo l'inedoneità delle clausole «a prima richiesta», «senza eccezioni» e «a prima richiesta e senza eccezioni» a giustificare l'attribuzione alla garanzia della qualifica di «autonoma», ma esclude anche la necessità della presenza di una di tali clausole per la configurazione del contratto autonomo di garanzia. L'analisi del contenuto della *lex* privata può ben giustificare, infatti, l'esistenza della garanzia autonoma, nonostante la mancanza delle clausole ora menzionate; il che avviene, per l'appunto, nel caso esaminato dalla Corte.

In definitiva, in forza della sentenza n. 15108 del 2013 risulta possibile che il contratto: *a)* presenti una delle clausole in questione, ma non dia luogo a una garanzia autonoma; *b)* non contenga nessuna delle clausole in questione, ma risulti idoneo comunque a configurare una garanzia autonoma.

5. – La fattispecie esaminata dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 15108 del 2013 contempla la deroga all'art. 1952, co. 2, in forza del quale se il garante non avvisa il debitore dell'escussione della garanzia il debitore può opporre al garante le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore.

A tale riguardo, sorgono due interrogativi: *i)* sul fronte della fideiussione, se la deroga in parola possa di per sé costituire un indice rivelatore della presenza della garanzia autonoma; *ii)* su quello del contratto autonomo di garanzia, se la deroga medesima risulti idonea a inficiare lo scambio d'informazioni che impernia il rapporto mandante/debitore-mandatario/garante.

⁴⁶ Approda alla soluzione suggerita *supra* nel testo anche Stella, *Il contratto autonomo*, cit., 980-981.

⁴⁷ *Cfr.* Cass. s.u. 18-2-2010, n. 3947, §§ 9.2 e 9.3 e già Meo, *Fideiussioni e polizze fideiussorie*, cit., 928.

Al primo quesito occorre dare risposta negativa⁴⁸, poiché l'espunzione dalla fattispecie fideiussoria della regola *ex art.* 1952, co. 2, c.c. non elimina la possibilità del fideiussore di opporre al beneficiario le eccezioni fondate sul rapporto garantito: la deroga in questione concerne il rapporto fideiussore-debitore e rende più agevole l'azione di regresso del primo, il che non risulta incompatibile di per sé con la forma di garanzia tipica.

Anche il secondo degli interrogativi sopra menzionati va risolto in senso negativo. Come si è anticipato in esordio, la garanzia autonoma viene stipulata dal garante a favore del beneficiario in forza del precedente contratto di mandato intercorrente tra il garante medesimo e il debitore. Tutto ciò se, per un verso, preclude al garante l'opposizione delle eccezioni fondate sulle vicende del rapporto garantito, per altro verso, non elimina la possibilità per lo stesso di proporre le eccezioni fondate sul rapporto di garanzia⁴⁹. La cooperazione indotta dal mandato prende corpo, infatti, nelle comunicazioni tra mandante/debitore e mandatario/garante, le quali candidano il rapporto in questione a fungere da veicolo delle informazioni idonee a permettere al garante di opporsi all'esecuzione della garanzia⁵⁰. Un tale esito potrebbe, d'altra parte, risultare vanificato per effetto della deroga all'*art.* 1952, co. 2, c.c., e ciò sancendo l'eliminazione dell'obbligo del mandatario/garante di tenere informato il mandante/debitore sullo stato di esecuzione dell'affare per cui ha ricevuto l'incarico (*art.* 1710, co. 2, c.c.)⁵¹.

E tuttavia questa conclusione non appare prospettabile. L'esclusione della

⁴⁸ Così anche Cass. 17-6-2013, n. 15108, cit., § 1.4, la quale inserisce la deroga di cui *supra* nel testo tra gli indici che possono giustificare la configurazione della garanzia autonoma.

⁴⁹ Al riguardo *cf.* Bonelli, *Escussione abusiva*, cit., 490-497; M. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pub. econ.*, diretto da F. Galgano, XVIII, Padova, 1994, 188 ss.; Giusti, *La fideiussione*, cit., 316; F. Mastropaolo – A. Calderale, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *I contratti di garanzia*, I, a cura di F. Mastropaolo, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, Torino, 2006, 538; Stella, *Le garanzie del credito*, cit., 828-831; Id., *Il contratto autonomo*, cit., 958 ss. In giurisprudenza: Cass. 24-4-2008, n. 10652.

⁵⁰ Sul punto sia consentito il rinvio ad A. Montanari, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Europa dir. priv.*, 2008, in part. 1023 ss.

⁵¹ *Cf.* sul punto G. Bavetta, voce *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 357 il quale ricorda che l'obbligo del mandatario *ex art.* 1710, co. 2, c.c. non va ridotto alle sole ipotesi della revoca o della modifica, letteralmente menzionate dalla norma, ma include più in generale tutte le informazioni volte a incidere sull'economia del rapporto. In questo senso *cf.* anche A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, 1984, 351-

regola ex art. 1952, co. 2, c.c. è, infatti, complementare all'inopponibilità da parte del garante delle eccezioni basate sul rapporto garantito, replicando tale inopponibilità nel rapporto garante-debitore⁵². Per converso, l'onere imposto al fideiussore risulta propedeutico all'esercizio delle stesse eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore a fronte della richiesta d'adempimento dell'obbligazione garantita. La fideiussione postula, infatti, l'identità tra le posizioni di fideiussore e di debitore, e il rapporto che tra questi s'ingenera trova fondamento nella fideiussione medesima o, meglio, nel rapporto fideiussore-creditore, giacché il suo adempimento impone al debitore di eseguire il pagamento al fideiussore anziché al creditore; ciò per evitare la tracimazione dell'istituto in un mezzo di soddisfacimento del credito invece che di estinzione del debito⁵³. Questo meccanismo va, però, in cortocircuito se l'identità di posizioni non viene rispettata: il fideiussore che esegue il pagamento e non abilita il debitore a comunicargli le eccezioni opponibili, non può lagnarsi se, una volta surrogatosi nei diritti del creditore⁵⁴, il debitore gli

352; U. Carnevali, voce *Mandato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 8; Portale, *Le garanzie bancarie*, cit., 66; Benatti, *Il contratto*, cit., 184-185; L. Pontiroli, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, in *Contratto impr.*, 1989, 1046; Mastropaolo, *I contratti autonomi*, cit., 381-382; Monticelli, *Le garanzie autonome*, cit., 269; Fezza, *Le garanzie*, cit., 248 s. *Contra* C. Santagata, *Mandato. Obbligazioni del mandatario. Obbligazioni del mandante*, Art. 1710-1721, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, 54 ss., il quale ritiene priva di fondamento normativo la tesi che generalizza l'obbligo d'informazione del mandatario oltre le specifiche ipotesi contemplate dall'art. 1710, co. 2, c.c.: «si tratta di illazioni insostenibili nella misura in cui si accolla al mandatario un onere gravoso ed indeterminato, che può giustificarsi soltanto ove sia stata prevista una specifica pattuizione nel titolo ovvero risulti essenziale (e connaturale alla tipologia dell'incarico) una siffatta costante informativa in correlazione alle peculiari esigenze che caratterizzano la specifica natura del rapporto». Tale lettura va, però, disattesa e ciò in quanto l'obbligo d'informazione in esame costituisce una specificazione del più generale dovere di buona fede che, come insegnato dalla migliore civilistica, muove dalla fase delle trattative e permea l'intero tessuto contrattuale, integrandolo con quegli obblighi accessori all'obbligo di prestazione, la cui forma prima di positivizzazione risiede proprio nell'obbligo d'informazione (art. 1338 c.c.). Così L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 368-369.

⁵² Così sul punto anche G. Stella, *Rapporti fra fideiussore e creditore; fra debitore principale e fideiussore. Figure speciali di fideiussione*, in *Tratt. dei contratti*, cit., 874; Id., *Il contratto autonomo*, cit., 943; nonché Cass. 17-6-2013, n. 15108, cit., § 1.4.

⁵³ Così Fragali, voce *Fideiussione*, cit., 371-372. Al riguardo *cf.* al riguardo anche Stella, *Rapporti tra fideiussore e creditore*, cit., 849 ss.

⁵⁴ Gli artt. 1949 e 1950 c.c. disciplinano, rispettivamente, la surrogazione del fideiussore nei diritti del creditore e l'azione di regresso del fideiussore contro il debitore, ciò ha dato la stura al di-

oppone quelle eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore⁵⁵. Il pagamento fideiussore-creditore, prima, e quello debitore-fideiussore, dopo, rinfrainge, infatti, «l'unitario rapporto tra creditore e debitore»⁵⁶.

La regola in questione risulta, dunque, tanto servente dell'accessorietà della fideiussione quanto completiva dell'autonomia innescata dalla garanzia autonoma, ma non investe il contratto di mandato che – nell'ambito dei rapporti caratterizzanti la seconda – intercorre tra il garante e il debitore. Quest'ultimo rapporto non risale, come nella fideiussione, a quello tra garante e creditore, ma all'incarico dato dal mandante/debitore al mandatario/garante di concludere la garanzia autonoma con il creditore. Di conseguenza, il mandatario è reso responsabile dell'esecuzione dell'affare e deve tenere informato il mandante al riguardo per permettergli d'impartire o eventualmente modificare le istruzioni in precedenza attribuite. Tali informazioni non involgono, diversamente dal rapporto fideiussore-debitore, le eccezioni opponibili all'esecuzione dell'obbligazione garantita e neppure integrano la loro identità di posizioni; bensì offrono indirettamente la possibilità al mandatario/garante di bloccare l'esecuzione della garanzia intercorrente con il creditore/beneficiario.

In definitiva, l'onere di cui all'art. 1952, co. 2, c.c. concerne la fideiussione e la portata della sua esclusione va ad essa limitata per favorire il completamento della deviazione verso il contratto autonomo di garanzia innescata dall'inopponibilità delle eccezioni. Ne consegue che l'effetto derogatorio non può investire il diverso contratto di mandato tra debitore e garante, e, quindi, gli obblighi di comunicazione da esso generati, sicché resta intatta la necessità per il mandatario/garante di avvisare o richiedere informazioni al mandante/debitore sulla fon-

battuto tra coloro che, pur ammettendo la comunanza dell'obiettivo pratico cui tendono tali istituti, ne segnalano le differenze sul piano teorico (così A. Ravazzoni, voce *Fideiussione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1957, 290 ss.; M. Giorgianni, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, *ivi*, XI, Torino, 1968, 684; G. Bozzi, *Autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, 261; Grippo, *La fideiussione*, cit., 49 ss.) e coloro che, invece, preferiscono accorparli: così Fragali, voce *Fideiussione*, cit., 374 ss.; U. Salvestroni, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977, 129; Giusti, *La fideiussione*, cit., 234 ss.

⁵⁵ Il fideiussore che adempie la fideiussione senza avvisare il debitore si accolla il rischio correlato al mancato sfruttamento dell'accessorietà proprio della fideiussione: così Fragali, voce *Fideiussione*, cit., 368.

⁵⁶ Fragali, voce *Fideiussione*, cit., 372.

datezza dell'escussione proposta dal beneficiario ⁵⁷.

Quanto esposto rafforza, dunque, la convinzione secondo cui il procedimento ermeneutico per l'individuazione della garanzia autonoma non può risolversi nella mera attestazione della presenza della clausola «a prima richiesta» o «senza eccezioni» oppure «a prima richiesta e senza eccezioni», ma deve necessariamente involgere gli ulteriori indici cui viene attribuita rilevanza giuridica dalle regole sull'interpretazione del contratto ⁵⁸.

⁵⁷ Così invece è stato sostenuto in alcuni casi dai giudici francesi e belgi. Al riguardo *cf.* Calde-rale, *Autonomia contrattuale*, cit., 129.

⁵⁸ Totalmente diverso da quello seguito *supra* nel testo appare l'approccio dei compilatori del progetto volto alla predisposizione di una disciplina europea sulle garanzie personali: *cf.* AA.VV., *Principles of European Law. Personal Security*, ed. by U. Drobnig, Oxford-New York, 2007. Questo progetto assegna, infatti, particolare rilevanza alla presenza letterale della clausola «a prima richiesta» all'interno del contratto autonomo di garanzia. *Cfr.* sul punto Macario, *Garanzie personali*, cit., 499-503.