

CAPITOLO I

LA FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* NELLA PRASSI BANCARIA

Sommario

1. Nozione e funzione economica della fideiussione *omnibus*. – 2. Elementi contrattuali nella fideiussione *omnibus*. -2.1 La volontà. -2.2. La forma. -2.3. L'oggetto. -2.4. La causa. – 3. Esame della clausola *omnibus* e delle clausole di deroga al codice civile contenute nel modello A.B.I.. - 4. Il principio di accessorietà nella fideiussione *omnibus*: le clausole di reviviscenza e di sopravvivenza nel modulo A.B.I.

1. Nozione e funzione economica della fideiussione *omnibus*

Nell'ambito degli affari commerciali vi è una fondamentale esigenza di strumenti economico-giuridici in grado di soddisfare la necessità di finanziamento delle imprese. Gli enti istituzionalmente predisposti al credito sono le banche e la relativa funzione del credito esercitata necessita anche di strumenti di garanzia che costituiscono il mezzo per una tutela adeguata dell'interesse della banca a recuperare le somme messe a disposizione. Si è dunque sviluppato un quadro vasto e articolato di garanzie in uso presso le banche, caratterizzato da schemi che, sebbene trovino la loro disciplina nel codice civile, nella pratica si traducono in schemi contrattuali strutturalmente e funzionalmente diversi o completamente nuovi. Tra queste garanzie vi è la fideiussione *omnibus*, la quale poggia le sue radici nella disciplina della fideiussione.

La fideiussione è una garanzia personale, disciplinata dal codice civile agli artt. 1936-1957 e diffusa nella prassi commerciale. Le ragioni di tale diffusione sono diverse: dal lato del creditore, la fideiussione è funzionale in concreto a mettere a disposizione di questi un patrimonio ulteriore – quello del fideiussore – che va così ad “aggiungersi” al patrimonio del debitore garantito; dal lato del debitore principale, invece, comporta il vantaggio di non determinare immobilizzazioni di ricchezze, immobilizzazioni che sono in linea di principio proprie delle garanzie di tipo reale (quali il pegno o l'ipoteca)¹. Un altro motivo per il quale

¹ F. Allegritti, *La fideiussione*, in *La disciplina dei rapporti bancari: normativa, giurisprudenza e prassi*, a cura di Fabio Fiorucci, Assago, Cedam, 2012, 133.

nella prassi negoziale si ricorre spesso alla garanzia fideiussoria è che questa figura si caratterizza quale garanzia alla cui base vi sono due principi: la solidarietà e l'accessorietà². La fideiussione determina, in base al principio di solidarietà, una sorta di solidarietà passiva tra garante e debitore che agisce *favor creditoris*, in quanto il creditore può chiedere direttamente al fideiussore il pagamento, senza l'onere di rivolgersi prima al debitore. Il secondo principio tipico della fideiussione è quello dell'accessorietà, il quale concerne il rapporto e la relazione tra l'obbligazione del debitore principale e l'obbligazione del fideiussore. In ragione del principio di accessorietà la fideiussione, ai sensi dell'art. 1941 c.c., deve avere un contenuto corrispondente a quello dell'obbligazione garantita, coincidente con l'intero debito e le sue conseguenze fino ad estendersi anche a tutti gli accessori del debito principale. Si tratta di due principi che soddisfano gli interessi in gioco delle parti (il primo tutela la ragione creditoria, il secondo stabilisce dei limiti alla responsabilità del fideiussore).

Lo schema fideiussorio, in virtù delle sue caratteristiche, è stato modellato in base alle esigenze del mercato e degli affari, soprattutto nel finanziamento delle imprese. La banca ha visto crescere il ricorso al credito e di conseguenza si è attivata al fine di trovare soluzioni flessibili e celeri in grado di salvaguardare i diversi interessi. Il contratto di fideiussione si è dimostrato per la banca uno strumento duttile, facilmente plasmabile sulla base degli interessi in gioco, divenendo la garanzia principale per la concessione del credito bancario, portando così alla costruzione della c.d. fideiussione bancaria.

All'interno della fideiussione bancaria è utile fare una specifica distinzione, sulla base del ruolo assunto dalla banca: la fideiussione bancaria attiva, nella quale è la banca ad assumere la veste di creditore verso il garante; la fideiussione bancaria passiva, in cui è la stessa banca a garantire, specie nei rapporti di affari internazionali, un proprio cliente³. L'elaborato e l'analisi qui proposta verteranno sulla fideiussione bancaria *omnibus*.

² A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1998, 41. L'autore fa riferimento anche ad un terzo elemento, la sussidiarietà, ma sottolinea come nella Relazione al codice si evidenzia "che il vincolo fideiussorio è accessorio, ma non necessariamente sussidiario", dipendendo tale caratteristica dalla presenza nel contratto del beneficio di escussione.

³ G.B. Petti, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Padova, Cedam, 2006, 309.

La fideiussione *omnibus* è uno strumento di garanzia delle operazioni bancarie avente ad oggetto non una singola obbligazione, bensì una pluralità di obbligazioni che un determinato soggetto garantito abbia assunto o possa assumere verso una banca⁴. La fideiussione *omnibus* (definita *fideiussione generale* da Fragali per indicare non fideiussioni speciali, cioè per singole obbligazioni, ma per una o più categorie di crediti con la stessa banca)⁵ è pertanto una forma di garanzia personale, generalmente basata sui modelli A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana)⁶, contenenti condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni poste a garanzia delle operazioni bancarie. Come per la fideiussione regolata nel codice civile, anche quella *omnibus* si caratterizza per la bilateralità del contratto ed il rapporto sinallagmatico, in quanto il contratto è concluso tra garante e istituto bancario ed entrambi si obbligano vicendevolmente: da una parte l'istituto di credito erogherà le somme necessarie al debitore principale (osservando inoltre gli obblighi di correttezza e buona fede nell'azionare il credito); dall'altra il fideiussore garantisce la restituzione di queste somme (entro la somma prevista nel contratto stesso) in caso di inadempimento da parte del debitore garantito. La bilateralità del rapporto è conseguenza del fatto che il contratto di fideiussione *omnibus* è concluso fra banca e fideiussore, per cui il debitore è estraneo al contratto di garanzia⁷, sebbene alla base della fideiussione *omnibus* vi siano le obbligazioni intercorrenti fra quest'ultimo e istituto bancario.

Come analizzato dal Giusti⁸, "nell'esperienza giuridica italiana in pochi modelli contrattuali come la fideiussione si verifica un fenomeno quale quello della creazione di negozi innominati o di figure che si caratterizzano per il distacco dalla disciplina del tipo contrattuale, fenomeno sensibile alla forza economica dei fatti e dalla conseguente esigenza di conferire legittimazione ai nuovi modelli nati dalla pratica degli affari". La fideiussione *omnibus* risponde alle nuove esigenze di credito, e l'attività bancaria è divenuta il terreno

⁴ M. Viale, *I modelli A.B.I. di fideiussione*, in *I nuovi modelli A.B.I. di fideiussione omnibus*, a cura di M. Viale, Torino, Giappichelli, 1990, 88.

⁵ M. Fragali, *Fideiussione e mandato di credito: art. 1936-1959*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, Zanichelli-Soc. ed. Foro.it, 1968, 237.

⁶ L'Associazione Bancaria Italiana è un'associazione a cui aderisce pressoché la totalità delle banche, le quali trovano nell'associazione la rappresentanza e la tutela dei propri interessi.

⁷ G.B. Petti, (nota 3), 67.

⁸ A. Giusti, (nota 2), 9.

nel quale questo particolare tipo di garanzia ha potuto svilupparsi, piegata alle esigenze dell'autonomia privata: essa "costituisce un tipo di garanzia che non è previsto e definito dalla legge in quanto sviluppato nella prassi bancaria; prendendo spunto dal riconoscimento espresso nel codice civile della fideiussione per obbligazione futura (artt. 1938 e 1956 c.c.); perciò gli operatori del diritto hanno congegnato la così detta fideiussione *omnibus* con la quale il fideiussore, con un'unica dichiarazione, garantisce alla banca non il pagamento di un singolo e specifico debito altrui, ma genericamente il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il cliente debitore principale ha assunto o assumerà nei confronti di quest'ultima in dipendenza di qualsiasi operazione bancaria, in corso al momento della stipulazione del contratto o che verrà effettuata successivamente"⁹. La dottrina si uniforma a questa definizione della figura in esame, affermando che la fideiussione *omnibus* è una garanzia che ha per oggetto tutte le obbligazioni, attuali e future, del debitore principale nei confronti della banca, derivanti da operazioni bancarie di diverso genere¹⁰, anche la giurisprudenza tende a definire la fideiussione *omnibus* in termini analoghi: la Cassazione la definisce come fideiussione prestata a garanzia di tutte le obbligazioni già sorte o che sorgeranno nei confronti della banca¹¹.

Un'analisi in grado di spiegare il ricorso alla fideiussione *omnibus* come strumento di accesso al credito è offerta dal Petti¹², il quale spiega che la prassi bancaria, con la ricostruzione del paese e quindi durante gli anni del boom economico, aveva la necessità di praticare un credito facile, garantito da fideiussioni fortemente sbilanciate a favore delle banche. Il contratto di fideiussione *omnibus* infatti, non prevedeva alcun limite circa l'importo garantito, obbligando il fideiussore per un numero non precisato di operazioni di credito fra banca e debitore.

Il primo modello di fideiussione *omnibus* risale al 1964¹³, quando l'A.B.I. (con propria circolare tecnica n.24/64) introdusse una serie di figure tipo di fideiussione contenenti

⁹ G. Stella, *Le garanzie del credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, 162.

¹⁰ N. Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, Torino, Utet, 1983, 214; A. Galasso, *Perché come e quando la fideiussione omnibus è valida* in *Contr. impr.*, 1988, I, 28.

¹¹ Cass. civ., sez. I, 7 marzo 1984, n.1572, in *Mass.*, 1984, 312; Cass. civ. sez. I, 20 luglio 1989, n.3386 in *Foro it.* 1989, I, 310.

¹² G.B. Petti, (nota 3), 318.

¹³ G.B. Petti, (nota 3), 318; Allegri, (nota 1), 150.

clausole che derogavano a vari articoli del codice civile. Tale primo modello di fideiussione *omnibus*, fortemente a vantaggio degli istituti di credito, portò fin da subito ad una critica da parte della dottrina¹⁴ e ad una serie di pronunce da parte, soprattutto, dei giudici di merito sulla validità della clausola *omnibus*. In particolare, taluni giudici mettevano in dubbio la validità della clausola in quanto la ritenevano troppo generica (non prevedendo limiti circa l'importo e non specificando le prestazioni rientranti nella garanzia), per cui l'oggetto del contratto di fideiussione *omnibus*, secondo questo filone, era indeterminato o indeterminabile con conseguente nullità del contratto¹⁵(l'orientamento consolidato della Cassazione era invece nel senso della validità della clausola, come meglio vedremo). Pertanto, l'A.B.I. con la circolare n. 20 del 1987 interveniva in tema di fideiussione, prevedendo in particolare due forme di fideiussione *omnibus*, una ad importo limitato (per tamponare i dubbi sulla estrema generalità della clausola) e l'altra ad importo illimitato (salvaguardando in questo caso le fideiussioni *omnibus* già in corso di esecuzione). Un nuovo intervento sui modelli di fideiussione *omnibus* fu propiziato dalla novella del 1992 sulla trasparenza bancaria, la quale, modificando gli artt. 1938 e 1956 c.c. (prevedendo, rispettivamente, il limite d'importo per la fideiussione per obbligazione futura e disciplinando la liberazione del fideiussore per questo tipo di obbligazione), interveniva sull'impianto contrattuale stesso della fideiussione bancaria. Pertanto, l'A.B.I. con una nuova circolare provvedeva all'interpretazione della nuova riforma e a seguito dell'istruttoria della Banca d'Italia nel 1993, l'associazione predispose un nuovo schema di fideiussione *omnibus* nel 1995 conforme alle prescrizioni della Banca d'Italia e la fideiussione *omnibus* con importo illimitato fu eliminata dal quadro delle garanzie, non rispondendo più alla nuova normativa.

Successivamente l'intervento normativo nazionale ed europeo ha portato a disciplinare ulteriormente la figura della fideiussione *omnibus*.

¹⁴ A. Galasso, (nota 10), 30; E. Simonetto, *La natura della fideiussione e la nullità della clausola c.d. omnibus* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1, 1987, 545.

¹⁵ App. Milano, 18 luglio 1990, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 217; Trib. Savona 28 marzo 1988 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 39, con nota di Viale.

Diversi sono gli autori che hanno analizzato il successo nel mondo commerciale della fideiussione *omnibus*, successo che può essere spiegato prendendo in considerazione la facilità con la quale è ed è stato possibile per le imprese accedere al credito necessario proprio grazie a questo istituto. Nella prassi bancaria di molti paesi, sia di *civil law*, sia di *common law*, s'è affermata questa forma di garanzia per obbligazioni future. In particolare, nell'ambito dei sistemi di *civil law* la diffusione di questa forma di garanzia è dovuta anche alla circostanza che non si è sviluppato un sistema di garanzie reali senza spossessamento sul capitale circolante dell'impresa, in grado cioè di non limitare o vincolare le risorse finanziarie dell'impresa, com'è invece avvenuto nei paesi di *common law* più pronti ad adeguarsi alle esigenze di un'economia dove il fattore finanziario è prevalente¹⁶. Come nota Petti¹⁷, nelle moderne società capitalistiche il ricorso al credito è un elemento naturale e funzionale all'attività produttiva di un'impresa, le cui capacità dipendono spesso da un meccanismo di finanziamento esterno, "il che evidenzia l'insufficienza del principio di autogestione per cui è necessario investire i profitti senza ricorrere al debito". Nel corso degli anni del miracolo economico, per favorire gli scambi commerciali e lo sviluppo delle imprese, è sorta la necessità di predisporre di un sistema di credito e garanzia flessibile che, da una parte superasse il sistema di finanziamenti di somme isolate che necessitavano di volta in volta del consenso del garante, e dall'altra facilitasse la soddisfazione di esigenze creditizie. La fideiussione *omnibus* bancaria risponde a queste esigenze e, come indicato dalla dottrina, essa appartiene al diritto degli affari¹⁸, infatti sia la banca che il soggetto fideiussore sono i *partners* di una serie di affari nei quali ciascuno è coinvolto con un interesse specifico¹⁹.

A prestare questo tipo di fideiussione, come emerge dalla prassi commerciale, sono soprattutto soggetti che presentano interessi economici allineati a quelli dei soggetti garantiti, pertanto a rilasciare fideiussioni *omnibus* sono, come rilevato da Galgano²⁰:

¹⁶ A. Calderale, voce *Fideiussione omnibus* in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, VIII*, Torino, 1992, 279.

¹⁷ G.B. Petti, (nota 3), 321.

¹⁸ G.B. Petti, (nota 3), 321; D. Marasciulo, *Obbligazione fideiussoria e clausola omnibus: contributo allo studio delle garanzie contrattuali*, Varese, Arterigere-Essezeta, 2005, 21.

¹⁹ G.B. Petti, (nota 3), 321.

²⁰ F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, Cedam, 2014, 404.

- società *holding* a favore delle banche che erogano credito alle controllate; in questo caso la prestazione di garanzia si inserisce entro la specifica funzione di assistenza finanziaria che la *holding* svolge a favore delle controllate;
- soci di società di capitali a favore delle banche che erogano credito alle loro società; quindi la prestazione di garanzia ad essi richiesta dalla banca è, di regola, conseguenza della *sottocapitalizzazione* della loro società, che non offre garanzie adeguate all'entità del finanziamento;
- amministratori, anche non soci, di società a favore delle banche che erogano credito alla società da essi amministrata;
- stretti congiunti del cliente della banca.

Dalla casistica appena presentata, a prestare questo tipo di garanzia sono soprattutto gli amministratori o i maggiori azionisti delle società o, comunque, soggetti anche solo indirettamente interessati agli affari del debitore garantito (come i congiunti del cliente della banca) il quale, il più delle volte, è un imprenditore. La convergenza di interessi tra fideiussore e debitore garantito è stata rimarcata anche in giurisprudenza, ove tale legame di interessi ha consentito di superare alcuni problemi sulla conoscibilità e determinabilità dell'oggetto della *fideiussione omnibus* (relativamente le prestazioni garantite), costituendo pertanto un ulteriore fattore circa la validità di questa figura²¹ e caratterizzandola come uno strumento fondamentale per l'attività d'impresa perché garantisce un flusso accessibile di capitali. La particolare connotazione della figura in esame diviene utile per l'attività dell'impresa, considerando che il ricorso al credito non è un fattore patologico, bensì un elemento connaturale e funzionale all'attività produttiva, la quale dipende dal finanziamento²². Come afferma Calderale²³ “la fideiussione *omnibus* costituisce un conveniente strumento di selezione dei creditori della società: concedendola, al fine di ottenere credito, i garanti fanno, in realtà, la scelta meno onerosa dal punto di vista dei costi e dell'area dei rischi coperti. Se essi, infatti, offrirono, in alternativa, garanzie reali, si

²¹ In tal senso App. Milano, 6 giugno 1990 in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1991, II, 216, fattispecie in cui il fideiussore ricopriva la carica di amministratore della società debitrice; Cass. civ. sez. III, 6 agosto 1992 n.9349 in *Giur. it.* 1993, I, 1, 1255, nota di Iacunilillo Bruggi, caso in cui il fideiussore era socio di maggioranza della società garantita.

²² D. Marasciulo, (nota 18), 20.

²³ A. Calderale, *La fideiussione omnibus: determinabilità dell'oggetto e forma del contratto*, in *Giur.It.*; anno 1990, 4, 278.

priverebbero della possibilità di utilizzare in futuro i beni necessari ad ottenere ulteriori finanziamenti. Se aumentassero il capitale sociale, esso costituirebbe la garanzia di tutti i creditori della società, compresi quelli occasionali, come, ad esempio le vittime degli illeciti civili, per soddisfare i quali essi non avrebbero fatto l'operazione in parola. La fideiussione *omnibus*, com'è stato sottolineato, consente che la banca soddisfi le più diverse ed improvvise esigenze dell'impresa debitrice: ad esempio, pagare i fornitori o prestare rapidamente cauzioni per la realizzazione di un affare vantaggioso, anche superando il *plafond* di credito concesso, il che è il risultato dell'evoluzione della tecnica commerciale e finanziaria, la quale si fonda sul superamento della tradizionale logica dei prestiti isolati". Anche Meo²⁴ nell'analisi di questa figura, segnala come l'inclusione della fideiussione *omnibus* all'interno del sistema giuridico ed economico trova la sua ragione nella funzione economica della fideiussione prestata, quella cioè di agevolare l'accesso al capitale di credito per l'impresa. L'agevolazione al credito è l'elemento caratterizzante di questo istituto secondo la dottrina: accanto alla funzione di garanzia, ravvisa anche una funzione creditizia, di promozione cioè dell'attività economica, che diventa elemento della causa del contratto²⁵. L'utilità sociale della fideiussione *omnibus* è collegabile anche all'art 47 della Costituzione²⁶, il quale enunciando che "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito" permette di riconoscere questo istituto come mezzo corrente e diffuso per l'esercizio del credito. La Cassazione stessa conferma questo dato; essa più volte nelle sue pronunce ha richiamato il concetto di agevolazione e tutela del credito per delineare la funzione della fideiussione *omnibus*, sancendo che "la garanzia in questione, da un lato riveste funzione economico - sociale meritevole di tutela, perché favorisce l'accesso del terzo garantito alle più svariate prestazioni bancarie delle quali intenda avvalersi, predisponendo uno strumento duttile che non rende necessaria la richiesta, volta per volta, dell'assenso del garante, e, dall'altro, consente la protezione dell'esercizio del credito il quale costituisce attività di rilevanza

²⁴ G. Meo, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale: l'esempio della fideiussione omnibus*, Milano, Giuffrè, 1991, 145.

²⁵ S. Piazza, *La fideiussione omnibus cinque anni dopo la riforma* in *Contr. impr.*, 1997, III, 1080, 1081.

²⁶ G.B Petti, (nota 3), 226.

costituzionale”²⁷. La prassi bancaria e commerciale si è rilevata fondamentale allo sviluppo e alla diffusione di strumenti contrattuali diversi o nuovi rispetto alla disciplina civilistica, soprattutto in tema di garanzie²⁸, figure accomunate non solo da questo scopo ma anche dal fine di favorire l’accesso al credito. La fideiussione è un contratto atipico, diretto, secondo dottrina e giurisprudenza, a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 1322 c. 2, cod. civ.): “le clausole di deroga alla disciplina legale, contenute nella fideiussione "omnibus", sono pienamente legittimate perché, oltre a rientrare nei limiti dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c., sono ispirate ad interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, in quanto socialmente rilevanti per essere diretti alla promozione del credito ai fini dello sviluppo dell'economia nazionale”²⁹. Come rilevato³⁰, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria individuano gli interessi meritevoli di tutela, perseguiti dalla fideiussione *omnibus*, nella possibilità di un più ampio accesso al credito bancario³¹ o nelle cautele assicurate per l’attività di esercizio del credito, in quanto attività rilevante sotto il profilo costituzionale³². Minoritaria invece, è la tesi che sostiene l’assenza di interessi meritevoli di tutela, affermando la contrarietà di tale contratto ai principi costituzionali o la sua nullità per illiceità della causa, in considerazione dei rischi a cui sarebbe esposto il patrimonio del garante, e quindi in contrasto con il principio di trasparenza del mercato³³. Come osserva Giusti³⁴ il ricorso alla disciplina diversa da quella comune, basata nel caso della fideiussione *omnibus* sulle norme uniformi elaborate dal sistema bancario³⁵ (le così dette Norme Bancarie Uniformi, cioè condizioni generali di contratto predisposte dall'A.B.I.) è espressione dell’esigenza che un’attività, come quella bancaria, tipicamente

²⁷ Cass. civ. sez. I, 20 maggio 1997, n. 4469 in *Gius. Civ. Mass.*, 1997, 796.

²⁸ D. Marasciulo, (nota 18), 7.

²⁹ App. Roma, 21 ottobre 1987, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 458.

³⁰ F. Caringella, *Studi di diritto civile., Obbligazioni e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2007, 440.

³¹ Cass. civ. sez. I, 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro.it*, 1989, 2750; Trib. Milano, 16 settembre 1991, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1992, II, 514.

³² Cass. civ. sez. I, 20 maggio 1997, n.4469, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 796.

³³ Per la tesi sulla contrarietà della fideiussione *omnibus* ai principi costituzionali: Trib. Roma 27 maggio 1985, in *Giust. civ.* 1986, I, 2000.

³⁴ A. Giusti, (nota 2), 10.

³⁵ Indica Stella (nota 9, 162) che lo schema di Norme Bancarie Uniformi per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, predisposto dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana a cui aderisce pressoché la totalità delle banche italiane) contiene condizioni generali di contratto per regolare uniformemente i servizi bancari alla clientela, le quali sono riportate nei singoli contratti stipulati dalle banche; lo schema non è vincolante per gli istituti di credito, ma è largamente utilizzato nella prassi di settore, costituendo una traccia imprescindibile per delineare tale tipo di garanzia.

rivolta alla massa dei risparmiatori, sia assistita da norme di favore. È indispensabile, infatti, per il cliente l'elasticità del comportamento del banchiere e della rapidità delle sue decisioni, aspetti che costituiscono "una componente essenziale della ragion d'essere economico-sociale della fideiussione *omnibus*"³⁶.

L'autonomia negoziale alla base della costruzione della fideiussione *omnibus* ha portato però ad aprire in dottrina il particolare problema sul carattere atipico o tipico della figura in esame. Quella parte di dottrina³⁷ che rimarca il carattere non necessariamente atipico della fideiussione *omnibus* sostiene che essa sia una *specie* del *genus* fideiussione, sicché le norme e i principi di quest'ultima possono essere applicati per *analogia legis* quando sia necessario³⁸, osservando che le clausole derogatorie non necessariamente includono la fideiussione *omnibus* tra i contratti atipici. Altra parte della dottrina³⁹ invece sostiene il carattere atipico, evidenziando come numerose sono le deroghe al codice civile che caratterizzano la fideiussione *omnibus*, da qui la considerazione del carattere atipico di tale figura. Vista la funzione a cui è predisposta la fideiussione *omnibus* (cioè quella di agevolare il credito garantendo tutte le obbligazioni che il debitore assume verso la banca assicurandosi un flusso continuo di crediti per l'attività d'impresa) e date le clausole predisposte per tutelare la banca in tema di riscossione delle somme versate (quali la clausola di pagamento "a prima richiesta" che non permette al fideiussore di opporre eccezioni all'iniziale richiesta di pagamento della banca; e quelle di "reviviscenza" e "sopravvivenza" che salvaguardano la garanzia fideiussoria anche in caso di invalidità del debito principale), la fideiussione *omnibus* sembra da includere tra i contratti di natura atipica. Atipica perché la deroga dei caratteri tipici della fideiussione civile, "se può consentire il mantenimento della figura in termini di validità e liceità, dal punto di vista della costruzione dogmatica rende difficile la riconduzione di questa figura sotto la fattispecie legale tipica"⁴⁰; il carattere atipico del

³⁶ D. Marasciulo, *Fideiussione omnibus nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1999, 9; Cass. civ. sez. I, 17 ottobre 1991, n. 10945, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 825, 1306.

³⁷ M. Fragali, (nota 5), 322; N. Salanitro, (nota 10), 225.

³⁸ A. Agnese, *La fideiussione e altre garanzie bancarie*, Rimini, Maggioli, 2015, 49.

³⁹ Tra i quali: G.B. Petti, (nota 3), 136; F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, I, 1982, 171; G. Stella, (nota 9), 164; R. Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali: garantievertrag, fideiussione omnibus, lettera di patronage, sale-lease-back*, Padova, Cedam, 1988, 4.

⁴⁰ G.B. Petti, (nota 3), 136.

contratto risponde all'esigenza pratica di non cristallizzare in schemi prefissati il traffico economico-giuridico, in continua evoluzione⁴¹. La fideiussione *omnibus*, infatti, dal punto di vista funzionale, risponde ad una concezione diversa rispetto a quella che ispira la fideiussione disciplinata dal codice civile: mentre la garanzia fideiussoria sancita nelle norme del codice civile è quella prestata per una singola obbligazione (o per più obbligazioni individuate); la fideiussione *omnibus* ha per oggetto una pluralità di obbligazioni che un soggetto può assumere nei confronti della banca, favorendo l'interesse dell'imprenditore che per esigenze della sua attività commerciale compie con la banca in modo continuativo e dinamico una pluralità di operazioni (finanziamenti, aperture di credito ecc..)⁴². Come nota Stella⁴³ "la stipulazione fin dall'inizio del rapporto e "una volta per tutte", di una fideiussione generale evita alle parti di dover concordare la garanzia per ogni singola operazione fonte di debiti, che sarebbe, al contrario, di intralcio al rapporto bancario di dare e avere, che necessità invece di fluidità". Alcune pronunce della Cassazione sembrano riconoscere questa atipicità della figura in esame rimarcando la funzione sociale alla base⁴⁴: le clausole di deroga che caratterizzano come atipica la fideiussione *omnibus* sono state considerate complessivamente valide dalla giurisprudenza in quanto poste da parte dell'ordinamento giuridico al fine di promuovere il credito⁴⁵. È utile precisare però che l'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti nella costruzione di questa figura, comprese le relative deroghe, non possono essere spinte fino a creare una figura di garanzia totalmente sfavorevole al soggetto garante. Anche se il contratto di fideiussione *omnibus* si presenta

⁴¹ R. De Nictolis, (nota 39),2.

⁴² G. Stella, (nota 9), 164.

⁴³ G. Stella, (nota 9), 165.

⁴⁴ Cass. civ. sez. I, 13 dicembre 1989, n. 5574, in *Giur.it*, 1990, I, 1, 742, con nota di Clarizia: "Indubbiamente il "finanziamento" ha il carattere della neutralità rispetto al tipo contrattuale. Ciò significa che esso può essere scopo comune ad una pluralità di tipi negoziali normativamente previsti, ma significa anche che può essere perseguito con schemi contrattuali autonomi, lasciati alla libertà delle parti nella atipicità di nuove creazioni negoziali. Se, poi, con la indicata "neutralità" di detta funzione si intende sostenere che essa, in quanto non inerente ad un tipo, non è di per sé descrittiva e comprensiva della funzione del singolo contratto, ancorché atipico, occorre rilevare che la funzione socio economica del rapporto, perseguibile con modalità negoziali diverse (si pensi alla causa di garanzia comune ai tipi reali e personali, ed inoltre alle forme atipiche, introdotte dalla prassi bancaria, della fideiussione *omnibus* e del *garantievertrag*), trova definizione nella struttura negoziale, con la quale essa viene attuata ed inoltre che può ben ipotizzarsi il conseguimento di una funzione già propria di contratti tipici con strutture negoziali atipiche, atte a soddisfare nuovi ed originali assetti di interessi".

⁴⁵ App. Roma, 21 ottobre 1987, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 458; Trib. Milano 2 aprile 1987, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 147.

sbilanciato a favore della banca (comportando problemi di equità e trasparenza che verranno analizzati in seguito) vi sono taluni principi che debbono essere rispettati. Le disposizioni previste nel codice civile in tema di fideiussione pongono taluni obblighi in capo al creditore, in particolare:

- non precludere al garante la surrogazione dei diritti (1955 c.c.);
- non far credito al terzo, senza speciale autorizzazione del fideiussore, conoscendo le condizioni di insolvenza del terzo (1956 c.c.);
- di proporre le istanze tempestivamente dopo la scadenza dell'obbligazione principale (art.1957 c.c.).

Si tratta di obblighi che spesso sono stati oggetto di limitazione da parte dei contratti di fideiussione *omnibus*, proprio in virtù dell'autonomia negoziale riconosciuta alle parti nei contratti atipici, mobilitando così dottrina e giurisprudenza al fine di cercare dei limiti all'autonomia privata nell'ambito della figura in esame. Il rispetto della buona fede, infatti, risulta fondamentale anche nell'ambito di contratti atipici: come scrive Nigro⁴⁶ "i principi di correttezza e buona fede [...] segnano il limite di operatività della fideiussione *omnibus*, un ruolo specifico sono destinati a giocare gli specifici canoni di correttezza qualificata gravanti sulla banca in quanto tale, derivabili cioè direttamente dalla qualità banca".

Il carattere professionale della banca ha sicuramente facilitato la rapida diffusione di questo strumento di credito nella prassi commerciale, in quanto la suddetta professionalità ha portato la giurisprudenza⁴⁷ ad escludere ogni possibilità di arbitrio da parte dell'istituto di credito nella composizione delle clausole nel contratto di fideiussione per l'erogazione del credito, garantendo così la correttezza dell'esercizio di credito secondo buona fede. Il richiamo alla professionalità dell'ente creditore dettata dalla disciplina dell'attività bancaria è un argomento a cui spesso fa riferimento anche la dottrina in quanto dal punto di vista economico assumono rilievo fondamentale la correttezza e la razionalità delle scelte discrezionali della banca⁴⁸. In ogni caso l'agevolazione al credito e l'autonomia privata non

⁴⁶ A. Nigro, *Corretto esercizio del credito e fideiussione omnibus*, in *Dir. banc. mer. fin.*, vol. 5, II, 1991, 210, 215.

⁴⁷ Cassazione civ. sez. I, 20 maggio 1997, n. 4469, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 796; Cass. civ. Sez. III, 22 giugno 1993, n. 6897, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 1061.

⁴⁸ G. Meo, (nota 24), 102.

possono giustificare condotte lesive dell'ordinamento: la concessione del credito infatti non può avvenire contro ogni logica economica e giuridica. Facciamo riferimento ad una concessione del credito qualificabile come abusiva⁴⁹, in quanto la banca concede credito nonostante la consapevolezza che l'imprenditore versi in una situazione critica, per cui tale condotta può indurre in errore i terzi. Ciò non può che essere pregiudizievole nei confronti anche del fideiussore⁵⁰: una intermediazione disinteressata dall'abuso è fondamentale per soddisfare l'equilibrio di interessi tra le parti. Un comportamento scorretto della banca (quale, ad esempio, erogare credito ad un debitore già in stato evidente di difficoltà economica), potrebbe far perdere alla fideiussione *omnibus* utilità e funzionalità come garanzia e come strumento di agevolazione del credito (in danno anche al fideiussore), come è stato rilevato anche in ambito giurisprudenziale⁵¹, e la normativa in tema di trasparenza nei rapporti bancari, con particolare attenzione agli interventi modificativi in tema di fideiussione, sottolinea l'attenzione del legislatore volta ad evitare pratiche abusive o scorrette nell'esercizio del credito.

Possiamo concludere, in questo primo paragrafo in cui è stata analizzata la funzione della fideiussione *omnibus* e nel quale è stata presentata la nozione di questa figura, come la struttura e l'origine di questa garanzia sia stata condizionata dalla prassi bancaria e dalle nuove esigenze economiche: la meritevolezza di tutela derivante dalla funzione economica-sociale di tale garanzia ha comportato il suo riconoscimento all'interno del quadro giuridico delle garanzie. La fideiussione *omnibus* diviene uno strumento flessibile per cui non è necessaria la richiesta, per ogni singola operazione, dell'assenso del garante (non essendoci una rigida predeterminazione delle obbligazioni creditizie), sostenendo l'accesso al credito (ad un imprenditore o ad una società commerciale) e alle diverse operazioni bancarie a seconda delle esigenze economiche, assicurando un finanziamento continuo e salvaguardando allo stesso tempo l'interesse della banca al recupero del debito principale. La fideiussione *omnibus* si caratterizza, quindi, come strumento che agevola l'erogazione del

⁴⁹ A. Barenghi (a cura di), *La trasparenza dei contratti bancari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 240.

⁵⁰ M. Callegari, G. Cavalli, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, Zanichelli, 2011, 164.

⁵¹ Cass. civ. sez. I, 18 marzo 1991, n.2890, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, 13.

credito⁵². L'affermazione dell'autonomia privata nel settore del credito e delle garanzie è derivata dalla necessità di rinvenire forme contrattuali idonee all'esigenza delle moderne operazioni di finanziamento, "superando lo scompensamento tra realtà sostantiva dell'affare e schemi generici ed astratti"⁵³. Come nota Renna ciò ha permesso di includere nei meccanismi di garanzia modelli diversi dalle figure tipizzate, e la fideiussione *omnibus* è espressiva di questo processo evolutivo in quanto risponde a logiche economiche moderne: "essa (la fideiussione *omnibus*) è proiezione dell'autonomia d'impresa, intesa come plesso concettuale e normativo distinto dall'autonomia privata, strettamente collegato alle dinamiche del mercato e giustificativo di una applicazione differenziata (rispetto al contratto di diritto comune) delle regole riguardanti la parte generale del contratto"⁵⁴. Da quanto esposto emerge l'inidoneità della fideiussione "comune" ad assolvere la funzione di garanzia nel quadro di un'operazione economica che è caratterizzata da flessibilità e celerità, funzione che, invece, può essere assolta dalle più evolute forme di garanzia personale del credito come la fideiussione *omnibus*.

⁵² G. Stella, (nota 9), 177, 178.

⁵³ M. Renna, *Fideiussione-accessorietà ed estinzione della fideiussione*, in *Giur.it*, 2018, 2, 336, 339.

⁵⁴ M. Renna, (nota 53), 336,338.