

SULLA INADEGUATEZZA DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE
A PROTEGGERE IL FIDEIUSSORE(*)

1. - La Suprema corte, con questa ed altre decisioni (la n. 3362 del 1989 e gli *obiter dicta* delle n. 3385 del 1989, n. 3387 del 1989 e n. 3388 del 1989) conferma il proprio orientamento favorevole alla fideiussione *omnibus*, nel senso che l'oggetto sarebbe determinabile *per relationem* ed il carattere potestativo non osterebbe alla sua validità.

Essa si pone meritoriamente il problema di come proteggere il fideiussore di fronte ai portatori di interessi antagonistici (quali il creditore ed il medesimo debitore) e ne rinviene la tutela nel principio di buona fede e di correttezza nell'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 1375 c.c. che viene ritenuto di ordine pubblico e perciò inderogabile.

In altri termini sul creditore verrebbe a gravare l'obbligo di salvaguardare gli interessi del fideiussore e perciò, nell'ambito dei comportamenti scorretti, egli si verrebbe a trovare fuori della garanzia.

(*) Da Giurisprudenza italiana», 1990, I, 1, p. 622 e ss.

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:

«La garanzia personale, prestata a favore di un istituto di credito per tutte le operazioni derivanti da future operazioni bancarie con un terzo (fidejussione omnibus), al pari della clausola con cui il garante dispensi l'istituto dall'onere di conseguire specifica autorizzazione per nuove concessioni di credito in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale (art. 1956 c.c.), devono ritenersi valide ed efficaci in considerazione della determinabilità per relationem dell'oggetto della fidejussione, sulla base del normale esercizio dell'attività creditizia. Per altro la banca beneficiaria non si sottrae ai principii generali di correttezza e buona fede che devono presiedere inderogabilmente al comportamento delle parti, anche nella fase di esecuzione del rapporto (art. 1375 c.c.) sicché l'operatività della garanzia o della clausola va esclusa anche quando la banca non osservi canoni di diligenza, schiettezza e solidarietà, violando l'obbligo tassativo di ciascun contraente di salvaguardare gli interessi degli altri, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico».

La Suprema corte indica qui, in via esemplificativa, alcuni comportamenti scorretti e così la concessione di fido ad un debitore in stato di insolvenza, di sconfinamento di fido, la erogazione o l'ampliamento del credito ad un debitore che si venga a trovare in condizioni aggravate di rispondenza patrimoniale e così via. Essa ritiene altresì meritevole di protezione il fideiussore anche se è interessato all'azienda affidata.

Queste decisioni spostano la tutela del garante dal piano della formazione del contratto (e perciò della sua validità) a quello dell'esecuzione (e cioè della buona fede).

Questa soluzione tuttavia, a mio avviso di vedere, appare assolutamente inadeguata.

Infatti è comunemente ritenuto che il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, imponga al creditore un obbligo di salvaguardia dell'interesse altrui «nei limiti in cui ciò non importi a chi ne è gravato un apprezzabile sacrificio personale o economico».

Ove un sacrificio del genere debba ipotizzarsi non può reputarsi operante un tale obbligo di salvaguardia, perché — è stato affermato correttamente — «non è giustificabile la prevalenza dell'interesse altrui sul proprio quando manchi una particolare previsione normativa»⁽¹⁾.

In questo caso perciò deve concludersi che il fideiussore sarebbe privo di qualsiasi tutela.

Per stare alle indicazioni esemplificative sopra ricordate, non può negarsi che il banchiere possa essere interessato a far fido anche a debitore insolvente, a fronte di un'idonea garanzia di un terzo che lo metta al riparo dal rischio. E analogamente, in codesta ipotesi, il banchiere può essere interessato a consentire gli sconfinamenti, sia per la loro remuneratività⁽²⁾, sia per evitare che il debitore precipiti in un irreversibile processo di insolvenza, che metterebbe a grave rischio la possibilità del recupero dell'esposizione complessiva.

In questi casi non può ritenersi che il banchiere (ed in genere il creditore) sia tenuto, contro il proprio interesse, a non concedere quel fido o a non consentire quegli sconfinamenti solo per conformarsi ad un astratto principio di correttezza.

Il principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto, in definitiva,

⁽¹⁾ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 209 ss.

⁽²⁾ Mediamente gli interessi bancari sui fidi sconfinati sono superiori dell'1 o del 2% a quelli nei limiti del fido.

appare soluzione assolutamente inadeguata a proteggere gli interessi del fideiussore che, in tal modo, viene a trovarsi alla mercé del creditore da lui garantito.

Sul versante opposto dei creditori, la generalizzazione del cosiddetto obbligo di salvaguardia appare estremamente pericolosa. Codesta soluzione infatti conduce a sottoporre al sindacato del giudice (oltretutto col senno del poi), l'intera attività del banchiere e di chi fa fido in genere e così non solo la valutazione di concedere o ampliare il fido, ma anche di confermarlo o revocarlo ed in genere la gestione del credito.

Questo settore è dominato dalla discrezionalità tecnica del banchiere. Ora tale discrezionalità presuppone un apprezzamento complessivo delle condizioni e delle prospettive dell'impresa affidata: e non si vede come la valutazione del banchiere possa essere sostituita da quella del giudice (col senno, appunto, del poi), tanto più che il pubblico interesse allo sviluppo economico implica non solo la doverosa cautela, ma anche l'apertura a non trascurare le esigenze di sviluppo delle aziende (comprese quelle di credito) in un mercato aperto alla concorrenza.

L'estendere il sindacato giudiziario al merito della gestione del credito, con la motivazione che si deve accertare il rispetto o meno dell'obbligo di correttezza verso il fideiussore, non può che condurre ad un'esplosione di contenzioso e ad eludere il pubblico interesse allo sviluppo economico.

Non possono essere infine condivise le decisioni del Supremo Collegio, laddove ammettono la derogabilità degli artt. 1956 e 1957 c.c.

Queste norme infatti codificano, in modo esplicito ed in fattispecie limitate, l'obbligo del creditore di salvaguardare gli interessi del fideiussore. Il garante non è qui tutelato solo in via indiretta sulla base del principio di correttezza e di buona fede e nei limiti di cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio per il creditore. Egli è invece protetto in via diretta dagli artt. 1956 e 1957 che codificano, nelle fattispecie descritte, per il creditore, il dovere di salvaguardare gli specifici interessi del fideiussore.

La decisione della Suprema corte, appaiono contraddittorie ed inadeguate laddove da un canto ammettono la derogabilità dell'art. 1956 c.c. e dall'altro ipotizzano un sindacato generale di correttezza del comportamento del creditore verso il fideiussore nella fase di esecuzione del rapporto.

2. - Il problema della protezione del fideiussore si riporta a quello di valutare se la fideiussione *omnibus* sia valida e non valida sotto il profilo dell'indeterminabilità dell'oggetto e della inammissibilità di una obbligazione potestativa.

L'autore di queste righe è sempre più convinto della invalidità di un tale tipo di negozio per il suo carattere potestativo e la indeterminabilità

dell'oggetto. A questo riguardo non può che rinviare a quanto ebbe a scrivere altrove⁽³⁾.

Egli ribadisce qui che la determinabilità del rischio altrui assunto a proprio carico dal fideiussore (e così delle dimensioni dello stesso) deve ricorrere al presente e cioè nel momento in cui la fideiussione viene prestata e non in quello successivo in cui viene eseguita, sulla base di una generica *relatio* a circostanze da lui non conoscibili al momento della stipulazione⁽⁴⁾.

Codesto concetto appare accolto dagli *obiter dicta* delle decisioni n. 3385 del 1989, n. 3387 del 1989 e n. 3388 del 1989, laddove si afferma (sia pure con riguardo all'art. 1956 c.c.) che «la comparazione va effettuata rispetto alle condizioni esistenti al momento della concessione della fideiussione», e (sia pure per giustificare l'inderogabilità dell'obbligo di informativa) che «il consenso del fideiussore deve essere consapevole e non presunto» o basato «su generiche presunzioni».

Ciò conduce a ritenere che non possono approvarsi quelle decisioni che ammettono una determinabilità *per relationem* che si traduce in un giudizio *a posteriori* e non invece, come deve essere, in un giudizio di prognosi postuma. Analogamente deve affermarsi la invalidità della fideiussione *omnibus* per il suo carattere eminentemente potestativo.

Queste decisioni sembrano desumere dall'art. 1286 c.c. l'ammissibilità in linea generale del negozio potestativo, laddove si afferma che «è possibile integrare il contenuto del contratto con un atto unilaterale di parte» e che «è razionalmente giustificabile la rilevanza di una libera scelta discrezionale del contraente» con il limite della scelta a capriccio (così argomentando dall'art. 1355 c.c.). Una conclusione del genere non può essere accolta perché l'art. 1355 c.c. costituisce piuttosto l'eccezione che conferma la regola

(³) G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fideiussione omnibus sia invalida*, in *Foro it.*, 1985, I, pp. 507 ss.; ID., *Ancora a proposito della validità della fideiussione omnibus, con riguardo ai nuovi moduli bancari*, in *Foro it.*, 1988, I, pp. 1947 ss.; ROPPO, in *Banca, borsa*, 1987, I, pp. 137 ss.; PIAZZA, in *Giust. civ.*, 1986, I, pp. 2014 ss.; STOLFI, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 539; in senso invece favorevole alla validità è la dottrina meno recente.

(⁴) In questo senso e perciò per l'invalidità della fideiussione *omnibus*, per l'inderogabilità dell'oggetto: App. Milano, 27 maggio 1988, in *Banca, borsa*, cit., 1989, II, pp. 48 ss.; Trib. Avezzano, 14 ottobre 1988, in *Riv. dir. fall.*, 1989, II, pp. 495 ss.; Trib. Roma, 27 maggio 1985, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Fideiussione*, n. 43; Trib. Piacenza, 4 maggio 1985, *ivi*, 1986, voce cit., n. 27; Pret. Legnano, 13 giugno 1985, in *Foro it.*, 1986, I, p. 635.

generale dell'inammissibilità di un negozio potestativo⁽³⁾, e ciò è maggiormente evidente laddove l'oggetto finisce per apparire indeterminabile.

Le decisioni n. 3385 del 1989, n. 3387 del 1989 e n. 3388 del 1989 del resto, in aperta contraddizione con codesto modo di vedere, accolto dalla Suprema corte nella decisione che si annota, accennano al fatto che il negozio «può operare nei limiti in cui l'intervento unilaterale del contraente non si presti ad alterare la posizione della parte». Quest'ultima evenienza ricorre nella fideiussione *omnibus* dove la posizione del garante sarebbe alla mercé della controparte.

L'invalidità della fideiussione *omnibus*, sotto il profilo del suo carattere potestativo, appare confortata da quell'altro cenno delle sopra indicate decisioni, dove si giustifica il ricorso al principio di buona fede sulla base del rilievo che «ciò corrisponde ad una esigenza di protezione del contraente, per i potenziali arbitrii, insiti nel meccanismo relazionale prescelto».

È quanto affermare che il creditore potrebbe ampliare il rischio a carico del garante, a suo arbitrio e senza che il fideiussore sia in qualche modo protetto nei suoi confronti.

L'affermazione della responsabilità del fideiussore per un rischio determinabile solo *a posteriori*, o rimesso all'arbitrio del creditore, è agli antipodi del principio inderogabile di buona fede affermato dalla Suprema corte e di tutta la sua logica. Come può affermarsi conforme all'obbligo di salvaguardia degli interessi altrui la possibilità che il creditore possa ampliare il fido all'insaputa del garante?

3. - Il ricorso al principio di solidarietà e di buona fede a garanzia degli interessi del fideiussore, appare soluzione non corretta ed ingenua. La soluzione corretta dell'intera problematica della fideiussione bancaria passa attraverso il rispetto delle norme sui negozi giuridici, quali quello della determinabilità dell'oggetto e che l'obbligo non abbia carattere potestativo.

Il creditore potrà pretendere di essere garantito solo nel limite quantitativo risultante dalla fideiussione o in quello determinabile con riguardo al fido, al momento della fideiussione. Un ampliamento posteriore del fido potrà dirsi garantito soltanto se il garante avrà consentito ad estendere successivamente il proprio rischio.

La tutela del fideiussore nello svolgimento del rapporto, dovrà essere vista principalmente nella possibilità di revoca da parte sua della fideiussione (autotutela privata) e non in un obbligo di correttezza da parte del creditore, in pregiudizio dei propri interessi.

(³) In questo senso, E. ALBERTARIO, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, pp. 15 ss. e, con riguardo alla fideiussione, G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti*, cit., *op. cit.*, pp. 509, 511, 512.

Il garante, nell'ambito del rischio limitato, non risponderà nei casi di mala fede del banchiere e del creditore in genere che si siano risolti a suo danno. Non è ammissibile insomma, se non in tali limiti, che il giudice entri nell'azienda di credito per valutare il merito della gestione del rischio, anche solo per verificare la correttezza delle decisioni e dei comportamenti del creditore.

Lo scritto è richiamato da:

Banca, borsa e titoli di credito, 1989, II, p. 619, in nota a Tribunale Verona, 23 agosto 1988; M. JACUANIELLO BRUGGI, *La fideiussione omnibus, chi ha paura dell'art. 1956 c.c.?*, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 469, nota 8, p. 474, nota 40, p. 479, nota 67; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 380; G. CHINÈ, *In tema di fideiussioni omnibus*, in *Giust. civ.*, 1991, p. 518; A. DOLMETTA, *Fideiussione bancaria attiva nella evoluzione giurisprudenziale e dottrinale*, in *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano, 1992, p. 21, nota 58; P. TARTAGLIA, *I limiti alla fideiussione omnibus e la disciplina della trasparenza bancaria*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1397, nota 17.