

SULLA NULLITÀ «OPE LEGIS» DELLE FIDEIUSSIONI «OMNIBUS»
E SULLE RELATIVE CONSEGUENZE(*)

1. - Colgo lo spunto di questa decisione per tornare sull'argomento delle fideiussioni *omnibus*, all'indomani della definitiva approvazione da parte delle commissioni finanze e tesoro, in sede legislativa, della camera dei deputati⁽¹⁾, e del senato⁽²⁾ (peraltro, dopo aver conseguito i pareri favorevoli delle rispettive commissioni affari costituzionali e giustizia) della recentissima legge sulla trasparenza delle operazioni bancarie, che all'art. 10 commina la nullità della fideiussione per importo illimitato e vieta la rinuncia preventiva all'art. 1956 c.c. Dichiaro, anzitutto, di condividere appieno questo provvedimento legislativo, che del resto coincide con le mie vedute, manifestate ripetutamente sulle colonne di questa rivista⁽³⁾, e di altre⁽⁴⁾, *de jure condito*, sul punto dell'invalidità della fideiussione per importo illimitato, a causa del suo carattere indeterminabile e potestativo. E parimenti concordo con la nullità degli atti di rinuncia

(*) Da «Il Foro italiano», 1992, I, p. 791 ss.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 11.7.1991, n. 7696, Pres. Meo, Est. Favara, P.M. Dettori, (Concl. conf.); Sicilcassa c/ Gargagliano:

«La fidejussione omnibus deve ritenersi valida ed efficace perché il suo oggetto è determinato per relationem. Per altro la banca non si sottrae ai principii generali di correttezza e buona fede».

⁽¹⁾ Il disegno di legge unificato n. 2595 è stato approvato dalla commissione finanze della camera dei deputati il 4 dicembre 1990.

⁽²⁾ Lo stesso è stato approvato dalla commissione senatoriale il 23 gennaio 1992.

⁽³⁾ G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fideiussione «omnibus» sia invalida*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 507; *Ancora a proposito della validità della fideiussione «omnibus», con riguardo ai nuovi moduli bancari*, *id.*, 1988, I, p. 1947; *Sulla fideiussione bancaria ed i suoi limiti*, *id.*, 1990, I, p. 558.

⁽⁴⁾ G. VALCAVI, *Sulla inadeguatezza del principio di buona fede a proteggere il fideiussore*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 622; *Id.*, *Sulla inderogabilità dell'art. 1957 c.c.*, *ibid.*, p. 460.

preventiva all'art. 1956 c.c., che ritengo inderogabile, perché espressione di un principio di ordine pubblico di correttezza e buona fede.

Non posso altresì qui dimenticare di avere criticato l'inadeguatezza e la contraddittorietà dell'ultimo orientamento della Suprema corte che, da un lato, ha continuato a tener ferma la validità della fideiussione, senza limite di importo (che sarebbe determinabile *per relationem*) e, dall'altro, ha rinvenuto nel limite della buona fede, in sede operativa, la tutela del fideiussore.

Tale conclusione, che finisce per affidare all'esame *a posteriori* del giudice la condotta del creditore nei confronti del garante, non solo appare scarsamente cautelativa di quest'ultimo, ma anche pecca per eccesso a danno delle certezze di cui ha bisogno il banchiere.

Solo la limitazione dell'importo, per cui la garanzia viene prestata, corrisponde ad un'esigenza di certezza del diritto di adeguata garanzia per il fideiussore, ovviamente fatta salva la *exceptio doli*, laddove questa evenienza ricorra.

2. - Cominciamo da alcuni cenni informativi sulla normativa in esame. La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari⁽⁵⁾ (con l'art. 10, riguardante la nullità delle fideiussioni per importo illimitato) risulta, nel suo testo finale, dall'unificazione di numerosi progetti di legge⁽⁶⁾, avanzati sin dal 1987 da esponenti dei più diversi gruppi parlamentari e dagli emendamenti accolti nel corso delle discussioni avanti le commissioni di appartenenza.

A proposito della normativa acquistano rilievo gli artt. 3 (circa la forma scritta nei contratti), 4 (riguardante il contenuto dei contratti), 5 (circa l'integrazione dei contratti), 6 (sulla modifica delle condizioni contrattuali), 7 (sulla decorrenza della valuta nel giorno del medesimo versamento), 8 (riguardante le comunicazioni periodiche alla clientela) e 9 (sanzioni).

Il tenore testuale dell'art. 10 della nuova normativa (che corrisponde al precedente art. 9, nella numerazione dell'anteriore testo approvato dalla

⁽⁵⁾ Il disegno di legge 2595 è stato discusso nelle sedute della commissione finanze della camera del 18 aprile 1990, 19 settembre 1990, 26 settembre 1990 e 4 dicembre 1990, mentre è stato discusso e votato davanti alla commissione senatoriale nelle sedute del 25 settembre 1991, 4 dicembre 1991, 23 gennaio 1992, oltre a quelle dedicate per il parere della commissione affari costituzionali e giustizia dei due rami del parlamento.

⁽⁶⁾ Il testo definitivo risulta dalla unificazione dei disegni di legge n. 467 dell'on. Piro, 520 dell'on. Visco ed altri, 627 dell'on. Fiandrotti ed altri, 698 dell'on. Tassi ed altri e 2798 dell'on. Bodrato ed altri, e risale agli anni 1987 e 1988.

commissione finanze il 18 aprile 1990, in sede referente) è il seguente: «art. 10 (fideiussione)» 1. L'articolo 1938 del codice civile è sostituito dal seguente: «art. 1938 — (fideiussione per obbligazioni future o condizionali). — La fideiussione può essere prestata anche per una obbligazione condizionale o futura con la previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito». 2. All'art. 1956 del codice civile è aggiunto il seguente comma: «non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione».

Tale testo è rimasto identico dal suo affacciarsi all'esame delle commissioni parlamentari, sino alla definitiva approvazione del provvedimento nel suo complesso, nella seduta del 23 gennaio 1992 della commissione finanze e tesoro del senato, in sede deliberante.

Occorre aggiungere che tale testo ha superato alcune perplessità del governo, rappresentato dall'on. Sacconi, circa la vastità del prevedibile contenzioso in relazione della norma, e dall'altro lato gli emendamenti 9.1, 9.2, dell'on. Bellocchio ed altri, e 9.3 dell'on. Visco. Questi emendamenti tendevano ad imporre al creditore l'onere di informare il fideiussore dell'insorgenza di fatti che possono pregiudicare il normale rimborso del credito, sotto pena di liberazione del fideiussore. Solo il ritiro di tali emendamenti da parte dei loro proponenti ha consentito l'approvazione dell'art. 10 nel suo testo finale.

3. - Il sopra indicato intervento legislativo (per dirla con il sottosegretario Sacconi nella seduta del 23 gennaio 1992, avanti la commissione senatoriale) «pone fine al dibattito giurisprudenziale e dottrinario» concernente le fideiussioni *omnibus*; e obbedisce ad una concezione che lo vede come espressione di un principio inderogabile di ordine pubblico.

La medesima collocazione della norma, nell'ambito più vasto della legge sulla trasparenza delle operazioni bancarie, di per sé appare eloquente.

Il dato più evidente del corso legislativo è che l'art. 10 ha raccolto la convinta unanimità dei consensi dei componenti (di qualsiasi gruppo) delle commissioni componenti della camera e del senato. Nella seduta del 26 settembre 1990, avanti la commissione finanze della camera, il presidente ebbe a sottolineare che «l'elemento importante è costituito dalla soppressione delle così dette fideiussioni *omnibus*»; e, da parte sua, l'on. Grillo mise l'accento «sulla opportunità di esplicitare ulteriormente il divieto delle fideiussioni *omnibus*», mentre l'on. Usellini giudicò il provvedimento «idoneo a raggiungere l'obiettivo da tutti condiviso di evitare le fideiussioni *omnibus*».

La medesima unanimità di consensi venne espressa nel modo più

aperto dalle dichiarazioni di voto dei sen. Pellegrino, De Cinque e Candio nella seduta finale del 23 gennaio 1992.

Quanto alla *ratio* della norma, dalla discussione si trae che la stessa va individuata nella sua rispondenza ad un principio di ordine pubblico. Dev'essere dire, peraltro, che il 1° comma dell'art. 10 cit., riguardante la necessità che la fideiussione sia rilasciata solo per un importo limitato, è stato deliberato *de plano* e non ha formato oggetto di alcuna particolare osservazione. Risponde in modo trasparente ad un'esigenza inderogabile di pubblico interesse che l'oggetto della fideiussione sia «determinato» e «non rimesso alla discrezione del creditore», nella sua dimensione quantitativa e ciò fin dal momento in cui viene prestata dal fideiussore.

L'intervento legislativo risolve l'annosa controversia riguardante la nullità, o no, della fideiussione rilasciata per importo illimitato, sulla base di una sua presunta determinabilità *per relationem*⁽⁷⁾, nel senso della necessità del limite, da me ripetutamente proposto⁽⁸⁾, come condizione per considerare determinabile l'oggetto di tale negozio.

Si riscopre, così, che questa esigenza risponde ad un principio inderogabile di pubblico interesse e che, sotto questo profilo, il nostro sistema è in sintonia con altri ordinamenti europei (cfr. gli artt. 2015 c.c. francese, 493 c.c. svizzero, 1861 c.c. olandese e 1827 c.c. spagnolo).

Il cenno del legislatore alla necessità del chiarimento, nella imminenza dell'entrata in vigore della liberalizzazione degli stabilimenti bancari⁽⁹⁾, è quanto mai opportuno. Occorre, peraltro, ricordare come l'associazione bancaria italiana aveva tempestivamente messo a disposizione degli istituti di credito nuovi moduli di fideiussione, per importo limitato, accanto a quelli risalenti nel tempo⁽¹⁰⁾. A questo riguardo chi scrive aveva anzi richiamato l'attenzione sul fatto che la persistenza dell'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla validità della fideiussione illimitata, sulla base di

(7) Cass. 18 luglio 1989, n. 3362, *Foro it.*, 1989, I, p. 2750; 20 luglio 1989, n. 3386, *id.*, 1990, I, p. 558; 31 agosto 1984, n. 4738, *id.*, 1985, I, p. 505. Sul problema: v. oltre ai miei precedenti scritti, tra gli altri, R. PARDOLESI, *id.*, 1989, I, p. 2751; A. DI MAIO, *La fideiussione «omnibus» ed il limite di buona fede*, *ibid.*, pp. 2753 ss.; V. MARICONDA, *Fideiussione «omnibus» e principio di buona fede*, *ibid.*, p. 2763; G. TUCCI, *id.*, 1988, I, p. 113; DOLMETTA, in *Banca, borsa, ecc.*, 1988, II, p. 145; VIALE, in *Foro it.*, 1988, I, p. 106; ROPPO, in *Banca, borsa, ecc.*, 1987, I, p. 137; PIAZZA, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2014.

(8) Vedi miei lavori citati alle note 3 e 4 sovraindicate.

(9) È noto che, il 1° gennaio 1993, il mercato del credito assume dimensioni europee.

(10) Vedi circolare ABI 17 giugno 1987, n. 20, e mia nota in *Foro it.*, 1988, I, p. 1947.

una presunta determinabilità *per relationem*, si attestava su una linea fortemente arretrata, rispetto al fatto che ormai gran parte delle banche aveva sostituito i vecchi moduli con i nuovi, per importo limitato⁽¹¹⁾.

Il testo dell'art. 1938, in relazione all'art. 10, 1° comma, della legge sulla trasparenza bancaria, è assolutamente condiviso dall'autore di queste righe, più che mai convinto che la stipulazione di una fideiussione per importo illimitato non postula un rischio che deve poter essere previsto da chi lo assume, ma un «azzardo», ossia un'alea inaccettabile.

Il 2° comma dell'art. 10 cit. — come si è detto — sancisce espressamente l'inderogabilità dell'art. 1956, comminando l'invalidità della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione.

Questo comma è stato oggetto di ripetuti interventi dei parlamentari, componenti le due commissioni legislative, nel senso di sottolinearne la corrispondenza ad un pubblico interesse.

A questo riguardo in passato, ho avuto modo di anticipare, *de iure condito*, l'inderogabilità della norma e di ricordare anche le valutazioni del presidente della commissione legislativa sull'art. 731 del progetto ministeriale⁽¹²⁾, che ne ribadiva l'inderogabilità.

Nel corso di questi lavori legislativi, l'on. Sacconi (per il governo), nella sua relazione nella seduta del 23 gennaio 1992, alla commissione senatoriale delle finanze, ha testualmente detto che «la norma, ponendo fine al dibattito giurisprudenziale e dottrinario, sulla validità delle clausole di rinuncia del fideiussore alla liberazione, si traduce nella scelta del legislatore a favore dell'inderogabilità della previsione di cui all'art. 1956 c.c.».

Tuttavia, il relatore non ha mancato di far presente che la norma trae le logiche conclusioni dall'opinione che riteneva che il creditore fosse sempre soggetto ai limiti di correttezza e buona fede, anche in presenza di una volontà abdicativa espressa dalla clausola di rinuncia. L'espressione usata dal predetto esponente non appare, tuttavia, chiara, perché lo stesso, in modo assai esplicito, nel proprio intervento, ha ricordato che il medesimo art. 1956 «è stato considerato dalla prevalente dottrina e giurisprudenza come una specificazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto». In effetti, questa norma, in se e per se (e non già nella sua attuazione), prescrive uno specifico obbligo di condotta a carico del credi-

(11) Vedi mio intervento al convegno sulle fideiussioni *omnibus* promosso dal centro Ballarati il 10 novembre 1990.

(12) L'allora presidente della commissione ministeriale sul progetto preliminare del codice civile, a proposito dell'art. 731 (verbale n. 21 della commissione), dichiarò: «questo articolo darà luogo a molte controversie, ma è giusto dal punto di vista morale».

tore, e cioè quello «di astenersi dal concedere credito», come tale rispondente ad un principio di ordine pubblico inderogabile.

Devesi qui ricordare che anche questo 2° comma ha raccolto la generale approvazione dei commissari (di qualsivoglia gruppo) e costituisce una formulazione meno spinta rispetto agli emendamenti dei commissari Bellocchio e Visco, che proponevano di far carico al creditore di informare il garante delle mutate condizioni economiche del debitore, sotto pena di liberazione di questi.

L'interpretazione di rigore appare d'obbligo. A sommosso avviso di chi scrive, deve reputarsi che anche l'art. 1957 costituisce l'espressione di un principio di ordine pubblico e come tale è inderogabile, non diversamente dall'art. 1956⁽¹³⁾. A seguito dell'art. 10 della legge sulla trasparenza bancaria, c'è da chiedersi che cosa rimanga della tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina ed in giurisprudenza, favorevole alla configurazione di un contratto autonomo di garanzia⁽¹⁴⁾, che alla luce della normativa appare chiaramente in contrasto con precetti di ordine pubblico inderogabili, qualunque formulazione abbiano ad assumere i negozi di garanzia personale, che devono essere ricondotti nella disciplina propria della fideiussione.

I commi 1° e 2° dell'art. 10, per quanto ulteriormente si dirà, rappresentano norme di interpretazione autentica degli artt. 1938 e 1956, alle cui controversie interpretative, sia in dottrina che in giurisprudenza, intendono «porre fine».

4. - Appare opportuno, a questo punto, puntualizzare la portata di un cenno infelice e confuso del rappresentante del governo, nel suo intervento del 23 gennaio 1992 alla commissione senatoriale, laddove ipotizzava la possibilità «per l'autonomia delle parti di convenire modalità semplificate di rilascio dell'autorizzazione» e che «a tal fine potrebbe immaginarsi, ad esempio, il ricorso a meccanismi di silenzio-assenso». Si è trattato di un'affermazione assolutamente contraria alla legge (solo per preoccupazioni infondate di evitare la paralisi nei rapporti di concessione del credito), che potrebbe solo incentivare l'indulgenza della prassi con atti perico-

⁽¹³⁾ G. VALCAVI, *Sulla inderogabilità*, cit.

⁽¹⁴⁾ Cass., civ. Sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, *Foro it.*, 1988, I, p. 103; PORTALE, *Fideiussione e «garantievertrag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II, p. 1054; BOZZI, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Trattato* diretto da Rescigno, Torino, 1985, XIII, p. 235, e nota 22; BENATTI, in *Banca, borsa, ecc.*, 1982, I, p. 191; MACCARONE, in *Dizionario di diritto commerciale*, Milano, 1981, III, pp. 379 ss.; tra i molti. All'opposto, per l'inammissibilità, v. miei scritti in *Foro it.*, 1985, I, pp. 507 ss. e 1990, I, p. 558.

losi come quelli a cui la norma ha inteso porre riparo. Non si vede, d'altra parte, come, occorrendo la forma scritta, sia ipotizzabile, anche a livello d'immaginazione, il ricorso al silenzio-assenso. Detto cenno, tuttavia, appare sconfessato dai commissari nelle ultime dichiarazioni di voto; e deve convenirsi con il sen. Pellegrino Giovanni laddove ha affermato che «i chiarimenti forniti dal sottosegretario non possono essere qualificati come interpretazione vincolante di alcune norme, la cui portata si evince solo dal testo che sarà approvato dalla commissione». È questo il contesto in cui ebbe luogo la votazione unanime del provvedimento legislativo in tutto il suo complesso. Quanto sopra, perciò, non consente incertezze applicative dell'art. 10 per quanto riguarda il futuro.

Resta da accertare quale portata il provvedimento possa avere sulle fideiussioni rilasciate in passato dai garanti alle banche. L'on. Usellini, nella seduta della commissione finanze della camera del 26 settembre 1990, aveva sottolineato l'opportunità di una norma transitoria. Ma la proposta non ha avuto alcun seguito ed è stata lasciata cadere dal medesimo proponente.

Non può, pertanto, parlarsi di un regime diverso per le fideiussioni già rilasciate e per quelle che andranno ad essere rilasciate dopo l'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria. A rigore tutte le fideiussioni dovranno essere considerate nulle e di nessun effetto, dal momento in cui la legge sulla trasparenza bancaria entrerà in vigore.

Gli istituti di credito, che non l'hanno già fatto in passato, ove vogliono contare su una garanzia del fideiussore a favore delle loro esposizioni nei confronti del debitore, dovranno recuperare il tempo perso ed attivarsi per il rilascio di fideiussioni con importo limitato e sostitutive di quelle illimitate.

Appare fin troppo ovvia la possibilità che i fideiussori si rifiutino di sottoscrivere nuove fideiussioni, con particolare riguardo ai casi di esposizioni di debitori al limite dell'insolvenza. Non è tuttavia ipotizzabile alcun rimedio nel senso di eludere una rigorosa normativa che attiene a principi inderogabili di ordine pubblico.

Per quanto riguarda, invece, il contenzioso in essere e relativo alle fideiussioni per importo illimitato, già azionate dalle banche, si tratta di vedere se l'odierno art. 10 costituisca una normativa d'interpretazione autentica degli artt. 1938 e 1956 o una normativa innovativa. Sono fermamente convinto, anche alla luce di quanto ebbi a scrivere in passato, che siamo di fronte a norme d'interpretazione autentica, che «chiudono la discussione dottrina e giurisprudenziale» su questo importante tema e sostanzialmente accolgono l'interpretazione data da quegli autori e giudici di merito che hanno sempre sostenuto, *de iure condito*, opinioni consone a quelle oggetto dell'odierno art. 10, anche in costanza delle vecchie norme.

CAPITOLO SECONDO

Una diversa valutazione esaspererebbe il contenzioso, creando disparità di trattamento tra fideiussore e fideiussore, in presenza di comuni principi di ordine pubblico che da sempre informano il nostro ordinamento.

Mi sia consentito di chiudere questo discorso ripetendo quanto ebbi a scrivere a suo tempo (*Foro it.* 1985, I, p. 513): «la conclusione potrebbe apparire a prima vista a sfavore di una meritoria categoria di imprese, quali quelle bancarie. Nulla giova ad esse, tuttavia, più di quel che contribuisca a valorizzarne l'essenza o per meglio dire l'anima che distingue il banchiere da chi non lo è e cioè il calcolo del rischio e la passione per il rischio calcolato. E ad esso non servono i comodi discessi, costituiti dalle fideiussioni *omnibus*, come i privilegi corporativi, che anzi piuttosto lo disincentivano e con esso mortificano la banca, correttamente intesa come palestra e scuola di elevata professionalità».

Lo scritto è stato richiamato da:

P. TARTAGLIA, *I limiti alla fideiussione omnibus e la disciplina della trasparenza bancaria*, in *Foro it.*, 1992, I, pp. 1396, 1398, 1400, note 10, 19, 23 bis.