

ANCORA A PROPOSITO DELLA VALIDITÀ
DELLA FIDEIUSSIONE «OMNIBUS»,
CON RIGUARDO AI NUOVI MODULI BANCARI(*)

1. - Questa decisione, malgrado l'accurata nota adesiva di G. Tucci, in *Foro it.*, 1988, I, p. 133, lascia profondamente deluso chi è critico convinto, non da oggi, dell'orientamento qui ribadito. A scorrere la motivazione, non si coglie alcuna eco delle numerose osservazioni, mosse alla opinione dominante, in questi ultimi anni, in dottrina e giurisprudenza.

Ci riferiamo al punto nodale se la fideiussione *omnibus* abbia un oggetto determinabile o meno, rivesta un carattere potestativo o no, e perciò se sia valida o invalida, ed entro quali limiti. La corte ripete l'apoftegma che l'oggetto sarebbe determinabile *per relationem*, con riguardo cioè al contenuto dei negozi che verranno stipulati in seguito, direttamente tra il banchiere e l'affidato e che il garante non sarebbe da giudicarsi alla mercé delle loro decisioni, perché il banchiere non presterebbe i soldi, a casaccio.

Che si tratti di proposizioni appaganti, non sembra il caso di dire. Le critiche sollevate hanno tuttavia avuto la singolare ventura di essere maggiormente apprezzate dagli stessi istituti di credito, che non dalla Suprema corte. Infatti esse hanno pesato notevolmente nella revisione dei nuovi moduli fideiussori, adottati dall'associazione bancaria, con circolazione n. 20 del 17 giugno 1987. La maggioranza dei nuovi schemi tipo adottati

(*) Da «Il Foro italiano», 1988, I, p. 1947 e ss.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III, 1.8.1987, n. 6656, Pres. Schermi, Est. Rebuffat, P.M. Benanti (Concl. conf.); Marcucci c/ Cassa di Risparmio Firenze:

«È pienamente valida, sia sotto il profilo della determinabilità dell'oggetto, sia per la funzione economico sociale che svolge, la fidejussione prestata per tutte le obbligazioni che il debitore garantito assume nei confronti di un istituto di credito in dipendenza di operazioni bancarie di qualsiasi specie, tanto se in corso alla epoca del contratto, quanto se intraprese in tempi successivi».

propone, infatti, testi base di fideiussioni per importo limitato e perciò determinabile, mentre un solo schema su cinque è per l'importo illimitato⁽¹⁾.

Si deve ancora notare che le opinioni critiche hanno avuto una positiva influenza laddove i nuovi moduli contemplano l'obbligo per la banca di comunicare al garante — solo che lo chieda — l'entità dell'esposizione complessiva del debitore garantito (nuovo testo dell'art. 5, 2° comma)⁽²⁾. L'associazione bancaria ha in definitiva lasciato (e non poteva non lasciare) alla responsabilità delle singole banche la scelta tra le fideiussioni per importi limitati e quelle per importo illimitato. Si ha notizia, tuttavia, che i moduli per importi limitati stanno entrando sempre più nella prassi di numerose banche, in sostituzione di quelli *omnibus* precedenti.

Il problema, malgrado ciò, ovviamente resta, perché è rimasto, tra gli altri, anche il modulo per importo illimitato.

Il quadro informativo offerto dimostra come i dubbi e le perplessità sulla validità delle fideiussioni *omnibus* per importi illimitati, siano sempre più frequenti nello stesso mondo del credito e che l'unica ad avere ancora certezze in materia — non ce ne voglia il chiaro estensore — è rimasta, ora come ora, la Suprema corte.

A seguito della revisione dei moduli fideiussori, deve riconoscersi alla dottrina di avere assolto un ruolo anticipatore ed equilibratore.

2. - Passiamo ora a vedere perché l'opinione accolta dalla Suprema corte non sembra resistere ad un approfondito vaglio critico. Cominciamo dal problema se la fideiussione *omnibus* sia da reputarsi invalida, sotto il profilo della indeterminabilità dell'oggetto⁽³⁾.

Occorre qui intenderci a quale momento vada riferita la determinabilità della garanzia, per giudicarne, ai sensi dell'art. 1346 c.c. L'autore di

(1) I quattro schemi tipo con testi base contenenti limitazioni di importo sono quelli a garanzia delle operazioni bancarie in genere, a garanzia di credito per importo determinato, a garanzia dello sconto e della negoziazione di effetti cambiari e a garanzia di operazioni varie con importo massimo prefissato. Lo schema tipo per importo illimitato è quello a garanzia generica delle operazioni bancarie.

(2) L'art. 5, 2° comma, ricorre per i testi a garanzia delle operazioni bancarie con importo determinato o illimitato e per la negoziazione di effetti cambiari, mentre corrisponde all'art. 6 del testo delle fideiussioni a garanzia di apertura di credito e di quello a garanzia di operazioni varie.

(3) Nel senso della validità della fideiussione *omnibus*: Cass., 31 agosto 1984, n. 4738, *Foro it.*, 1985, I, p. 505; 5 gennaio 1981, n. 23, *id.*, 1981, I, p. 704; 27 gennaio 1979, n. 615, *id.*, Rep. 1979, voce *Fideiussione*, n. 8.

queste righe rilevò a suo tempo (*id.*, 1985, I, p. 508 e l'osservazione venne poi condivisa da Roppo, da Piazza e da altri, nonché dal Tribunale di Roma, 27 maggio 1985 e dalla Pretura di Legnano, il 13 giugno 1985 che «l'oggetto, vale a dire il debito ed il rischio, devono essere determinabili al presente, cioè nel momento in cui si presta la garanzia (ora per allora) e non esserlo al futuro e quando verrà in essere il negozio, con quel contenuto, da cui sorgerà quel debito e quel rischio (allora per allora)».

La determinabilità dell'oggetto deve cioè ricorrere al presente, quando si presta la garanzia, in modo che si possa prevedere e calcolare il rischio e non in futuro, quando essa opererà ed il rischio si è ormai già verificato (arg. *ex artt.* 1225, 1346, 1467 c.c.)⁽⁴⁾. Il torto del modo di vedere dominante nella giurisprudenza è quello di intendere la determinabilità come un mero giudizio *a posteriori*, per cui essa ricorre sempre e non invece come un giudizio di prognosi postuma *ex antea* (cioè riferita alla conclusione del contratto di garanzia) come deve essere. Si vuol dire che l'operazione di determinazione *per relationem* sarà formulata dopo, ma la determinabilità deve ricorrere prima, come è il caso di ogni giudizio prognostico. Una determinabilità solo *a posteriori* è irrilevante e non significativa.

Sotto questo riguardo, i debiti futuri solo in futuro, con riferimento a negozi che verranno in essere anche a livello di ipotesi solo in futuro, non possono dirsi determinabili o prevedibili al presente.

Si potrà ben ammettere, come criterio di individuazione delle obbligazioni garantite, il contenuto ipotetico di un negozio tra banchiere e debitore principale, che interverrà in futuro, sempre che si abbia a trattare di ipotesi di riferimento concreta e specifica, non sul vago né sull'indeterminato, nel momento in cui si presta la fideiussione.

L'oggetto della fideiussione deve reputarsi indeterminabile se l'ipotesi negoziale, a cui si fa riferimento, è in codesto momento del tutto vaga ed indeterminata.

Passiamo ora a vedere l'altra osservazione che riguarda il carattere potestativo o meno della fideiussione *omnibus*. La decisione della Suprema corte torna ad insistere sul discorso che il carattere potestativo dovrebbe escludersi in base al rilievo che il banchiere non presta soldi a casaccio, ma tratterebbesi di attività di rigore. Si è già risposto che il garante non può considerarsi indirettamente tutelato dalle valutazioni tecniche del cre-

(⁴) Così anche ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1987, I, pp. 137, 141; PIAZZA, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2014; Trib. Roma, 27 maggio 1985, *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Fideiussione*, n. 30; Trib. Milano, 6 marzo 1985, *ibid.*, n. 43; Trib. Piacenza, 4 maggio 1985, *id.*, Rep. 1985, voce cit., n. 27; Trib. Milano, 12 luglio 1984, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 31.

ditore, nella misura della rispondenza del garante⁽⁵⁾. In altri termini, il banchiere fa fido regolandosi necessariamente anche sul patrimonio del garante per valutare quel rischio di insolvenza che, con gli indici di redditività del rapporto, dà la misura del suo interesse. Come può egli ad un tempo garantire al fideiussore che i futuri ampliamenti di fido tengano conto solo di quello che il debitore merita e non anche di quello che abbia a meritare per la fideiussione prestata?

A questo punto appare innegabile il carattere potestativo della fideiussione *omnibus*, dato che il garante viene a trovarsi alla mercé del banchiere e del debitore principale, portatori di interessi opposti ai suoi e tuttavia arbitri di fargli correre il maggiore rischio. Sulla base di tali conclusioni, la fideiussione *omnibus* è, a mio modo di vedere, invalida.

Quale sia la portata di codesta invalidità, l'autore di queste righe ebbe a sottolinearlo (*id.*, 1985, I, p. 510). Occorre cioè distinguere nella fideiussione *omnibus*, in coerenza col ditteo *utile per inutile non vitiatur*, ex art. 1419 c.c., la parte valida da quella invalida. E, così, sarà valido l'impegno di garantire i debiti presenti determinati o determinabili ed i debiti futuri, determinabili al presente, mentre sarà invalido l'impegno di garantire quelli indeterminabili e perciò calcolabili solo *a posteriori*⁽⁶⁾. Il garante, cioè, non può considerarsi libero da tutta la garanzia solo perché non deve considerarsi impegnato a garantire quei rischi che non erano determinabili e prevedibili, nel momento in cui ebbe a prestarla.

3. - Esaminiamo ora i nuovi moduli fideiussori (siano per importo limitato o illimitato) nelle parti in cui la posizione del garante risulta squilibrata.

Cominciamo da quelle che sembrano preordinate a far correre al garante un rischio superiore a quello da lui calcolato o anche solo calcolabile.

Questo della coerenza tra rischio calcolabile, imputabilità e responsabilità, è argomento centrale nella logica del sistema delle obbligazioni. Il rischio calcolato, in particolare, dà modo di misurare la capacità professionale del banchiere, e di chi fa credito, in genere. La responsabilità del garante apparirà maggiormente giustificata nella misura in cui non avrà commesso un errore nel calcolo del rischio. Esso dipende, in primo luogo, dalla possibilità di conoscere le oggettive condizioni economiche del debitore garantito. Da questa angolatura è criticabile l'art. 5, 2° comma, del nuovo modulo fideiussorio, nella parte in cui, a differenza della entità

⁽⁵⁾ Così VALCAVI, *op. cit.*, p. 510.

⁽⁶⁾ Così VALCAVI, *op. cit.*, p. 513.

della esposizione complessiva, subordina al consenso scritto del debitore principale la possibilità per il garante di ottenere dalla banca «ulteriori informazioni concernenti l'esposizione stessa». Si deve ritenere che il debitore rilascerà eccezionalmente tale consenso scritto, così che la garanzia rimarrà in essere e la facoltà di recedere verrà esercitata in una certa misura al buio e senza adeguate informazioni.

È da credere anche che il garante, nel calcolo del suo rischio, avrà tenuto conto della possibilità di rivalsa nei confronti del debitore principale e della concorrente responsabilità di altri coobbligati e garanti e in definitiva della possibilità di rivalersi nei loro confronti, ai sensi dell'art. 1954 c.c. Non appare in linea col diritto di rivalsa e in definitiva con il rischio calcolato l'art. 8 del nuovo modulo che conferma la permanenza dell'obbligo del fideiussore anche nel caso in cui quello del debitore principale verso la banca sia stato dichiarato inoperante, a seguito di invalidità⁽⁷⁾.

Lo stesso è a dirsi dell'art. 11 in relazione all'art. 10 del nuovo modulo laddove è consentito al banchiere di potere liberare o transigere, con effetti liberatori, il coobbligato ed il cofideiussore, all'insaputa, ed oggettivamente a scapito del garante⁽⁸⁾.

Passiamo ora a vedere le dispense preventive dall'osservanza degli artt. 1957 e 1957 c.c., rispettivamente codificate dall'art. 5, 1° comma, e 6 del nuovo modulo fideiussorio.

Cominciamo dalla dispensa del consenso al banchiere di far credito malgrado che questi conosca l'intervenuto deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore. L'art. 5, 1° comma, del nuovo modulo ribadisce il principio, alla base della norma analoga del vecchio modulo, secondo cui l'art. 1956 c.c. sarebbe norma derogabile dalle parti. L'autore di queste righe ebbe già ad esprimere il proprio dissenso al riguardo (*id.*, 1985, I, p. 512), laddove ritenne che l'art. 1956 commina la pena privata della liberazione del garante da tutto il rischio, per punire il creditore che ha violato il dovere di prudenza, di diligenza di non concedere abusivamente credito. In tal senso del resto è la medesima relazione ministeriale al codice civile,

(7) All'art. 8 del testo base per le operazioni bancarie per importo limitato e illimitato e per operazioni varie, corrisponde l'art. 9 del testo di quelle a garanzia di apertura di credito e l'art. 10 delle fideiussioni a garanzia della negoziazione di effetti cambiari.

(8) All'art. 11 del testo base per le operazioni bancarie per importo limitato, illimitato e per negoziazione di effetti cambiari, corrisponde l'art. 12, 2° comma, del testo base di quelle a garanzia di apertura di credito e l'art. 10, 2° comma, di quelle a garanzia di operazioni varie.

sub n. 766, laddove si accenna alla «responsabilità per la trasgressione di un obbligo di condotta di non fare credito». A proposito dell'analogo art. 731 del progetto ministeriale, lo stesso presidente della commissione legislativa rilevava che «quest'articolo darà luogo a molte controversie, ma è giusto da un punto di vista morale».

In altri termini, siamo qui di fronte ad un principio di ordine pubblico inderogabile dalle parti, in materia oltretutto impregnata di forti interessi pubblicistici. Il garante potrà successivamente rinunciare ai diritti che derivano dalla liberazione dei suoi obblighi fideiussori, ma non rinunciare preventivamente alla doverosa prudenza del banchiere ex art. 1176, 2° comma, c.c. ed in definitiva alla liberazione medesima⁽⁹⁾.

Resta ora a parlarsi della deroga all'art. 1957 c.c., codificata dall'art. 6 del nuovo modulo, che quivi sostanzialmente ripete il vecchio testo. Anche a questo riguardo, chi scrive ritiene che la norma configura una pena privata per una trasgressione di un obbligo di condotta da parte del creditore garantito e come tale sia di ordine pubblico e non derogabile preventivamente dalle parti⁽¹⁰⁾. In effetti, è da escludersi che l'art. 1957 si limiti a comminare una decadenza. In questo caso la norma si sarebbe limitata ad ipotizzare l'obbligo per il creditore di proporre le sue istanze nei sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, con il risultato che, una volta proposta tale istanza, il garante non avrebbe potuto ulteriormente aspirare alla sua liberazione.

Così non è perché la norma aggiunge la comminatoria della liberazione del garante nel caso in cui il creditore, dopo aver proposto tempestivamente le proprie istanze, «non le abbia con diligenza continuate».

Ciò attesta che non siamo in presenza di una decadenza, ma di una pena privata quale sanzione per disvalori sociali di condotta anche processuale⁽¹¹⁾.

Lo scritto è stato richiamato da:

M. JACUANIELLO-BRUGGI, *La fideiussione omnibus, l'inossidabile cassazione ed i nuovi modelli ABI*, *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1745.; M. OLGIIATI, *Si acuisce il contrasto tra i giudici di merito e cassazione in materia di fideiussione omnibus*, in *Giur. comm.le*, 1989, p. 578, note 20, 32; A.A. DOLMETTA, *Sulla vessatorietà della clausola e rinuncia della decadenza ex art. 1957 e sulla portata della liberazione*

⁽⁹⁾ Vedi VALCAVI, *op. cit.*, p. 510, nota 25.

⁽¹⁰⁾ Così anche ROPPO, *op. cit.*, p. 143.

⁽¹¹⁾ Così anche ROPPO, *op. loc. cit.*; Trib. Milano, 11 giugno 1986, *Banca, borsa, ecc.*, 1987, II, p. 216, con nota di BENATTI.

FIDEIUSSIONE OMNIBUS

del fideiussore di cui all'art. 1956 c.c., in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1989, pp. 417, 420, 422, note 15, 20 e 29. M. JACUANIELLO-BRUGGI, *Fideiussione omnibus, chi ha paura dell'art. 1956 c.c.?*, *Giur. it.*, 1990, I, 2, pp. 479, 482, note 68 e 83; M. ROMANO, *La validità della fideiussione omnibus*, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, pp. 831, 833, nota 1 e 5; F. MASTROPAOLO, *Fideiussione omnibus e garanzie personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, II, p. 469; P. SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura: art. 1956 c.c.*, *Giust. civ.*, 1990, I, p. 136, nota 4.