

---

## Se ed entro quali limiti la *Fideiussione Omnibus* sia invalida

1. – Ancora una volta la Corte di Cassazione ribadisce in modo categorico la validità della fideiussione *omnibus*.

A *fronte* di tanta certezza, permane tuttavia una vasta area di perplessità, dimostrata dalla frequenza sempre maggiore onde la questione è sollevata. Ciò dipende dal fatto che lo stato delle opinioni non sembra, a mio sommo avviso, dei più soddisfacenti; ed al di là della contrapposizione di tesi radicali, l'argomento merita nuovi approfondimenti e più penetranti riflessioni. È auspicabile che ciò avvenga nel più breve volgere di tempo, e questo scritto vuole offrire un contributo per una rimediazione.

Il problema viene abitualmente risolto con riguardo esclusivo alla attività bancaria, alle garanzie ed alla fiducia che queste imprese, animatrici di sviluppo economico, suscitano. Ciò presenta tuttavia un grosso limite perché il problema deve essere posto nei suoi termini più generali e cioè chiunque sia il creditore fideiussore e qualunque garanzia o fiducia soggettiva esso incoraggi. Si vuol dire che il problema deve essere affrontato con riguardo al modello contrattuale in sé, come un istituto di diritto comune e non di una par-

---

Da «Il Foro italiano», 1985, I, p. 507 e ss. e da «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Cedam 1994.

*Lo scritto annota la seguente massima:*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 31.8.1984, n. 4738, Pres. Sandulli, Est. Racchi, P.M. Caristo (Fall. soc.); INCES c/ Credito Lombardo: «Non è nulla per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto la fidejussione prestata genericamente a favore di una banca (c.d. fidejussione omnibus) a garanzia di qualsiasi obbligazione presente e futura del debitore garantito. Non è nullo il contratto di fidejussione omnibus che preveda la rinunzia del fidejussore alla decadenza ex art. 1957 c.c.».

ticolare categoria di imprese. Dalla specificità di certe motivazioni, viene il sospetto che la soluzione potrebbe essere diversa se il creditore garantito fosse un soggetto qualsiasi. E ciò non sarebbe né giusto né coerente.

2. – I principali tratti distintivi della fideiussione *omnibus* sono dati dal fatto che essa garantisce in via illimitata qualsiasi credito non solo presente, ma anche futuro, non solo diretto, ma anche indiretto, nei confronti di un dato debitore, anche per fideiussioni da lui prestate, in futuro a favore dello stesso creditore a garanzia di terzi. Un'ulteriore nota caratteristica è data dal fatto che il garante dispensa preventivamente il creditore dai doveri di prudenza e di diligenza impliciti negli artt. 1956 e 1957 c.c. e dal medesimo dovere di informativa.

Il dato che più colpisce è che il fideiussore si assume in tal modo qualsiasi rischio di ogni entità che il creditore anche in futuro voglia fargli correre, col far credito al debitore senza alcun suo consenso o autorizzazione <sup>(1)</sup>.

Un tal aspetto non sembra superabile con l'argomento adombrato da questa o da altre pronunzie che il fideiussore sovente è interessato, in via diretta o mediata, al credito ottenuto dal debitore. È una forzatura il ravvisare un perenne sodalizio di interessi così da giustificare una permanente comunanza di sorti, peraltro a senso unico, del garante e del debitore garantito, nel caso in cui egli presti fideiussione per vincolo di coniugio <sup>(2)</sup>, di parentela o di amicizia <sup>(3)</sup> o di chi sia socio non totalitario e sovente neppure amministratore di una società di capitali <sup>(4)</sup>. E pur laddove il garante sia

(1) Così anche G. STOLFI, *In tema di fideiussione generale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 529 ss.

(2) Sul punto v. rassegna in RASCIO, *Fideiussione «omnibus»*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di N. IRTI, *Diritto civile*, Milano, 1980, I, pp. 389 ss. Con riferimento alla fideiussione prestata da un coniuge: Cass., 15 gennaio 1973, n. 118, *Foro it.*, Rep. 1973, voce *Fideiussione*, n. 4.

(3) Con riguardo ad un genitore: Cass., 11 ottobre 1960, n. 2647, *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Fideiussione*, n. 19, per esteso in *Banca, borsa, ecc.*, 1960, II, p. 506; ed invece ad una sorella: Trib. Firenze, 17 dicembre 1962, *Foro it.*, Rep. 1963, voce cit., n. 21.

(4) Il socio di minoranza sovente non decide e non è neppure informato, anche se fideiussore. Con riguardo alla fattispecie: Cass. 28 aprile 1975, n. 1631, *Foro it.*, Rep. 1975, voce *Fideiussione*, n. 15.

socio ed amministratore, non è detto che egli rimanga tale nel corso della evoluzione del rapporto garantito, né che vi sia sintonia di interessi o che il meccanismo garantisca alla volontà manifestata nell'interesse della società debitrice, di tenere qualche conto del suo contrario interesse di garante, dato che l'antagonismo di interessi è nelle cose. In genere non è una buona regola l'indulgere a trasformare la responsabilità limitata dei soci in quella illimitata così da snaturare l'essenza della moderna società di capitali<sup>(5)</sup>. Ad una conseguenza del genere di quella sovra accennata non è neppure adeguato rimedio la facoltà di recesso dalla fideiussione, perché sino a tale momento il garante risponderà di ogni ampliamento del rischio, nel frattempo intervenuto, e sovente alla revoca consegue l'effetto controproducente di essere subito chiamati a restituire, senza dilazione, le somme mutate. È immaginabile come il garante, di fronte ad una tale angosciosa prospettiva, si induca a lasciare le cose come stanno, ed a correre anche gli ulteriori rischi che il creditore riterrà di fargli correre, dato che egli è ormai arbitro delle sue sorti.

3. – La validità del negozio è valutata in genere ed anche da questa decisione sotto illimitato profilo di una eventuale nullità per l'inderminabilità o meno dell'oggetto *ex art.* 1346 c.c. e del carattere potestativo o meno del potere del creditore garantito, di ampliare il rischio coperto dal fideiussore<sup>(6)</sup>.

---

(5) Ciò è assai meno apprezzabile rispetto a quella dei soci di una società di persone, che è illimitata verso tutti i creditori e non verso alcuni, quali le banche, come nel nostro caso. Qui vi poi tutto si risolve in una gara contro il tempo a garantirsi una anteriorità cronologica in fatto di ingiunzioni e di iscrizioni ipotecarie, salvo poi il cercare di strappare una estensione di garanzie, sotto minacce di fallimento e di revoche.

(6) La decisione in epigrafe conferma la sentenza della Corte d'appello di Milano in data 23 1982, che riformava a sua volta Trib. Milano 6 settembre 1979, e cioè la decisione rimasta isolata che aveva dichiarato nulla la fideiussione *omnibus*. Si ribadisce cioè la validità di questo tipo di fideiussione, nel segno della giurisprudenza consolidata: Cass., 5 gennaio 1981, n. 23, *Foro it.*, 1981, I, p. 704; 27 gennaio 1979, n. 615, *id.*, Rep. 1979, voce *Fideiussione*, n. 8; 1631/75; 6 febbraio 1975, n. 438, *id.*, Rep. 1975, voce *cit.*, n. 17, fra le molte. Sull'argomento in dottrina: FRAGALLI, *Fideiussione*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, XVII, pp. 346 ss.; *Id.*, in *Commentario a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1962, *sub artt.* 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;

È data per scontata, da questa sentenza come da altre, la validità dalla dispensa del creditore dai limiti *ex artt.* 1956 e 1957 c.c. e dagli impliciti doveri di prudenza e diligenza, su cui ci soffermeremo oltre.

La fideiussione *omnibus* sarebbe in ogni caso legittima, secondo la decisione, anche sotto il diverso profilo di contratto autonomo di garanzia, di cui viene ribadita l'ammissibilità nel nostro ordinamento.

Per seguire l'ordine di questi discorsi, cominceremo da quello relativo alla determinabilità dell'oggetto. La corte, dopo aver detto che può prestarsi garanzia per debiti futuri *ex art.* 1938 c.c., afferma esattamente che tuttavia questi devono essere, se non determinati, almeno determinabili. Ciò si traduce nella determinabilità del rischio altrui che il garante assume a proprio carico e da cui il garantito vuol essere manlevato, ed in cui consiste più propriamente l'oggetto di questo, come di ogni negozio di garanzia. Non è dubbio, infatti, che il rischio per inadempienza dei debiti futuri, debba essere determinato o determinabile, al pari di questi ultimi: anche nell'assicurazione e persino nel gioco, il rischio non è mai indeterminabile<sup>(7)</sup>.

La corte afferma correttamente che codesti debiti futuri, del cui rischio per inadempienza si tratta, devono essere determinabili in base ad un criterio preventivamente convenuto dalle parti, e capace «di individuare in modo rigorosamente oggettivo il rapporto obbligatorio principale». Un esempio nel campo dell'attività bancaria, al riguardo, è dato dalla fideiussione prestata a garanzia di una linea di credito ancora da concedere e tuttavia in corso di istruttoria sulla base di una domanda già avanzata. Il credito quivi è futuro, perché sorgerà solo dopo la concessione del credito ed il suo utiliz-

---

RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni cosiddette «omnibus»*, in *Banca, borsa ecc.*, 1972, II, p. 92; STOLFI, *cit.*; DE MARCO SPARANO, *La fideiussione bancaria*, Milano, 1978; SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padova, 1977; RASCIO, *cit.*; MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Dizionari, cit.*, *Diritto commerciale*, Milano, 1981, III, p. 379; PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, in *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II, p. 1054.

(7) Così J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 1982, p. 60; VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa*, Milano, 1954, pp. 30-32; V. SALANDRA, in *Commentario* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, *sub art.* 1898, pp. 264 ss.

zo, e tuttavia è oggettivamente determinabile con riferimento alla domanda, che fungerà anche da massimale.

Ma può dirsi tale un generico rinvio non si sa a quali crediti, per quali fidi, che saranno domandati e concessi in futuro, di cui si ignora tutto e cioè se, quando e per quali importi interverranno come nel caso della fideiussione *omnibus*?

La corte, in linea con il suo costante orientamento, ha risposto affermativamente, col dire che «l'oggetto della fideiussione quanto ai debiti futuri è quivi determinabile appunto *per relationem*, con riferimento cioè all'oggetto delle obbligazioni che saranno assunte verso la banca dal debitore garantito» (8). In codesto ordine di idee, a mio modo di vedere, non può concordarsi. Un generico rinvio «a tutte le obbligazioni che sorgeranno a carico del debitore principale» non può costituire invero un criterio di determinazione *per relationem*. Si tratta di un rinvio in bianco a debiti futuri che sono chiamati a determinare se medesimi e perciò di una petizione di principio bella e buona. La decisione assume poi, ad elemento di riferimento per la determinabilità di codesto debito futuro (e del rischio della sua inadempienza assunta a proprio carico dal garante), il contenuto del negozio giuridico da cui il predetto debito deriva. Un primo rilievo concerne il momento in cui codesta determinabilità deve ricorrere. Non pare dubbio che sia il debito sia 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).

Codesto requisito deve cioè ricorrere al presente, quando si presta la garanzia e non in futuro, quando essa opererà (arg. *ex* artt. 1225, 1346, 1467 c.c.) (9).

Il torto del corrente modo di vedere 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

---

(8) Tra le molte, Cass., 4 marzo 1981, n. 1262, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Fideiussione*, n. 15; Cass. 23/81 e 615/79, dove il concetto di determinabilità è così sfumato da scrivere che «occorre sia in qualche maniera (*sic!*) determinato il limite dell'obbligazione stessa».

(9) Così anche STOLFI, *cit.*, pp. 532, 533, 534, 537.

*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, com'è il caso di ogni giudizio di prognosi. Una determinabilità solo *a posteriori* è irrilevante e non significativa. Sotto questo riguardo, i debiti futuri determinabili solo in futuro, con riferimento a negozi che verranno in essere anche a livello di ipotesi solo in futuro, non possono dirsi determinabili al presente<sup>(10)</sup>.

Un ulteriore rilievo è dato dal fatto che ben può ammettersi, a criterio di determinazione della prestazione vicaria di quella prevista come inadempita dal debitore, il contenuto ipotetico del futuro negozio collegato, che è fonte del debito principale, sempre che si tratti di ipotesi concreta, specifica, non sul vago né sull'indeterminato, come tale preventivamente convenuta dalle parti medesime del contratto di garanzia.

L'oggetto della fideiussione deve altrimenti reputarsi indeterminabile se lo è al presente la ipotesi del contratto collegato a cui si fa riferimento<sup>(11)</sup>.

Non si vede, diversamente opinando, a cosa finisca per ridursi quel criterio preventivamente convenuto dalle parti ritenuto capace di «individuare in un modo rigorosamente oggettivo» il rapporto obbligatorio principale.

La corte, varcata la soglia, si spinge tanto oltre nel campo dell'indeterminabile, da scrivere testualmente: «il concetto di determinabilità della garanzia non comporta implicazioni di carattere soggettivo o psicologico nel senso che il fideiussore debba conoscere, prevedere od immaginare il debito garantito». Come può dirsi determinabile un credito neppure immaginabile? La migliore riprova

---

(10) Non può approvarsi, ad es., Cass., 6 febbraio 1975, n. 438, *Foro it.*, 1976, I, p. 2474, laddove dalla postulata identità dell'oggetto della fideiussione e della obbligazione principale, si conclude: «sicché l'indeterminatezza dell'oggetto della fideiussione può essere dedotto solo se sia indeterminabile quello della obbligazione principale». Ciò non vale per il debito futuro la cui determinabilità è rimessa al tempo del negozio che gli darà vita, mentre quella della fideiussione deve essere anticipata al tempo del contratto di garanzia, e perciò occorre che le parti del negozio fideiussorio abbiano pattuito preventivamente a quale ipotesi di negozio futuro, con quale contenuto, si riferiscano.

(11) Con riguardo al collegamento tra negozio di garanzia e negozio principale: G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, pp. 119, 121.

della determinabilità – non è chi non lo veda – è data dal fatto che il debito garantito possa essere previsto od almeno immaginato dal garante che se ne assume a proprio carico il rischio della inadempienza. Il fideiussore deve, infatti, poter valutare il rischio che assume e così prevedere le conseguenze dell'impegno di manleva.

Qui si tocca il nesso tra determinabilità e prevedibilità. Non a caso alea normale del contratto e responsabilità per danni da inadempienza contrattuale nel limite del prevedibile, quest'ultimo inteso anche sul piano quantitativo ove vi sia colpa e non dolo, sono termini correlativi e che si integrano vicendevolmente. Ciò è anche alla base della autoresponsabilità privata in cui si concreta l'agire a proprio rischio ed in senso lato della imputabilità.

La determinabilità del rischio si traduce nella prevedibilità delle conseguenze.

4. – Passiamo ora a vedere se la fideiussione in questione riveli un carattere potestativo o meno.

È lecito domandarsi se la fideiussione «per crediti a piacere delle altre parti»<sup>(12)</sup> secondo la formula *si quoties et quantum Sempronio credere volueris fidejubeo* realizza o meno un impegno potestativo. La decisione, in linea con i precedenti della stessa corte<sup>(13)</sup>, lo esclude perché il far credito ed il riceverlo non configurerebbe un tal tipo di attività. Viene qui sottinteso che l'impegno potestativo equivale a quello rimesso all'arbitrio del creditore garantito, senza la motivazione neppure di un calcolo di convenienza<sup>(14)</sup> e cioè a capriccio.

---

(12) Quivi, stante la gratuità, alla discrezionalità non fa neppure da contrappeso la onerosità, come nella c.d. somministrazione a piacere; CORRADO, *La somministrazione*, Torino, 1959, p. 60, nota 3.

(13) V., ad es., Cass. 23/81.

(14) L'errore qui consiste nell'identificare «potestativo» con «meramente potestativo» cioè con «nuda volontà», «volere o disvolere il negozio», «volontà immotivata», «al di fuori ogni giuoco di interessi e di convenienza», mutandolo dall'art. 1355 c.c. (tra le molte Cass., 3 ottobre 1973, n. 2484, *Foro it.*, Rep. 1973, voce *Contratto in genere*, p. 625; 2 settembre 1971, n. 2602, *id.*, Rep. 1971, voce *cit.*, n. 219). Non si considera che una tale interpretazione riduttiva ha senso, nell'art. 1355, solo perché la potestatività è quivi riferita al debitore e non al creditore, come è invece il caso della fideiussione, onde per potestativo devesi intendere il negozio rimesso alla volontà del creditore, senza altra limitazione che il suo mero interesse.

Codesta tesi non è accoglibile perché eccessivamente riduttiva. Il carattere potestativo, a mio avviso, ricorre generalmente laddove un soggetto sia in condizioni di dover subire gli effetti della volontà operata dalla controparte, secondo il suo mero interesse. È decisivo che il titolare della scelta possa effettuarla secondo il proprio mero ed esclusivo interesse, determinando conseguenze in capo ad un altro chiamato a subirle. La scelta a capriccio è un aspetto della insindacabilità di una condizione potestativa, e ne è l'ipotesi limite. Nel caso *ex art. 1355 c.c.* essa è intesa in quest'ultimo senso perché, essendone investito il medesimo obbligato, questi può al massimo mirare solo alla libertà dall'impegno preso senza ulteriori conseguenze, onde se ne riconosce in genere la validità, a meno che non sia contemplato l'esercizio a capriccio. 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 l'invalidità a causa delle conseguenze che derivano dall'arbitrio.

Certamente il far credito in sé non è attività meramente potestativa, con riguardo ai soggetti del rapporto creditizio che sono liberi di contrarlo o no, ma lo è invece nei confronti del garante, alla loro mercé. Né pare che il debitore garantito possa qualificarsi terzo ai fini dell'*arbitrium* delegato, come si legge in questa ed altre decisioni, dato che egli è il principale interessato ad allargare l'ambito della garanzia, secondo i suoi bisogni ed i suoi programmi di investimento e di lavoro.

5. – Queste ed altre pronunzie sembrano infine escludere il carattere potestativo con l'argomento specifico che l'attività bancaria sarebbe attività di rigore<sup>(15)</sup>. Esso è troppo specifico per essere concludente in senso più generale. La tesi avrebbe poi qualche fondamento se la concessione del credito fosse da qualificarsi «attività di rigore» in base a regole giuridiche e non solo tecniche, finalizzate al mero interesse dell'istituto di credito<sup>(16)</sup>. Il nostro ordinamento non

---

(15) Tra le altre, Cass. 615/79; Cass. 23/81.

(16) Perfino l'art. 218 legge fall. è inteso come finalizzato al solo interesse di cui concede credito: P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Padova, 1955, p. 405; U. GIULIANI, *La bancarotta*, Milano, 1983, pp. 416 ss.

prevede norme che diano carattere «rigoroso» alla decisione di far credito e prevengono la sua concessione abusiva<sup>(17)</sup>: la sorveglianza dell'ispettorato pubblico è troppo generica per avere rilievo, senza dire delle perplessità sulla parificazione del banchiere pubblico a quello privato<sup>(18)</sup>.

È tuttavia la logica medesima del far credito sulla base di una fideiussione ad escludere che possa garantirsi al terzo il contenimento del fido futuro nei limiti di quel che il debitore valga e non oltre. La fideiussione amplia la capacità di indebitamento del debitore nella misura della rispondenza del garante. 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? E come può considerarsi finalizzata ad una concessione «rigorosa» del credito quella fideiussione *omnibus* che a causa delle numerose dispense *ex artt.* 1955, 1956, 1957 c.c. sembra piuttosto orientata nella direzione opposta?

Tutto ciò appare troppo contraddittorio. Non si vogliono qui certamente sottovalutare le regole di alta professionalità ed il *corpus* di

---

(17) Non hanno portata pregnante le norme troppo generiche di cui agli art. 35, 2° comma, lett. c e d, ed art. 87 legge bancaria. È tuttora aperto il dibattito sulla responsabilità extracontrattuale della banca per concessione abusiva di credito verso i terzi danneggiati, com'è ammesso in Francia ed in Belgio. Allo stato, *de iure condito*, viene escluso il divieto della concessione abusiva di credito, come fonte di responsabilità verso terzi, anche se esso tuttavia opera a livello di autoresponsabilità *ex art.* 1227 c.c. con riguardo all'art. 1176, 2° comma, c.c., nonché opera nei riguardi di quei terzi qualificati che sono i garanti in relazione alla norma speciale dell'art. 1956 c.c., che ha introdotto una pena di diritto privato. Sul più vasto dibattito in corso circa la responsabilità extracontrattuale per concessione abusiva di credito, v. *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Atti del Convegno di Siena del giugno 1980; R. CLARIZIA, in *Banca, borsa, ecc.*, 1976, I, p. 361; A. NIGRO, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 287; C.M. PRATIS, *id.*, 1982, I, p. 841.

Sulla incriminabilità dell'abuso di concessione di credito, v. art. 10 del disegno di legge approvato dal senato il 21 aprile 1982. Ciò indica, tuttavia, il crescente rilievo, del pubblico interesse.

(18) Cass., 10 ottobre 1981, Carfi, *Foro it.*, 1981, II, p. 553, con nota di F. CAPRIGLIONE.

norme regolamentari, su cui vigilano gli ispettori interni delle aziende di credito. Esse tuttavia sono poste a presidio dell'interesse di chi fa credito e non di chi lo garantisce. La loro inosservanza è peraltro testimoniata dagli «sconfinamenti» in cui la gestione reale del credito si traduce ogni giorno e che è la causa primaria dell'ingigantirsi del contenzioso bancario.

Non può certo considerarsi di rigore l'attività che è sanzionata dalle revocatorie dei pagamenti, effettuati a rientro di codesti «sconfinamenti» <sup>(19)</sup>.

Ciò mostra la inadeguatezza dell'argomento.

6. – Esaminiamo, a questo punto, se gli artt. 1955, 1956, 1957 c.c. siano derogabili o no.

In genere si propende per la loro derogabilità, sostenendosi che è nelle facoltà delle parti il distribuire il rischio in modo diverso da quello legale <sup>(20)</sup>, e, a proposito dell'art. 1957 c.c., che si tratterebbe di decadenza in materia di diritti disponibili, la cui disciplina è modificabile dalle parti *ex art.* 2968 c.c. <sup>(21)</sup>. Si avverte tuttavia che codeste deroghe snaturano la causa tipica della fideiussione, laddove si cerca di offrirne una giustificazione, sotto il profilo di un contratto atipico <sup>(22)</sup> od autonomo di garanzia <sup>(23)</sup>.

Le norme *ex art.* 1955, 1956, 1957 sono invece, a mio modo di vedere, inderogabili e di ordine pubblico ed ogni patto contrario è nullo. Esse certamente sono poste a tutela del garante nei confronti del creditore garantito.

---

(19) Cass., 18 ottobre 1982, n. 5413, *Foro it.*, 1983, I, p. 69; 29 ottobre 1983, n. 6430, *id.*, Rep. 1983, voce *Fallimento*, n. 336.

(20) Così: Cass. 1631/75; 7 agosto 1967, n. 2104, *Foro it.*, 1968, I, p. 493, e in *Banca, borsa, ecc.*, 1967, II, p. 520, con nota di FAVARA, tra le molte.

(21) FRAGALI, voce *Fideiussione*, cit., p. 496; RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, cit., p. 56; Cass., 18 ottobre 1960, n. 2811, *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Fideiussione*, n. 34; 11 gennaio 1983, n. 183, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 27; 9 agosto 1983, n. 5310, *ibid.*, n. 32.

(22) Tra gli altri, S. MACCARONE, *La fideiussione bancaria come contratto atipico*, in *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, p. 154. Altrove (*Contratto autonomo*, cit., p. 395), egli considera la fideiussione *omnibus* come una ipotesi atipica di contratto autonomo di garanzia.

(23) PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, cit., p. 1052; MACCARONE, *op. ult. cit.*, p. 388.

Codesti precetti non si esauriscono tuttavia nella tutela di quegli specifici interessi del garante che sono posti a repentaglio dalla condotta contraria degli art. 1955, 1956, 1957, ma piuttosto li trascendono e presidiano il pubblico interesse al rispetto dei valori sociali di condotta (art. 1175, 1176, 2° comma, 1227, 1° e 2° comma, c.c.).

Gli art. 1955, 1956, 1957 non si limitano infatti, come sarebbe diversamente, a comminare la non responsabilità del garante per quella parte in cui non può aver luogo la surroga *ex art. 1955* <sup>(24)</sup> o per quella parte di rischio consapevolmente corso del creditore ed esuberante rispetto alle condizioni patrimoniali del debitore *ex art. 1956* <sup>(25)</sup> o per quella parte del debito, che non possa recuperarsi a causa del tardivo e negligente perseguimento del debitore *ex art. 1957* <sup>(26)</sup>.

---

(24) Così sarebbe se non avesse carattere sanzionatorio.

(25) Dall'art. 1227, 1° comma, c.c., con riferimento alla trasgressione della doverosa prudenza del *bonus argentarius*, *ex art. 1176*, 2° comma, c.c., già deriverebbe la impossibilità per il creditore, di rivalersi sul garante per l'insolvenza del nuovo credito concesso in condizione di rischio aggravato. Una massima di esperienza del banchiere è quella di «non correre dietro al denaro perso, per non perderne dell'altro». Ma l'art. 1956 c.c. va più in là, onde «il fideiussore per l'obbligazione futura è liberato per intero e non nella sola misura in cui è stato concesso incautamente nuovo credito», come rivela Appe. Bologna, 13 settembre 1974, *Foro it.*, Rep. 1975, voce *Fideiussione*, n. 22. Tale profilo di pena di diritto privato corrisponde al disegno del legislatore (rel. min. al c.c., *sub n. 766*) «quale responsabilità per la trasgressione di un obbligo di condotta di non fare credito» cioè come sanzione per la concessione abusiva di credito nei confronti di quei terzi qualificati che sono i fideiussori. L'art. 1956 c.c. è norma nuova rispetto al codice del 1865 e già il presidente della commissione legislativa, sull'art. 731 del progetto ministeriale, rileva che «questo articolo darà luogo a molte controversie, ma è giusto da un punto di vista morale». Non è ipotizzabile dispensa preventiva dal dovere di non concedere abusivamente credito, né dal dovere di prudenza, di diligenza, e dall'autoresponsabilità *ex art. 1227* c.c. Può aversi rinuncia successiva ai diritti che derivano dalla liberazione, non rinuncia preventiva alla liberazione medesima.

(26) Il mancato perseguimento del debitore principale di per sé legittimerebbe la mancata rivalsa nel limite del danno evitabile *ex art. 1227*, 2° comma, c.c. Ciò è qui assorbito dalla più grave sanzione *ex art. 1957*, c.c., non suscettibile di rinuncia preventiva, che pure configura un caso di pena di diritto privato, per la trasgressione del dovere di solerzia nell'agire verso il debitore principale, nei sei mesi della scadenza e di diligenza nel coltivare le successive istanze, affinché il fideiussore resti vincolato, «solo lo stretto necessario» (U. SALVESTRONI, *op. cit.*, p. 104). La ritenuta compatibilità dell'art. 1957 con il carattere solidale dell'obbligazione fideiussoria (Cass., 2 marzo 1976, n. 688, *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Fideiussione*, n. 19), dimostra la inadeguatezza della concezione corrente basata sulla decadenza.

Essi vanno oltre codesti limiti e sanzionano l'estinzione della fideiussione con la liberazione integrale del garante da ogni responsabilità per ogni rischio. La sanzione è coordinata alla trasgressione del dovere di correttezza e di buona fede, *ex art. 1175 c.c.* come ha precisato la relazione del guardasigilli al codice civile <sup>(27)</sup>. Si tratta di pena privata *ex lege* che si aggiunge ad un'ampia casistica <sup>(28)</sup> dove il trasgressore viene a subire uno svantaggio superiore al vantaggio che gli deriva dalla violazione e per contro illeso viene a conseguire un vantaggio che supera il danno ipotizzato. È trasparente la loro finalizzazione a provocare un certo tipo di condotta, quale quello voluto dal modello legale ed in cui si realizza il dovere di buona fede. Non pare davvero ipotizzabile dispensa preventiva dal dovere di correttezza, nell'esercizio del diritto, che certamente appartiene all'ordine pubblico ed al buon costume, come non può aversi dispensa preventiva dai doveri di prudenza e diligenza *ex art. 1176* e da quello di cooperazione *ex art. 1227*, come insegnava Emilio Betti <sup>(29)</sup>.

Per scendere alle singole norme l'art. 1955 è ritenuto diritto non disponibile <sup>(30)</sup>.

L'art. 1956 tutela il garante, nel caso di aggravamento del rischio, come l'art. 1898, 2° comma, c.c. tutela l'assicuratore e l'art. 1476 c.c. il contraente: le norme sono riconducibili alla conservazione del *rebus sic stantibus*. Quivi l'art. 1956 commina la liberazione del garante da tutto il rischio per punire il creditore che ha concesso fido ad un debitore, senza speciale autorizzazione, con la consapevolezza delle mutate condizioni del debitore. L'art. 1956 sanziona con una pena privata *ope iuris* una condotta colposa; e trattasi di colpa con previsione dell'evento, che è il tipo più grave di violazione *ex art. 1175* e *1176*, 2° comma.

Per quanto riguarda l'art. 1957, è da escludere che esso si riduca a comminare una decadenza, la cui disciplina oltretutto sarebbe modificabile dalle parti. La norma, in tal caso, avrebbe previsto la perpetuazione della garanzia una volta proposte le istanze del cre-

(27) Relazione ministeriale al c.c., *sub n. 766*.

(28) E. MOSCATI, *Pena di diritto privato*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982, XXXII, pp. 770, 773, 775, 778, 779, 783, A p. 779 è indicata una certa casistica, come la decadenza dal beneficio del termine, dal beneficio di inventario, ecc.

(29) E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, pp. 105, 136, 151.

(30) U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., p. 52.

ditore nei sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione. Così non è, perché la norma aggiunge la comminatoria della liberazione del garante, se il creditore «non le ha con diligenza continuate». Ciò attesta che non si è in presenza di una decadenza ma di una sanzione per disvalori sociali di condotta, anche processuale.

7. – Vediamo infine se la fideiussione *omnibus* sia legittima sotto il profilo del contratto autonomo di garanzia o quanto meno di un contratto atipico e se si tratti di negozi ammissibili nel nostro ordinamento. Il contratto autonomo di garanzia è una figura residuale ricorrente nell'ambito esclusivo dei contatti internazionali per grandi opere pubbliche<sup>(31)</sup>. Non si vede come possa generalizzarsene il tipo. Anche sul suo terreno, codesta garanzia è tuttavia limitata ad un massimale od a precisi ricavi, così che nel nostro caso si finisce per costruire in astratto un contratto diverso da quello cui ci si riferisce.

In ogni caso non si colgono le ragioni per cui il nostro ordinamento dovrebbe apprezzare *ex art.* 1322, 2° comma, c.c., come socialmente rilevante la funzione di un tale tipo speciale di garanzia. Non sembra davvero possa ravvisarsene la ragione in un pubblico interesse alla promozione del credito, che, scompagnato da quei limiti di rigore inderogabili<sup>(32)</sup>, lo trasformerebbe in credito facile e perciò dissipatore di ricchezza.

Codesta garanzia, comunque la si qualifichi, come contratto autonomo di garanzia o contratto atipico, è agli antipodi dei principi di fondo del nostro ordinamento e del nostro costume che si concreta nell'«agire a proprio rischio» e non «a rischio altrui»<sup>(33)</sup>. Ciò è alla base del nostro sistema della responsabilità ed autoresponsabilità privata, che si traduce nel rispondere per fatto proprio e si basa sulla imputabilità<sup>(34)</sup>.

---

(31) Sul contratto predetto, tra i molti, PORTALE, *op. cit.*, pp. 1045 ss., e la bibliografia a p. 1075. L'ammissibilità dell'istituto è controversa nei vari ordinamenti: v. MACCARONE, *op. cit.*, pp. 385-388, cui si rinvia anche per altri aspetti.

(32) RASCIO, *op. cit.*, pp. 387, 457.

(33) E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, pp. 258, 385, 411, 412; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 104.

(34) S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, IV, pp. 453, 464, correttamente rileva come l'art. 1227 c.c. codifica la colpa verso se stessi, e l'art. 2043 c.c. la colpa verso gli altri.

La ipotesi di responsabilità per fatto altrui sono residuali e pur laddove contemplate dagli art. 2047, 2048, 2049, si riducono pur sempre ad ipotesi di omissioni colpose proprie rispetto a doveri di vigilanza su altri e si concretano in fatti commissivi per ommissione. La garanzia della quale trattiamo, se in ipotesi valida come contratto autonomo od atipico, inaugurerebbe una svolta eversiva e codificherebbe un diverso sistema basato sull'agire «a rischio altrui» che, allo stato, è incompatibile col nostro ordinamento e col medesimo nostro costume.

Codeste figure nuove di garanzia non appaiono accettabili proprio laddove vogliono mettere da canto quei limiti che esprimono lo sfavore per garanzie dalle conseguenze rovinose la cui preoccupazione risale ai tempi di Salomone<sup>(35)</sup>. In ciò si dissente dalla decisione.

8. – Tiriamo ora le somme di tutto il nostro discorso.

Si sostiene in genere da chi oppugna la fideiussione *omnibus* che tratterebbesi di contratto radicalmente nullo, in ogni sua parte, così che il garante sarebbe totalmente liberato.

Certamente l'adozione di un contratto autonomo di garanzia od atipico conduce ad una conclusione del genere. Tale non è però l'opinione dell'autore di questa nota, che ritiene non potersi dare al negozio classificazione diversa da quella di contratto fideiussorio. Occorre fare corretta applicazione dell'art. 1419 c.c. in cui si concreta il ditterio *utile per inutile non vitiatur*, così distinguendo la parte valida da quella invalida della fideiussione *omnibus*. Non può presumersi che i contraenti avrebbero stipulato la fideiussione solo se si fossero garantiti in contesto anche i debiti futuri non immaginabili o rimessi alla potestatività altrui. E così sarà valido l'impegno di garanzia per i debiti presenti determinati o determinabili e per quelli futuri determinabili con riferimento a domanda di fido già avanzata od a concrete ipotesi od operazioni specifiche o nel limite di un certo massimale e così via, contemplate nel contratto di fideiussione.

E non si terrà conto delle rinunce preventive agli art. 1955, 1956

---

(35) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Torino, 1902, p. 2.

e 1957 e così si richiederà la speciale autorizzazione di fare credito *ex art. 1956* e si perseguirà il debitore nel termine e con la diligenza come vuole l'art. 1957.

9. – La conclusione cui si è pervenuti *de iure condito*, 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.

***Lo scritto è stato richiamato da:***

*Foro it.*, 1986, I, p. 835, nota 1 nota a Pretura Legnano 13 giugno 1985; V. MARICONDA, *Sulla fideiussione omnibus e sul contratto autonomo di garanzia*, *Il Corriere Giuridico*, 1987, p. 1167; V. MARICONDA, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*, *Foro it.*, 1989, I, pp. 3104, 3105, nota 7; M. CORONA, *Ancora sulla validità della c.d. clausola estensiva della fideiussione omnibus*, *Giust. civ.*, 1989, pp. 2169, 2173, note 3 e 17; M. JACUANIELLO-BRUGGI, *La fideiussione omnibus inossidabile Cassazione ed i nuovi modelli ABI*, *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1745; M. OLGIATI, *Si acuisce il contratto tra giudici di merito e Cassazione in tema di fideiussione omnibus*, *Giur. comm.le*, 1989, p. 578, nota 20; A. DI MAJO, *La fideiussione omnibus ed il limite della buona fede*, *Foro it.*, 1989, pp. 2753, 3754; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 150, note 47, 48, 49; M. JACUANIELLO-BRUGGI, *Fideiussione omnibus: chi ha paura dell'art. 1956 c.c.*, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, pp. 474, 479, 482, note 68 e 82; M. VALIGNIANI, *Fideiussione bancarie e buona fede*, *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 1138; M. ROMANO, *Validità della fideiussione omnibus in funzione della agevolazione del credito*, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 831, nota; GIANLUCA SICCHIERO, *L'engineering, la Joint venture, i contratti di informatica, i contratti atipici di garanzia*, Torino, 1991, pp. 167, 168, 171, 172, 177, 184, 192; P. TARTAGLIA, *Limiti alla fideiussione omnibus e disciplina della trasparenza bancaria*, *Foro it.*, 1992, I, p. 1397, nota 1; p. 1398, nota 18; *Giust. civ.*, 1990, p. 404, nota 1, nota a Cass. civ., 20 luglio 1989, n. 2287.

**Altri scritti dell'autore sullo stesso argomento:**

- «Ancora a proposito della validità della fideiussione omnibus con riguardo ai nuovi moduli bancari», in Foro Italiano 1988, I, p. 1947 e in L'Espressione monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, p. 387.
- «Sulla fideiussione bancaria ed i suoi limiti», Pubblicato in Foro Italiano 1990, I, e in L'Espressione monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, p. 395.
- «Sulla inadeguatezza del principio di buona fede a proteggere il fideiussore», in Giurisprudenza Italiana 1990, I, 1, p. 622 e in L'Espressione monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, p. 409.
- «Sulla inderogabilità dell'art.1957 c.c.», in Giurisprudenza Italiana 1990, I, 1, p. 460 e in L'Espressione monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, p. 415.
- «Sulle nullità ope legis delle fideiussioni omnibus e sulle relative conseguenze», in Foro Italiano 1992, I, p. 791 e in L'Espressione monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, p. 421.
- «Sul carattere interpretativo della norma che vieta la fideiussione omnibus e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti», in Foro Italiano 1993, I, 2171 e in L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, p. 429.