

Fideiussione

Fideiussioni *omnibus*: la Cassazione applica retroattivamente il nuovo art. 1938 c.c.

CASSAZIONE CIVILE, sez.III, 9 agosto 2001, n. 10981

Pres. Fiduccia - Rel. Preden - P.M. Russo (diff.) - Banca di Roma (avv.ti Carboni, Napolitano) c. Imperato (avv.ti Colarieti P. e M.)

Obbligazioni in genere - Fideiussioni omnibus illimitate alla data del 9 luglio 1992 - Obbligazioni sorte successivamente - Operatività delle fideiussioni - Esclusione - Prestazione di una nuova fideiussione con importo massimo garantito - Necessità

Le fideiussioni *omnibus* illimitate alla data dell'entrata in vigore della legge n. 154/1992 (cioè al 9 luglio 1992) conservano validità ed efficacia soltanto in riferimento alle obbligazioni principali già sorte, mentre divengono inefficaci in relazione alle obbligazioni successivamente sorte.

Perché queste siano assistite dalla fideiussione, più non operando il precedente contratto, occorre che sia nuovamente prevista la fideiussione, nelle forme di cui all'art. 1937 c.c., in conformità al requisito, introdotto dal novellato art. 1938 c.c., della previsione dell'importo massimo garantito.

..Omissis..

Motivi della decisione

1. I due ricorsi, proposti avverso la medesima sentenza, vanno riuniti (art. 335 c.p.c.).

Ricorso n. 7751/99

2. Il terzo motivo denuncia: violazione e falsa applicazione di norme di legge (artt. 11 delle preleggi e 1398 c.c.), in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., ed insufficiente motivazione (art. 360, n. 5, c.p.c.).

Deduce la ricorrente che erroneamente la corte d'appello ha ritenuto che, mentre devono considerarsi coperte da valida garanzia tutte le obbligazioni principali sorte prima dell'entrata in vigore della nuova legge, per quelle successive deve considerarsi pienamente operante la nuova disciplina dettata dalla legge n. 154 del 1992, con la conseguente sanzione dell'inefficacia della garanzia, ove le parti non abbiano ottemperato a regolarizzare il rapporto contrattuale con la fissazione dell'importo massimo garantito.

Sostiene che il disposto dell'art. 1938 c.c., come novellato dalla legge n. 154 del 1992, non incide sulla validità e sull'efficacia delle fideiussioni illimitate prestate anteriormente alla suddetta legge, non potendosi attribuire alla nuova disciplina efficacia retroattiva.

2.1. Il motivo non è fondato.

Sono dedotte in giudizio due fideiussioni aventi ad oggetto anche obbligazioni future, senza previsione di importo massimo garantito, rispettivamente stipulate con

atti del 16/10/1988 e del 27/6/1990, in corso alla data di entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, azionate (anche) con riferimento ad obbligazioni sorte successivamente.

La fattispecie si caratterizza quindi per avere ad oggetto fideiussioni illimitate stipulate nel vigore dell'art. 1938 c.c. nella sua originaria formulazione (secondo la quale "La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione futura o condizionale"), delle quali la giurisprudenza di questa S.C. ha costantemente riconosciuto la validità, per esserne l'oggetto non già indeterminato, bensì identificabile *per relationem* alla stregua di parametri oggettivi (tra le tante: sent. n. 1572/84; n. 6656/87; n. 4871/88).

Ulteriore connotato è poi costituito dal fatto che la banca si è avvalsa delle dette fideiussioni nel vigore della nuova disciplina dettata dall'art. 10 della legge n. 154 del 1992 (che ha sostituito il citato art. 1938, prescrivendo che "La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito"), azionandole anche in riferimento a finanziamenti concessi al debitore principale successivamente all'entrata in vigore della nuova normativa (e cioè successivamente al 9/7/1992, tenuto conto della *vacatio legis* e del decorso dell'ulteriore termine di 120 giorni previsto dall'art. 11, comma 4, della citata legge, pubblicata sulla G.U. del 24/2/1992).

Ora, è ben vero che questa S.C., con varie decisioni, ha affermato l'irretroattività della nuova normativa che ha

imposto la previsione dell'importo massimo garantito, riconoscendole natura innovativa sostanziale e non meramente interpretativa, con conseguente inapplicabilità ai rapporti pregressi (sent. n. 558/95; n. 9099/95; n. 2577/96; n. 7052/97; n. 10808/98).

Ma le menzionate statuizioni non giovano alla soluzione della controversia in esame, poiché sono tutte relative all'ipotesi - diversa da quella in esame - di fideiussioni illimitate azionate anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa (9/7/1992).

Con riferimento all'ipotesi - ricorrente nella specie - di fideiussioni in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, azionate anche con riferimento ad obbligazioni sorte successivamente, si rinviangono due significative statuizioni.

In primo luogo, va rilevato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 204/97, esaminando la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 1938 c.c., nel testo sostituito dall'art. 10 della legge n. 154 del 1992, sollevata sul rilievo che l'irretroattività della nuova disciplina, affermata dalla giurisprudenza dominante, determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra fideiussioni prestate prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, che sarebbero tuttora valide ed efficaci senza limitazione di importo, e fideiussioni successivamente prestate, per le quali soltanto sarebbe operante la necessaria previsione dell'importo massimo garantito, l'ha dichiarata non fondata.

Ha invero ritenuto che l'interpretazione prevalente, secondo la quale la nuova disciplina ha carattere innovativo e non si applica, quindi, retroattivamente, ai rapporti preesistenti, «non implica, tuttavia, che la disciplina precedente - che consentiva, secondo l'opinione dominante, la prestazione di una garanzia illimitata per le obbligazioni future il cui contenuto fosse determinabile - acquisti carattere ultrattivo, tale da consentire che la garanzia personale prestata dal fideiussore assista non solo le obbligazioni principali sorte prima della entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, ma anche quelle successive, in modo da attribuire efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia».

Ed ha quindi affermato che «l'innovazione legislativa, che stabilisce la nullità delle fideiussioni per obbligazioni future senza limitazione di importo, non tocca la garanzia per le obbligazioni principali già sorte, ma esclude che si producano ulteriori effetti e che la fideiussione possa assistere obbligazioni principali successive al divieto di garanzia senza limiti».

Ha conclusivamente statuito che, «in questo contesto interpretativo, la diversità di disciplina tra fideiussioni prestate prima o dopo l'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 non configura alcuna ingiustificata disparità di trattamento di situazioni identiche, ma rispecchia, piuttosto, la diversa qualificazione degli atti, nel tempo, da parte del legislatore, il quale, nel dettare una nuova regola affluente ad un requisito del contratto, non

travolge gli obblighi già sorti in base alla normativa precedente».

Della sentenza della Corte costituzionale ora menzionata ha tenuto conto una successiva pronuncia di questa S.C., che ha fatto propria l'interpretazione accolta dal giudice delle leggi, ritenendola ispirata ad evidenti ragioni di equità, ed ha quindi statuito che «l'irretroattività della nuova norma è assoluta per quanto riguarda i rapporti precedentemente sorti e già esauriti al momento dell'entrata in vigore dell'innovazione legislativa, o nei quali comunque i finanziamenti al debitore principale siano avvenuti in epoca precedente; per quanto riguarda, invece, i rapporti fideiussori senza limitazione di importo, ancora in corso in quel momento, il credito fatto al debitore in epoca successiva non è assistito dalla garanzia» (sent. n. 15024/00; anche la sent. n. 831/98 ha prestato adesione al principio affermato dalla Corte costituzionale, ma va precisato che si tratta di decisione resa con riferimento alla diversa ipotesi della fideiussione azionata anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, sicché l'affermazione si risolve in un *obiter dictum*).

Dai suindicati principi il Collegio non ritiene di doversi discostare.

Va quindi ribadito che il rapporto preesistente di fideiussione illimitata, in corso alla data del 9/7/1992, qualora presenti i requisiti di determinabilità dell'oggetto, è valido e conserva efficacia, ma con ambito circoscritto alle obbligazioni principali già sorte; detto rapporto, a partire dal 9/7/1992, diviene invece inefficace con riferimento alle obbligazioni principali che potranno sorgere successivamente; perché queste siano assistite dalla fideiussione, più non operando il precedente contratto, al cui oggetto da ritenere normativamente delimitato alle sole obbligazioni già sorte) sono estranee, occorre che sia nuovamente prestata fideiussione, nelle forme di cui all'art. 1937 c.c., in conformità al requisito, introdotto dal novellato art. 1938 c.c., della previsione dell'importo massimo garantito.

A tale principio si è correttamente attenuta la corte territoriale.

3. Il primo motivo denuncia: violazione e falsa applicazione di disposizioni di legge (artt. 1937, 1938, 1175, 1374 e 1375 c.c.), in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., nonché errata ed insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c.). Deduce la ricorrente che erroneamente la corte d'appello ha negato che, ad iniziativa della banca, i contratti di fideiussione per importo illimitato erano stati adeguati alla nuova normativa, introdotta dalla legge n. 154 del 1992, in virtù delle note del 6/7/1992, con le quali, antecedentemente all'entrata in vigore della citata legge, l'importo massimo garantito era stato limitato a L. 1.600.000.000.

Sostiene al riguardo:

- che, diversamente da quanto ritenuto dalla corte d'appello, ai fini dell'adeguamento del contratto non è ne-

cessaria l'accettazione da parte dei fideiussori della limitazione dell'importo massimo garantito fissata dalla banca, integrando tale fissazione una parziale rinuncia della banca alla originaria garanzia illimitata, non necessitante dell'adesione dei fideiussori, risolvendosi per essi solo in un vantaggio;

- che non vale il richiamo, compiuto dalla corte d'appello, all'art. 1937 c.c., poiché la volontà di prestare la fideiussione era già stata espressamente manifestata con gli originari contratti di fideiussione illimitata, e non occorre quindi una ulteriore manifestazione di volontà rispetto alla successiva rinuncia della banca alla garanzia illimitata;

- che il comportamento agnostico assunto dai fideiussori non poteva ritenersi legittimo, poiché il principio di buona fede e correttezza imponeva ai predetti di esprimere le loro determinazioni, positive o negative, eventualmente manifestando il loro recesso;

- che, comunque, la lettera del 18/1/1995 doveva essere ritenuta quale accettazione della limitazione dell'importo garantito.

3.1. Il motivo non è fondato.

Come già rilevato nell'esaminare il precedente motivo, al momento dell'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 (9/7/1992), le fideiussioni illimitate in corso conservano validità ed efficacia (se conformi ai requisiti stabiliti dalla giurisprudenza, in riferimento alla previgente normativa, circa la figura della fideiussione *omnibus*) soltanto in riferimento alle obbligazioni principali già sorte, mentre divengono inefficaci in relazione alle obbligazioni successivamente sorte.

Per ovviare a siffatta sanzione di inefficacia, l'unica via praticabile è l'adeguamento alla nuova normativa, che impone la previsione dell'importo massimo garantito. Adeguamento che presuppone una nuova manifestazione espressa di volontà (art. 1937 c.c.) da parte del fideiussore, resa in conformità alla nuova disciplina, sia in via preventiva (prima dell'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, nell'ampio periodo di *vacatio* a tal fine previsto dal legislatore), così anticipatamente neutralizzando la sanzione di inefficacia, sia successivamente, instaurando in tal caso un nuovo rapporto di fideiussione anche per obbligazioni future entro un limite di importo predeterminato, in luogo di quello con importo illimitato, ormai divenuto inefficace.

E, nella specie, secondo quanto ha accertato la corte territoriale, una nuova manifestazione espressa della volontà dei fideiussori di prestare la fideiussione, anche per obbligazioni future, con previsione dell'importo massimo, non vi è stata, né in via preventiva, né successiva (la corte ha invero negato - con argomentata valutazione in questa sede non sindacabile - tale portata alla proposta transattiva del 18/1/1995).

Non vale invocare, ai fini dell'adeguamento alla nuova disciplina, le note con le quali la banca, con suo atto unilaterale, ha fissato l'importo massimo garantito, poiché, come detto, l'adeguamento deve avvenire con manife-

stazione di volontà proveniente dal soggetto che presta la fideiussione.

D'altra parte, anche se si potesse ritenere idoneo a conformare in via preventiva la fideiussione in corso alla nuova normativa, preservandola dalla sanzione di inefficacia (per le obbligazioni successive) un atto unilaterale con il quale la banca comunica al fideiussore l'importo massimo della garanzia, è palese che, trattandosi di atto ricettizio (come tale suscettivo di produrre effetti solo dal momento in cui perviene a conoscenza del fideiussore: artt. 1334 e 1535 c.c.), potrebbe assumere rilevanza soltanto un atto unilaterale che abbia prodotto effetti prima dell'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992.

Ora, che ciò sia avvenuto la banca non deduce, in quanto si limita a menzionare la data apposta alle note (6/7/1992), senza nulla allegare circa l'avvenuto tempestivo ricevimento delle stesse da parte dei fideiussori. E tale rilievo assorbe la denuncia di non conformità a correttezza del silenzio serbato dai fideiussori, potendosi instaurare tale valutazione solo in riferimento ad una condotta da tenersi in relazione ad un rapporto non ancora privato di efficacia.

Mette conto notare, inoltre, che risulta opinabile ritenere un atto unilaterale di fissazione dell'importo massimo proveniente dalla banca come avente effetti favorevoli per il solo fideiussore non più esposto illimitatamente, bensì nel limite fissato dalla banca al contrario, esso giova anche alla banca, poiché preserva la fideiussione dalla sanzione di inefficacia della fideiussione per le obbligazioni successivamente assunte dal debitore principale, con effetti conservativi del rapporto, altrimenti destinato a perdere efficacia, con conseguente liberazione del fideiussore dall'obbligo della garanzia per le obbligazioni successivamente sorte.

Senza dire che, comunque, l'idoneità di un atto unilaterale della banca a determinare l'adeguamento alla nuova disciplina, dovrebbe essere sempre subordinata, in caso di controversia, alla positiva valutazione, in sede giudiziale, della sua conformità a criteri di buona fede, avuto riguardo, caso per caso, alla consistenza (non manifestamente eccessiva, tenuto conto del progresso svolgimento del rapporto) dell'importo massimo garantito.

4. Il secondo motivo denuncia: violazione e falsa applicazione di disposizioni di legge (artt. 1938, 1285, 1349 e 1355 c.c.), in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., nonché errata ed insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, c.p.c.).

Deduce la ricorrente che la corte d'appello è incorsa in errore, poiché non ha considerato che, anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, era intervenuta, ad iniziativa della banca, con le note del 6/7/1992, la determinazione dell'oggetto delle fideiussioni.

Sostiene che la determinazione successiva dell'oggetto del contratto deve ritenersi consentita, senza che su di essa sia manifestato un ulteriore consenso, per varie ragioni:

- in virtù del principio desumibile dall'art. 1285 c.c., in tema di obbligazioni alternative, che riconosce la possibilità di provvedere alla determinazione dell'oggetto del contratto ad opera di una delle parti, purché non in modo arbitrario;
- a norma dell'art. 1349 c.c., che prevede l'integrazione successiva del contratto senza necessità di ulteriore manifestazione di consenso;
- ai sensi dell'art. 1355 c.c., che ammette la possibilità di

subordinare gli effetti di un contratto ad una condizione che dipende da un atto di parte non arbitrario.

4.1. Il motivo non è fondato.

Valgono per disattenderlo le osservazioni già svolte nell'esaminare i precedenti motivi circa l'inidoneità di atti unilaterali della banca a realizzare l'adeguamento della fideiussione illimitata alla nuova disciplina, che impone la previsione dell'importo massimo garantito.
...*Omissis*.

IL COMMENTO

di Vincenzo Mariconda

Fideiussioni *omnibus* e interessi usurari: questioni comuni di *ius superveniens*

Non immaginavo, nel redigere il breve commento alla prima sentenza della Cassazione che si è occupata dei riflessi sulle fideiussioni *omnibus* stipulate precedentemente alle modifiche apportate dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154 agli artt. 1938 e 1956 c.c., che la problematica di diritto transitorio si sarebbe complicata al punto da divenire una sorta di "cartina di tornasole" delle difficoltà che si possono presentare nella applicazione di nuove leggi ai rapporti originati prima della loro entrata in vigore (1).

Ancor meno potevo prevedere che, pochi anni dopo, un'altra riforma avrebbe scatenato questioni di ancor maggior complessità enucleabili nella formula della c.d. usura sopravvenuta, in relazione alla quale, come è noto, è intervenuto addirittura il legislatore al fine di porre argine all'orientamento della Cassazione che si andava assestando nel senso della applicabilità della legge sull'usura, con specifico riferimento all'art. 1815 c.c., in tutti i casi di dazione di interessi eccedenti il limite consentito anche se connessi a contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge (2).

La recente sentenza della Cassazione, cui sono dedicate le osservazioni che seguono, conferma le conclusioni cui era pervenuta la pronuncia della Cassazione 22 novembre 2000 n. 15024 (3) in sostanziale aderenza all'enunciato della Corte costituzionale (4) e pare chiudere definitivamente l'argomento, nel senso che le fideiussioni *omnibus* illimitate stipulate prima della entrata in vigore della legge n. 154/1992 non si estendono alle ob-

2171 ss.; dello stesso autore, *Sulla nullità ope legis delle fideiussioni omnibus e sulle relative conseguenze*, in *Foro it.*, 1992, I, 791 ss.; Iacuanelli Bruggi, *La fideiussione omnibus fra recente passato e prossimo futuro*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1305 ss.; NtuK, Nota a Cass. 19 marzo 1993 n. 3291, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 245 ss..

La distinzione tra fideiussioni "chiuse" e "aperte" pare operata per la prima volta da Dolmetta, *Fideiussioni "chiuse" e legge sulla trasparenza: una massima della Cassazione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1993, II, 240 ss.. Lo stesso autore prospetta la tesi della nullità sopravvenuta delle fideiussioni illimitate "aperte" in via alternativa a quella della validità dei contratti conclusi prima della novella, in *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, 394 ss..

(2) Sulla usura sopravvenuta si è formata un'ampia letteratura soprattutto a commento della giurisprudenza di merito prima e poi di quella di legittimità. Per la prima cfr. Trib. Firenze 10 giugno 1998, Trib. Roma 4 giugno 1998, Tribunale Lodi 30 marzo 1998, tutte in questa *Rivista*, 1998, 805 ss., con nota di Gioia, *Usura: nuovi rinvocchi*; Trib. Velletri 3 dicembre 1997, in questa *Rivista*, 1998, 2, 197 ss., con nota di Gioia, *Interessi usurari: rapporti in corso e ius superveniens*; Trib. Milano 13 novembre 1997, in questa *Rivista*, 1998, 4, 435 ss., con nota di Carbone, *Interessi usurari dopo la L. n. 108/1996*. Quanto al Giudice di legittimità vengono in considerazione le note sentenze della Corte di cassazione 2 febbraio 2000 n. 1126; 22 aprile 2000 n. 5286 e 17 novembre 2000 n. 14899: le stesse sono state pubblicate in *Banca, borsa e tit. cred.* 2000, II, 620 ss., con nota di Dolmetta, *Le prime sentenze della Cassazione in materia di usura ex lege n. 108/1996*; la sentenza n. 5286/2000 è pubblicata anche in questa *Rivista* 2000, 877 ss., con commento di Gioia, *La disciplina degli interessi divenuti usurari: una soluzione che fa discutere*; dello stesso autore, *Usura: il punto della situazione*, commento a Cass. 17 novembre 2000 n. 14899, in questa *Rivista*, 2001, I, 43 ss.; Cass. 2 febbraio 2000 n. 1126 e Cass. 22 aprile 2000 n. 5286 sono pubblicate anche in *I Contratti*, 2000, 687 ss., con nota di Maniàci, *La nuova normativa in materia di usura ed i rapporti negoziali in corso*; Cass. 17 novembre 2000 n. 14899 è pubblicata anche in *I Contratti*, 2001, 151 ss., con nota di Maniàci, *Contratti in corso ed usurarietà c.d. sopravvenuta*. In dottrina cfr. Gazzoni, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, 1447 ss.; Meruzzi, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contratto e impresa*, 1999, 420 ss.; Di Marzio, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3103 ss.; Tucci, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, 678; Gentili, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 353 ss..

(3) La decisione di Cass. 22 novembre 2000 n. 15024 è pubblicata in *I Contratti*, 2001, 802 ss., con nota di Timpano.

(4) La sentenza 27.6.1997 n. 104 della Corte costituzionale è pubblicata in questa *Rivista*, 1998, I, 31 ss., con ampio commento di Lombardi; la sentenza della Corte costituzionale è pubblicata anche in *Giur. it.*, 1998, 3 ss. con nota di Nicola.

Note:

(1) Cfr. Cass. 19 marzo 1993 n. 3291 in questa *Rivista*, 1993, 6, 692 ss., con mia nota. Questa pronuncia perveniva a conclusioni diverse da quelle della corrente dottrina, rimasta minoritaria, per la quale le innovazioni apportate a pena di nullità dall'art. 10 della L. n. 154/1992 si sarebbero dovute applicare a tutte le fideiussioni illimitate rilasciate prima dell'entrata in vigore della novella: cfr. in tal senso, in particolare, Valcavi, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni omnibus illimitate e sulla sua applicazione retroattiva alle liti pendenti*, in *Foro it.*, 1993, I,

bligazioni sorte successivamente, per le quali «l'unica via praticabile è l'adeguamento alla nuova normativa, che impone la previsione dell'importo massimo garantito».

La sentenza motiva questa conclusione facendo generico riferimento alla sopravvenuta inefficacia delle fideiussioni (che «divengono inefficaci in relazione alle obbligazioni successivamente sorte»), anche sotto questo profilo in aderenza a quanto leggesi nella decisione n. 15024/2000, nella quale si asserisce che «per quanto riguarda i rapporti fideiussori senza limitazione di importo, come il presente, ancora in corso in quel momento, il credito fatto al debitore in epoca successiva non è assistito dalla garanzia».

Entrambe le sentenze non vanno oltre questo tipo di argomentazione, meramente descrittivo della incidenza dello *ius superveniens* nel senso della non estensione delle fideiussioni illimitate pregresse alle nuove obbligazioni in conseguenza della relativa sopravvenuta inefficacia. Questa descrizione è, in entrambi i casi, direttamente collegata al primo passaggio argomentativo contenuto nella decisione n. 204/1997 della Corte costituzionale che, dopo avere ricordato l'adesione del Giudice rimettente alla interpretazione prevalente volta ad assegnare carattere innovativo all'art. 10 della L. 154/1992 e ad escludere il relativo carattere retroattivo, ha testualmente aggiunto che «ciò non implica, tuttavia, che la disciplina precedente - la quale, secondo l'interpretazione dominante, consentiva la prestazione di una garanzia illimitata per le obbligazioni future il cui oggetto fosse determinabile - acquisti carattere ultrattivo, tale da consentire che la garanzia personale prestata dal fideiussore assista non solo le obbligazioni principali sorte prima della entrata in vigore della legge n. 154/1992, ma anche quelle successive, in modo da attribuire efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia».

La Cassazione, in sintonia con la Corte costituzionale, si è limitata ad enunciare un apparente corollario dei principi generali in materia di successione di leggi, quale quello per cui la disposizione abrogata non può applicarsi ai rapporti maturati dopo l'entrata in vigore della nuova norma; ma non si è neppure posta il problema se nella specie ricorressero i presupposti per l'applicazione dello *ius superveniens* ai rapporti ancora in corso.

Il riferimento alla irretroattività della L. n. 154/1992, ribadito in entrambe le richiamate pronunce della Cassazione, presenta pertanto la mera funzione di isolare le cc.dd. fideiussioni «chiuse», regolate dalle originarie disposizioni degli artt. 1938 e 1956 c.c., dalle cc.dd. fideiussioni «aperte», rispetto alle quali si propone la distinzione tra obbligazioni preesistenti e successive alla novella, al fine di ribadire l'attrazione alla nuova disciplina delle obbligazioni sorte successivamente alla relativa entrata in vigore. Questo tipo di argomentazione non era mai stato sviluppato dalla Cassazione prima della sentenza della Corte costituzionale.

Nel commento alla sentenza della Cassazione 19 marzo 1993, n. 3291, relativa ad un caso di fideiussione

già esauritasi all'entrata in vigore della L. n. 154/1992 (a queste fideiussioni si sarebbe fatto riferimento come a fideiussioni «chiuse» per contrapporle a quelle cc.dd. «aperte», e cioè ancora operanti a detta data), avevo condiviso senza incertezza la conclusione cui era giunta la Cassazione in ordine alla irretroattività dell'art. 10 L. n. 154/1992 (che ha riformulato gli artt. 1938 e 1956 c.c.) in considerazione del suo carattere innovativo e non meramente interpretativo. Questa conclusione è stata a più riprese ribadita dalla Corte di cassazione nel periodo dal 1993 al 1997 senza che venissero operate distinzioni tra fideiussioni «chiuse» e fideiussioni «aperte» ma con riferimento unicamente a casi di fideiussioni «chiuse», fatte valere dalla banca prima della entrata in vigore della legge n. 154/1992 (5). In nessuna di dette decisioni esistono *obiter dicta* volti a limitare la portata della irretroattività della novella alle sole fideiussioni «chiuse».

Quanto alla giurisprudenza di merito, mentre alcune ripropongono gli stessi concetti della Cassazione, sempre limitatamente a casi di fideiussioni «chiuse», altre operano per la prima volta la distinzione tra il periodo precedente e il periodo successivo all'entrata in vigore della legge per affermare che «le norme dell'art. 10 della legge n. 154/1992 (...) si applicano anche alle fideiussioni stipulate prima dell'entrata in vigore della legge e ancora in essere a tale momento», con la conseguenza che «i relativi contratti di fideiussione bancaria attiva, nei quali non sia stata inserita la previsione dell'importo massimo garantito, sono affetti da nullità sopravvenuta, in quanto tale operante *ex nunc*» (6). Nell'ambito della giurisprudenza di merito si distingue la posizione del Giudice Istruttore di Varese che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 1938 c.c. sulla quale si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 204/1997. Pochi mesi dopo la decisione della Corte, la Cassazione enuncia un *obiter dictum*, allineato con l'*iter* argomentativo svolto nella sentenza n. 204/1997, anticipatore dell'orientamento

Note:

(5) Cfr. Cass. 29 agosto 1995 n. 9099, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1996, II, 596 pubblicata unitamente a Trib. Milano 5 ottobre 1995 e Trib. Varese 12 aprile 1996; Cass. 19 gennaio 1995 n. 558, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 671; Cass. 20 ottobre 1994 n. 8582, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 395 ss., con nota di Briolini. La medesima conclusione della irretroattività della novella si ritrova anche in Cass. 29 ottobre 1998 n. 10808 in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, 47 ss., con riferimento alle nuove disposizioni sulla trasmissione periodica degli estratti conto al cliente della banca e sulla approvazione del conto (art. 8, commi 2 e 3, L. n. 154/1992) che, si legge, «non hanno efficacia retroattiva e non possono applicarsi ai rapporti di conto corrente esauriti nel vigore della normativa precedente».

(6) Nello stesso senso della Corte di cassazione, in ordine alla irretroattività della novella, cfr. Trib. Milano 5 ottobre 1995; nonché Trib. Milano 20 aprile 1995, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 332 ss., con nota di Briolini. In senso contrario Trib. Monza 10 settembre 1994 in *I Contratti*, 1994, 677 ss., *ivi*, 1996, II, 230 ss., dalla quale sono estrapolate le parole riportate tra virgolette; e Trib. Napoli 8 marzo 1994, *ivi*, 1995, II, 643 ss. L'ordinanza del Tribunale di Varese è pubblicata in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 596, cit.

poi recepito dalla sentenza n. 15024/2000 e da quella in commento (7).

Nel già ricordato commento alla sentenza n. 3291/1993 della Cassazione, con riferimento alla rilevanza della novella sui rapporti in corso alla data della relativa entrata in vigore, mi era parso di dover distinguere tra l'innovazione introdotta nell'art. 1938 c.c. e quella di cui all'art. 1956 c.c.: per la prima, infatti, era difficile sostenere che la riforma avesse inteso disciplinare gli effetti dei contratti di fideiussione già stipulati indipendentemente dai contratti stessi; laddove, in relazione alla innovazione apportata all'art. 1956 c.c. (il cui comma aggiunto prevede che «non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione»), appariva corretta la conclusione contraria con la conseguenza che, così mi esprimevo, «nessun dubbio pare consentito a proposito dell'immediata applicabilità dell'innovazione intervenuta relativamente al disposto dell'art. 1956 c.c. che, con riferimento alle anticipazioni successive all'entrata in vigore della legge, va considerato inderogabile anche se la fideiussione era stata stipulata in epoca precedente» (8).

Senza svolgere una riflessione ragionata sul punto della incidenza del nuovo requisito dell'importo massimo garantito in relazione alle operazioni intervenute tra debitore principale e creditore garantito dopo la novella, mi ero limitato a prospettare forti dubbi sulla tesi, già apparsa all'epoca in dottrina sia pure problematicamente, per cui le fideiussioni (in corso) stipulate dalle banche prima della entrata in vigore della normativa sulla trasparenza, una volta decorso il termine di *vacatio legis*, sarebbero divenute nulle dando luogo ad un caso di nullità sopravvenuta, in quanto tale operante *ex nunc* (9).

Questa conclusione non si trova enunciata né nella sentenza della Corte costituzionale né nelle due pronunce della Corte di cassazione (quella n. 15024/2000 e quella in commento) in nessuna delle quali è affermato che le fideiussioni illimitate preesistenti all'entrata in vigore della legge n. 154/1992 sarebbero divenute nulle alla data del 9 luglio 1992 sia pure con esclusivo riferimento alle obbligazioni principali sorte successivamente a detta data. Sia l'inciso argomentativo della Corte costituzionale sia le pronunce della Cassazione si sono limitate a far leva sulla necessità di evitare la "ultrattività" della disciplina abrogata, quale si sarebbe verificata nel caso di estensione della fideiussione illimitata anche alle obbligazioni principali successive alla novella, estensione che avrebbe comportato «efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia». L'espressione della Corte costituzionale, già riportata in precedenza, è richiamata testualmente nelle due pronunce della Cassazione che da essa fanno discendere, quasi come logico e naturale corollario, la conseguenza che le fideiussioni illimitate precedenti alla novella «divengono inefficaci in relazione alle obbligazioni successivamente sorte».

Al fine di evitare dubbi su quanto intendo puntualizzare in seguito, mi pare opportuno chiarire subito che il mancato approfondimento, da parte della Cassazione,

della incidenza della novella sulle fideiussioni illimitate precedenti, al fine di prendere posizione sul punto se la inefficacia delle stesse in relazione alle obbligazioni principali successive alla legge dipenda dalla loro nullità sopravvenuta, non mi pare rilevante sotto il profilo dei dubbi ricostruttivi che si connettono alla categoria della nullità sopravvenuta, ma sotto un diverso e ben più sostanziale profilo che è direttamente connesso con la verifica della esattezza della conclusione, comune sia alla Corte costituzionale sia alla Corte di cassazione, per la quale la perdurante operatività delle fideiussioni *omnibus* illimitate pur dopo l'entrata in vigore della novella avrebbe comportato la ultrattività dell'art. 1938 c.c. quale vigente prima della modifica. Non è certo questa la sede per esaminare la problematica che si condensa con la locuzione "nullità sopravvenuta" ma è sufficiente, ai nostri fini, dare rilievo al carattere di *specialità* (o, addirittura, *eccezionalità*) della categoria, se ritenuta estensibile anche al caso di mutamenti legislativi incidenti su contratti precedentemente conclusi (10), tale da far emer-

Note:

(7) Cfr. Cass. 28 gennaio 1998 n. 831 in *Giur. it.*, 1998, 1645 ss. nella quale, dopo il riferimento pienamente adesivo alla sentenza della Corte costituzionale si afferma che «la legge n. 154/1992 è stata pubblicata nel corso del presente giudizio e, quindi, tutte le obbligazioni rispetto alle quali la garanzia è stata fatta valere, erano già sorte prima che detta legge fosse entrata in vigore».

(8) Alle medesime conclusioni è pervenuto Ravazzoni, *Fideiussione e rapporti in corso*, nel commento alla stessa sentenza 19 marzo 1993 n. 3291, in *I Contratti*, 1993, 563 ss. che, peraltro, sottolinea giustamente la differenza di significato, dal punto di vista intertemporale, della inderogabilità dei nuovi artt. 1938 e 1956 c.c., sulla quale mi soffermerò in seguito.

(9) In tal senso mi era parso orientato, dopo avere prospettato le due interpretazioni alternative, Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, cit., n. 54, nella quale leggesi che «ciò che dovrebbe tradursi nell'affermazione che questi contratti (nella misura naturalmente in cui superino il giudizio di validità alla luce dei principi vigenti già prima della legge n. 154) risultano ora affetti da nullità sopravvenuta, in quanto tale operante *ex nunc* (secondo quanto ritiene, come principio, la dottrina specifica della materia: Donisi, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1967, 795 ss.)». Questa conclusione mi era parsa già allora «difficilmente condivisibile» anche se, tenuto conto che si trattava di una enunciazione problematica e date le dimensioni del mio commento, non sviluppai gli argomenti che sin da allora mi parevano contrastare con essa, quali esporrò nel seguito del presente scritto.

(10) Contro i dubbi manifestati in dottrina in ordine all'argomento logico spesso invocato al fine di contrastare la categoria della nullità sopravvenuta, si è recentemente espresso Gentili, *I contratti usurari*, cit., 382 e 383, il quale perviene alla conclusione che, per i contratti di mutuo stipulati prima della riforma di cui alla L. 108/1996, «la sopravvenienza della nullità è dunque logicamente possibile, perché la pretesa di pagamento delle successive rate verrà fatta valere nel vigore della norma nuova. Ma può essere giuridicamente inopportuna. Questo solo è il problema della nullità sopravvenuta, e certamente ammette divergenti opinioni». Non è questa la sede per approfondire gli argomenti che sorreggono la conclusione ora riportata che, però, prescinde dall'esaminare se la legge che, in ipotesi, avesse stabilito la nullità dei precedenti contratti di mutuo con riferimento alle rate non ancora pagate dovesse essere qualificata quale legge retroattiva, sia pure limitatamente al periodo di tempo successivo alla sua entrata in vigore, in relazione ai fatti che, stando ai principi, dovrebbero restare disciplinati dalla norma abrogata. Nel senso della nullità sopravvenuta delle fideiussioni *omnibus* illimitate, concluse prima della novella, cfr. Timpano, *Ius superveniens*, cit., 805 ss., in specie 810.

gere un delicato problema di qualificazione, come norme retroattive, delle norme che si asserisce essere fonte della relativa previsione. Ed anche a questo proposito, sempre al fine di evitare possibili fraintendimenti, ripeto che l'angolo visuale dal quale mi sarebbe parso corretto che la Cassazione si fosse posta non è quello relativo alla problematica dei rapporti tra nullità e inefficacia, ma quello, direttamente coinvolto dalla presa di posizione congiunta del Giudice delle leggi e della Corte di cassazione, del criterio al quale la stessa Corte di cassazione ha costantemente dichiarato di volersi attenere nello stabilire la portata del principio *tempus regit actum* al fine di delimitare i rapporti tra irretroattività della nuova legge e non ultrattività della disposizione abrogata.

Anticipando quanto verrò argomentando in seguito, ritengo che ogni caso di asserita nullità sopravvenuta di un contratto in conseguenza dell'entrata in vigore di una norma modificativa della precedente disciplina più permissiva, ponga il problema della retroattività della norma dalla quale discenderebbe la sopravvenuta nullità: così, per tornare al caso delle fideiussioni *omnibus*, sicuramente retroattiva sarebbe stata la novella qualora si fosse estesa anche alle obbligazioni principali già sorte ma, in questo caso, la retroattività sarebbe stata tanto evidente da non porre alcun problema all'interprete.

Il caso dubbio è proprio quello delle obbligazioni principali contratte dopo la novella in relazione alle fideiussioni *omnibus* illimitate stipulate in precedenza. Affermare che dette fideiussioni sono affette da nullità sopravvenuta con efficacia *ex nunc*, cioè a far tempo dalla entrata in vigore della legge, equivale, a mio avviso, ad assegnare alla nuova legge efficacia retroattiva contenuta ad un periodo più ristretto rispetto a quello che sarebbe ricompreso nell'ambito di retroattività se la novella fosse stata applicata anche alle cc.dd. fideiussioni "chiusse": e cioè al periodo, appunto, successivo all'entrata in vigore della legge posto che essa, come si vedrà, non si applica agli effetti dei contratti stipulati precedentemente alla sua entrata in vigore, allorché gli stessi non siano suscettibili di disciplina *independentemente ed autonomamente dal fatto o dall'atto che li generò* (11).

Il percorso della Corte costituzionale e della Corte di cassazione ha, per così dire, finito col nascondere l'esistenza di questo problema prospettando l'esistenza del problema esattamente contrario: quello della ultrattività della norma abrogata nel caso di estensione delle precedenti fideiussioni illimitate anche alle obbligazioni principali sorte dopo l'entrata in vigore della novella.

Non è un caso che le due pronunce della stessa Corte di cassazione che hanno esteso la nuova disciplina dei tassi usurari anche ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996, hanno dato ampio rilievo proprio alla sentenza n. 204/1997 della Corte costituzionale (12). Entrambe queste sentenze hanno affermato che «il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto» ma hanno ritenuto privo di

rilievo questo principio in ragione del fatto che «l'inserimento ex art. 1339 c.c. del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti di prestazioni non ancora eseguite» e hanno invocato la sentenza n. 204/1997 della Corte costituzionale, con specifico riferimento alle conclusioni proposte al fine di distinguere la asserita diversa portata della irretroattività della legge n. 154/1992 rispetto alla sua non ultrattività.

È sfuggito alle dette pronunce che tra il richiamo del criterio enunciato nella sentenza n. 204/1997 della Corte costituzionale e la propria premessa, per cui «il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto» si veniva a determinare una sorta di contraddizione sostanziale posto che, sempre prescindendo dalla distinzione tra nullità o inefficacia sopravvenuta, il criterio enunciato dalla Corte costituzionale finiva col comportare inevitabilmente le conclusioni ora enunciate dalla Cassazione: e cioè la valutazione dei contratti di fideiussione stipulati prima della novella non alla stregua della legge fin allora vigente ma di quella successiva.

Com'è noto e come già ricordato, l'orientamento giurisprudenziale in materia di usura sopravvenuta è stato sconfessato dal d.l. 29 dicembre 2000 n. 394, convertito in L. 28 febbraio 2001, n. 24, il cui art. 1, comma primo, ha previsto che «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del c.p. e dell'art. 1815, secondo comma, del c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

Si è recentemente scritto che la norma riportata sarebbe norma interpretativa e non modificativa e ciò dal momento che essa dice la stessa cosa dell'art. 1815, comma secondo, c.c. e cioè che il momento rilevante, ai fini della determinazione del carattere usurario degli interessi, è quello della relativa stipulazione e non esiste alcuna norma che risulta modificata da quella emanata col decreto legge; e si è aggiunto che «quella norma è stata creata dall'interpretazione della giurisprudenza che ha presupposto la rilevanza penale e civile non solo del momento della promessa ma anche del momento del pagamento» (13).

Analoghi rilievi potrebbero valere anche con riferimento al disposto del novellato art. 1938 c.c., in virtù del quale nel caso di obbligazione futura la fideiussione deve contenere l'importo massimo garantito: una volta che si escluda, com'è ormai pacifico, la retroattività della norma, pare logico concludere nel senso che le fideiussioni illimitate stipulate precedentemente alla en-

Note:

(11) In tal senso pare orientato Ravazzoni, *Fideiussione e rapporti in corso*, cit., 564.

(12) Cfr. Cass. n. 5286/2000 e 14899/2000 citate alla nota 2.

(13) Così Gentili, *Interessi usurari*, cit., 379.

trata in vigore della legge restano disciplinate dalla legge del tempo in cui esse sono state stipulate; e, quindi, restano operanti anche in mancanza di un nuovo accordo volto a fissare l'importo massimo garantito.

Le sorti delle fideiussioni *omnibus* illimitate stipulate prima della novella e dei mutui originariamente leciti, ma divenuti usurari dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/1996, che la Cassazione intendeva unificare in applicazione di un principio ritenuto comune, qual è quello enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/1997, si sono separate in virtù di un intervento legislativo che ha riguardato solo la c.d. usura sopravvenuta.

Resta da chiedersi se quel principio, così come riferito alle fideiussioni *omnibus* illimitate, sia meritevole di essere condiviso o se la Cassazione avrebbe fatto bene a rimeditare l'*iter* argomentativo della Corte costituzionale per verificare se, corretta la conclusione, essa andasse diversamente motivata; o se fosse la stessa conclusione a dover essere modificata.

Gli artt. 1938 e 1956 c.c., prima e dopo la riforma

Come è noto e come già ricordato, sia in materia di irretroattività delle nuove leggi sia in materia di non ultrattività delle leggi abrogate viene in considerazione il medesimo fondamentale principio *tempus regit actum*.

La Corte costituzionale, con una motivazione molto sbrigativa, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 1938 c.c., quale novellato, escludendo il contrasto con gli artt. 3 e 47 Cost. «nella parte in cui consente di ritenere validamente azionabili, anche successivamente all'entrata in vigore dell'art. 10 della legge n. 154/1992, le fideiussioni di importo illimitato prestate anteriormente all'entrata in vigore dell'innovazione legislativa» (14). Questa conclusione è sorretta dal solo argomento della «diversità di disciplina tra fideiussioni prestate prima o dopo l'entrata in vigore della legge n. 154/1992» che «non configura alcuna ingiustificata disparità di trattamento di situazioni identiche, ma rispecchia, piuttosto, la diversa qualificazione degli atti, nel tempo, da parte del legislatore, il quale, nel dettare una nuova regola attinente ad un requisito del contratto, non travolge gli obblighi già sorti in base alla normativa precedente».

Se il Giudice delle leggi si fosse fermato a questa enunciazione, sufficiente ai fini di respingere la questione di costituzionalità sollevata in relazione ad un caso di c.d. fideiussione «chiusa», è probabile che la Cassazione avrebbe fatto una riflessione più accurata in relazione al problema dei riflessi della modifica dell'art. 1938 c.c. alle fideiussioni *omnibus* illimitate stipulate in epoca precedente e ancora in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova legge.

Per contro l'inciso d'apertura della breve motivazione della sentenza n. 204/1997, quale più volte richiamato, è finito col diventare la principale statuizione cui è legato il richiamo comunemente operato alla pronuncia

della Corte: che, nell'escludere la retroattività della nuova norma alle fideiussioni *omnibus* illimitate già chiuse all'epoca dell'entrata in vigore della riforma, non ha fatto altro che prendere atto che la norma originaria, così come costantemente interpretata dalla Corte di cassazione, non prevedeva alcun importo massimo garantito. E poiché, la L. n. 154/1992 non contemplava alcuna previsione di propria retroattività ma, al contrario, stabiliva una lunga *vacatio legis*, era da escludere che la novella di cui all'art. 10, più volte citato, potesse operare retroattivamente, tanto da incidere sulle fideiussioni illimitate, cc.dd. «chiuse» (15).

Ma il vero punto delicato dell'inciso d'apertura della motivazione della sentenza n. 204/1997 della Corte costituzionale riguarda proprio il rilievo della distinzione tra fideiussioni «chiuse» e fideiussioni «aperte» al momento dell'entrata in vigore della novella.

È stato recentemente sostenuto che l'enunciato della Corte costituzionale non ha comportato l'applicazione retroattiva della novella «posto che non può dirsi retroattiva la legge che modifichi pro futuro la disciplina di una fattispecie negoziale pendente, lasciandone immutati gli effetti già prodottisi» (16).

L'affermazione, che è in diretta connessione con l'enunciato della Corte costituzionale, va verificata alla luce del principio più volte enunciato dalla Corte di cassazione al fine di risolvere i complessi problemi della applicabilità dello *ius superveniens* ai rapporti originatisi mentre era vigente la norma abrogata ma ancora in corso al momento della entrata in vigore della nuova legge: questo principio, al quale farò spesso riferimento nei periodi che seguono, è nel senso che «una legge nuova può applicarsi agli effetti non ancora esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente, soltanto quando la norma sia diretta a regolare questi effetti, *indipendentemente dal fatto o dall'atto giuridico che li generò*; quando invece essa, per regolare gli effetti, dovrebbe agire sul fatto o sull'atto generatore del rapporto, la legge nuova, salve disposizioni espresse, non estende la sua forza a quegli effetti» (17).

Note:

(14) Cfr. la massima della sentenza 27 giugno 1997, n. 204 in questa *Rivista*, 1198, 1, 31.

(15) All'argomento della lunga *vacatio legis* ha dato rilievo la sentenza della Cassazione n. 9534 del 15 settembre 1993 che ha pienamente confermato la precedente sentenza del 19 marzo 1993 n. 3291.

(16) Così Timpano, *Ius superveniens*, cit., 808.

(17) L'espressione tra virgolette risale a Cass. 4 maggio 1966 n. 1115. Affermano il medesimo principio, sia pure con qualche variante spesso orientata in funzione del caso specifico, tra le tante, Cass. 18 maggio 1999 n. 4805, in *Foro it.*, 1999, I, 2211; Cass. 3 aprile 1987 n. 3231, in *Foro it.*, 1988, I, 1226; Cass. 31 marzo 1983 n. 2351; Cass. 29 aprile 1982 n. 2705; Cass. 2 febbraio 1982 n. 633; Cass. 8 luglio 1981 n. 4468, in *Foro it.* 1981, I, 2950; Corte dei conti 26 maggio 1982 n. 64, in *Riv. Corte conti*, 1982, 542; Corte dei conti 14 novembre 1982 n. 313, in *Foro amm.*, 1983, I, 1766; Corte dei conti 13 luglio 1981 n. 82, in *Riv. Corte conti*, 1981, 547 e in *Foro amm.*, 1982, I, 297; Corte dei conti 13 luglio 1981 n. 89, in *Foro amm.*, 1982, I, 299; Cass. 22 gennaio 1981 n. 520; Cass. 25 luglio 1978

(segue)

Talvolta lo stesso principio viene enunciato nel senso che i requisiti di validità dei contratti sono regolati dalla legge del tempo in cui i contratti stessi vengono conclusi: così, ad es., si è affermato che «il principio della irretroattività della legge comporta che la nuova norma possa essere applicata, quale *ius superveniens*, solo per disciplinare gli effetti in corso di un rapporto giuridico sorto anteriormente, ma non anche per disconoscere validità ed operatività ad un atto che, secondo la legge del tempo, sia nato valido ed efficace. Conseguentemente, la rinuncia alla proroga legale di un contratto agrario, legittimamente effettuata secondo le norme all'epoca vigenti, non può essere soggetta all'annullabilità prevista dalle sopravvenute disposizioni di cui agli artt. 23 della legge n. 11 del 1971 e 2 della legge n. 508 del 1973» (18).

È pertanto lecito affermare che, secondo il richiamato e pressoché costante indirizzo della Corte di cassazione, in tanto la nuova legge può incidere sul fatto generatore di un rapporto in corso al momento della sua entrata in vigore in quanto essa abbia efficacia retroattiva.

Non convince, pertanto, la conclusione secondo cui nei negozi di durata è ben possibile «l'immediata applicazione della legge sopravvenuta, anche quando essa modifichi la disciplina giuridica del fatto generatore, senza comunque travolgere, salvo il caso di efficacia retroattiva, gli effetti negoziali prodotti» (19); conclusione che, in linea con quanto enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/1997, si pone però in contrasto con il richiamato principio elaborato dalla Cassazione proprio al fine di risolvere il problema dell'applicabilità dello *ius superveniens* ai rapporti in corso. È evidente che se il rapporto si è già esaurito, così come è nel caso di fideiussioni "chiuse", il problema intertemporale non ha alcuna ragione di porsi e solo una legge dichiaratamente retroattiva o avente natura sicuramente interpretativa potrebbe incidere su effetti già verificatisi.

Sicché, il caso delle fideiussioni *omnibus* ancora operanti al momento della entrata in vigore della novella modificativa dell'art. 1938 c.c. poteva essere astrattamente inquadrato in tre diversi contesti: a) quello di una riforma incidente direttamente sul fatto generatore del rapporto e tale, pertanto, da non poter essere estesa alle fideiussioni pregresse, neppure per le obbligazioni principali contratte successivamente all'entrata in vigore della legge (ciò in ragione della pressoché pacifica irretroattività della nuova legge); b) quello di una riforma avente ad oggetto (non il fatto generatore ma) direttamente i rapporti originati dai negozi fideiussori, applicabile in quanto tale anche ai rapporti originati da fideiussioni prestate sotto il vigore della norma abrogata (e ciò in ragione della non ultrattività della stessa norma); c) quello della applicabilità del requisito di validità introdotto dalla nuova norma anche alle fideiussioni precedenti ma con esclusivo riguardo alle obbligazioni principali sorte dopo la riforma (ma con applicazione retroattiva della

nuova norma quale quella inevitabilmente insita nella previsione, da parte sua, di un requisito di validità applicabile anche ai contratti precedentemente stipulati).

Non essendo sostenibile che la modifica dell'art. 1938 c.c. ha avuto ad oggetto direttamente i rapporti fideiussori a prescindere dalla relativa fonte ed essendo pertanto da escludere l'ipotesi *sub b* (20), l'alternativa residua è tra la prima soluzione che pare coerente con il principio ispiratore del richiamato orientamento della Corte di cassazione in materia di applicazione della nuova norma ai rapporti originati dai contratti conclusi prima della riforma; e la terza soluzione che è stata condivisa dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione ma che si pone in assoluto contrasto con il più volte richiamato principio.

Non è d'altro canto possibile dubitare del fatto che la riforma dell'art. 1938 c.c. ha previsto un requisito di validità del contratto di fideiussione così come emerge sia dalla formulazione letterale della norma sia dall'interpretazione che della stessa è stata data dalla Cassazione, per la quale, come leggesi in una sentenza immediatamente successiva a quella n. 3291/1993, «non può dubitarsi che le modifiche arrecate dalla legge n. 154/1992 al disposto originario degli artt. 1938 e 1956 c.c. impingano direttamente sulle stesse caratteristiche genetiche del sinallagma contrattuale e cioè sulla disciplina generale della fideiussione intesa quale fatto generatore di conseguenze obbligatorie protrattesi nel tempo» (21).

Ne deriva che l'affermazione dell'applicabilità dello *ius superveniens* ai rapporti fideiussori ancora in corso al 9

Note:

(segue nota 17)

n. 3709, in *Rass. avv. Stato*, 1978, 747; Cass. 1 ottobre 1976 n. 3202; Cass. 29 gennaio 1973 n. 271. Può pertanto affermarsi che l'orientamento giurisprudenziale ora richiamato si presenta apparentemente costante: eppure è stato, a mio avviso e non so se consapevolmente, sconfessato dalla sentenza in commento. Non va trascurata la difficoltà che talvolta si può incontrare nel definire se la riforma incida sul rapporto o sul suo fatto generatore: cfr., ad esempio, il contrasto tra Cass. 8 luglio 1981 n. 4468, cit. e Cass. 3 aprile 1987 n. 3231, cit., con riferimento al problema del limite della responsabilità dell'albergatore in relazione ad un fatto generatore di responsabilità verificatosi nel regime previgente alla novella del 1977 ma ad un giudizio concluso dopo la novella. La prima delle pronunce citate ha ritenuto applicabile la legge vigente al tempo del "fatto generatore", statuendo che «il rapporto di diritto sostanziale è regolato dalle norme vigenti al momento della conclusione e della esecuzione del contratto, non potendo attribuirsi, in mancanza di una esplicita previsione legislativa, efficacia retroattiva alla legge nuova sopravvenuta». La seconda sentenza ha concluso in senso opposto ribadendo però il solito principio: «come questa Corte Suprema ha più volte precisato, in tema di irretroattività delle leggi, la legge sopravvenuta deve essere comunque applicata quando il rapporto giuridico disciplinato sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i suoi effetti e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto e l'atto generatore del rapporto ma gli effetti di esso».

(18) Cfr. in tal senso Cass. 2 aprile 1984 n. 2155 e Cass. 1 agosto 1987 n. 6667.

(19) Così Timpano, *op. cit.*, 809.

(20) Sul punto cfr. ampiamente Lombardi, *op. cit.*, 37 ss..

(21) Così Cass. 22 giugno 1993 n. 6897, in *Foro it.*, 1993, I, 271.

luglio 1992 non può essere sostenuta sulla base dell'argomento enunciato dalla Corte costituzionale: la applicabilità del requisito dell'importo massimo garantito, quale requisito di validità dei contratti, anche alle fideiussioni prestate prima della entrata in vigore della riforma, sia pure limitatamente alle obbligazioni principali sorte successivamente, non costituisce applicazione dei principi comunemente seguiti in materia di successione delle leggi nel tempo ma ne rappresenta una significativa deroga.

È illuminante, a questo proposito, la diversa rilevanza della riforma sugli artt. 1938 e 1956 c.c.. Ed infatti, l'art. 1956 c.c., sia prima sia dopo la riforma, prevede la medesima regola in virtù della quale «il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito»; e la modifica normativa ha inteso escludere, con riferimento a tutti i rapporti fideiussori ed a prescindere dall'epoca in cui gli stessi sono stati costituiti, la possibilità che il fideiussore possa essere obbligato in relazione alla concessione di credito operata malgrado il mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.

Ne deriva che l'epoca della rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione è del tutto irrilevante: sia essa successiva alla novella, e quindi direttamente contrastante con la previsione del secondo comma dell'art. 1956 c.c., sia essa effettuata al momento della conclusione della fideiussione, e quindi prima della riforma, ciò che conta al fine di stabilire la legge applicabile al caso della concessione del credito al terzo insolvente è il tempo in cui viene operata la concessione del credito: altrimenti si realizzerebbe la *ultrattività* della originaria disposizione in luogo di quella vigente al momento in cui è stato posto in essere il fatto della cui disciplina si tratta (22).

La norma introdotta con l'aggiunta del secondo comma dell'art. 1956 c.c. è in definitiva diretta a regolare gli effetti della rinuncia «indipendentemente dal fatto o dall'atto giuridico che li generò» e quindi in piena aderenza al richiamato principio giurisprudenziale che impone di assoggettare alla nuova disciplina gli «effetti non ancora esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente».

Non pare che la questione intertemporale si ponga negli stessi termini anche con riferimento alla previsione dell'art. 1938 c.c.. La norma in questione disciplina, come è noto, il caso della fideiussione per obbligazione futura nel quale si inserisce, sotto lo specifico profilo disciplinato dalla norma, la fideiussione *omnibus*. Rispetto a questa disciplina il momento rilevante non è quello nel quale la singola obbligazione principale viene ad esistere ma è quello nel quale il contratto di fideiussione viene stipulato, per cui pare corretto affermare che l'art.

1938 c.c. «per regolare gli effetti (per disciplinare cioè la validità/efficacia della fideiussione nel momento in cui sorgono le singole obbligazioni principali) *dovrebbe agire sul fatto o sull'atto generatore del rapporto*» con la conseguenza, testualmente enunciata nel principio giurisprudenziale più volte richiamato (23), che la legge nuova non estende la sua forza a quegli effetti.

Non può pertanto convenirsi con le conclusioni enunciate da Cass. 22 novembre 2000, n. 15024 e ribadite da Cass. 9 agosto 2001 n. 10981 in ordine al fatto che il venir meno della fideiussione con riferimento alle obbligazioni principali sorte dopo l'entrata in vigore della L. n. 154/1992 rifletterebbe una corretta applicazione dei principi in materia di irretroattività della nuova legge e di non ultrattività della legge abrogata; e non pare che rilevi, al fine di sostenere questa conclusione, la caratteristica del contratto di fideiussione quale contratto di durata, sia pure *sui generis* (24). Ed infatti, il requisito dell'importo massimo garantito si pone, con riferimento alle fideiussioni per obbligazioni future, quale requisito

Note:

(22) In tal senso mi pare cogliesse nel segno quanto argomentato da Ravazzoni, *op. cit.*, 564, in relazione alla conclusione da me formulata nel senso testualmente richiamato *retro*, 1290. In realtà io avevo inteso semplicemente affermare che «l'art. 1956 c.c., con riferimento alle anticipazioni successive all'entrata in vigore della legge va considerato inderogabile anche se la fideiussione era stata stipulata in epoca precedente» non in ragione della sopravvenuta invalidità della rinuncia a suo tempo operata ma a causa della irrilevanza della rinuncia stessa rispetto ad un fatto autonomamente disciplinato dal nuovo disposto normativo. Così come più analiticamente e chiaramente esposto da Ravazzoni, ad avviso del quale appariva evidente che la norma incidesse solo sugli effetti «prescindendo dal collegamento col fatto generatore dal quale resta esclusa la modificazione di disciplina giuridica».

(23) Tutta la problematica è stata perfettamente colta da Lombardi, *op. cit.*, 37 ss., che giunge poi alla conclusione per cui «il caso delle fideiussioni "aperte" non risulti regolato da legislatore per quanto attiene agli effetti del rapporto di garanzia sul rapporto "principale" per il periodo successivo al 9 luglio 1992. Siamo quindi di fronte ad una vera e propria lacuna, che ricorre appunto, per opinione assolutamente prevalente, nel caso di assenza di una "precisa disposizione» (cfr. art. 12, comma 2, disp. prel. c.c.) che non consente di decidere la controversia». L'autore ritiene quindi di poter fare applicazione analogica della nuova norma «sussistendo una identità fra le situazioni regolate dal legislatore con il nuovo art. 1938 c.c. e quelle relative alle fideiussioni "aperte" sorte in data anteriore al 9 luglio 1997. Ne deriva che la nuova norma di cui all'art. 1938 si applica, in via analogica ex art. 12 disp. prel. c.c. anche a tali fideiussioni». Ma se, come a me pare, i principi in materia di irretroattività comportano il corollario che le fideiussioni "aperte" continuano ad essere disciplinate dall'originario disposto dell'art. 1938 c.c., è da escludersi l'esistenza di una lacuna legislativa e, quindi, del presupposto per l'applicazione analogica della nuova norma. E non resta che indirizzare la problematica delle fideiussioni cc.dd. "aperte" verso una questione di ragionevolezza della disciplina dal punto di vista dell'art. 3 Cost.. Ma, a tal fine, si deve tener conto delle circostanze alle quali farò riferimento da ultimo, che impongono di escludere l'esistenza di una irragionevole disparità di trattamento tra le fideiussioni concluse dopo la nuova legge e quelle precedenti, ancora aperte.

(24) Sulla problematica dell'inquadramento della fideiussione nelle categorie dei contratti a esecuzione istantanea o di durata, cfr. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Obbligazioni e contratti*, tomo V, in Tratt. di dir. priv. diretto da Rescigno, Torino, 1985, 214; Lombardi, *op. cit.*, 39; Timpano, *op. cit.*, 809.

necessariamente immanente al momento della conclusione del contratto riflettendo il relativo regolamento l'originaria disciplina e fatto salvo il problema della ragionevolezza della diversità di disciplina tra fideiussioni precedenti ancora in corso e fideiussioni successive alla novella.

Per concludere, sul punto, la riprova che la giurisprudenza abbia fatto nella specie non corretta applicazione dei principi in materia di successione delle leggi si rinviene, a mio avviso, nelle conseguenze ultime che la pronuncia in esame trae dalle premesse poste sulla scorta della sentenza n. 204/1997 della Corte costituzionale: a) sopravvenuta inefficacia delle fideiussioni aperte al momento dell'entrata in vigore della L. n. 154/1992 con riferimento "alle obbligazioni successivamente sorte"; b) necessità di adeguare i contratti precedenti alla nuova normativa, «adeguamento che presuppone una nuova manifestazione espressa di volontà (art. 1937 c.c.) da parte del fideiussore».

Se, infatti, era necessaria la conferma che l'orientamento giurisprudenziale formatosi sulla scorta della nota pronuncia della Corte costituzionale ha inciso direttamente sui contratti di fideiussione e cioè «sul fatto o sull'atto generatore del rapporto», questa conferma pare emergere proprio dalle riportate conclusioni: all'atto dell'entrata in vigore della novella, secondo quanto ora afferma la Cassazione, le banche che avevano ottenuto il rilascio delle fideiussioni *omnibus* illimitate non avevano alcun modo per conservare le garanzie se non quello di richiedere, ed ottenere, la stipulazione di un nuovo contratto di fideiussione.

Ne deriva che la conclusione cui sono pervenute la Corte costituzionale, prima, e la Corte di cassazione, dopo, non realizza un caso di *retroattività apparente*, come pure è stato sostenuto, ma determina una vera e propria applicazione retroattiva della nuova legge, con diretta incidenza sul fatto generatore degli effetti successivi alla sua emanazione (25).

Importo massimo garantito, nuove obbligazioni e regole della correttezza

Entrambe le pronunce della Cassazione, quella in commento e quella n. 15024/2000, hanno invocato a sostegno delle proprie conclusioni «evidenti ragioni di equità» (26).

La generica espressione ora riportata può assumere un significato di maggior peso giuridico se intesa nel senso del riferimento a ragioni di equilibrio e di parità di trattamento nei rapporti tra la situazione in cui sono venuti a trovarsi i fideiussori che hanno assunto la garanzia dopo la novella, rispetto a quelli che hanno rilasciato la fideiussione illimitata prima della riforma ed hanno mantenuto la garanzia anche nel periodo successivo. Il confronto tra le due situazioni pone un problema di reale portata non suscettibile di essere risolto con la semplice considerazione, quale si ritrova nel già richiamato periodo conclusivo della sentenza della Corte costituziona-

le, secondo la quale «la diversità di disciplina tra fideiussioni prestate prima o dopo l'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 non configura alcuna ingiustificata disparità di trattamento di situazioni identiche, ma rispecchia piuttosto la diversa qualificazione degli atti, nel tempo, da parte del legislatore ...». Argomento valido con esclusivo riferimento alle fideiussioni "chiuse" all'atto dell'entrata in vigore della novella ma insufficiente a giustificare di per sé la disparità di trattamento che si sarebbe potuta verificare in concreto tra *nuovi* fideiussori, divenuti tali dopo la novella e fideiussori *precedenti*, responsabili senza limiti nel caso di illimitatezza della garanzia prestata.

Pare peraltro che il problema della irragionevolezza di questa ipotizzata disparità di trattamento si sarebbe posto nel solo caso in cui fosse emersa una condotta concretamente ed effettivamente abusiva di un istituto di credito che avesse potuto speculare sulla perdurante illimitatezza della fideiussione. Ma in tal caso la giurisprudenza ben avrebbe potuto sanzionare direttamente la ipotizzata condotta abusiva senza la necessità di riproporre la questione di legittimità costituzionale (da un angolo visuale diverso da quello della precedente remissione e dopo aver chiarito la impossibilità di seguire l'inciso argomentativo della pronuncia n. 204/1997 della Corte costituzionale): sarebbe a tal fine bastata una corretta applicazione dei principi della correttezza e della clausola generale di buona fede che proprio la Cassazione, com'è noto, ha mostrato di valorizzare al fine di liberare i fideiussori in relazione a comportamenti abusivi delle banche (27).

La Cassazione ha optato per una soluzione, quale si legge nella sentenza, che risolve in radice un problema reale ma che doveva essere collegato a concrete situazioni di abuso che per contro le banche hanno tentato di evitare mediante la fissazione di un "tetto" alle fideiussioni *omnibus* illimitate, corrispondente a quanto già dovuto dal debitore principale e, quindi, dallo stesso fideiussore al momento della entrata in vigore della novella.

La nullità o l'inefficacia sopravvenuta vale indub-

Note:

(25) Fa riferimento alla retroattività apparente, Timpano, *op. cit.*, 808, n. 23, anche sulla scorta della citazione di Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale* (artt. 1-15), in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, tomo I, Torino, 1982, 239 ss., ad avviso del quale, però, retroattività apparente si ha se «l'applicazione immediata della nuova legge agli effetti successivi alla sua emanazione non è vera retroattività, a meno che non incida sul fatto generatore» come, appunto, nel caso di specie.

(26) Nella stessa direzione si muovono le argomentazioni di Piselli, a commento della sentenza n. 10981/2001, in *Guida al diritto*, 2001, n. 34, 38, ad avviso del quale «il legislatore ha ritenuto di dover meglio tutelare il fideiussore, quale contraente debole, contro gli abusi del creditore».

(27) Mi riferisco all'orientamento inaugurato dalle cinque sentenze della Cassazione del luglio del 1989 (n. 3362, 3385, 3386, 3387 e 3388) in *Foro it.*, 1989, I, 2750 ss. e 3102 ss. con mie note, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede*, e *Fideiussione omnibus e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*.

biamente a tutelare i fideiussori ma, come si è cercato di dimostrare, pone a repentaglio il principio di irretroattività delle leggi: principio che ben può essere derogato a condizione, però, che la deroga venga operata dal legislatore.

L'aspetto di "evidente iniquità" di una conclusione del genere si coglie nel momento in cui ci si pone non dall'angolo visuale dell'interesse economico di una delle parti del rapporto contrattuale, ma da quello del temperamento dei contrapposti interessi alla luce delle regole della correttezza e del principio di solidarietà.

Non può sfuggire l'abnorme situazione in cui si sono venuti a trovare tutti i rapporti fideiussori in corso all'entrata in vigore della L. n. 154/1992 allorché, così come era oltremodo frequente, la fideiussione fosse stata illimitata. Infatti, stando ad una giurisprudenza che si è venuta affermando solo molti anni dopo rispetto alla novella, gli istituti di credito avrebbero dovuto richiedere una nuova manifestazione di volontà del fideiussore contenente anche la menzione dell'importo massimo garantito: l'alternativa rispetto alla mancata concessione della nuova garanzia sarebbe dovuta essere, proprio a causa della estinzione della fideiussione originaria, il diniego della banca alla richiesta di concessione di nuovi crediti agli operatori economici che non avrebbero certo mancato di opporre alle banche la irragionevolezza del rifiuto a fronte della persistente operatività della garanzia a suo tempo prestata. Operatori ai quali molto spesso i fideiussori sono legati da vincoli che determinano una sostanziale comunanza di interessi: nella specie, ad es., venivano in considerazione le fideiussioni prestate da due persone fisiche nell'interesse di una società, nella cui denominazione sociale compare il cognome dei fideiussori: circostanza che lascia intendere che i due fideiussori erano parenti tra loro ed erano i soci della società garantita. Nell'altro caso, cui si riferisce la sentenza della Cassazione n. 15024/2000, veniva in considerazione la fideiussione prestata da una moglie per le obbligazioni contratte dal marito con un istituto di credito in relazione a un rapporto di conto corrente bancario.

V'è da chiedersi, per ritornare all'angolo visuale della clausola generale di buona fede e di correttezza, se sia più conforme ai principi enucleati da detta clausola la soluzione che, ripetesi, presenta il rilevante costo di costituire uno strappo del principio di irretroattività della estinzione delle fideiussioni illimitate ancora "aperte" all'atto dell'entrata in vigore della legge o se fosse preferibile la soluzione di contenere la portata massima della esposizione del fideiussore all'importo dovuto dal debitore principale, e, quindi, del fideiussore, al momento della entrata in vigore della legge (28).

Tornando al caso di specie, in data 6 luglio 1992, e cioè in epoca immediatamente precedente all'entrata in vigore della legge n. 154/1992, la banca creditrice aveva comunicato ai fideiussori che «l'importo massimo garantito era stato limitato a £ 1.600.000.000», somma di gran

lunga superiore a quella di £ 464.251.933 per la quale la banca aveva agito in sede monitoria a seguito dell'indebitamento della debitrice principale.

Non è chiaro se l'importo comunicato dalla banca fosse del tutto casuale o se, in conformità alla prassi seguita dagli istituti di credito nel periodo transitorio tra febbraio e luglio 1992, esso riflettesse l'ammontare della esposizione debitoria esistente alla data della entrata in vigore della legge (29): le considerazioni che seguono concernono essenzialmente l'eventualità della coincidenza dell'importo comunicato dalla banca con l'esposizione debitoria all'atto della entrata in vigore della legge. E tendono ad offrire spunti di riflessione nella direzione, non tanto delle evanescenti "ragioni di equità", quanto della corretta applicazione della clausola generale di buona fede al fine di risolvere il problema della rilevanza dello *ius superveniens* alle precedenti fideiussioni illimitate qualora si ritenga, come a mio avviso si deve ritenere, la inapplicabilità del nuovo testo dell'art. 1938 c.c. ai contratti stipulati prima del 9 luglio 1992.

Pare, in questa prospettiva, davvero sorprendente che la Corte di cassazione abbia potuto affermare, così come si legge nella sentenza in commento, che «risulta opinabile ritenere un atto unilaterale di fissazione dell'importo massimo proveniente dalla banca come avente effetti favorevoli per il solo fideiussore non più esposto illimitatamente, bensì nel limite fissato dalla banca»; per poi aggiungere che «al contrario, esso giova anche alla banca, poiché preserva la fideiussione dalla sanzione di inefficacia della fideiussione per le obbligazioni successivamente assunte dal debitore principale, con effetti conservativi del rapporto, altrimenti destinato a perdere efficacia, con conseguente liberazione del fideiussore dall'obbligo della garanzia per le obbligazioni successivamente sorte».

È sfuggito alla Corte che "l'effetto conservativo del rapporto (di fideiussione)" è la diretta conseguenza dell'interesse del debitore principale a conservare i rap-

Note:

(28) Quesito ancora possibile pur dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 204/1997 che, da un lato, era una pronuncia interpretativa di rigetto e, dall'altro, si è limitata a porre una premessa non direttamente rilevante rispetto alla questione ad essa sottoposta dal momento che l'ordinanza del Tribunale di Varese che aveva ritenuto la non manifesta infondatezza della questione riguardava un caso di fideiussione "chiusa".

Il richiamo delle regole della correttezza al fine di realizzare la determinazione dell'importo massimo garantito con riferimento alle precedenti fideiussioni illimitate, è operato da Franzoni, *Fideiussione omnibus e ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 1993, 429 ss., in specie 432 ss., secondo il quale è «coerente con la logica del contratto e con l'interesse delle parti in conflitto sostenere che, qualora l'esposizione debitoria sia aumentata da quel momento per effetto di ulteriori finanziamenti, l'importo debba essere determinato con riferimento al valore del debito alla data dell'entrata in vigore dell'art. 1938 c.c. del nuovo testo».

(29) Nella parte finale della decisione si fa riferimento alla somma di £ 29.430.486 come a quella che sarebbe stata corrispondente all'esposizione debitoria alla data di entrata in vigore della legge: ciò a seguito della rideterminazione del credito quale avvenuta ad opera della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Salerno.

porti con la banca creditrice: interesse che spesso è comune anche al fideiussore allorché, come nei casi esaminati dalle due recenti pronunce della Cassazione, egli partecipi alle sorti economiche del debitore principale. D'altro canto, non pare che si possa utilmente ragionare nel momento in cui ci si colloca in una prospettiva volta a considerare favorevole, per la parte del contratto che risulti obbligata, una circostanza cui è connessa la invalidazione o caducazione del contratto stesso.

La comunicazione ai fideiussori, da parte delle banche, della esposizione debitoria esistente al momento della entrata in vigore della nuova legge doveva, a mio avviso, essere considerata utile ad identificare l'importo massimo garantito entro il quale il fideiussore avrebbe continuato ad essere responsabile e ad eliminare così in radice la possibilità del verificarsi di una disparità di trattamento tra la posizione dei fideiussori prima e dopo la novella.

Ed infatti: *a*) la fideiussione bancaria attiva con clausola *omnibus*, coerentemente alla sua funzione, è destinata a garantire non una singola obbligazione ma tutte le obbligazioni del debitore principale nei confronti della banca, sul presupposto della determinabilità dell'oggetto "*per relationem*", secondo la costruzione elaborata e costantemente seguita dalla Cassazione con l'avallo della dottrina dominante; *b*) l'importo massimo garantito assolve, nella finalità della riforma dell'art. 1938 c.c., una funzione di protezione e di garanzia nell'interesse del fideiussore che, accettando un determinato massimale, è consapevole della possibilità di essere personalmente esposto fino all'importo garantito; *c*) tutti concordano (e così la Corte costituzionale e la Corte di cassazione) nell'affermare che, dopo la novella, i fideiussori rispondevano della esposizione debitoria del debitore principale formatasi precedentemente in relazione alle fideiussioni *omnibus* illimitate; *d*) si ipotizza che il fideiussore, ricevuta la comunicazione della banca con la fissazione della esposizione debitoria già esistente, resti inerte, non receda e neppure comunichi che intende limitare la propria esposizione per le obbligazioni future (in questo caso l'attributo non si riferisce al contratto ma alla novella) entro un importo minore rispetto a quello costituente l'esposizione debitoria maturata in precedenza dal debitore (e, per la quale, la fideiussione è pacificamente operante).

Pare che dalle ipotizzate circostanze emerga la possibilità per la banca creditrice di invocare le regole della buona fede e della correttezza contrattuale al fine di sostenere che la fideiussione si estenda anche alle nuove obbligazioni del debitore principale, sorte dopo o contemporaneamente alla estinzione di quelle esistenti al momento della entrata in vigore della riforma purché contenute entro il limite dell'importo massimo pari alla esposizione debitoria già esistente ed oggetto della comunicazione da parte della banca.

La Cassazione ha insistito sulla unilateralità dell'intervento della banca non dando alcun rilievo alla circostanza della coincidenza tra l'importo oggetto della comunicazione e l'ammontare del debito già maturato dal fideiussore. Per contro, a mio avviso, le descritte circostanze consentono all'istituto di credito di invocare le regole della correttezza e della buona fede contrattuale per sostenere che il fideiussore già tenuto a pagare un determinato importo e che non abbia opposto alcuna indicazione contraria alla lettera della banca volta a configurare l'ammontare dell'esposizione debitoria già attuale alla data del 9 luglio 1992 quale importo massimo garantito, avesse sostanzialmente aderito a mantenere in vita la fideiussione *omnibus* limitata a quel determinato importo (30): la comunicazione della banca ai fideiussori del menzionato importo ha avuto la finalità di stabilire un "tetto" coerente col contenuto della riforma ma al contempo di consentire al debitore principale di continuare a godere dell'apertura di credito secondo il sistema proprio delle rimesse in conto corrente.

Devo aggiungere che la distinzione tra "obbligazioni principali già sorte" e "obbligazioni principali sorte successivamente alla novella" presenta rilevanti difficoltà applicative con specifico riferimento al caso di fideiussione *omnibus* che garantisca un'apertura di credito in conto corrente (31). Qualora l'apertura di credito fosse stata operante alla data del 9 luglio 1992, a carico del debitore principale non sarebbe ancora sorta alcuna obbligazione di restituzione dell'importo oggetto dell'affidamento ed effettivamente utilizzato. L'obbligazione restitutoria nasce, infatti, solo se e quando si verifichi una causa estintiva dell'apertura di credito e, in particolare, quando la banca revochi la concessione del fido e chiedi il rientro sia al debitore principale sia ai fideiussori.

Pare logico ritenere che l'applicazione del principio enunciato dalla Corte Costituzionale e poi condiviso dalla Corte di cassazione non dovrebbe comportare l'esclusione dell'importo dovuto dal cliente alla data del 9 luglio 1992, perché effettivamente utilizzato, ma non ancora esigibile dalla banca proprio a causa dell'esistenza del rapporto di apertura di credito: non v'è dubbio infatti che, con riferimento al caso ipotizzato, che individua uno dei più importanti rapporti bancari attivi assistiti da fideiussione *omnibus*, il cliente, all'atto dell'entrata

Note:

(30) Vedi nota 29.

(31) Su tutta questa problematica cfr. Lombardi, *op. cit.*, 40 e 41, il quale scrive che «assumeranno invece rilievo, in favore del fideiussore, tutte le rimesse effettuate dall'accreditato successivamente all'entrata in vigore della legge, ogniquale volta le stesse abbiano determinato, al momento della revoca dell'apertura di credito, una riduzione del saldo debitorio rispetto a quello esistente al 9 luglio 1992, e ciò in forza della natura accessoria dell'obbligazione di garanzia in virtù della quale l'impegno fideiussorio non può superare l'entità dell'obbligazione garantita (art. 1941 comma 1, c.c.)».

in vigore della novella, era già obbligato a restituire alla banca l'importo utilizzato fermo restando che il proprio debito non era ancora esigibile. Per cui l'applicazione del principio posto dalla Corte Costituzionale dovrebbe comportare la responsabilità del fideiussore in relazione alla esposizione del debitore garantito in quel dato momento.

Non è escluso, però, che il generico riferimento a "obbligazioni principali successive" a tale data possa essere interpretato nel senso che siano coperte dalla garanzia fideiussoria le sole obbligazioni già divenute esigibili alla data indicata: per cui, avendo la dottrina segnalato questo problema, già proposto dalla motivazione della sentenza della Corte costituzionale, la Cassazione avrebbe potuto quantomeno eliminare le residue incertezze esistenti al riguardo (32).

Nota:

(32) Si ipotizzi che al momento della estinzione del rapporto principale l'importo dovuto dal cliente sia uguale o sia inferiore a quello fissato alla data del 9 luglio 1992 ma che nel frattempo vi sia stato il movimento sul conto corrente, qual è quello che si verifica normalmente. Non mi pare pensabile che tutte le rimesse effettuate dal cliente successivamente all'entrata in vigore della legge possano essere considerate estinzione parziale del debito esistente alla data del 9 luglio 1992, mentre la riutilizzazione dell'affidamento possa integrare "obbligazioni principali successive" alla legge n. 154/1992. Anche sotto questo profilo, il criterio enunciato dalla Cassazione non pare idoneo a eliminare le incertezze applicative. Nel senso ora indicato cfr. Trib. Napoli, 8 marzo 1994, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, 643 ss., secondo cui «in detta ipotesi, il debito del fideiussore non può oltrepassare il saldo dei rapporti correnti tra la banca e il debitore principale esistente al momento dell'entrata in vigore della legge n. 154/1992. Le successive rimesse del debitore principale, peraltro, riducono l'entità del debito del fideiussore solo nella misura in cui il saldo esistente al momento della chiusura dei rapporti (tra la banca e il debitore principale stesso) sia inferiore a quello determinatosi alla data di vigenza della medesima legge».