

SULLA FIDEIUSSIONE BANCARIA ED I SUOI LIMITI(*)

1. - Negli ultimi anni, chi scrive da queste colonne (*Foro it.*, 1985, I, p. 507; *Id.*, 1988, I, 1947) ebbe a sostenere l'opinione che la fideiussione *omnibus* non può considerarsi valida, almeno per quanto concerne il rischio indeterminabile per le obbligazioni future, che saranno stipulate dai portatori di interessi antagonistici (creditore e debitore garantiti) e che perciò diverrebbero arbitri di ampliarne le dimensioni a carico del garante. Tale negozio di garanzia — osservavo — deve reputarsi invalido sotto il profilo dell'indeterminabilità dell'oggetto (che è poi il rischio che viene assunto) e del suo carattere potestativo. In questo senso, l'assunto di quella dottrina e giurisprudenza⁽¹⁾, sin qui prevalente, secondo il quale

(*) Da «Il Foro italiano», 1990, I.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 20.7.1989, n. 3386, Pres. Granata, Est. Sensale, P.M. Golia (Concl. parz. diff.); Rinaldi c/ Credito Lombardo:

«Per la determinabilità per relationem dell'oggetto contrattuale ed il carattere non meramente potestativo della facoltà della banca di allargare il credito garantito con operazioni successive (regolate da un calcolo di convenienza e non affidate a mero arbitrio) la fideiussione omnibus deve considerarsi valida ferma restando la eventuale inefficacia del vincolo qualora la banca conceda credito al debitore principale in violazione delle regole di correttezza e buona fede da osservarsi nei riguardi del fidejussore».

⁽¹⁾ In giurisprudenza, tra le molte: Cass., 1° agosto 1987, n. 6656, *Foro it.*, 1988, I, p. 104, con note di VIALE, TUCCI e VALCAVI (col. 1947); 31 agosto 1984, n. 4738, *id.*, 1985, I, p. 505; 27 gennaio 1979, n. 615, *id.*, Rep. 1979, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 8 e, tra i giudici di merito: App. Milano, 14 giugno 1988, *Banca, borsa, ecc.*, 1989, II, p. 48; App. Roma, 21 ottobre 1987, *Foro it.*, Rep. 1988, voce cit., n. 37; App. Milano, 22 dicembre 1987, *ibid.*, n. 36; 25 giugno 1985, *id.*, Rep., 1986, voce cit., n. 32; Trib. Milano, 14 gennaio 1985, *ibid.*, nn. 38, 39; 16 settembre 1985, *ibid.*, n. 34; 9 novembre 1987, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 41; 7 gennaio 1988, *ibid.*, n. 40; 25 febbraio

ricorrerebbe sempre una determinabilità *per relationem*, non era e non è accettabile, perché codesta determinabilità, *a posteriori* (allora per allora), ricorrerebbe in ogni caso, mentre quella di cui si tratta deve ricorrere «al presente, nel momento in cui si presta la fideiussione» (e cioè «ora per allora»), com'è di ogni giudizio di prognosi postuma. La determinabilità *per relationem* si risolve in una petizione di principio.

Nel nostro ordinamento, del resto — aggiungevo — non può ammettersi un negozio potestativo, dove esso sia inteso come quello in cui un soggetto può determinare l'oggetto, nel proprio mero interesse (anche se non a capriccio), e però le conseguenze si producano a carico di un altro (portatore di interesse opposto) che sarebbe costretto a subirle.

Siffatto modo di vedere è coerente con il principio di fondo per cui il garante è chiamato a rispondere del rischio altrui nei limiti in cui lo abbia assunto a proprio carico.

A tal proposito, non poteva e non può accettarsi, in particolare, la clausola che dispensa la banca dall'onere di informare il garante relativamente alle dimensioni, assunte dal rischio, rovesciandolo sullo stesso.

La fideiussione *omnibus* è stata giustificata, dai sostenitori della sua validità, sotto il profilo di un contratto innominato e cioè quale contratto autonomo di garanzia⁽²⁾, svincolato da quelle regole e agli antipodi dei principii in materia di imputabilità, e quindi di autoresponsabilità⁽³⁾. Ancora l'autore di queste righe sostenne la non derogabilità degli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c. perché integrano norme, limitatrici della fideiussione, di ordine pubblico.

Questo ordine di idee faceva eco ad un vecchio scritto di un illustre maestro⁽⁴⁾, e si è rivelato in sintonia con quello di altri autori che hanno annotato in anni recenti le decisioni in materia⁽⁵⁾. L'orientamento è stato

1988, *ibid.*, n. 39; 14 marzo 1988, *ibid.*, n. 38.

In dottrina: FRAGALI, *Fideiussione*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, XVII, p. 346; ID., in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, sub art. 1936, 1959; ID., *La fideiussione generale*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1971, I, p. 321; RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1967; ID., *Fideiussione*, voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1961, VII, p. 274; RESCIGNO, in *Banca, borsa, ecc.*, 1972, II, p. 92; BENATTI, *id.*, 1982, I, p. 191; SALANITRO, *id.*, 1984, I, p. 146.

⁽²⁾ MACCARONE, in *Dizionario di diritto commerciale*, Milano, 1981, II, pp. 379 ss.; PORTALE, in *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II, p. 1054.

⁽³⁾ G. VALCAVI, in *Foro it.*, 1985, I, p. 513.

⁽⁴⁾ STOLFI, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 529 ss.

⁽⁵⁾ PIAZZA, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2014; CAPALDO, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 729; ROPPO, in *Banca, borsa, ecc.*, 1987, I, pp. 137 ss.; MARICONDA, in *Corriere giur.*,

accolto da giudici particolarmente sensibili alla giustizia in concreto, nella giurisprudenza di merito di varie corti⁽⁶⁾.

Deve dirsi altresì che a mostrarsi preoccupata della fragilità della fideiussione *omnibus* (che non risulta essere nella pratica corrente di altri paesi) è stata la medesima associazione bancaria, la quale ha introdotto in alternativa un modulo fideiussorio per importo limitato ed ha corretto alcune condizioni derogatrici, a carico del garante⁽⁷⁾. Questo nuovo modulo fideiussorio, per importo limitato, è entrato, e sta entrando sempre più diffusamente, nella realtà degli istituti di credito, in sostituzione del tipo precedente e illimitato.

Ciò costituisce un grosso passo avanti nella giusta direzione rispetto alla situazione precedente. Tuttavia, il nuovo schema fideiussorio non appare accettabile, laddove esso tiene ferme deroghe, a favore delle banche, rispetto a norme (quali gli artt. 1955, 1956 e 1957) che devono ritenersi di ordine pubblico e sono sanzionate con la pena privata della liberazione totale del fideiussore. Ancora in epoca a noi recente la Suprema corte, con decisione n. 6656/87, ha affermato la validità del vecchio schema di fideiussione illimitata, ripetendo ancora una volta che basta che l'oggetto sia determinabile, *per relationem*, e che le deroghe agli artt. 1955, 1956 e 1957 sarebbero valide. Le odierne decisioni costituiscono una svolta nella giurisprudenza della Suprema corte rispetto all'opinione dominante. Esse, mentre confermano l'orientamento tradizionale, favorevole alla validità della fideiussione *omnibus* sotto le angolature sopra enunciate, si preoccupano, dall'altro lato, delle conseguenze che derivano a carico del garante, e così introducono un grosso limite alla sua efficacia, ponendo a carico della banca l'obbligo di salvaguardare gli interessi del garante: obbligo che viene ritenuto espressione del principio di buona fede e perciò di ordine pubblico e non derogabile.

La risposta lascia tuttavia perplessi, sotto vari aspetti. Infatti i garanti, da un lato seguiranno ad essere alla mercé delle banche creditrici e, per contro, queste ultime vedranno, a loro volta, messa addirittura in discussione, e sottoposto a sindacato *a posteriori* del giudice di merito, non tanto

1987, p. 1062; COSTANZA, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 2976 ss.

⁽⁶⁾ App. Milano, 27 maggio 1988, *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 35; Trib. Avezzano, 14 dicembre 1988, *Dir. fallim.*, 1989, II, p. 495; Trib. Roma, 27 maggio 1985, *Foro it.*, Rep. 1986, voce cit., n. 42; Trib. Piacenza, 4 maggio 1985, *id.*, Rep. 1985, voce cit., n. 27; Trib. Milano, 6 marzo 1985, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 43; Pret. Legnano, 13 giugno 1985, *id.*, 1986, I, p. 831.

Per l'inderogabilità dell'art. 1957: Trib. Milano, 11 giugno 1986, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 32, con nota contraria di BENATTI, in *Banca, borsa, ecc.*, 1987, II, p. 216.

⁽⁷⁾ Circolare ABI 17 giugno 1987, n. 20.

l'ampliamento del fido, ma addirittura l'intera gestione del credito in essere e così anche la sua eventuale mancata revoca.

Non è chi non veda come le esigenze di certezza delle due parti finiscano per andare entrambe deluse. La proposta appare *prima facie* di compromesso ed invece, all'opposto, essa avanza insieme le due posizioni estreme.

È stato osservato da altri correttamente, che questa conclusione è «travagliata, sofferta e contraddittoria»⁽⁸⁾, e che essa, sotto un certo aspetto, costituisce il preludio alla fine della fideiussione *omnibus*⁽⁹⁾. La fideiussione illimitata di cui ci si occupa appare comunque condannata ad andare fuori gioco dalle prospettive della liberalizzazione del mercato dei capitali e del credito al prossimo '92.

2. - Cominciamo col dire che le decisioni della Suprema corte 3362/89 e 3386/89 trattano partitamente il problema se la fideiussione illimitata sia valida ed entro quali limiti efficace, mentre le 3385/89, 3387/89 e 3388/89 riguardano il tema più specifico della validità di una deroga all'art. 1956, con riguardo puranco all'ipotesi di una fideiussione per importo limitato.

Si deve dare merito, anzitutto, alla Suprema corte di avere dimostrato sensibilità ed apertura all'esigenza di una maggiore tutela degli interessi del garante nei confronti delle banche, non esitando a sottoporre l'argomento a nuove riflessioni, e di avere infine ricercato ed offerto nuove soluzioni correttive ad alcuni problemi intermedi (quale quello dell'informativa del garante). Le decisioni in esame tendono a preservare, da un lato, le manifestazioni negoziali (fideiussione *omnibus* o clausole di deroga) da un travolgimento per nullità e, dall'altro, a non abbandonare il garante alla mercé della banca creditrice.

Ciò viene tuttavia realizzato — in questo sta il limite — spostando il discorso dal terreno della validità a quello dell'efficacia, dove si limitano le conseguenze della prima, introducendo, come correttivo di ordine generale, il principio della buona fede e dell'obbligo di salvaguardare gli interessi del garante, nell'esecuzione del contratto.

Il discorso non appare — a mio avviso — né convincente, né plausibile. La Suprema corte giustifica la soluzione proposta con l'exasperare la distinzione tra «oggetto del negozio» (e cioè la prefigurazione della prestazione) e «oggetto del rapporto», come avulso dal primo. Viene qui del tutto svalutato il normale rapporto di coerenza tra l'effetto attribuito

(8) CARBONE, in *Corriere giur.*, 1989, p. 1090.

(9) PARDOLESI, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2750.

dall'ordinamento giuridico ed il contenuto dell'atto di autonomia privata e così tra oggetto del divisato regolamento impegnativo di interessi ed oggetto del rapporto giuridico, a danno del primo.

L'art. 1439 richiede che la prestazione dedotta in contratto debba essere determinata o determinabile. Tali requisiti attengono alla prefigurazione della prestazione ancora prima che alla prestazione in se e per se e quale risulterà, come oggetto dell'obbligo, quando sarò sorto.

Il primo ed importante limite della prestazione, oggetto del rapporto, è costituito infatti da quello della medesima prefigurazione contrattuale (vale a dire della prestazione dedotta in contratto). In tal modo i due diversi discorsi tengono necessariamente a ricomporsi ad unità, mentre l'oggetto del rapporto potrà assumere una fisionomia diversa rispetto a quello del negozio, in ragione degli eventuali limiti di ricezione dell'ordinamento giuridico e delle altre eventuali norme. Il «rischio» (che le decisioni in esame riconoscono costituire l'oggetto della fideiussione) deve essere perciò determinato o determinabile, a livello di formazione del contratto, ancor prima che a livello dell'effetto (e cioè del rapporto giuridico) che ne scaturirà.

Il discorso concernente le dimensioni del rischio acquista così un particolare rilievo. Il problema di maggiore importanza — come si è detto — è quello se il fideiussore dovrà rispondere nei limiti in cui esso era quantitativamente determinato o determinabile, al momento della prestazione della garanzia o quale risulta anche dai successivi ampliamenti di fido, concessi dal banchiere al debitore.

Quest'ultima opinione viene ribadita con la giustificazione di una determinabilità *a posteriori* dell'oggetto del negozio *per relationem* al corso successivo del rapporto di credito. Ma tale assunto appare nettamente smentito dalla medesima Suprema corte laddove, sia pure con riguardo al rischio eccezionale di cui all'art. 1956 (l'aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore rappresenta un aspetto del rischio), dispone che la comparazione vada effettuata rispetto alle condizioni di partenza e cioè a quelle esistenti «al momento della concessione della fideiussione». È quanto riconoscere che il rischio assunto dal garante è quello «determinato o determinabile al momento presente in cui essa garanzia viene prestata» e non al futuro quando la garanzia opererà⁽¹⁰⁾.

Ciò spiega anche la ragione per la quale un sopravvenuto aggravamento del rischio, per essere opponibile al garante, richiede una preventiva informazione e un'autorizzazione o adesione da parte di questi. Il rischio potrà dirsi — da questo angolo visuale — «determinato» nella fideiussione

⁽¹⁰⁾ VALCAVI, *op. cit.*, p. 509.

che sia limitata per l'importo (sempre più diffusa nella prassi creditizia). Esso potrà dirsi «determinabile» nelle fideiussioni senza limite di importo solo *per relationem* al fido accordato ed in essere al momento della prestazione della garanzia o al tipo di operazione economica cui si ha riguardo.

Al di fuori di codesti dati di riferimento — a mio sommesso avviso — si cade nell'indeterminabile.

Tale è il caso delle decisioni in esame, laddove prospettano il ricorso a non meglio definiti e assolutamente generici «indici di determinabilità della fideiussione *omnibus*, come la qualità del soggetto-banca, la normalità dell'attività bancaria e la regolamentazione delle leggi speciali» o addirittura definiscono l'ambito con riguardo al «limite sostanziale della clausola legale di salvaguardia».

Che il rischio debba essere prevedibile al momento in cui esso viene assunto dal garante, rientra nella logica affermata da queste decisioni, secondo le quali il consenso «non può essere tacito o presunto», ma consapevole e basato su elementi di conoscenza, al di fuori di «generiche presunzioni», come quelle legate alla qualità di «soci, parenti o affini», rivestite dal garante. Su questo particolare aspetto dell'obbligo di informativa da parte della banca, nel corso successivo del rapporto creditizio, ritorneremo più oltre.

Ogni ampliamento successivo del rischio potrà impegnare il garante solo a seguito di una sua autorizzazione e, ovviamente, di una sua informativa e non sulla base di generiche presunzioni di consenso, basate a loro volta su una conoscenza presunta, quanto indefinibile, del rischio successivo.

Conta qui affermare che dopo l'introduzione del limite della buona fede e dell'obbligo di salvaguardia degli interessi del garante, disposto dalla Suprema corte, la costruzione della fideiussione *omnibus* come «contratto autonomo di garanzia» non risulta più accettabile in alcuna guisa.

Non pare inutile qui osservare che all'estero la fideiussione richiede normativamente un limite di importo per la sua validità e «non può essere estesa oltre i limiti nei quali è stata prestata» (così gli artt. 2015 c.c. francese; 493 c.c. svizzero; 1861 c.c. olandese; 1827 c.c. spagnolo).

3. - Non può condividersi l'altro passo delle decisioni della Suprema corte in cui si disattende l'ulteriore rilievo, pure proposto, che la fideiussione *omnibus* è invalida perché l'oggetto viene rimesso alla determinazione dell'altro contraente (carattere potestativo). In questo senso, per un riferimento, v. *Foro it.*, 1985, I, p. 510, e 1988, I, p. 1947.

La corte ha anzi codificato l'ammissibilità del negozio potestativo,

desumendo dall'art. 1286 c.c. che è «possibile integrare il contenuto del contratto con un atto unilaterale di parte».

E ha affermato che è «razionalmente giustificabile la rilevanza di una libera scelta discrezionale del contraente» con il limite della scelta a capriccio (argomentando dall'art. 1355 c.c. per la condizione) «nei casi in cui l'applicazione del principio soddisfi l'esigenza di conservazione del negozio di garanzia».

Quanto dire che ogni qualvolta si ponga il problema di affermare o negare la validità della fideiussione *omnibus*, a motivo del suo carattere potestativo, esso andrebbe risolto nel senso di privilegiare il principio della conservazione del contratto e cioè la sua validità. Si finisce così, per ammettere, nel nostro ordinamento, un negozio potestativo.

Tale assunto non è, in alcun modo, accettabile. Nel nostro ordinamento è tradizionale il principio secondo cui deve considerarsi nulla l'obbligazione il cui oggetto sia rimesso alla libera determinazione dell'altro contraente⁽¹⁾.

La Suprema corte, oltretutto, qui identifica, erroneamente, il carattere potestativo con l'ipotesi limite della «scelta a capriccio», mentre esso ricorre in genere quante volte un soggetto sia in condizione di poter dettare prescrizioni nel proprio mero interesse e l'altro di doverne subire gli effetti.

L'art. 1355 va interpretato come l'eccezione che conferma la regola più generale dell'inammissibilità di un negozio potestativo. La norma in esame ammette che la scelta sia rimessa ad un contraente nel caso eccezionale in cui ad esserne investito sia il medesimo obbligato, che può al massimo mirare alla libertà dall'impegno preso, senza altre conseguenze per la controparte, purché la scelta non sia capricciosa.

Diverso è il caso in cui la scelta sia rimessa *ad libitum* del creditore come nella fideiussione perché questi potrebbe ampliare l'impegno altrui a dismisura, secondo il proprio interesse.

Qui ricorre la regola più generale dell'invalidità del negozio potestativo, senza riguardo alcuno, per il carattere capriccioso o meno della scelta. In questo senso suona, del resto, quel passo delle decisioni 3385, 3387, 3388/89 dove si accenna contraddittoriamente al fatto che il negozio del contraente non si presti ad alterare la posizione della controparte. Tale evidenza, invero, ricorre ogni qualvolta un soggetto si trovi nella condizione di poter dettare prescrizioni alla controparte che debba subirle.

La Suprema corte, per affermare la validità della fideiussione *omnibus*, ha poi ripetuto l'argomento che «l'attività dell'istituto di credito non è

(1) ALBERTARIO, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 15.

meramente potestativa, ma mista». Una siffatta opinione non tiene conto del rilievo, a suo tempo avanzato, che la fideiussione amplia la capacità di indebitamento del debitore nella misura della rispondenza del garante e che il banchiere fa fido regolandosi necessariamente anche sul patrimonio di quest'ultimo⁽¹²⁾. A ben vedere la valutazione di codesta attività come «mista» nasce da una rappresentazione idealistica espressa dalla motivazione «dell'oculato banchiere», che ispira la sua condotta ad «una prudente valutazione dei rischi», così che «a carico del fideiussore deve rimanere solo il margine di rischio per le operazioni più corrette ed improntate a cautela»⁽¹³⁾.

La Suprema corte mostra tuttavia di non credere in tutto questo discorso in quell'altro passo in cui giustifica il ricorso al principio di buona fede sulla base del rilievo che «ciò risponde ad un'esigenza di protezione del contraente per i potenziali arbitrii insiti nel meccanismo relazionale prescelto»⁽¹⁴⁾. È quanto affermare che la tendenza ad ampliare il rischio a carico del garante è insita nella scelta rimessa al creditore, vale a dire nel negozio potestativo, senza alcuna garanzia per colui che è chiamato a subirne gli effetti.

A questo punto deve comunque concludersi che l'affermazione di responsabilità del fideiussore per un rischio determinabile solo *a posteriori* o rimesso all'arbitrio del creditore è agli antipodi del principio inderogabile fissato dalla Suprema corte e di tutta la sua logica. Un ampliamento di fido disposto dal creditore, all'insaputa e senza il preventivo consenso del garante, con conseguenze tuttavia di lui a carico, di per sé non ipotizza, nel caso, una condotta scorretta e contraria all'obbligo di buona fede e di salvaguardia degli interessi del garante?

4. - Infine, non possono essere condivisi quei passi delle decisioni (le 3362/89, 3386/89 hanno riguardo ad una fideiussione illimitata e quelle 3385/89, 3387/89, 3388/89, invece, ad una limitata) che affermano essere la clausola di deroga dell'art. 1956 una manifestazione dell'autonomia privata valida e soltanto inefficace laddove essa viene eseguita in contrasto con l'obbligo di buona fede. La convenzione di deroga, in altri termini, sarebbe valida ed efficace entro codesti termini.

Devesi qui escludere la premessa di codeste decisioni, secondo la quale la clausola di deroga all'art. 1956 sarebbe «meritevole di tutela» in quanto la concessione del credito, nell'ipotesi considerata, sarebbe «so-

⁽¹²⁾ VALCAVI, *op. cit.*, p. 511.

⁽¹³⁾ Cass. 3385, 3387, 3388/89.

⁽¹⁴⁾ Cass. 3362/89, 3386/89.

cialmente utile». Al contrario, l'art. 1956 riguarda un'ipotesi di gestione anomala del credito da parte del banchiere il cui obbligo è quello di conformarsi ad un modello ideale di «oculatezza» e a doveri particolarmente rigorosi di astenersi dal concedere credito e di evitare sconfinamenti viene (forse) fin troppo esasperato dalle pronunce in esame. L'ipotesi considerata dall'art. 1956 configura una violazione dell'obbligo di condotta di non fare credito in condizioni di accresciute difficoltà che facciano intravedere il peggio e cioè l'abuso. La sanzione, concretantesi nella liberazione totale del garante da qualsiasi impegno, costituisce una pena privata⁽¹⁵⁾. Occorre qui ricordare che l'art. 1956 è stato giustificato dal legislatore, nella relazione ministeriale al codice, quale «responsabilità per la trasgressione di un obbligo di condotta di non fare credito»⁽¹⁶⁾ e corrisponde all'art. 731 del progetto ministeriale, a proposito del quale l'allora presidente della commissione legislativa rilevava: «quest'articolo darà luogo a molte controversie, ma è giusto dal punto di vista morale»⁽¹⁷⁾. Non può condividersi qui l'opinione che la clausola di deroga all'art. 1956 sarebbe valida e solo suscettibile di divenire inefficace nella misura in cui sia attuata in contrasto con l'obbligo della correttezza e della buona fede. Alla luce di quanto è stato sopra detto, un accordo di deroga all'art. 1956 deve essere valutato di per sé come contrario a norme imperative e più in genere all'ordine pubblico ed al buon costume (artt. 1343, 1354 c.c.). La clausola di deroga, infatti, non deve considerarsi inefficace per cause estrinseche, ma per invalidità intrinseca.

Alla stessa stregua devono ritenersi inderogabili gli artt. 1955 e 1957 che configurano altre ipotesi di pene private. L'art. 1957 prevede la liberazione totale del garante per la negligenza del creditore nel perseguire il debitore, ed è finalizzato all'obbligo di diligenza che, come ogni principio di diritto pubblico, non è derogabile. La norma non ipotizza, infatti, una decadenza, perché non è sufficiente che il creditore proponga le sue istanze nei sei mesi, ma commina la liberazione del garante per l'ipotesi che non le abbia successivamente con diligenza coltivate. Con ciò la norma esprime una comminatoria per un disvalore sociale di condotta. L'art. 1957 corrisponde a norme analoghe di altri ordinamenti (art. 510 codice svizzero obbligazioni, art. 777 codice civile germanico).

5. - La soluzione proposta dalle decisioni in rassegna suscita notevoli perplessità, per considerazioni diverse ed in un certo senso opposte.

⁽¹⁵⁾ VALCAVI, *op. cit.*, pp. 511, 512.

⁽¹⁶⁾ Relazione ministeriale al codice civile, *sub* n. 766.

⁽¹⁷⁾ Verbale n. 21 della commissione ministeriale sul progetto preliminare (art. 711-733).

La Suprema corte ha introdotto qui il principio che la banca è obbligata a salvaguardare gli interessi del garante, come contropeso allo strapotere riconosciute nel determinare e gestire il di lui rischio. Il principio è considerato espressione di quello di correttezza e di buona fede, intesa come solidarietà etica e perciò è di ordine pubblico.

C'è da temere che esploderà una quantità impressionante di controversie, intentate dai garanti, ovviamente interessati ad un sindacato (col senno del poi da parte del giudice) sul come il credito è stato gestito dal banchiere. Tale sindacato giudiziario si diffonderà nella prassi con la giustificazione surrettizia di accertare la violazione dell'obbligo di salvaguardia del garante e di correttezza. C'è da scommettere che il contenzioso riguarderà la gestione del credito nella sua maggiore ampiezza e così non solo la concessione e l'ampliamento del fido, ma la sua gestione diurna e la sua eventuale mancata revoca nel corso del rapporto. Tutto ciò, per altro — come si è detto —, sarà oggetto di una valutazione *a posteriori* da parte dell'operatore giuridico, in genere poco preparato in un settore che richiede apprezzamenti economici anche previsionali e conoscenze di attitudini personali del cliente, di lunga data.

Occorre qui sottolineare che questo settore è dominato dalla discrezionalità tecnica del banchiere.

Questi deve badare, in un mercato sempre più aperto alla concorrenza, non solo ad evitare il pericolo dell'insolvenza, ma in particolare grado anche a non perdere le opportunità di favorire la crescita degli affari della clientela e della banca. Tutto ciò, visto *a posteriori*, specie con riguardo alle piccole e medie imprese, non è immune da inevitabili errori.

Devesi peraltro rilevare che le stesse variazioni della consistenza patrimoniale e del risultato economico del cliente, durante il rapporto, sono conosciuti dal banchiere a distanza di tempo, in occasione del riesame del fido che segue con scadenze medie di 12-18 mesi, dopo la chiusura del bilancio, sulla base dei dati forniti dal cliente.

Come pretendere, in codeste condizioni, dal banchiere, la qualità di infallibile indovino? Quel che il banchiere può conoscere, con sempre maggiore tempestività, per via degli strumenti più moderni a sua disposizione (quali ad es. la scheda dei rischi, ecc.), è l'andamento dei flussi di liquidità e le tensioni nell'utilizzo del proprio fido e le dimensioni dell'indebitamento complessivo verso il settore creditizio, per le imprese al di sopra di certe dimensioni.

Non si vuole qui sottovalutare l'importanza di alcuni indici sintomatici di un andamento anomalo del rapporto (tensione negli utilizzi, sconfinamenti, assegni in sospeso, aumento percentuale rilevante degli insoluti, ingiunzioni giudiziarie e via dicendo). Questi indici possono tuttavia avere la più diversa motivazione (aumento del fatturato più che proporzionale

rispetto ai fidi, del volume degli investimenti, inadempienze di alcuni clienti, difficoltà temporanee di mercato), che, individualmente considerate, assumono un valore relativo.

Tutto ciò di per sé non giustifica le decisioni di conferma o revoca del fido, che dipendono, piuttosto, da un apprezzamento complessivo delle condizioni e delle prospettive dell'impresa affidata, tipico dell'insostituibile valutazione del banchiere, che promuove sviluppo economico.

Il contenzioso che seguirà all'introduzione del principio di correttezza e di salvaguardia, di cui sopra si è detto, avrà un'influenza complessivamente negativa sullo sviluppo del credito, in una fase di grande trasformazione di strutture, di nuovi metodi di lavoro e di impegno a migliorare il personale.

Ciò non può che contribuire a rallentare lo sviluppo economico, che è oggetto di un pubblico interesse, sottolineato anche dalle decisioni in parola. In questa cornice di riflessioni, a mio modo di vedere, bisogna tornare a considerare la fideiussione nel suo valore di mezzo residuale di garanzia del credito del banchiere e di fiducia del garante nei confronti del cliente.

Quando si legge, come in queste decisioni, che la banca dovrebbe negare il fido e far fallire il cliente insolvente, anche se vi è un fideiussore, consapevole del rischio, che offre una garanzia (perché codesto fare fido sarebbe scorretto nei di lui confronti), c'è di che rimanere perplessi.

Parimenti, mi sembra venuto il momento di rivedere *ab imis* anche le valutazioni correnti in ordine agli sconfinamenti. Questi, nel contesto sopra indicato e per il valore che hanno, non giustificano, in via presuntiva (come accade), le revocatorie fallimentari, o valutazioni di scorrettezza verso il garante.

Lo sconfinamento dimostra sovente solo che il fido sta stretto, in quel momento, rispetto alle esigenze dell'impresa, per le più diverse e plausibili motivazioni, quali si sono viste. Il garante deve, a mio modo di vedere, ricercare la protezione dei propri interessi nell'ambito di una fideiussione che non sia *omnibus*, ma limitata, nell'autotutela e cioè nella revoca della garanzia. In questo senso è importante il fatto che la Corte suprema abbia correttamente imposto al banchiere di dare notizia al garante dell'evoluzione del rapporto di credito e delle condizioni patrimoniali ed economiche del debitore. Ciò è finalizzato all'autotutela di cui si è detto e va approvato. Va da sé, *a fortiori*, che il banchiere non può andare avanti a finanziare il debitore insolvente, all'insaputa e senza l'approvazione specifica richiesta dall'art. 1956.

6. - Una considerazione *in limine* si impone.

Gli istituti di credito hanno tirato sin troppo la corda nella difesa ad

oltranza di una posizione arretrata e dei privilegi insiti nella fideiussione *omnibus*; il ricorso al principio di salvaguardia degli interessi del garante e della buona fede nei suoi confronti appare come l'ovvia conseguenza e l'inevitabile correttivo.

La soluzione corretta dell'intera problematica della fideiussione bancaria passa, a mio modo di vedere, attraverso il rispetto delle norme tipiche della fideiussione e dei negozi giuridici in genere ed il contemperamento delle esigenze di certezza e di protezione rispettive delle due parti.

Lo svolgimento delle relazioni reciproche tra garante e creditore è qui descritta. Il creditore potrà pretendere di essere garantito solo nel limite dell'importo numerario risultante dalla fideiussione o di quello determinabile, con riguardo al fido, in essere al momento della fideiussione. Un ampliamento posteriore del fido potrà dirsi garantito solo se il garante avrà consentito successivamente ad ampliare il proprio rischio. Il fideiussore, per quanto attiene al merito della gestione del rischio, dovrà continuare a vedere la propria principale tutela nella possibilità di revoca nella fideiussione (autotutela privata). A questo fine, come si è detto, va interamente approvato l'obbligo per la banca di fornire al garante le informazioni relative al debitore. Un'inadempienza del creditore, a questo riguardo, costituirà ragione di risarcimento del danno a favore del garante, per non aver potuto tempestivamente revocare la fideiussione.

Il garante potrà pretendere, nell'ambito del rischio limitato, di non rispondere per l'ipotesi di mala fede del funzionario di banca e per quella quantità che sia in rapporto di causa ed effetto. Nel caso di cui all'art. 1956, occorrerà la speciale autorizzazione del garante perché il creditore possa continuare a far credito, confidando nella rispondenza del fideiussore. In mancanza della speciale autorizzazione, nell'ipotesi tassativa dell'art. 1956, avrà luogo la liberazione totale del garante.

Alla stessa stregua e con le stesse conseguenze, dovranno essere osservati gli art. 1955 e 1957, che rappresentano norme inderogabili e di ordine pubblico.

Sull'opposto versante della banca, non è ammissibile che il giudice entri nell'azienda di credito per valutare il merito della gestione del rischio, sia pure per verificare se i comportamenti sono consoni alla correttezza ed all'obbligo di salvaguardia, la cui operatività non può che riguardare ipotesi marginali e di conclamata malafede.

Lo scritto è stato richiamato da:

M. JACUANIELLO-BRUCCI, *Fideiussione omnibus, chi ha paura dell'art. 1056 c.c.?*, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, pp. 474, 477, note 40 e 55; M. ROMANO, *Validità della*

FIDEIUSSIONE OMNIBUS

fideiussione omnibus in funzione dell'agevolazione del credito, *Giur. it.*, 1990, I, 2, pp. 837, 838, note 22 e 23; M. VALIGNANI, *Fideiussioni bancarie e buona fede*, *Giur. it.*, 1990, I, 1, pp. 1137, 1139, 1146, note 6, 45; GIANLUCA SICCHIERO, *L'Engineering, la joint venture, i contratti di informatica, i contratti atipici di garanzia*, Torino, 1991, pp. 144, 162, 168, 174, 184, 189, 191; F. MASTROPAOLO, *Fideiussione e garanzie personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 469; F. RANIERI, *La fideiussione omnibus nell'esperienza giurisprudenziale straniera*, in *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992, pp. 70, 86, note 3 e 61; A. BREGOLI, *Il ricetta del fideiussore*, in *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992, p. 145, nota 1; P. TARTAGLIA, *I limiti alla fideiussione omnibus e la disciplina della trasparenza bancaria*, *Foro it.*, 1992, I, p. 1399, nota 22.