« VOCI » E FRAMMENTI

INDICE ELENCO DELLE « VOCI » E DEI FRAMMENTI

	<i>pag.</i>
« VOCE » FIDEJUSSIONE [1910]	137
FRAMMENTI DA « LA PROVA DELLA DATA RIGUARDO AI TERZI » [1915-1919]. . .	223
FRAMMENTI DA « I CONTRATTI NELLA PRATICA COMMERCIALE ». VOLUME PRIMO (« PARTE GENERALE ») [1934]	327
FRAMMENTI DA « I CONTRATTI NELLA PRATICA COMMERCIALE ». VOLUME SE- CONDO (« ALIENAZIONI A TITOLO ONEROSO ») (1934).	373
FRAMMENTI DA « APPUNTI SUI TITOLI DI CREDITO » [1935]	399

VOCE « FIDEJUSSIONE »

[1910]

INDICE DEI CAPITOLI

	<i>pag.</i>
I. - <i>Nozione e definizione della obbligazione fidejussoria e del contratto di fidejussione. Distinzioni</i> (nn. 1-14 <i>ter</i>)	139
II. - <i>Dell'obbligazione di fornire un fidejussore</i> (nn. 15-16 <i>bis</i>)	166
III. - <i>Dell'obbligazione fidejussoria in particolare. Azioni ed eccezioni tra creditore e fidejussore</i> (nn. 17-32)	169
IV. - <i>Rapporti ed azioni tra fidejussore e debitore principale</i> (nn. 33-47 <i>bis</i>)	182
V. - <i>Rapporti ed azioni tra confidejussori</i> (nn. 48-50 <i>bis</i>)	200
VI. - <i>Modi di estinzione dell'obbligazione fidejussoria</i> (nn. 51-63)	203
VII. - <i>Giudicato, transazione, giuramento</i> (nn. 64-66)	216

I. NOZIONE E DEFINIZIONE DELL'OBBLIGAZIONE FIDEJUSSORIA.
STRUTTURA ED ELEMENTI DEL CONTRATTO DI FIDEJUSSIONE.
DISTINZIONI.

I. — Il nostro c. civ. dedica al regolamento « *Della fideiussione* » il tit. XXI del libro III, in coda ai titoli che riguardano i vari contratti nominati, immediatamente prima del tit. « *Della trascrizione* ». Altre disposizioni relative alla fidejussione si trovano sparse nel tit. IV dello stesso libro; pochissime di cui una sola (art. 40 cap.) generale, altre eccezionali, ne aggiunge il c. comm.; qualche altra che pur interessa il tema la offrono anche il c. di proc. civ. (art. 329 e 331) e più d'una legge speciale (cfr. p. es. Regolamento di contabilità art. 60, 63 ecc.).

Il tit. XXI si apre con un art. 1898 (2011 c.c. franc.) che arieggia a definizione e suona: « Quegli che si costituisce fidejussore per un'obbligazione si vincola verso il creditore a soddisfare alla stessa obbligazione, qualora il debitore non vi soddisfaccia ». La definizione non è esatta, ma dichiarerò più tardi le rettifiche opportune (v. n. 5). Per ora, giova subito notare, che coll'art. surriferito il c.c., comincia col definire una particolare *struttura di obbligazione* anzichè la *struttura di un contratto*, avvertendoci tuttavia (implicitamente) che la obbligazione così configurata, nasce *sempre e soltanto* da contratto (articolo 1898: « quegli che *si costituisce* fidejussore... »). Vedremo più oltre che la obbligazione configurata nell'art. 1898 può nascere in realtà, pur rimanendo costante la sua struttura, da *varie* figure di contratto (v. n. 3). Ciò premesso, torna opportuno rilevare che il termine « fidejussione » si applica talora a designare l'*obbligazione*, talora il *contratto* che la genera, tal altra ancora non l'*obbligazione*, nè il contratto, ma piuttosto la loro *funzione* rispetto alla obbligazione cui accedono e cioè *la garanzia*.

Il c. civ. nel ricordato tit. XXI « *Della fideiussione* » regola la figura e struttura dell'*obbligazione* fidejussoria e pone altresì molte norme relative al *contratto* da cui viene generata, con particolare riguardo ad una determinata forma di contratto, che può dirsi il contratto *normale* di fidejussione (contratto unilaterale e gratuito: v.

n. 3). Inoltre esso regola più o meno compiutamente *altri* rapporti giuridici, che *normalmente* si coordinano alla obbligazione fidejussoria e al contratto di fidejussione.

La presente trattazione si conformerà, per quanto alla delimitazione della materia, al codice civile.

1 *bis*. — L'uso promiscuo del termine « fidejussione » nei vari significati più sopra rilevati (promiscuità che non è senza esempio, perchè simile si ha per es. anche pel mandato) è fecondo di inesattezze e di equivoci, ma esso è invalso nella pratica e nella dottrina e, ciò che è peggio, nel codice per cui, riesce ormai quasi impossibile liberarsene. Io userò *di preferenza* « fideiussione » nel terzo dei tre significati sopra accennati, usando *di preferenza* per gli altri due rispettivamente: « obbligazione fidejussoria » e « contratto di fidejussione ».

Come si rileva dall'art. 1898, la persona che si obbliga dicesi « fidejussore », e l'altra che si presuppone obbligata si designa allora come « debitore principale »; i due rapporti si chiamano: « rapporto fidejussorio » e « rapporto principale ».

2. — Il ricordato tit. XXI del nostro c. civ. riproduce quasi fedelmente il tit. XIV del libro III del c.c. franc.: le non gravi aggiunte e modificazioni tendono piuttosto a risolvere questioni nate sotto l'impero di quel codice, che non a modificare il concetto dell'istituto o a riannodarsi ad una diversa tradizione giuridica. E il c.c. franc. a sua volta, in questo argomento rampolla direttamente da Pothier. E Pothier a sua volta, è quasi fedele al diritto Giustiniano, temperandolo soltanto, sulla traccia del diritto *coutumier*, in certi classici rigorismi logici, superstiti nella compilazione giustiniana e certamente poco consoni al nostro spirito.

Avrò cura di notare là dove il nostro c.c. si stacca dal c.c. francese e nei punti principali noterò se questo si stacca da Pothier e Pothier a sua volta da Giustiniano. Intanto, ad evitare un incauto uso dei testi romani (del che vi ha esempio), giova notare che nel dir. giustiniano la fidejussione (*fidejussio*) è contratto formale, che si conchiude nella forma della stipulazione, e notare altresì che nelle fonti pre-giustiniane troviamo larga traccia di altri contratti verbali di garanzia (personale, obbligatoria) per obbligazioni altrui (limitatamente alle *obl. verbis*), regolati da norme e anche da leggi che non si applicano alla *fidejussio* (*sponsio*, *fide-promissio*: cfr. Gaii

Inst. III §§ 115-127). Queste forme sono eliminate dal diritto giustiniano, ma non sarà inutile aggiungere che sì per questa ragione e sì per le innovazioni introdotte da Giustiniano nella stessa *fidejussio*, i testi classici del Digesto, a detta dei moderni romanisti, sono stati spesso e volentieri manipolati dai compilatori.

La maggior copia dei testi che attengono al nostro argomento si ha in I. *De fidej.* III, 21; D. *De fidej. et mand.* 46, 1; C. *h. t.* 8, 40; Nov. IV c. I, D. *mand.* 17, 1; C. *h. t.* 4, 35.

Attesa la derivazione del nostro c. civ. in questa materia, scarso sussidio v'è a trarre per la mera esegesi e per la pratica dal dir. barbarico e dal nostro dir. intermedio. Anzi la consultazione deve farsene con una certa cautela, ricordando sempre che la fidejussione si collegava allora a funzioni giuridiche e sociali oggi scomparse.

3. — *Normalmente* la obbligazione fidejussoria viene posta in essere da un contratto che non ha altro obbiettivo, nè contenuto, che di porla in essere, essa ed essa sola; contratto, dunque, *unilaterale* e *gratuito*.

Questo contratto si vuole indicare, di solito, quando si parla di contratto di fidejussione senz'altra specificazione ed a questo contratto, in modo speciale o forse anzi in modo esclusivo, si appuntano quelle disposizioni del c. civ. nel ricordato tit. XXI, che concernono appunto *il contratto* di fidejussione. Ma come ho già accennato al n. 1, l'obbligazione fidejussoria può essere posta in essere con altre varie e più complesse figure di contratto. Su questo punto per verità si è molto discusso nella dottrina, senonchè mi pare che la questione sia stata posta male e che forse si sia discusso di parole credendo discutere di cose.

Si è discusso infatti se possa darsi « fidejussione onerosa » o, in genere, « fidejussione bilaterale ».

Ora a me pare innegabile che un'obbligazione fidejussoria possa costituirsi per libera volontà delle parti, anche con un contratto bilaterale e non vedo come ciò possa contrastarsi. Se ne menzionano due *schemi* tipici; *primo schema*: chi si costituisce fidejussore stipula con lo stesso contratto, come corrispettivo della propria obbligazione, un determinato vantaggio a favore del debitore principale per es. una proroga del termine o una diminuzione di interessi (contratto a favore di terzo: cfr. su questo *schema* Guillouard, 8); *secondo schema*: chi si costituisce fidejussore si stipula un compenso dal creditore (v. autori sotto cit.). Il secondo schema può anzi prestarsi a contenuti

pratici molto svariati, specialmente in quanto può entrare a far parte integrante di svariati contratti principali.

Ma, ciò posto, è poi questione (anzichè sterile) di parole, se siffatti contratti possano o meno *chiamarsi* « contratti di fidejussione » o semplicemente « fidejussione bilaterale » od « onerosa ». L'essenziale si è di ricordare: 1) che *l'obbligazione fidejussoria* che ne nasce sarà regolata dalle regole del tit. XXI legge III, c. civ.; 2) ma *il contratto* sarà soggetto alle regole generali relative ai contratti bilaterali (es. art. 1165) sempre salvo però l'articolo 1902; 3) l'obbligazione della controparte o il rapporto tra le obbligazioni corrispettive può essere di tal natura da rendere applicabili anche norme particolari di un altro contratto nominato, oltre che del *contratto di fidejussione unilaterale* e gratuito. Il che dovrà determinarsi caso per caso, secondo le regole generali sui contratti (art. 1103 c. civ.).

L'esempio tipico di contratto bilaterale che pone in essere un'obbligazione fidejussoria, mentre a tenore delle proposizioni sopra formulate va soggetto alle regole di un altro contratto nominato, anzichè del contratto di fidejussione unilaterale e gratuito, si ha nel caso in cui il fidejussore si stipuli dal creditore un compenso che abbia carattere di vero e proprio corrispettivo dell'obbligazione che egli si assume. Infatti in questo caso non può negarsi che la *causa* del corrispettivo si fondi sull'assunzione da parte del garante del *rischio* dell'insolvenza o non puntualità del debitore (del che si ha una conferma positiva meditando un po' sull'art. 440 c. comm., che non dovrebbe mai dimenticarsi in questa materia). Ora, poichè è certo che almeno per decidere dell'applicazione di norme imperative devesi aver riguardo alla *obbiettività* del contratto, anzichè all'intenzione delle parti contraenti, è chiaro che al caso debbansi applicare le norme imperative della assicurazione, dal momento che esse riguardano precisamente la assunzione contrattuale di un *rischio* mediante corrispettivo (c. comm. art. 417, cfr. articolo 440 cit.). Ed è certo d'altra parte, che la obbligazione del creditore garantito, in quanto non sia regolata dal contratto, sarà soggetta alle regole dispositive e suppletive della assicurazione (ed in realtà la dottrina e giurispr. prevalenti considerano la forma di contratto di cui ho parlato come una assicurazione: in questo senso Troplong, 35 e s. Laurent XXVIII, 124; Guillouard, 22; Mirabelli, 4 — contro Campo-grande, 256, il quale sostiene doversi indagare l'intenzione delle parti).

Ciò premesso, io ritengo che una trattazione positiva della fidejussione debba limitarsi allo studio della struttura dell'obbligazione

fidejussoria e del contratto *normale* e tipico (unilaterale) di fidejussione. Il regolamento degli altri contratti, che possono dar origine ad obbligazioni fidejussorie, andrà determinato caso per caso, applicando le proposizioni più sopra formulate. Una trattazione generale non può dedicare a questi casi più che qualche accenno, sotto pena di smarrirsi, diversamente, nel mare magno della casistica.

4. — Risulta dalla definizione (nn. 1 e 5), che la fidejussione *deve* essere coordinata al rapporto che prende nome di « principale »: di questa connessione (v. n. 6 *quater*) e interdipendenza studieremo gli effetti nei nn. ss. Ma prima gioverà passare in rapidissima rivista gli altri rapporti che, come ho accennato al n. 1, *possono* trovarsi coordinati ad essa e solo da essa e per essa hanno origine e ragion d'essere.

Può essere che il fidejussore si obblighi per procurare al creditore la certezza del pagamento integrale e puntuale. Ma questo caso è eccezionale. Di solito la fidejussione viene prestata, perchè il debitore o futuro debitore era obbligato verso il creditore o futuro creditore a fornirgli un fidejussore per ottenerne determinati vantaggi (v. nn. 15 e 16). In questo caso chi consente a prestarsi come fidejussore rende servizio al debitore, ottenendo *a lui* dal creditore i desiderati vantaggi (caso speciale: fidejussione bilaterale, *schema primo*, v. n. prec.). In questo caso troviamo coordinati alla fidejussione due rapporti *antecedenti* che ne integrano per questo lato il ciclo funzionale: 1) il rapporto per cui il debitore o futuro debitore è obbligato verso il creditore o futuro creditore a fornirgli un fidejussore; 2) il rapporto (gratuito od oneroso) per cui il fidejussore consente di fronte al debitore a prestar fidejussione per lui.

D'altra parte colui che si obbliga come fidejussore si obbliga per altri e, se paga, paga per altri e cioè pel debitore principale. Ne segue che se obbligandosi e pagando, non intende esercitare una liberalità verso il debitore (conseguendo *per lui*, gratuitamente, la liberazione) deve farsi luogo ad un rapporto, per cui il fidejussore che ha pagato venga reintegrato dal debitore pel quale ha pagato. Ecco un altro rapporto *successivo*, che si coordina quasi sempre alla fidejussione integrandone per quest'altro lato il ciclo funzionale.

A tutti questi rapporti la fidejussione è legata da un tal quale nesso di interdipendenza: v. su ciò i nn. 4 *bis*, 14 *bis*, 15 e s., 33 e s. e *passim*. Però essa si presenta come rapporto ben distinto di fronte

a questi, perchè è diversa e distinta per le persone non men che per l'oggetto.

Il c. civ., nel succitato tit. XXI, come ho ricordato fin da principio (n. 1), non solo insegna a quali obbligazioni principali può accedere la fidejussione e quali sono i nessi di interdipendenza tra i due rapporti e quale la loro sfera di autonomia (il che costituisce il nucleo della trattazione), ma oltre a ciò regola espressamente negli art. 1915-1919 il rapporto *successivo* per cui il fidejussore può esser reintegrato dal debitore. Esso regola d'altra parte negli art. 1904-1906 e 1921-1924 l'*eventuale* rapporto coordinato *antecedente*, per cui il debitore o futuro debitore fosse per avventura obbligato a fornire un fidejussore: v. su ciò i nn. 15 e 16. Non regola invero l'altro *eventuale* rapporto *antecedente* per cui il debitore ottiene dal terzo che costui presti fidejussione per lui, ma ne fa menzione nell'art. 1916, n. 3. E che non lo regoli può spiegarsi, perchè esso rapporto mette capoda un lato alla prestazione della fidejussione — e su ciò non v'era bisogno di discipline speciali — dall'altro dovrebbe metter capo all'obbligo *ex contractu* del debitore di reintegrare il fidejussore; ma questo era già regolato *ex lege* (in base al *fatto* di aver pagato come fidejussore) dagli art. 1915 e s. Al qual proposito anzi giova notare fin d'ora che è questa — a mio avviso — una novità del c.c. francese e del c.c. nostro, d'aver reso indipendenti *ex lege* le sorti del rapporto di regresso dal rapporto per la costituzione della fidejussione (mandato, gestione): v. su ciò i nn. 33 e 34.

4 *bis*. — E qui mi sia lecito aprire una parentesi nella trattazione per osservare, che il non aver ben distinta la fidejussione dagli altri rapporti ad essa coordinati, ha condotto il codice e gli scrittori a confusioni di terminologia e di concetti non scevre di conseguenze. Vediamo per es. il codice considerare come « effetti della fidejussione » il rapporto fra fidejussore e debitore; vediamo per es. gli scrittori considerare come « capacità » (es. Campogrande, 364) la idoneità del fidejussore, presentato dal debitore in esecuzione dell'obbligazione di dar cauzione. Esempio di confusione concettuale di rapporti, a mio avviso, è quella per cui si ritiene oneroso il contratto di fidejussione, quando il fidejussore riceve *dal debitore* un compenso (in questo senso Ricci, IX, 323, Campogrande, 119, ecc.). Infatti, a mio avviso, la onerosità di qualunque contratto va determinata in relazione alle obbligazioni o prestazioni *tra contraenti* di *quel* dato contratto (1101 c. civ.), di cui si tratta. Ora nel caso proposto il fidejus-

sore non ottiene dall'altro contraente, e cioè dal creditore, alcun vantaggio: ottiene bensì un compenso dal debitore, ma costui è terzo rispetto al contratto di fidejussione (1130 c. civ.). E se il fidejussore ottiene da questo terzo un compenso, ciò avviene in forza di un altro, diverso e distinto contratto, in cui egli deduce la propria fidejussione come oggetto di prestazione (fatto), stipulandosi una contro prestazione. Ma questo contratto (oneroso) non può mutare la natura propria dell'altro (gratuito).

4 *ter.* — Un caso, in cui l'influenza dei rapporti coordinati colla fidejussione sulle sorti di essa, veramente dà più da pensare, si presenta a proposito della azione revocatoria o Pauliana (art. 1235 c. civ.), diretta contro la fidejussione unilaterale. Essendo essa gratuita, dovrebbe dedursene senz'altro che il creditore revocante basterà dimostri la frode del fidejussore agli effetti dell'art. 1235. Ed è questa infatti l'opinione comune. Ma in contraria sentenza è andato il nostro Ricci (IX, 323), il quale osserva che il creditore dà « qualche cosa... in corrispettivo » della fidejussione; è vero che questo « qualche cosa » lo dà *al debitore* e non al fidejussore; ma ciò « poco monta », dice il Ricci; « tanto basta per escluderne il carattere della gratuità ». Ciò non è sempre vero in fatto, ma secondo quanto ho esposto al n. 4 può esser vero, anzi normalmente è vero, perchè di solito il debitore procurando al creditore un fidejussore, ne ottiene per sè dei vantaggi. In questa ipotesi è essa fondata, l'opinione del Ricci? Non pare, perchè come ho chiarito più sopra, il contratto di fidejussione è diverso e distinto dagli altri rapporti con cui si coordina ed, in certo modo, autonomo: l'attore in revocatoria attacca il solo contratto di fideiussione e questo è indubbiamente gratuito. I convenuti per provare l'onerosità di questo contratto non possono opporgli *un altro* e diverso contratto, e cioè il contratto principale, neppure adducendo che la fidejussione prestatagli è entrata come *causa* in questo contratto, perchè in ogni modo essa *come causa* ha funzionato *a favore di un terzo*. Per conseguenza l'opinione del Ricci è evidentemente inattendibile.

Ma dovremo ritenere che la legge non soccorra il creditore il quale in buona fede ha prestato *a causa* della fidejussione?

Io credo che costui a sua volta potrà chiedere la risoluzione dell'obbligazione principale per mancanza di causa: e se il fideiussore fraudolento nascose al creditore le proprie condizioni, sarà tenuto *per la colpa* a garantire la riduzione delle cose *in pristinum*. Nè a ciò potranno opporsi i creditori.

5. — Riprendendo il filo della trattazione passo, ora all'analisi dell'obbligazione fidejussoria.

La lettera dell'art. 1898 ci direbbe che il fidejussore si obbliga a « soddisfare alla *stessa* obbligazione » del debitore principale. Ma l'espressione letterale (« la stessa ») è evidentemente empirica, perchè vi ha impossibilità naturale di prestare il fatto o il non fatto di un'altro, impossibilità giuridica di prestare la cosa di un altro, cosicchè ciascun di noi non può soddisfare in forma specifica se non *la propria* obbligazione, non mai l'obbligazione *di un altro*. Dobbiamo dunque intendere che colui che si costituisce fidejussore, crea *ex novo* una obbligazione a proprio carico e pagando soddisfa alla *propria* obbligazione (e non già alla obbligazione del debitore principale). Senonchè la prestazione del fidejussore ha la virtù di liberare anche costui della *sua* obbligazione verso il creditore; virtù particolare, che le è attribuita dal contratto e dalla legge (articolo 1898; 1253, n. 3), il che del resto non è senza esempio in diritto (cfr. gli art. 1251 e s.). Ciò premesso, un accurato esame dell'art. 1253 in relazione agli art. 1251 e 1258, nonchè dell'art. 1898 e soprattutto degli art. 1899 e 1931 ci avverte, che questa virtù particolare può concepirsi soltanto quando vi sia fungibilità naturale e giuridica tra l'obbietto della prestazione cui era tenuto il debitore principale, e l'obbietto della prestazione del terzo (fidejussore). Il che, secondo il nostro codice, si ha soltanto nelle obbligazioni di danaro. Il Guillaouard, 65, seguito dai Baudry Lacantinérie et Wahl, 967, ritiene che tale fungibilità si abbia anche pel grano e derrate, il cui prezzo è « regolato dai pubblici mercati », e ciò fondandosi sull'art. 1291 c.c. franc. (1287 c. nostro). Ma è molto dubbio che a questo art. possa darsi una portata così generale. Cosicchè, concludendo l'*obbligazione fidejussoria* è il *vinculum juris* per cui una persona (fidejussore) è tenuta verso un'altra (creditore) a pagare una somma di danaro, *per* una terza persona (debitore pr.), che vi è (o sarà) obbligata, pel caso che costei non paghi.

In questo senso va precisato l'art. 1898, se lo si vuol porre in accordo colle disposizioni cui serve di *protasi*.

5 *bis*. — Queste conclusioni parranno forse in contrasto con la tradizione e con la dottrina. Infatti è noto che il Tribunato respinse come erronea la primitiva proposta di redazione dell'art. 2011 c.c. franc. (1898 c. nostro) in cui, seguendo Pothier, si riconosceva che la fidejussione può accedere solo a debiti di danaro (Locré VIII, pag. 412) e le proposizioni del Tribunato si trovano tramandate di autore in

autore. Ma il Tribunato cadde o fece cadere in equivoco e, chiarito l'equivoco, si vedrà che la correzione del Tribunato non ha ragion d'essere. Il Tribunato temette che la primitiva proposta di redazione escludesse la possibilità di stipulare contratti di fidejussione a garanzia di obbligazioni principali di fare o dare una cosa certa. Ma la deduzione è erronea. Perocchè il Tribunato e, ciò che più monta, il testo del codice intendevano e intendono la fidejussione di una obbligazione di fare o dare una cosa certa, non già come obbligazione di fare o dare in luogo del debitore principale, ma come obbligazione di risarcire gli eventuali danni, se costui non li risarcisca. Onde è chiaro che anche in questo caso la fidejussione, pur accedendo ad una obbligazione di dare o fare costituisce garanzia di un debito di danaro futuro ed eventuale, e cioè garanzia dei debiti di danaro che possono per avventura nascere dall'obbligazione principale di dare o fare in seguito ad inadempimento (o anche altrimenti: per es. per fungibilità convenzionale del prezzo con la cosa). Per conseguenza non solo la definizione che limita la fidejussione a debiti di danaro non importa la esclusione, ma anzi ci dà l'esatto significato, della fidejussione d'una obbligazione di fare o dare una certa cosa.

Che lo stesso c. civ., del resto, ammetta la possibilità della fidejussione solo pei debiti (attuali o futuri od eventuali) di danaro, risulta non solo dagli art. 1251 e s., ma, a mio avviso, dallo stesso art. 1898 (a dispetto dei compilatori) poichè sarebbe inesplicabile la dizione dell'art. « alla stessa obbligazione », quando il fidejussore promettesse un proprio fatto o una propria cosa in luogo del fatto o della cosa dovuta dal debitore principale, mentre è spiegabile (se non esatta) nel caso di obbligazione di denaro, perchè una somma, in astratto può concepirsi come « la stessa » tanto se è prestata da Tizio come da Sempronio. E sono scritti nel presupposto di un debito di danaro gli art. 1907 a 1910, che dispongono per la escussione « dei beni » del debitore e così gli art. 1900, 1911 a 1914 e 1920 che presuppongono la divisibilità di diritto dell'obbligazione, e così gli art. 1915 e s., che dispongono sul regresso di somme, interessi, ecc., e così gli art. 1921 e ss., in quanto solo per obbligazioni di danaro può parlarsi di solvibilità commisurabile al patrimonio e così di seguito.

Apparentemente in contrario stanno vari testi romani (es. l. 8 § 8, l. 38, l. 42 D. *De fidej.*, 46, l.), ma io credo debbano applicarsi a questi testi le osservazioni che facevo testè sulla opinione del Tribunato, tanto più, a mio avviso, se si tenga presente la procedura ro-

mana in relazione alla quale quei testi vanno interpretati. Ma di tali discussioni non è qui la sede.

È inutile aggiungere che io non disconosco la possibilità giuridica di obbligarsi a fare se altri non faccia, a dare una certa cosa se altri non dia una certa altra cosa, ma un siffatto contratto sarebbe un contratto aleatorio *sui generis*. Ad esso non sarebbe applicabile alcuna delle regole della fidejussione e se, stipulando un siffatto contratto, le parti avessero dichiarato di voler porre in essere una fidejussione, dovrebbe ricercarsi *in fatto* se il contratto fosse nullo per errore o valido come contratto *sui generis*.

In ogni modo non sarebbe mai una fidejussione, agli effetti degli art. 1897-1931.

Quanto poi al caso in cui alcuno abbia promesso una somma se altri non dia una cosa, dovrà determinarsi *in fatto* se le parti vollero costituire una fidejussione: in questa ipotesi si avrà fidejussione, ma il fidejussore sarà tenuto solo a quel tanto di danaro cui sia tenuto il debitore principale per non aver dato la cosa (salvo il limite della somma fissata). Se poi le parti vollero costituire un contratto aleatorio *sui generis*, esso varrà come tale, ma non saranno applicabili le norme della fidejussione. Nel senso della prima ipotesi qui contemplata va spiegato Pothier (*Obbl.*, 369), che ammette esser fidejussione la promessa di pagar 2000 se altri non presti « cent muids de blé ».

Credo sostanzialmente conformi nelle conclusioni pratiche, pur variando nei ragionamenti: Aubry et Rau § 423; Guillouard 65; Baudry Lac. et Wahl 967; Pacifici *Ist.*, V, §§ 292 e 293, ecc. Parzialmente difforme Campogrande 485 a 493.

6. — L'obbligazione fidejussoria può esistere solo *in quanto* esiste l'obbligazione principale.

Se l'obbligazione principale non sussiste, non sussiste neppure l'obbligazione fidejussoria, perchè il relativo contratto mancherà assolutamente di causa (v. il n. 13 in fine) o, quanto meno, sarà affetto da una *condicio juris* impossibile. Infatti il fidejussore deve una somma pari a quella dovuta dal preteso debitore principale, ma se costui non deve niente, neppure il fidejussore dovrà alcunchè. Una applicazione dello stesso principio contiene l'art. 1900 (2013 c.c. franc.) che dispone: « La fidejussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore principale, nè essere contratta a condizioni più gravi. La fidejussione che eccede il debito o che si contrae sotto condizioni più gravi, è valida soltanto sino alla misura dell'obbligazione principale » cfr. Pothier, *Obbl.*,

375 ss., contro il dir. romano, il quale (secondo l'opinione prevalente ed oggi concorde) riteneva nulla l'obbligazione fidejussoria eccedente la principale (cfr. l. 8, § 7, D. *de fidej.*, 46, 1).

La legge nell'applicazione del principio parifica l'oggetto alle modalità, ed è giusto. Se l'obbligazione princ., è sottoposta a termine o condizione il debitore principale deve *attualmente* solo al verificarsi della condizione o allo scadere del termine e quindi solo da questo momento anche il fidejussore *può* esser *attualmente* tenuto. Lo stesso principio deve applicarsi anche a tutte le convenzioni relative al modo di esecuzione, semprechè esse abbiano un *valore* nella determinazione del contenuto economico dell'obbligazione, cosicchè essi lo aumentino o lo diminuiscano; il che sia detto pel luogo del pagamento, per la specie monetaria, pel tasso convenzionale degli interessi, ecc.

L'applicazione naturalmente non ha luogo solo nella determinazione del contenuto originario, iniziale dell'obbligazione fidejussoria, ma ha luogo altresì rispetto a tutte le modificazioni del contenuto che la obbligazione principale possa subire. Cosicchè se il contenuto di questa diminuisce o s'allevia, diminuisce o s'allevia *ipso jure* il contenuto dell'obbligazione fidejussoria; se la prima si estingue, *ipso jure* s'estingue la seconda (v. nn. 32 e 61-63).

Coerentemente va corretta in via di interpretazione la inesatta dizione dell'art. 1899 al. (1012 cc. franc.): « La fidejussione non può sussistere che per un'obbligazione valida ». La fidejussione può benissimo sussistere per una obbligazione esistente ma annullabile; senonchè sarà soggetta anche essa all'eventualità dell'annullamento e cadrà anch'essa col cadere dell'obbligazione principale (dott. e giur. concordi; cons. per tutti Laurent, XXVIII, 133 ss.).

Al principio di cui ho esposto fin qui le applicazioni il c. civ. introduce una sola eccezione nell'art. 1899 cap. (2012 c.c. franc.): « può prestarsi la fidejussione per un'obbligazione la quale possa essere annullata in forza d'un'eccezione meramente personale all'obbligato siccome nel caso della minore età ». Veramente la lettera dell'articolo non pone alcuna eccezione ai principii. Che la fidejussione possa prestarsi non v'ha dubbio: l'ho detto proprio testè. La eccezione si ha perchè la concorde interpretazione, basata sui lavori preparatorii, intende questo articolo, nel senso che, annullata l'obbligazione principale per una eccezione personale, la obbligazione fidejussoria non si estingue, ma viceversa diviene unica e principale. Il che costituisce una vera e propria anomalia nel sistema del codice (Laurent, XXVIII

136). Essa è in verità poco spiegabile; altri la spiega adducendo che l'obbligazione principale sopravvive come obbl. naturale. La spiegazione non suffraga l'assunto (v. n. 6 *ter*); « n'explique rien », scrive benissimo il Laurent (*l.c.* 141). All'art. 1899 cap., si connette, come conseguenza necessaria, l'eccezione dell'art. 1927 in fine.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere eccezioni puramente personali le eccezioni fondate sulla incapacità del debitore.

6 *bis*. — Le applicazioni che ho esposte del num. prec., sono pacifiche poichè più o meno esplicitamente stanno scritte nella legge. Bisogna per altro guardarsi da alcune altre deduzioni erronee, che trovo in qualche giudicato e anche in qualche scrittore.

Così, per es., dal principio che l'obbligazione fidejussoria non esiste se non esiste l'obbligazione principale, altri ha dedotto che colui che si è costituito fidejussore di un'obbligazione futura o futura ed eventuale, può revocare il proprio consenso fino a che non sia sorta l'obbligazione principale. Ammette tale revocabilità il Pont (II, 28), la ammettono più o meno esplicitamente (almeno in via di esempi) per la fidejussione di un'obbligazione futura ed eventuale molti altri (Laurent, XXVIII, 131 per spiegare Pothier, 399; Guillouard, 53); Baudry Lacant., et Wahl, 950; Mirabelli, 6; Campeogrande, 452). Ora sta benissimo che il sorgere dell'obbligazione fidejussoria è subordinata alla *condicio juris* che sorga l'obbligazione princ., ma io non so vedere come da ciò possa indursi *in diritto* che il consenso prestato appunto pel caso che questa *condicio juris* si verifichi, sia revocabile *ad nutum*. Fino al verificarsi di essa, colui che ha prestato fidejussione non sarà *attualmente* obbligato, ma però sarà obbligato a guisa di colui la cui obbligazione è sospesa da una condizione sospensiva, l'avverarsi della quale dipende dalla volontà della controparte e dal caso (volontà di un terzo). Parmi quindi errata *in diritto* l'opinione qui combattuta. Ammetto invece di buon grado che *in fatto* il contratto di fidejussione per un'obbligazione futura ed eventuale, per volontà delle parti, includerà di solito la clausola dello *jus poenitendi* e in questo senso, credo io, va spiegato Pothier (l. c.). Diversa è la soluzione in caso di promessa di fidejussione, su di che rinvio al n. II, in fine.

Nota a questo proposito, che la fidejussione di un'obbligazione di fare o di dare una cosa certa, secondo il mio concetto, è fidejussione d'un'obbligazione futura ed eventuale. Fino a che il debitore principale non sarà attualmente tenuto ad una prestazione in denaro,

neppure il fidejussore sarà attualmente tenuto. Esempii tipici della legge sono la fidejussione di una tutela (art. 292) ricordata anche nell'art. 1919, n. 5 o la fidejussione del « godere da buon padre di famiglia » per l'usufruttuario (art. 497).

Un altro equivoco che giova evitare, si è di ritenere imperativo l'art. 1900 al., nonchè di ritenere analogamente che l'obbligazione del fidejussore non possa *mai* sopravvivere come obbligazione principale all'annullamento della primitiva obbligazione principale, fuor dei casi dell'art. 1899 cap. Anche qui è la questione *di fatto* e non *di diritto*. Se le parti hanno voluto costituire una vera e propria fidejussione, si applicheranno gli art. 1899 e 1900, ma esse possono benissimo aver voluto creare un'obbligazione *principale* condizionata e in questo caso la loro volontà non trova nessun ostacolo nella legge (benissimo il Campogrande, 500 e 501).

6 *ter.* — *Quid* della fidejussione di un'obbligazione naturale? La questione è dibattutissima, ma non ne è qui la sede, perchè la soluzione dipende dalla teoria delle obbligazioni naturali e non dalla teoria della fidejussione. Rinvio pertanto alla *voce* opportuna.

Quanto al mio modestissimo avviso, starei quasi per dire che la questione non esiste neppure, perchè non esistono nel nostro diritto obbligazioni naturali nel significato storico del termine, e me ne appello da un lato alla dottrina del Gabba, del Giorgi, ecc., dall'altro a quella del De Crescenzo e del Simoncelli.

È vero che l'art. 1237 cap. fa *menzione* delle obbligazioni naturali, attribuendo ad esse l'effetto della *soluti retentio*, ma non vi è nessun altro testo che ne determini i casi, nè che accordi ad esse quella tutela imperfetta (ma fino ad un certo segno *positiva*) che accordava loro il dir. romano. Vi hanno due casi in cui la legge, pur negando l'esistenza di un debito esigibile, nega la *condictio indebiti* (art. 1802, 1804 e 1830); in altri casi forse dovrà negarla il giudice, perchè essa apparirebbe contro il buon costume, e quindi immeritevole della tutela giuridica (poichè secondo una autorevole opinione, il diritto non tutela la immoralità palese *in re ipsa*: arg. art. 1122). Ma mi pare una finzione inutile costruire gli uni o gli altri di questi casi attribuendoli come effetto ad una preesistente obbligazione capace di questo solo effetto. Per giustificare il testo dell'art. 1237 possiamo bensì ritenere che i compilatori abbiano voluto alludere col testo stesso agli uni o agli altri dei casi sopra ricordati e per influenze storiche si siano espressi con questa finzione dell'obbligazione naturale. Ma constatato ciò,

mi sembra inutile perpetuare nelle costruzioni teoriche questa finzione. E in ogni modo, se la vogliamo conservare, in ossequio all'art. 1237, dobbiamo riconoscere che essa non ha altri effetti giuridici che la *soluti retentio*. Non possiamo pel solo fatto che l'art. 1267 menziona il *nome* romano introdurre nel nostro c. c. l'*istituto* romano.

Checchè ne sia di ciò, a me pare, che chi vuol introdurre nel nostro diritto l'istituto, deve staccarsi dal diritto romano almeno in ciò, che l'obbligazione naturale non può essere garantita con fidejussione (Laurent, XXVIII, 141 e ss. contro: I. § 1 *de fidei.* III, 21; l. 13 D. *de cond. ind.*, 12, 6; II. 6, 16, 56, § 3 *de fidei.* 46, 1, ecc.) ostandovi gli art. 1899 (invocato anche da Campogrande, 462) e 1900. Questi articoli infatti escludono, a mio avviso (v. n. 6), che dal contratto di fidejussione d'una obbligazione naturale possa nascere azione contro il fidejussore (Aubry et Rau, § 424 e nota 5 contro Guillouard, 54 seguito da Baudry Lacant. et Wahl e da altri), cosicchè anche il fidejussore sarebbe *soltanto naturalmente* obbligato. Dovrebbe poi escludersi, a mio avviso, l'azione dell'art. 1915, perchè per questa via il debitore principale verrebbe costretto in sostanza a pagare un'obbligazione naturale contro la sua volontà; tanto è vero che gli stessi autori che ammettono la fidejussione delle obbligazioni naturali sentono il bisogno di escluderla nel caso dell'art. 1802 c. civ. (perchè poi in questo caso e non negli altri?). Anche l'obbligazione al regresso sarebbe pertanto un'obbligazione naturale.

Ma a me pare, che la stessa stranezza di tale costruzione ne implichi la condanna. In ogni modo, come ho premesso, la soluzione dipende dalle teorie delle obbligazioni naturali e non è qui il caso di insistere.

6 *quater*. — La dipendenza della obbligazione fidejussoria dalla obbligazione principale per quanto alla sua esistenza e per quanto al suo contenuto, spiega in che senso possa dirsi, come si dice comunemente, che quella è *accessoria* (nel senso di accedente), e *connessa per ragione d'obbietto* a questa (connessa cioè per la fungibilità convenzionale dell'obbietto).

7. — Determinati così i limiti che per definizione sono posti alla possibilità giuridica della fidejussione dalla sua connessione necessaria con una obbligazione principale, giova ora esaminarne la consistenza e il contenuto d. l. lato positivo.

L'obbligazione fidejussoria viene posta in essere dal contratto di fidejussione; essa pertanto esiste ed è valida in quanto esiste ed è valido il relativo contratto.

Il contenuto dell'obbligazione fidejussoria può essere determinato semplicemente indicando nel contratto la obbligazione principale, cui si vuole far accedere la fidejussione. In tal caso il fidejussore sarà tenuto verso il creditore a quanto deve o sia per dovere il debitore principale; nè importa che la stessa obbligazione principale sia determinata nel suo obbietto o semplicemente determinabile. Si intende poi che la fidejussione si estende altresì a tutte le modificazioni che l'obbligazione principale avesse a subire per colpa del debitore (dottrina concorde) e, per testuale disposto (art. 1903 = 2016, c.c. franc.), « a tutti gli accessori del debito e anche alle spese della prima domanda ed a tutte quelle posteriori alla denuncia fatta al fidejussore ».

Le parti però nel contratto di fidejussione possono apporre ulteriori determinazioni e limitazioni al contenuto dell'obbligazione fidejussoria. Questa, scrive l'art. 1900 cap. (2013 c. franc.) può costituirsi « per una parte soltanto del debito e a condizioni meno gravi » (fidejuss. *in levioerem causam*: l. 8, § 7 D. *de fidej.*, 46, 1). Il fidejussore può, per es. fissare una somma-limite oltre la quale non sarà tenuto, sebbene sia tenuto il debitore principale; può stipularsi un termine più lungo del debitore; può subordinare la propria obbligazione ad una condizione o ad un termine *intra quem*. Ma si deriva dal principio, che la prestazione del fidejussore libera il debitore in quanto il suo oggetto è fungibile coll'oggetto della prestazione, cui costui sarebbe stato obbligato (v. n. 5 e 6), si deriva, ripeto, che in questo caso la prestazione del fidejussore libera il debitore principale solo fino a concorrenza del suo ammontare effettivo. Secondochè poi l'obbligazione fidejussoria sia o meno limitata con determinazioni autonome, prende il nome di « fidejussione *limitata* » o « *illimitata* ». (v. il n. 14).

7 bis. — Il fidejussore può inoltre fornire garanzie reali della *propria* obbligazione: le garanzie forniscono al creditore un mezzo o un sussidio (privilegio) per conseguire con maggior sicurezza il pagamento, ma non aggravano la obbligazione per quanto al suo contenuto (dottrina concorde).

8. — Dal fatto stesso che la obbligazione fidejussoria viene posta in essere da un contratto distinto deriva poi che essa può modificarsi ed estinguersi anche indipendentemente dall'obbligazione principale. Ho

già accennato alle azioni di nullità, alle condizioni e al termine. Si deve aggiungere che in ordine ad essa possono formarsi nuove convenzioni tra le parti: revocazione per mutuo consenso, novazione, remissione ecc. Essa infine può estinguersi per confusione col creditore (in caso di confusione col debitore riesce assorbita piuttosto che estinta). I compilatori del codice ebbero evidentemente presenti questi modi di estinzione quando sentirono il bisogno di scrivere (art. 1925, 2034, c. franc.): « L'obbligazione che nasce dalla fidejussione si estingue per le stesse cause per cui si estinguono le altre obbligazioni ».

9. — Questa rapidissima analisi della struttura dell'*obbligazione fidejussoria* sarà completata nella parte speciale (effetti nn. 17-32; estinzione nn. 51-65). Per ora gioverà ch'io passi a dir qualche cosa del *contratto* di fidejussione. Richiamo a questo proposito quanto ho già detto ai nn. 1 e 3, e ripeto che io devo prendere in considerazione particolarmente il contratto unilaterale e gratuito, limitandomi a brevi richiami per quanto alle altre figure.

Dell'oggetto del contratto di fidejussione ho già detto nei numeri precedenti, in quanto ne è oggetto precisamente l'obbligazione fidejussoria. Mi resta a dire qualche cosa degli altri tre elementi essenziali: la capacità, il consenso e la causa.

Quanto alla capacità di prestar fidejussione gli scrittori hanno tentato di definirla con varie formule positive (ad es.: capacità di disporre, capacità di far contratti di beneficenza, ecc.: v. l'esposizione delle varie formule in Campogrande, 344 e ss.); ma io credo più opportuno seguire pedestremente il codice (art. 1105) usando una formula negativa: qualunque persona è capace di prestar fidejussione « se non è dichiarata incapace della legge ». Pothier (*Obbl.*, 387) scriveva che è capace chi ha la capacità di prestar fidejussione e questo intende il codice, scrivendo (art. 1904) che occorre la capacità « di trattare ».

« È dichiarato incapace dalla legge » il minore non emancipato (art. 224 e 379) e l'interdetto (329). Il minore emancipato e l'inabilitato sono imperfettamente capaci: il loro consenso dovrà essere integrato per quanto al primo dal curatore e dal consiglio di famiglia o di tutela, per quanto al secondo, dal curatore (cont. Campogrande, 351). Non credo si possa invocare in contrario l'art. 1052, che è d'interpretazione restrittiva. Non credo poi che il tutore sia a sua volta incapace di diritto ad obbligare il minore come fidejussore, semprechè sia autorizzato dal consiglio di famiglia con deliberazione omologata

dal Tribunale (art. 296 e 301). Si è voluto vedere un divieto legale nell'espressione degli art. 224 e 277 « amministra », ma ciò non mi pare esatto nè dal punto di vista letterale nè dal punto di vista logico, poichè non può escludersi *a priori* che possa essere nell'interesse indiretto del minore garantire un'obbligazione altrui. Ciò non si verificherà quasi mai in fatto, ma di ciò conoscerà il Tribunale (articolo 224).

La donna maritata è anche essa imperfettamente capace di prestar fidejussione e il suo consenso dovrà essere integrato dall'autorizzazione del marito o del Tribunale (art. 134 e 136), salvi i casi dell'art. 135.

Le persone giuridiche sono capaci di prestar fidejussione se ciò sia ammesso dai loro statuti, osservate le forme ivi richieste.

Sono incapaci di consentire ad una fidejussione in proprio favore solo il minore non emancipato e l'interdetto, salvo, anche per essi, il disposto dell'art. 1107. Per le persone giuridiche vale quanto più sopra. Le stesse regole può ritenersi varranno anche per la fidejussione onerosa per quanto riguarda il prestar fidejussione; non così per quanto riguarda il consentirvi contro-obbligandosi: si applicheranno in questo caso le regole generali, secondo la natura e il contenuto della contro-obbligazione

10. — E passo a dire del consenso.

Valgono le regole generali. Deve ritenersi inesatta, almeno nella forma, la massima della Cass. Torino, che « la fidejussione è atto unilaterale che vincola chi la presta indipendentemente da una formale accettazione ».

Richiamo a titolo di curiosità l'art. 1901, del resto superfluo (art. 1098, 1130 c. civ.): « Ciascuno può rendersi fidejussore senz'ordine ed eziandio senza saputa di colui pel quale si obbliga, ecc. ».

Il consenso naturalmente deve formarsi sull'obbligazione fidejussoria che si vuol porre in essere, coll'animo di porla in essere: la promessa accettata di prestar fidejussione non costituisce fidejussione (cfr. Troplong, 42; Coviello, *Contratto preliminare*, n. 34 e *passim*), ed ha, a mio avviso, effetti giuridici notevolmente diversi (contro: Guillaouard, 28, seguito da Baudry Lac. et Wahl, 927 e Campogrande, 274). Una differenza notevole si avrà. p. es., in ciò: che il promittente potrà tempestivamente e per giusti motivi rifiutarsi di prestare la fidejussione promessa e non sarà in tal caso tenuto per inadempimento. I giusti motivi andranno determinati secondo la comune in-

tenzione delle parti contraenti (art. 1131 c. civ.), gli usi e l'equità (art. 1124: esempio in Troplong, l. c.). Ciò ha importanza soprattutto in quanto la promessa di fidejussione vien prestata di solito per obbligazioni principali future ed eventuali ed i giusti motivi possono rinvenirsi spesso nel modo, tempo, circostanze in cui l'obbligazione principale, viene posta in essere (fatto del creditore). Aggiungo che in questo caso la dichiarazione unilaterale di non voler prestare la fidejussione promessa, notificata prima della costituzione dell'obbligazione principale, può spostare la base della liquidazione dei danni o talora può addirittura eliminare i danni. In questo senso va spiegata forse la opinione di varii scrittori già combattuta al n. 6 *bis*.

II. — «La fidejussione» — dispone l'art. 1902 (= 2015 c.c. franc.) — «non si presume, ma deve essere espressa e non può estendersi oltre i limiti nei quali fu contratta». La forma dell'art. è veramente infelice; però, leggendolo in buona fede, esso ci fornisce un significato abbastanza chiaro: colui che vuol provare l'esistenza di un contratto di fidejussione non deve provare semplicemente per induzione, da fatti concludenti qualsiasi, che le parti *vollero* porre in essere la fidejussione, ma deve provare che le parti *dichiararono verbis o literis* tale volontà. Diversamente la prova non è ammissibile. Con che l'art. 1902 pone dunque un requisito *per il tema e per l'ammissibilità della prova* e non per l'esistenza del contratto.

Io ho cercato invano nella dottrina una chiara espressione di questo concetto, ma esso mi sembra conforme alla genesi storica dell'art. 1902 (cons. Pothier, *Obbl.*, 402 contro il dir. rom., sul quale v. il n. 2), al concetto razionale e alla funzione propria della fidejussione. Nè esso è scevro di conseguenze pratiche. Una, intanto, importantissima è quella comunemente ammessa, che cioè è valida l'accettazione tacita, perchè chi ha accettato tacitamente, se più tardi si vale del contratto, converte la propria accettazione tacita in una accettazione espressa e l'avversario non può trarre alcuna eccezione dall'art. 1902. Analogamente: se la dichiarazione di obbligarsi come fidejussore non fu espressa, ma più tardi l'obbligato confessa o giura, il contratto deve ritenersi valido e perfetto fin dall'origine. Anzi a mio avviso, anche mancando originariamente la dichiarazione «espressa», saranno sempre ammissibili quei mezzi istruttori che tendano a *provocarla*: interrogatorio e giuramento. Quale miglior prova della esistenza della dichiarazione «espressa» che il farla emettere dinanzi al giudice stesso?

È questione *di fatto*, se una determinata dichiarazione esprima la volontà di obbligarsi o abbia un diverso contenuto (p. es. consigli, raccomandazioni, informazioni, ecc.) ed in ispecie se esprima la volontà di obbligarsi come fidejussore o una diversa volontà oppure se, anzichè esprimere una volontà, la lascia semplicemente supporre, nel qual caso non vale come dichiarazione « espressa » ai sensi dell'art. 1902. Esempi e decisioni di specie v. p. es. in Troplong, 134; Laurent, XXVIII, 153 e 154; Ricci, IX, 328; Cass. Napoli, 2 marzo '71 (*Legge*, I, 617); Cass. Firenze 9 maggio '81 (*Legge*, II, 14), ecc.

A proposito dell'art. 1902 ultima parte, si insegna tuttora, sulla traccia dei vecchi dottori, che la fidejussione « è di interpretazione restrittiva » (*strictissimi juris*). Attenendosi al testo dell'articolo giova meglio, a mio avviso, evitare questa formula priva di contenuto preciso, e dire semplicemente che alla comune intenzione delle parti contraenti (art. 1131) può attribuirsi efficacia giuridica solo nei limiti della dichiarazione: ciò che fu bensì concordemente voluto, ma non espresso *verbis* o *litteris*, gli è come se non fosse stato voluto.

Resta così quasi interamente esclusa dall'art. 1902 l'applicazione dell'art. 1135; è ribadito invece il precetto degli art. 1137 e 1138. L'art. 1124 può avere valore solo come criterio interpretativo del modo di esecuzione della volontà espressa, in quanto questa possa lasciar campo a diversa interpretazione.

12. — Quanto alla prova della dichiarazione valgono le regole generali. Si applica l'art. 1325 c. civ. (= 1326 c.c. franc.); dottrina concorde (cfr. Baudry Lac. et Wahl, 934 con dottrina e giurisprudenza; Campogrande, 292 e ss.; Cass. Roma, 27 aprile '87, *Legge*, I, 794). Quando sull'ammissibilità delle prove si applichi la legge civile e quando la commerciale, lo chiarirò al n. 14 *bis*.

13. — Dovrei ora passare a trattar della causa: preferisco richiamare almeno il ponderoso tema all'attenzione dei lettori, anzi che preterirlo come fanno i più. Ma dovrò limitarmi a poche, sommarissime, frammentarie osservazioni.

Distinguo causa *del contratto* da *causa dell'obbligazione* o *dell'accettazione contrattuale*. Quanto a quest'ultima il concetto ne è in sostanza quello stesso che la dottrina dominante ci addita e che designa col nome inesatto di « motivo ultimo »: il cosiddetto « *cur se obligavit* ». Inesatto, io dico, perchè i motivi non sono entità finite in serie o in catena, cosicchè si possa distinguere, come individuato l'« ultimo »

o il penultimo o terzultimo e via di seguito. Vero è invece, a mio avviso, che la causa, secondo il nostro diritto, consta di taluni elementi o fattori, i quali fanno sempre *necessariamente* parte integrante del complesso dei motivi, complesso che io designerò col nome collettivo di *interesse* della parte al contratto. Quali siano questi elementi o fattori lo si determina osservando che ciascuna parte è determinata al contratto da un *interesse*, alla soddisfazione del quale è *necessaria*, se non sempre *sufficiente*, una certa cooperazione della controparte, e che il contratto è il mezzo giuridico per portare tale cooperazione sotto la tutela e la garanzia del diritto. Quel tanto, quel *momento* o fattore dell'*interesse*, che trova la propria attuazione (soddisfazione) in quella cooperazione della controparte che ciascuna parte intende assicurarsi col contratto, è la *causa* della sua obbligazione contrattuale. Mi par chiaro pertanto che essa causa *può* isolarsi e delimitarsi esattamente (entro l'*interesse* di solito indeterminato) mediante una applicazione logica semplicissima. Essa *deve* isolarsi (non ostante che subbiettivamente sia *in funzione* di tutto l'*interesse*), perchè solo l'attuazione (soddisfazione) di essa dipende dalla controparte, e quindi solo ad essa deve aversi riguardo per determinare l'esistenza e la validità del contratto nei rapporti con la controparte stessa. Vedi sotto le applicazioni degli art. 1119-1122 c. civ.

Apro prima una parentesi per osservare che questa cooperazione di cui qui parlo (uso naturalmente il termine in senso lato) ha luogo anche nei contratti a titolo gratuito, non meno che in tutti gli altri. Per es.: io intendo arricchire Tizio di cento perchè egli versa in bisogno e ne ho dispiacere. Affinchè sia soddisfatto questo mio *interesse*, non basta che io offra i cento a Tizio, occorre che Tizio li accetti, sì che ne sia trasferita la proprietà; di più, occorre che Tizio accetti con la scienza e l'intenzione di non darmene un valore di cambio. Perchè il contratto serva di mezzo alla soddisfazione dell'*interesse* che mi muove, occorre pertanto che preveda e mi assicuri questa cooperazione sia pure passiva o negativa di Tizio. La *causa* per me è « arricchire Tizio di cento », perchè in ciò sta quel tanto di *interesse* che trova la propria soddisfazione nell'accettazione di Tizio senza corrispettivo = cooperazione di Tizio.

Con ciò vorrei fosse meglio chiarito che la natura e la categoria fenomenica e logica della *causa* sono le stesse in tutti i contratti; nei contratti a titolo oneroso come in quelli a titolo gratuito, in quelli reali come in quelli consensuali; verità che la dottrina dominante oscura, quando insegna che in quelli a titolo oneroso causa è il con-

seguimento della controprestazione (che in realtà è il nucleo della cooperazione della controparte) mentre in quelli a titolo gratuito è l'*animus liberalitatis*. Questo *animus* è una interpretazione presuntiva (tautologica e inconcludente) dell'atteggiamento psicologico interno dell'un contraente, ma non può certo essere un *elemento del contratto* e non è certo neppure quel « motivo ultimo », che la stessa dottrina dominante insegna costituire la causa.

Un corollario di quanto precede si è, che nei varii tipi di contratto la causa varia di natura col variare della cooperazione che ciascun tipo serve ad attuare e garantire, non solo, ma anche di estensione e di complessità, perocchè essa cooperazione può essere più o meno estesa e complessa: da un massimo nella società (cfr. art. 1689 c. civ.) scendiamo ad un minimo nella donazione pura e semplice. Le rispettive *cause di obbligazione o di accettazione* considerate nel loro rapporto combinatorio costituiscono la *causa del contratto*.

Accogliendo questi concetti, gli art. 1119 e ss. c. civ., hanno allora questo valore: che essi innalzano ad esigenza giuridica che il contratto garantisca una certa cooperazione tra le parti (nel che sta la sua funzione), e per conseguenza dichiarano che il contratto non è tutelato dal diritto se non in quanto in esso e per esso riesca *veramente e integralmente* attuabile quella cooperazione, che ciascuna parte rispettivamente intese assicurarsi (in atto o in potenza) *mediante il contratto* stesso. Per il che è richiesto *ad substantiam*: a) la formazione del consenso in ordine a *tutta* questa tal cooperazione *fra le parti* (art. 1120, 1121); b) la possibilità in fatto e in diritto (liceità) di essa (art. 1119 e 1122). Ma se questi due requisiti si sono verificati, il contratto non cadrà neppure se *posteriormente* venga meno l'interesse che determinò *una* delle parti, a contrattare semprechè la cooperazione convenuta resti *possibile*. Perocchè sarebbe dannoso alla controparte e socialmente pernicioso, che questa non potesse mai far assegnamento sulla cooperazione che intese acquisirsi col contratto e su cui ottenne effettivamente il consenso dell'altra. In questa irrevocabilità sta la funzione sociale del contratto. Cadrà invece il contratto se *anche posteriormente* l'attività promessa divenga impossibile; cadrà la sua obbligatorietà per *l'una* parte, se *l'altra* rifiuti l'attività promessa (*ex ep. inad. contr.*), perchè anche in questo caso la cooperazione convenuta diviene impossibile e così via seguitando (e ragionando).

E veniamo alla fidejussione. Distinguiamo contratto unilaterale da bilaterale e cominciamo dal primo. Dall'art. 1898, da tutto

il tit. XXI in relazione alle regole generali sui contratti, anche in confronto cogli altri contratti nominati, emerge che quando l'una parte col contratto intese obbligarsi, nei modi opportuni, *all'effetto di garantire* all'altra (senza corrispettivo) la puntuale esazione di una somma, quanta gli è dovuta dal terzo debitore, e l'altra parte intese accettare *all'effetto di essere garantita*, il contratto è perfetto quanto alla causa, e cioè non potrà più essere attaccato per mancanza di causa, semprechè naturalmente sussista l'obbligazione del terzo debitore principale. Questo concetto più o meno inconsciamente domina tutta la dottrina e tutta la giurisprudenza, se non mi inganna il lungo e diligente esame che ne ho fatto; e lo credo in realtà esatto. Or si noti che non è concepibile un mero *interesse* di garantire di per sè stante; nella mente o coscienza del fidejussore esso sarà sempre determinato o integrato da altri elementi o fattori, per es. dal desiderio, comunque nato (e coordinato a sua volta ad altri fattori), di giovare al debitore, oppure di giovare al creditore, oppure di conseguire un compenso dal debitore, oppure di giovare ai proprii interessi (es.: un creditore del fallito si costituisce fidejussore di costui di fronte agli altri creditori per far accettare un concordato che crede a sè vantaggioso). Orbene: nessuno di questi svariati elementi o fattori integranti dell'*interesse di garantire* entra a far parte della causa, che resta sempre la stessa e costante in ogni caso. Ciò si spiega agevolmente coi concetti sopra esposti; perocchè la cooperazione che può attuarsi fra le parti è *sempre e soltanto* la stessa in ogni caso (garantire il credito senza corrispettivo), e pertanto son sempre uguali e costanti quegli elementi dell'interesse di ciascuna parte, che trovano in essa cooperazione la loro soddisfazione (e costituiscono così la causa: « per garantire » — « per essere garantito » — senza corrispettivo). L'osservazione non è senza interesse per la pratica. Ecco un caso: Tizio ha prestato fidejussione perchè s'è stipulato un compenso dal debitore. Ma il contratto col debitore è nullo anzi inesistente. Forse che sarà nulla anche la fidejussione per mancanza di causa? Non lo sarà, perchè il contratto col creditore fu fatto « per garantire » e « per essere garantito ». Su questa causa così circoscritta si formò il consenso; essa è possibile e lecita e pertanto il contratto col creditore è inattaccabile da questo lato.

Con che è chiaro che nella fidejussione la causa ha la minima estensione. Ma ha pur sempre importanza logica e giuridica notevole, in quanto fissa la funzione dell'obbligazione del fidejussore in rapporto all'obbligazione garantita, rendendo necessario *ad substantiam* il

consenso su questa funzione (garantire). Anche questo non è senza interesse per la pratica. Ecco un altro caso: Tizio presta fidejussione per un debito di un tal Sempronio, ritenendo si tratti d'un Sempronio suo amico e persona danarosa. Viceversa il debito è di un altro Sempronio. Io ritengo che la fidejussione debba ritenersi nulla per mancanza di causa (errore ostativo sulla causa). Perocchè la causa della dichiarazione di Tizio di volersi obbligare era « per garantire il debito di quel tal Sempronio », il contratto come è stato concluso, non era atto a soddisfare questo suo interesse: manca di causa. E si noti che, a mio avviso, in questo caso si deve proprio ricorrere al concetto di causa, perchè non v'ha errore nè *in negotio*, nè *in corpore*, nè sulla persona colla quale si è contrattato (art. 1110).

E veniamo al contratto bilaterale di fidejussione. In questo caso il fidejussore intende *garantire* contro un compenso (del creditore). Se questo vien meno per difetto di consenso in proposito o per impossibilità della prestazione, anche il contratto o quanto meno l'obbligazione del fidejussore vien meno per mancanza di causa. Tale è l'opinione comune e si spiega ottimamente coi concetti sopra adombrati. Infatti in questo caso la cooperazione che le due parti contraenti intendono tradurre in atto è più estesa e più complessa, che non nel caso di contratto unilaterale. La natura e categoria fenomenica e logica di essa rimane la stessa ed identica; soltanto in questo caso la causa comprende un elemento o fattore di più, che nell'altro caso non comprendeva: là « per garantire », qua « per garantire *contro compenso* ». Sarebbe erroneo, a mio avviso, attribuire alla causa una categoria diversa nei due casi come dovrebbe farsi almeno in apparenza seguendo la dottrina dominante che addita come causa nell'un caso l'*animus liberalitatis*, nell'altro la controprestazione. Aggiungo che se il fidejussore stipula come controprestazione un vantaggio per il debitore, il contratto cadrà per impossibilità (mancanza di causa), se il debitore non accetta questo vantaggio.

Io credo che molte altre e feconde indagini potrebbero farsi da questo punto di vista, sì per la costruzione teorica, sì per le soluzioni pratiche in materia di fidejussione. Ma ciò non mi è concesso qui. Mi limiterò, chiudendo, a porre in luce un rapporto di solito poco esattamente determinato dagli scrittori. Il contenuto della fidejussione è *limitato* al contenuto dell'obbligazione principale (v. nn. 5 e 6) *per ragione della causa*. Non si può « garantire » se non nei limiti del debito garantito, diversamente l'obbligazione di garanzia *manca di causa* o (ciò che val lo stesso) *ha causa impossibile*.

14. — Completata così sommariamente, nelle sue linee generali, la nozione dell'obbligazione fidejussoria e del contratto di fidejussione, è necessario che rammenti alcuni atteggiamenti pratici diversi (per il contenuto) che l'una o l'altro possono assumere, perchè ad essi sogliono alludere, con dubbia opportunità, varie qualificazioni di uso corrente.

Si distingue dunque « fidejussione *limitata* » e « *illimitata* » secondochè nel contratto di fidejussione l'obbligazione fidejussoria viene o meno limitata con determinazioni autonome e indipendenti dal contratto principale (art. 1900 e 1903 c. civ.: cfr. su questa distinzione il n. 7).

Si distingue poi « fidejussione *semplice* » o « *solidale* » secondochè il fidejussore ha o meno dichiarato di obbligarsi in solido *nei riguardi del creditore*. La legge scrive che « in questo caso l'effetto della sua obbligazione si regola cogli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido » (art. 1907 in fine). Ma in realtà la solidarietà nella fidejussione non ha altro effetto che di rinuncia al beneficio di escussione (cfr. nn. 23 e 24) e a quello di divisione (cfr. nn. 29 e 30), perchè del resto, secondo la quasi concorde dottrina (contro Duranton, XVIII, 332), anche al fidejussore solidale, nei rapporti col creditore si applicheranno le regole proprie della fidejussione (v. un esempio al n. 32 *ter*). E il regresso va senza possibilità di dubbio regolato colle norme della fidejussione, e così il rilievo, che è proprio della fidejussione. Non c'è bisogno di aggiungere, che il fidejussore può rinunciare separatamente al beneficio di escussione o a quello di divisione.

Rammento, anche a questo proposito, la figura speciale del *fidejussor indemnitatis*, su cui cfr. il n. 19 in fine, e del *fidejussor fidejussoris*, su cui cfr. il n. 22 *bis*.

L'« *approbatore* » del Regolamento di contabilità dello Stato (es. art. 60 e 63) non è che un *fidejussor fidejussoris*. Un'altra distinzione suol farsi sulla base del rapporto coordinato *antecedente* alla fidejussione, per cui il debitore o futuro debitore si trova obbligato a fornire al creditore un fidejussore (cfr. i nn. 4, 15 e 16). Questa obbligazione può avere il proprio fondamento talora nella legge, talora nella sentenza del giudice, talora in una convenzione tra le parti (cfr. n. 15 in princ.). Quando la fidejussione viene prestata per un debitore obbligato dalla legge o dal giudice a fornire un fidejussore, la fidejussione prende nome secondo il nostro codice di « fidejussione *legale* » e « fidejussione *giudiziale* » (cfr. capo III del tit. XXI): terminologia

infelicissima, che ha condotto gli scrittori a designare come « fidejussione *convenzionale* » quella prestata per un debitore, obbligato per contratto a fornire un fidejussore. La fidejussione cosiddetta « legale » non differisce in nulla da quella cosiddetta « convenzionale » nè da quella che non è nè « legale » nè « giudiziale » nè « convenzionale » ma semplicemente... spontanea. E non ne differisce neppure la fidejussione cosiddetta « giudiziale », se non in ciò, che « il fidejussore giudiziale non può domandare l'escussione del debitore principale » (art. 1923, cfr. il n. 24). Se il debitore è obbligato « dalla legge o dal giudice a dare una sicurtà », il fidejussore offerto deve presentare certi requisiti di idoneità fissati dalla legge stessa (art. 1921, 1904 e 1905). In difetto il debitore, offrendolo, non assolve il suo obbligo. Si vedano su ciò i nn. 15 e 16 e il n. 4 *bis* in princ.

Ancora un'altra distinzione si fa di solito dagli scrittori tra fidejussione « semplice » o normale od ordinaria e fidejussione *donandi animo*, e si distingue fidejussione prestata *donandi animo* verso il creditore o *donandi animo* verso il debitore principale. Però noto subito che neppure questa distinzione ha tratto al contenuto della fidejussione, ma riguarda, se mai, il *rapporto tra fidejussore e debitore* principale, rapporto *coordinato* (successivo) alla fidejussione (v. il n. 4). E da questo punto di vista aggiungo anzi che di solito non v'ha ragione di distinguere da quella « semplice », la fidejussione prestata *donandi animo* verso il creditore, perchè, a mio avviso, anche in questo caso il regresso ha il suo contenuto normale (v. il n. 34). Per quanto riguarda la fidejussione *donandi animo* verso il debitore, a mio avviso, questo cosiddetto *animus* di per sè stesso è scevro di rilevanza giuridica, perchè, come ho già detto non può costituire mai un *elemento di contratto* (v. il n. 13) e in ogni modo può divenire causa *remota* di effetti giuridici solo in quanto (a guisa di interesse *remoto*) determini la parte ad un contratto gratuito *verso il beneficiando* (e a *favore suo* come contratto a favore di terzi). Ma nel caso nostro finchè il fidejussore contratta col solo creditore, l'*animus donandi* verso il debitore non può acquistare rilevanza giuridica, perchè il debitore non interviene al contratto e il fidejussore evidentemente non può regolare *col creditore* un suo rapporto o futuro rapporto *col debitore* e in specie non può rinunciare validamente *col creditore* al suo diritto al rilievo e regresso *verso il debitore*. E per conseguenza la fidejussione, anche se stipulata per l'interesse *remoto* di donare al debitore, obbligandosi a pagare per lui senza diritto a rimborso, non differirà dalla fidejussione ordinaria, neppure nei rapporti col debitore e il fidejussore *non perde-*

rà di diritto l'azione di rilievo e di regresso. Potrà invece rinunciarvi *espressamente* mediante un *contratto col debitore*, coordinato (nel senso spiegato al n. 4) o magari conglobato col contratto di fidejussione; e allora avremo una fidejussione che nel rapporto coordinato col debitore produce effetti diversi dalla fidejussione ordinaria e questa potremo distinguerla, se si vuole, col nome di fidejussione *donandi animo* (cfr. il n. 36 in rel. ai nn. 33 e 34).

Tutte queste distinzioni le ho rammentate, lo ripeto, per ragioni di terminologia. Ma una ve ne ha, che ha importanza sostanziale capitale ed è questa la distinzione tra *fidejussione civile* e *fidejussione commerciale* alla quale dedicherò il numero seguente.

14 bis. — Comincio anzi coll'osservare precisamente che è erroneo voler porre *questa* distinzione in forma terminologica chiedendosi quando la fidejussione « è civile » e quando « è commerciale », come fa la maggior parte degli scrittori. Il problema è: *quando e in quanto* la legge commerciale prevalga sulla civile nel regolare le forme e gli effetti del contratto di fidejussione e in genere le azioni, le prove, la competenza e il rito in materia di fidejussione.

Una soluzione positiva ci è data innanzi tutto dalla legge e giova tenerla presente. Si presume tenuto in solido « il fidejussore, anche non commerciante, che garantisce un'obbligazione commerciale » (art. 40 c. comm.). *A contrario*: non si presume tenuto in solido il fidejussore d'un'obbligazione non commerciale, anche se commerciante.

Salva questa regola, il contratto di fidejussione può talvolta acquistare carattere di atto obbiettivo di commercio ed esser quindi soggetto in tutto e per tutto alla legge commerciale, come, p. es., se costituisca un'operazione di banca o un'assicurazione (art. 3 c. comm.; cfr. anche il n. 3 in fine). A mio avviso però resta sempre salvo, anche in questo caso, l'art. 1900 c. civ., cosicchè non si applicherà per es., al fidejussore l'art. 41 c. comm. se esso non è applicabile anche al debitore principale. E parimente resta salvo l'art. 1902 c. civ.

Inoltre il contratto di fidejussione non è atto *essenzialmente civile* neppure se unilaterale e gratuito (come vorrebbe la dottrina e giurisprudenza francese e tedesca contro la grandissima maggioranza dei nostri scrittori e sentenze), e quindi può trovare applicazione in proposito la presunzione di cui all'art. 8 del nostro c. di comm. (v. gli autori nostri sotto citati), sempre salva, a mio avviso, quanto

agli effetti della *commercialità*, la regola sopra ricordata (art. 40 c. comm.).

Ma se un non-commerciante garantisce un'obbligazione commerciale e il contratto non è obiettivamente commerciale, la obbligazione fidejussoria sarà soggetta alla legge civile o alla legge commerciale? Su questo problema vi ha in dottrina e in giurisprudenza gran dibattito. Recentemente il Bolaffio nel suo *Comm.* (2^a ediz. n. 20) ha scritto che se la fidejussione assicura un atto di commercio obiettivo o presunto, ne assume il carattere oggettivo o presunto e va soggetta quindi non solo a quelle regole del cod. di comm. che si applicano in *materia commerciale*, ma anche a quelle proprie delle *obbligazioni commerciali*. Questa dottrina deve ritenersi per lo meno la più conforme ai bisogni della pratica e al sentimento giuridico comune. Il Vivante, che pur ha aspramente combattuta la categoria degli atti accessori del Bolaffio, finisce per riconoscere che la fidejussione di una obbligazione comm. *per ragione d'accessorietà* deve ritenersi *materia di commercio* (v. *Riv. di dir. comm.*, 1906, p. 8, e *Tratt.*, 3^a ediz., n. 33), ma non ci dice se a tale fidejussione dovremo applicare anche le regole proprie delle *obbligazioni commerciali*. Io non vedo ragione di applicare il principio *accessorium sequitur suum principale* fino a ritenere tale fidejussione *materia di commercio* e non fino a ritenerla *obbligazione commerciale*. A favore di questa opinione può citarsi se non m'inganno anche il Vidari, *Corso*, I, 37 e anche il Campogrande (135 e ss.). Quest'ultimo però parte da concetti inattendibili sulla causa. Questa opinione trova per fortuna un saldo appoggio testuale (come ha osservato il Bolaffio) nella empirica ma energica dizione dell'art. 1898 c. civ. (« *la stessa obbligazione* »).

Isolato è rimasto il tentativo del Manara, di considerare le due obbligazioni (principale e accessoria) come un unico atto (v. *Atti di comm.*, cit. sopra), argomentando poi dagli art. 54 e 870 c. comm. Oscillante ed incerta la giurisprudenza, da cui scarso lume v'è da trarre.

Per quanto agli effetti della *commercialità*, oltre alle ben note norme del c. comm. e c. proc. civ., va richiamato l'art. 1906 c. civ. (v. il n. 16).

Credo un equivoco del Campogrande ritenere che la fidejussione commerciale « si presume onerosa ».

14 *ter.* — La fidejussione può assumere *forma cambiaria* e assume allora un nome speciale ed ha, naturalmente, speciale regolamento dalla legge: (*avallo*).

II. DELL'OBBLIGAZIONE DI FORNIRE UN FIDEJUSSORE.

15. Ho detto al n. 4 come la fidejussione bene spesso abbia un antecedente storico e logico in un rapporto tra debitore (o futuro debitore) princ. e creditore (o futuro creditore), per cui quegli è tenuto a fornire a questo un fidejussore. Ed ho accennato come il c. civ. contempra anche questo rapporto nel tit. XXI del libro III.

Quest'obbligo può nascere dalla legge, nel senso che la legge impone talora a chi voglia ottenere in confronto di altre persone determinati effetti giuridici, impone, dico, di « dar sicurtà » a favore di costoro (es. art. 26, 292, 497, 516, 699, 855, 856, 975, 1431, 1469, 1510, 2045, 2104, ecc. c. civ.; art. 314, 315, 323, ecc. c. comm.). Altre volte quest'obbligo può nascere da sentenza, nel senso che la legge talora dà facoltà al giudice di imporre a chi vuol ottenere determinati effetti giuridici, di « dar cauzione » (es. art. 363, 409, 928, ecc. c. proc. civ. Cfr. art. 329 e ss. *ib.*). Ora si deve notare che « sicurtà » e « cauzione » sono una infelice traduzione di « *caution* » francese, cosicchè in tutti questi casi la legge dettando queste disposizioni, vuol designare in via principale l'obbligo di fornire un fidejussore, salvo soggiungere — quasi in via di concessione — nell'art. 1922 (notevolmente diverso dal 2041 c.c. franc.): « È in facoltà di colui che deve dare una sicurtà il dare *invece* un pegno od altra cautela che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito » (e l'art. 330 c. proc. civ. chiarisce che questa cautela può darsi anche mediante « deposito » di denaro o rendite dello Stato).

L'obbligo di fornire un fidejussore può risultare anche da convenzione. Però in questo caso deve determinarsi *in fatto* la comune intenzione delle parti, e l'art. 1922 non potrà essere invocato come criterio interpretativo, se non in via sussidiaria e in difetto di altri criterii più precisi (Ricci, IX, 324).

La legge dispone che colui che si è obbligato a fornire un fidejussore deve fornire un fidejussore idoneo e fissa quali sono i requisiti di idoneità. Se l'obbligo di fornire il fidejussore era convenzionale, l'idoneità potrà essere definita contrattualmente e solo in difetto si ricorrerà ai criterii legali di idoneità (arg. 1921 e 1904); se l'obbligo era legale o giudiziale, si applicheranno sempre i criterii legali (art. 1921).

15 *bis*. Questa idoneità da taluni è stata configurata come « capacità », ma ciò può far nascere equivoci. Poichè se il debitore pre-

senta al creditore un fidejussore che sia capace nel senso chiarito al n. 9, ma non presenti i requisiti voluti, il creditore può bensì rifiutarsi di stipulare la fidejussione con costui e di concedere al debitore i desiderati vantaggi, ma se stipula la fidejussione questa è perfettamente valida. Se egli creditore erra nel valutare l'idoneità del fidejussore o se, dopo la stipulazione della fidejussione, costui diviene idoneo (v. il n. 16 *bis*), non cade per nullità la fidejussione già prestata, si bene egli può pretendere dal debitore che gli fornisca un nuovo fidejussore, perchè quello già fornito non è sufficiente (idoneo). Egli può pretenderlo per disposizione di legge, ma non in base ad alcun vizio intrinseco del contratto di fidejussione in se stesso considerato, bensì in base alla inadempienza da parte del debitore all'obbligo di prestare un fidejussore idoneo (cfr. l'art. 1906 al. = 2020 c.c. franc.). « La regola soggiace ad eccezione nel solo caso in cui il fidejussore non sia stato dato che in forza di una convenzione colla quale il creditore ha voluto per fidejussore quella determinata persona » (art. cit. cap.).

Naturalmente la regola non si applica al caso in cui il fidejussore sia stato fornito senza che vi fosse l'obbligo di fornirlo.

16. « Il debitore obbligato a prestare sicurtà deve presentare persona capace di contrattare che possieda beni sufficienti per cautelare l'obbligazione e che abbia il suo domicilio nella Corte d'appello, in cui si deve prestare la sicurtà »; così l'art. 1904. Quanto alla capacità di contrattare v. il n. 9; quanto ai beni vedi più sotto; quanto al domicilio la legge purtroppo ha una disposizione deplorabilmente inesatta ed oscura. Che cosa vuol dire « prestare la sicurtà »? e qual'è il luogo in cui « si deve » prestarla?

Attingendo al c. francese « prestare la sicurtà » vuol dire fornire il fidejussore; ma attesochè fornire il fidejussore è l'adempimento dell'obbligazione di fornirlo, il luogo in cui lo si deve fornire è determinato dall'art. 1249 c. civ. (cfr. Baudry Lac. et Wahl, 972; Mirabelli, 15; Ricci, IX, 332, tutti aggiungendo altre argomentazioni non sempre esatte). Altri ha sostenuto lo si debba fornire nella giurisdizione in cui ha domicilio il creditore (in questo senso Pothier, 391 e ss. e Troplong, 193-194 limitatamente alla fidejussione cosiddetta convenzionale; Laurent, XXVIII, 193; Guillouard, 108; Corsi, p. 86; Campogrande, 403 e ss.) rifiutando l'argomento sopra addotto, perchè, si dice, l'art. 1249 è scritto « per favorire » il debitore, mentre l'art. 1904 è scritto « per favorire » il creditore (Campogrande, l. c.).

Ma io ritengo inesatte ambedue queste proposizioni. L'art. 1249 non è scritto « per favorire » nessuno, ma bensì per ragioni di utilità e di equità sociale (soprattutto in relazione all'inizio della mora) nell'interpretare i contratti; quanto all'art. 1904 è scritto per determinare la idoneità del fidejussore in relazione alla funzione che deve compiere la fidejussione. Ora questa funzione mi pare raggiunta se il fidejussore viene fornito nel luogo voluto dai contraenti (1249 al.) o prossimo al domicilio del debitore (1249 cap.). Infatti in questo caso il creditore troverà *la stessa* difficoltà a convenire ed escutere il fidejussore come ad escutere il debitore; ora con questo è raggiunto lo scopo (e funzione) della fidejussione. È affatto arbitrario assumere che l'articolo 1904 è scritto « per favorire » il creditore e quindi costui ha diritto di avere un fidejussore che egli possa convenire con *maggiore* facilità che non il debitore. Dove è la base testuale per accordare al creditore il diritto a questa *maggiore* facilitazione?

Agli effetti dell'art. 1904 è sufficiente il domicilio elettivo (Troplong, 199; Guillouard, 105; Corsi, p. 88; Campogrande, 399; esitanti Baudry Lac. et Wahl, 973).

« La solvenza di un fidejussore non si misura che in ragione dei suoi beni capaci di ipoteca, eccettochè si tratti di materie di commercio o il debito sia tenue. Pel fine accennato non si tien conto dei beni litigiosi nè di quelli situati a tale distanza da rendere troppo difficili gli atti esecutivi contro i medesimi »; così l'art. 1905.

La litigiosità dei beni non va determinata secondo il criterio di diritto dell'art. 1547, ma *in fatto* e in rapporto allo scopo dell'art. 1905 (dottrina concorde: Cass. Roma 11 maggio 1887, *Legge*, I, 400). La distanza va misurata dal domicilio dell'art. 1904 ed è questione *di fatto* se e quando sia eccessiva agli effetti dell'art. 1905 (dottrina concorde).

L'eccezione introdotta per le « materie di commercio » riguarda la fidejussione commerciale (Laurent, XXVIII, 189; Guillouard, 88; Baudry Lac. et Wahl, 977; Corsi, p. 84 e s.; Ricci, IX, 333; Campogrande, 371 e s.) e non già la fidejussione prestata da un commerciante (in questo senso Troplong, 205; Galdi, 57). La disposizione della legge sarà più o meno opportuna (cfr. Campogrande, 372 contro Laurent, XXVIII, 189), ma il testo « ne laisse guère de doute ». Quanto alla eccezione pei debiti « tenui » non può precisarsi: è questione *di fatto* se un debito sia tenue ed è apprezzamento *di fatto*, abbandonato al giudice, se rispetto al debito « tenue » il fidejussore presentato appaia solvibile (Laurent, l. c.; Guillouard, l. c., ecc.).

16 bis. È da notare che per comune e quasi concorde interpretazione, la non solvenza dell'art. 1906 deve esser intesa nel senso di deficienza di uno qualsiasi dei sopra ricordati requisiti di *idoneità* (cfr. per tutti Laurent, XXVIII, 198; Aubry et Rau, IV, § 425 contro Troplong, 200).

III. DELL'OBBLIGAZIONE FIDEJUSSORIA IN PARTICOLARE.

AZIONI ED ECCEZIONI TRA CREDITORE E FIDEJUSSORE.

17. Per definizione il pagamento del fidejussore libera il debitore principale, art. 1898, 1238 c. civ. (nn. 1, 5, 6). Il creditore non può rifiutare tale pagamento, art. 1238, 1259 e s. (salvo, naturalmente, il disposto dell'art. 1075). Può legittimamente richiederlo *dal momento e nei modi*, in cui potrebbe richiederlo al debitore principale (salvo, naturalmente, eventuali patti in contrario: v. n. 19).

Su questo punto gioverà qualche chiarimento.

Intanto è ormai pacifico che a legittimare l'azione contro il fidejussore non è necessaria la previa escussione del debitore princ. (per tutti, Laurent, XXVIII, 203 contro Duranton, XVIII, 331): l'art. 1907 (2011 c.c. franc.) è diretto solo a chiarire il beneficio di escussione di cui all'art. 1908 (2012 c. c. franc.) e dai due artt. combinati devesi ragionare *a contrario*: v. sull'argomento i nn. 23 e ss. quanto alla l. 116 D. *de v. o.*, 45, a torto invocata in questo argomento v. il n. 19.

La dottrina quasi concordemente insegna non esser neppur necessaria la previa costituzione in mora del debitore (Aubry et Rau, IV, § 426; Laurent XXVIII, 203; Guillouard, 117; Baudry Lac. et Wahl, 1023; Galdi, 67; Corsi, p. 96). Tale soluzione è esatta per quanto ai crediti esigibili al domicilio del creditore. Infatti la *condicio juris* che affetta l'obbligazione del fidejussore (« qualora il debitore non vi soddisfaccia », art. 1898) è verificata dal momento in cui il credito è esigibile e non soddisfatto (art. 1173 e 1223 c. civ.) e il creditore potrà costituire in mora, ove occorra (art. 1223), il debitore o il fidejussore a sua scelta (in specie per le obbligazioni che importano la necessità di un termine da fissarsi dall'aut. giudiz. v. il n. 18 bis; sulla decorrenza degli interessi moratori vedi il n. 18 ter).

Ma la soluzione mi sembra meno sicura nel caso che il credito sia esigibile al domicilio del debitore e il fidejussore non sia obbligato in solido. In questo caso infatti, a voler essere esatti, non si può dire che il debitore « non soddisfaccia » alla sua obbligazione, se non dal

momento in cui il creditore si sia presentato invano al suo domicilio per esigere (cfr. Mirabelli, 16, il quale però non trae dall'osservazione le conseguenze logiche che dovrebbero trarsene e cioè la improponibilità dell'azione contro il fidejussore, prima della messa in mora del debitore). Si può rispondere che colla costituzione della fidejussione il creditore acquista il diritto di richiedere il pagamento o al debitore o al fidejussore a partire dal momento in cui il credito è esigibile, e che la *condicio juris* dell'art. 1898 (« qualora il debitore non vi soddisfaccia ») è verificata pel solo fatto che il credito non sia stato pagato? Ridotta la questione in questi termini, essa si risolve in una divergenza di concetto sulla struttura e funzione della fidejussione, a risolver la quale la legge a mio avviso non fornisce alcun indizio. Si dovrebbe attingere alla funzione economica della fidejussione, alla tradizione, alle comuni convinzioni in proposito; ma non pare che tali indagini siano state fatte. L'opinione dominante, come ho detto, non richiede la previa messa in mora del debitore (v. autori sopra citati).

18. Ma se il credito non è liquido, potrà il creditore convenire il fidejussore per la liquidazione e la condanna o dovrà prima liquidare in confronto del debitore principale e poi agire, se crede, contro il fidejussore per il pagamento? La dottrina sembra non conoscere tale questione, che pure è tutt'altro che scevra di dubbi, almeno in dipendenza dei dispareri che vi sono sull'efficacia del giudicato (sul che v. il n. 64) e sull'obbligo del fidejussore convenuto d'avvertire il debitore principale (v. n. 39). Io, coerentemente all'opinione che accetto su questi due punti (v. i citati nn.) e ai concetti sopra esposti al n. prec., ritengo che il creditore potrà liquidare in confronto del fidejussore, senza che costui possa opporgli l'improponibilità dell'azione di liquidazione (salvo, naturalmente, opporre invece il beneficio di escussione, se del caso). Infatti accettando le opinioni che io accetto, non si può obbiettare che il fidejussore non è *legittimo contraddittore* in sede di liquidazione. Perocchè se il giudicato tra creditore e fidejussore non fa stato pel debitore principale (n. 64), ma spiega la sua efficacia solo nei limiti dell'interesse del fidejussore (n. cit.), in questi limiti il fidejussore è il vero e solo legittimo contraddittore. Nè per conseguenza il debitore principale può direttamente avere danno da tale giudicato. Non potrà d'altra parte averne danno indirettamente, per effetto del regresso, perchè il fidejussore convenuto ha l'obbligo di avvertirlo (v. n. 39). Che se non lo avverta, egli potrà

opporre al regresso le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore (v. n. 39); che se il fidejussore lo avverta ed egli non intervenga in giudizio o non provveda alla sua difesa *imputet sibi* se ne risente danno (v. n. cit.). E in ogni modo anche in questa ipotesi il fidejussore ha l'*obbligo* di opporre al creditore le eccezioni spettanti a lui debitore, che egli fidejussore non ignora o non può ignorare senza colpa (v. n. 39), pena la elisione del regresso.

18 *bis*. Analoga, per le stesse considerazioni, deve esser la soluzione, nel caso che l'obbligazione principale non abbia termine, ma importi la necessità di un termine da fissarsi dall'autorità giudiziaria. Il creditore potrà convenire il fidejussore, salvo a costui di opporre la istanza per la fissazione del termine.

18 *ter*. Quanto alla decorrenza degli interessi (art. 1223 u.c.), io credo che la costituzione in mora del debitore principale nuoce al fidejussore se con fidejussione illimitata, non se con fidejussione limitata; la costituzione in mora del fidejussore non nuoce al debitore principale (si applicano i ragionamenti di cui al n. 64), ma costui sarà tenuto a rimborsarne in via di regresso il fidejussore che sia stato costretto a pagarli, purchè esso abbia avvertito (v. il n. 39).

19. Naturalmente tutte queste soluzioni valgono pel caso che l'azione contro il fidejussore (e cioè la sua obbligazione) non sia stata sottoposta contrattualmente a particolari requisiti e modalità, poichè in tal caso deve rispettarsi il contratto (art. 1123 c. civ.), e se il creditore non vi si uniforma, il fidejussore potrà opporgli le relative eccezioni. Esempi: termine, condizione, ecc.; v. il n. 7, 21 e 22. Sul termine alcune osservazioni importanti al n. seguente.

Un caso speciale di questo genere è il caso del *fideiussor indemnificatus*, al quale unicamente è da applicarsi la l. 116 D. *de v. o.* 45, 1 (cfr. l. 16, § 6 e ll. 52 e 63 D. *de fidej.* 46, 1), *Ulpianus ad S.*, 4. *Quaest.*: « Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses si a Maevio stipularis... Paulus notat: ... nec Maevius pendente stipulationis condictione, recte potest conveniri; a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur ».

20. E qui torna opportuno ch'io faccia cenno di una elegante questione che sorge a proposito del termine, in relazione al disposto dell'art. 1176.

Se il fidejussore diviene insolvente prima della scadenza del debito principale *quid juris?*

Se il creditore ne aveva ottenuto garanzie ipotecarie, egli sarà collocato sul prezzo.

Se il fidejussore era commerciante e fallisca, il creditore potrà proporre il suo credito e concorrere al riparto (arg. art. 788 c. comm.; cfr. Cuzzi, *Comm.*, n. 562). Ma se il fidejussore non era commerciante e il creditore non ne aveva avute garanzie ipotecarie, questo non potrà intervenire nè opporsi come chirografario nelle procedure esecutive iniziate contro di lui, perchè la obbligazione del fidejussore oltre che dal termine è affetta da una *condicio juris*: che cioè il debito principale sia esigibile e non soddisfatto. Ora se l'insolvenza del fidejussore affranca e purifica il suo debito da quella prima modalità (termine, art. 1176), non può dirsi altrettanto di questa seconda.

Viceversa se differisce il termine dell'obbligazione principale da quello della fidejussione e se il fidejussore diviene insolvente prima della scadenza del termine apposto alla sua propria obbligazione, ma dopo la scadenza del termine apposto all'obbligazione principale, il creditore potrà agire e intervenire come chirografario in ogni procedura esecutiva.

Quid dell'obbligazione del fidejussore, se il debitore principale diviene insolvente prima della scadenza del termine?

Il fidejussore non perde il beneficio del termine, perocchè questo affetta la *sua* obbligazione ed egli può opporlo *jure proprio* al creditore. Allo stesso modo che non può fargli perdere questo suo diritto al termine, la rinuncia del debitore principale, non può farglielo perdere la circostanza che costui ne decada (Demolombe, XXV, 707; Guillaud, 118; Baudry Lac. et Wahl, 1014; Campogrande, 522, contro Aubry et Rau, IV, § 303). Si applicano a questo proposito i ragionamenti che avrò occasione di svolgere al n. 32 e 32 *bis*.

Però in questo caso il creditore potrà agire subito contro il debitore principale, e il fidejussore alla scadenza del termine sarà tenuto solo per la parte che il creditore non abbia potuto esigere dal debitore. Ma il creditore non è *obligato* ad agire. Ora se non agisce, ciò può tornare di danno al fidejussore, perchè probabilmente, ritardando, non si potrà ottenere più nulla dal debitore principale divenuto insolvente e il fidejussore, costretto a pagare, perderà ogni cosa.

La legge ha tutelato in questo caso il fidejussore accordandogli di agire subito egli stesso contro il debitore *se non agisce il creditore*,

per ottenere o la liberazione, o una indennità anticipata, o garanzie (art. 1919, n. 2, v. i nn. 45 e s.).

Va ricordato infine l'art. 788 c. comm.: « Il creditore possessore di obbligazioni sottoscritte, girate o garantite in solido dal fallito e da altri coobbligati che fossero in istato di fallimento partecipa alle ripartizioni in tutte le masse e vi è compreso per il valore nominale del suo credito sino all'intero pagamento ».

21. Lo studio degli effetti dell'obbligazione del fidejussore ci ha già portato fin da principio, per necessità di cose, allo studio della natura e dei requisiti dell'azione del creditore contro di lui. Analogamente: una ulteriore analisi del rapporto tra creditore e fidejussore non può agevolmente e chiaramente compiersi, se non studiando, dal punto di vista del diritto sostanziale, il giudizio, cui può dar luogo l'azione del creditore. Perocchè, a mio avviso, solo in questa fase di *dinamismo* tale rapporto disvela in piena luce tutti i suoi elementi.

Il fidejussore convenuto dal creditore pel pagamento potrà opporgli vari ordini di difese:

1) potrà opporgli innanzi tutto le eccezioni relative al contratto di fidejussione, come contratto autonomo;

2) potrà, se non ne è escluso, fare istanza per la preventiva escussione del debitore principale, e, se vi sono più fidejussori, far istanza per la divisione;

3) potrà opporgli le eccezioni inerenti al debito principale.

Egli potrà inoltre chiamare in garanzia il debitore principale, il che però nei rapporti col creditore non gli servirà come difesa, ma come semplice spediente dilatorio. Per quanto alla chiamata e all'intervento in causa, rinvio per tutti a Mattiolo, *Tratt.* (5^a ediz.), III, nn. 775 a 790, 797, 799, 813.

Degli altri tre ordini di eccezioni dirò più partitamente.

22. Per quanto al primo ordine di difese, non giovami trattarne ora. Esso raccoglie infatti due categorie di eccezioni: le une rampollanti dalle clausole apposte al contratto di fidejussione come contratto autonomo, delle quali ho già avuto occasione di dire ai nn. 7 e 19, le altre fondate sulla nullità od estinzione del contratto stesso, per le quali rinvio ai nn. 51 e 52 e ss., là dove dovrò trattare precisamente dell'estinzione, chè il dirne ora sarebbe prematuro e inopportuno.

E passo senz'altro al secondo ordine di difese.

23. Come ho già accennato (n. 21), la legge dispone, art. 1908, che il fidejussore convenuto può (salvi i casi di cui al n. 24) « nei primi atti della causa » far « istanza » affinché il creditore escuta preventivamente il debitore principale, indicandogli i beni del debitore principale e anticipando le spese (articolo 1909). Di questi requisiti dell'« istanza » dirò ai nn. 26 e ss. Intanto gioverà determinare la natura e figura giuridica di questa istanza, poichè, se non m'inganno, la dottrina non ce ne ha fornito finora colla desiderabile chiarezza la costruzione.

Io noto che l'« istanza » tende a *porre in essere* una limitazione ai diritti del creditore che *prima* non esisteva, se non in potenza (e cioè come diritto del fidejussore di proporre l'istanza). Infatti la domanda del creditore contro il fidejussore è legittimamente proposta senza la previa escussione (v. n. 17); ma se il fidejussore convenuto fa « istanza » per la escussione, coi voluti requisiti, la domanda del creditore *deve* viceversa esser dichiarata non proseguibile. Nè essa sarà più proponibile, negli stessi termini. Il creditore potrà agire nuovamente soltanto provando la previa escussione, e soltanto per quel tanto che, malgrado l'escussione e senza sua colpa (v. n. 20), sia rimasto insoluto.

Esaminando sottilmente questi risultati si scorge, che con la proposizione giudiziale dell'istanza di escussione munita dei voluti requisiti, i diritti del creditore di fronte al fidejussore *mutano* di contenuto e di estensione. Ed è appunto un effetto riflesso di questo mutamento e di questa limitazione, se il giudizio già iniziato cade. Perocchè in relazione al nuovo e più limitato contenuto dei diritti del creditore la istanza già promossa non appare più legittimata.

La istanza, in quanto *pone in essere* una modificazione dei diritti del creditore che prima esisteva solo *in potenza*, ha carattere di vera e propria domanda nuova, la quale solo indirettamente importa e trae seco la improcedibilità del giudizio principale.

Chi riconosce accanto alle categorie tradizionali dei diritti reali e personali la nuova categoria dei diritti potestativi (diritti del potere giuridico), deve riconoscere nel diritto di proporre l'istanza per la escussione, precisamente un diritto potestativo e per riflesso, nella sentenza che la accoglie, una sentenza costitutiva.

Chi rifiuta la nuova categoria, deve riconoscere in questo diritto del fidejussore di proporre l'istanza un diritto personale che *si esercita* colla proposizione della istanza giudiziale e trova soddisfazione

nella sentenza che, riconoscendo e dichiarando tale diritto, *attu*a la limitazione o trasformazione del diritto del creditore.

Discende dalle cose dette, che il fidejussore può non proporre l'istanza e cioè non esercitare il suo diritto; può rinunziarvi anche preventivamente per contratto (art. 1907). Se intende esercitarlo, la legge, nell'interesse del creditore, gli impone di esercitarlo proponendo l'« istanza » nei « primi atti della causa » (art. 1608). Ma se la proporrà tardivamente, essa sarà rigettata soltanto sopra analoga istanza del creditore.

Tale diritto del fidejussore conserva il nome di *beneficio* (beneficio di escussione: cfr. l'art. 1907); terminologia che ha scarsa ragion d'essere... a meno che non serva ad indicare la discutibile opportunità della disposizione, che la consacra.

È di origine giustiniana: si consulti la *Nov.* IV, capo I.

23 *bis*. Discende dalla natura stessa della istanza per la escussione, che in merito ad essa si debba istituire e svolgere un vero e proprio giudizio, che darà luogo alla sentenza costitutiva o dichiarativa dell'obbligo della escussione. Il magistrato dovrà verificare, sul contraddittorio della parte, se il fidejussore ha veste per proporre l'istanza, se la propone tempestivamente, se la correda dei voluti requisiti.

Su ciascuno di questi punti gioverà qualche breve chiarimento.

24. Non ogni fidejussore è ammesso a proporre l'istanza o la eccezione d'escussione; non è ammesso a proporla il fidejussore cosiddetto giudiziale (art. 1923), non il fidejussore che vi ha rinunciato o che si è « obbligato in solido » (art. 1907). Si presume obbligato in solido il fidejussore di un'obbligazione commerciale (art. 40 c. comm.; cfr. n. 14 *bis*).

Altre eccezioni al cosiddetto beneficio non vi sono. Qualcuno volle escludere il fidejussore cosiddetto legale, ma il testo dell'art. 1923 è tassativo. Altri vuol escluderne il fidejussore *quando* il debitore principale è insolubile, ma qui non vi ha esclusione di diritto, ma *impossibilità di fatto* di proporre *validamente* l'eccezione (impossibilità dell'indicazione dei beni: v. n. 26).

24 *bis*. La legge ha una disposizione speciale pel fidejussore del fidejussore, la quale è dubbio se riguardi o meno il beneficio di escussione. Scrive la legge che il fidejussore del fidejussore « non è obbli-

gato verso il creditore se non nel caso in cui il debitore principale e tutti i fidejussori sieno non solventi o sieno liberati per mezzo di eccezioni personali»: art. 1914 (mancante nel c.c. franc., apparso solo nel cod. sardo). Altri interpreta (Campogrande, 585), che il fidejussore del fidejussore, convenuto, possa opporre al creditore la « eccezione di escussione » nei riguardi sia del fidejussore che del debitore principale e degli altri fidejussori; altri ancora interpreta (Mirabelli, 21): che il fidejussore del fidejussore possa eccepire invece la *improporzionalità dell'azione*, fino a che il creditore non offra egli stesso agendo, la prova della insolvenza o liberazione del debitore principale e dei fidejussori. La soluzione è veramente dubbia. Il testo è in questo secondo senso, ma si potrebbe obiettare che data l'infelice redazione di tutto questo titolo del codice e in ispecie del corrispondente art. 1907 e la diversa derivazione del testo degli articoli (l'uno francese, l'altro sardo), la lettera della legge non è decisiva, mentre sta per primo senso il confronto coll'art. 1924 (v. sotto).

Checchè ne sia, è certo invece che deve respingersi la costruzione del Ricci (IX, 352), il quale concepisce il fidejussore del fidejussore come un fidejussore delle eventuali obbligazioni del debitore verso il fidejussore principale e cioè in altri termini come un fidejussore del regresso e del rilievo a favore di costui. L'azione del creditore contro tale fidejussore del fidejussore (che viceversa sarebbe fidejussore del debitore verso il fidejussore principale) a termini dell'art. 1914 sarebbe un caso di surrogazione (articolo 1234). Tale costruzione, che non corrisponde menomamente al testo della legge nè al significato naturale e storico di « fidejussore del fidejussore », è sbagliata, perchè se il fidejussore è « non solvente o liberato » (art. 1914), egli non ha nè regresso, nè rilievo: e allora come è possibile la surrogazione?

25. Come ho già accennato, l'istanza per la escussione del debitore è accoglibile solo se proposta « nei primi atti della causa »: art. 1907. Con tale precetto evidentemente la legge non esige che la istanza sia proposta *prima di ogni altra difesa*: si cfr. la dizione dell'art. 1907 con quella degli articoli 190 e 340 c. proc. civ. È dunque certo intanto che le eccezioni per cui la legge usa questa più severa prescrizione avranno legittimamente la precedenza. Ma le altre eccezioni? Insegnano di solito gli autori che l'istanza di escussione è opponibile fino a che il fidejussore non ha compiuto in giudizio atti idonei a far presumere la rinuncia all'istanza (dottrina quasi concorde: cfr. per tutti Laurent, XXVIII, 211; Baudry Lac. et Wahl, n. 1043;

Galdi, 80, ecc.) ed è *quaestio facti* il determinarlo. La formula sta bene, ma se ne è abusato. Convengo che il fidejussore potrà proporre prima la inesistenza o nullità del contratto di fidejussione, perchè la proposizione dell'istanza per l'escussione potrebbe far presumere la rinuncia a queste eccezioni, in quanto l'istanza presuppone la esistenza e validità del contratto stesso. Ma ritengo al contrario, che non possa proporre *prima* le eccezioni inerenti all'obbligazione principale, perchè egli deve ritenere che queste saranno opposte dal debitore principale, e il non opporle lui stesso non mi pare che possa valer rinuncia al beneficio. In ogni modo credo non possa *mai* proporre la istanza di escussione in grado d'appello (cfr. Baudry Lac. et Wahl, 1044, contro Campogrande, 552). Non vale l'addurre che spetta al giudice pronunciare se vi fu o meno tacita rinuncia del fidejussore e che non possono fissarsi regole *a priori* (Campogrande, *ib.*); la verità è, che la legge stessa ha dichiarato che vale rinuncia il non aver proposto l'istanza « nei primi atti » e l'arbitrio del giudice deve ritenersi vincolato e limitato da questo precetto.

26. « Il fidejussore che fa istanza per la escussione deve indicare al creditore i beni del debitore principale... Non si tien conto dell'indicazione di beni del debitore principale situati fuori della giurisdizione della corte d'appello in cui si deve fare il pagamento o di beni litigiosi o di beni già ipotecati per cautela del debito, i quali non siano più in potere del debitore »: art. 1909. Si ritiene che possono essere indicati anche beni mobili (dottrina concorde), anche insufficienti a coprire tutto il credito (dottrina concorde). Possono farsi indicazioni successive di beni che non fossero in proprietà del debitore all'atto della prima indicazione o che il fidejussore ignorasse senza colpa (dottrina prevalente: cfr. per tutti Guillouard, 134; Baudry Lac. et Wahl, 1031, ecc.). Giova poi notare che alla espressione « beni litigiosi » deve darsi una interpretazione molto lata, considerando tali tutti i beni sui quali terze persone vantino pretese siffatte da rendere certamente o verosimilmente lunga, complicata, difficile, punto o poco fruttuosa l'escussione (cfr. per tutti: Campogrande, 564). Questa interpretazione si appoggia ai lavori preparatori (cfr. Laurent, XXVIII, 215) e alla ragione della legge e, a mio avviso, trova conforto *a fortiori* in ciò: che nello stesso art. 1909 la legge volle esclusi dall'indicazione anche i beni semplicemente lontani dal luogo del pagamento. Così giustamente si vollero esclusi dall'indicazione, per es. i beni indivisi e i beni gravati da eccessive iscrizioni ipotecarie

(cfr. su questo punto Guillouard, 136; Baudry Lac. et Wahl, 1033 con giurispr. francese; Campogrande, 565; contro App. Genova 9 ottobre 83, *Mon. trib.*, 1883, 894).

26 bis. Il fidejussore che ha garantito uno tra più debitori in solido, può esigere solo l'escussione del debitore da lui garantito e per conseguenza indicare solo i beni di costui (per tutti, Laurent, XXVIII, 216 seguito da Guillouard, Baudry Lac. et Wahl, Campogrande, ecc. contro Pothier, 413).

27. Il fidejussore che fa istanza per la escussione, deve altresì anticipare le spese occorrenti per la escussione: art. 1909. Sull'ammontare e sulle modalità del pagamento o deposito delle somme deciderà, in caso di contestazione, l'autorità giudiziaria (dottrina concordata). Non è necessario che l'offerta delle spese sia contemporanea alla istanza; può farsi in via di replica contro la eccezione del creditore (App. Roma 17 giugno '98, *Tem. rom.*, 1898, 366; dottrina prevalente, cfr. per tutti Campogrande, 575).

28. Degli effetti della sentenza che accoglie la istanza del fidejussore, ho detto implicitamente al n. 23. A chiarimento e complemento gioverà riportare testualmente l'art. 1910: « Qualora il fidejussore abbia fatta l'indicazione dei beni... e... somministrate le spese... il creditore è responsabile verso il fidejussore fino alla concorrenza dei beni indicati a cagione della non solvenza del debitore principale sopraggiunta per essersi da lui differito il procedimento giudiziale ». La responsabilità sancita da questo articolo è responsabilità per colpa, onde spetta al fidejussore che ne vuol derivare ragioni, provare la colpa e il danno (Guillouard, 143 seguito da Baudry Lac. et Wahl, 1093 e Campogrande, 580). Si ritiene che il creditore, il quale ha ottenuto delle ipoteche dal debitore, non sia esonerato per l'articolo 2080 dall'escutere i beni non ipotecati indicatigli dal fidejussore (Campogrande, 581 e autori citati).

29. Detto così del « beneficio di escussione », proseguendo ora nell'esposizione delle difese che il fidejussore può opporre al creditore, giovami dire subito del « beneficio di divisione », che per la costruzione giuridica presenta analogie col precedente. « Se più persone hanno fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito ciascuna di esse rimane obbligata per l'intero debito » (art. 1911); però ciascuna di esse, convenuta dal creditore per l'intero, « può

esigere che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuna » (art. 1912).

Anche in questo caso la istanza per la divisione pone in essere una limitazione dei diritti del creditore, che prima esisteva soltanto in potenza come diritto di proporla l'istanza: diritto potestativo o virtuale, il cui esercizio giudiziale dà luogo ad una sentenza costitutiva nel senso chiarito al n. 23. Senonchè in questo caso la limitazione dei diritti del creditore posta in essere con la istanza e relativa sentenza, è puramente quantitativa ed è attuale e definitiva; essa cioè riduce a più ristretti limiti la somma che il creditore può esigere. Ma entro questi limiti essa non intacca il fondamento nè la legittimità attuale della domanda: questa infatti può essere proseguita e, in questi limiti, ottenere soddisfazione nello stesso giudizio. Cosicchè la istanza per la divisione ha effetto (e in ciò si differenzia per struttura dalla istanza per l'escussione) parzialmente perentorio del merito, non ha effetto dilatorio sul giudizio.

Anche questo diritto del fidejussore porta il nome di beneficio (art. 1912). Esso ripete le sue origini dal diritto classico che presenta però singolari peculiarità: si consulti *Gai, Inst.*, III, 121-123; § 4 *I. de fidej.* III, XXI; II., 10, 12, 51, 52 *D. h. t.* 46, 1; l. 16 *c. h. t.*, 8, 41, ecc.

30. Quanto ai requisiti o presupposti dell'istanza poco ha vi osservare. Essa può essere opposta da qualunque fidejussore non vi abbia rinunciato, anche dal fidejussore giudiziale (dottrina concorde: Campogrande, 615). Può rinunciarvisi per contratto: vale rinuncia l'obbligarsi in solido (dottrina concorde contro la l. 3 *C. de fidej.*, 8, 41). Ma la istanza può proporsi da chi non v'abbia rinunciato, in ogni stato e grado della causa (dottrina concorde); non contro una sentenza passata in giudicato; che se il creditore procede in virtù di titolo esecutivo, può proporsi fino alla distribuzione o graduazione (Campogrande, 607 e autori cit.).

31. La divisione può aver luogo solo tra fidejussori di pari grado (esclusi i fidejussori dei fidejussori: dottrina concorde) per lo stesso debito (non tra fidejussori di diversi debitori solidali: l. 51, § 2, *D. de fidej. et m.* 46, 1; dottrina quasi concorde: cfr. per tutti Laurent, XXVIII, 229 contro Troplong, 306); poco importa se essi si siano obbligati congiuntamente o separatamente.

« Se alcuni fidejussori erano non solventi nel tempo in cui uno dei fidejussori ha ottenuto la divisione, questo è obbligato in proporzione

per tale non solvenza, ma non può essere più molestato per causa della non solvenza sopravvenuta dopo la divisione », art. 1912. « Se il creditore ha diviso egli stesso volontariamente la sua azione, non può recedere dalla fatta divisione, quantunque prima del tempo in cui ha dato il consenso per tale divisione vi fossero dei fidejussori non solventi », art. 1913. Se *dopo* la divisione si constati che alcuno dei fidejussori già *prima* di essa era non solvente, il creditore potrà rivolgersi contro i confidejussori per *rettificare* la divisione (Campo-grande, 629); parimente lo potrà se dopo la divisione la obbligazione di alcuno dei fidejussori venga annullata (dottrina concorde; per tutti Baudry Lac. et Wahl, 1058), e così pure se la fidejussione di qualcuno era condizionale e non si verifichi la condizione sospensiva o si verifichi la risolutiva. La non solvenza in materia civile è *res facti*, per cui la legge non dà criterii, per quanto più volte vi si richiami (es. art. 1275); non è qui la sede per trattarne: v. le voci. Si ricordi solo che in questo caso speciale « si quaeretur an solvendus sit principalis fidejussor etiam vires sequentis fidejussoris adgregandae sunt » (l. 27, § 2 D. *de fidej.*, 46, l.; Guillouard, 156).

31 *bis*. Occorre appena di aggiungere che ciascun fidejussore il quale, convenuto, chiede la divisione, la chiede nei limiti del *proprio* interesse e cioè affinché il creditore riduca la sua azione *contro di* lui alla quota. Ma ciò non toglie che il creditore stesso possa poi proporre l'azione per tutto il residuo contro qualsiasi altro fidejussore (anche se i fidejussori erano più di due), salvo a costui di opporre a sua volta, se crede, l'istanza per la divisione *nel proprio interesse*. La divisione in altri termini ha effetto solo tra le parti in giudizio, appunto come il giudicato che la consacra (Baudry Lac. et Wahl, 1062).

32. Detto così, brevissimamente, anche del così detto beneficio di divisione, mi resta a dire per chiudere il presente capitolo, dell'ultimo ordine di difese, che il fidejussore convenuto può opporre al creditore.

Dice la legge, che egli può opporre « tutte le eccezioni che spettano al debitore principale e che sono inerenti al debito », art. 1927 (art. 2036 C. C. franc.; conf. il dir. rom.: l. 19, D. *de exc.* 4, 1, ecc.). Gioverà in proposito un pò d'analisi.

Ho chiarito più a dietro (n. 6) come la esistenza e validità del rapporto principale sia presupposto della esistenza e validità del rap-

porto fidejussorio. Discende di là la necessità che il fidejussore sia ammesso a contestare la esistenza e validità del rapporto principale in confronto del creditore, poichè il suo diritto di contestare la esistenza o validità della *propria* obbligazione comprende necessariamente il diritto di contestare tale presupposto.

Le eccezioni o difese opponibili per l'art. 1927 vanno dunque annoverate, insieme a quelle di cui ho parlato al n. 22, in una stessa categoria, in quanto che colle une e colle altre il fidejussore fa valere e tutela lo stesso *suo proprio* interesse.

Queste si distinguono da quelle in quanto traggono la origine *di fatto* da diversi rapporti: queste dal rapporto principale, quelle dal fidejussorio; le une sono opponibili solo dal fidejussore, le altre sì da costui che dal debitore (ma da ciascuno nel *proprio* interesse).

Io ho distinto e staccate nell'esposizione queste da quelle perchè, a mio avviso, quelle possono essere proposte prima della istanza per l'escussione, non così queste.

32 bis. Discendono dalle cose dette due corollarii: l'uno che il giudicato sul rapporto principale ottenuto in confronto del debitore non fa stato pel fidejussore e viceversa, e questo lo svolgerò più oltre (v. n. 64); l'altro, pacifico in dottrina, che la rinuncia del debitore principale alle eccezioni opponibili non pregiudica il fidejussore (Aubry et Rau, IV, § 426; Laurent, XXVIII, 300; Guillouard, 162; Baudry Lac. et Wahl, 1157; Mirabelli 7; Campogrande, 835), malgrado che la lettera dell'art. 1927 potesse far credere il contrario. Però è inesatto quanto altri scrive (Troplong, 93) che, cioè, non sia valido il patto con cui il fidejussore rinuncia a far valere le eccezioni di cui all'art. 1927. Con questa rinuncia il fidejussore si obbliga come solo obbligato principale pel caso che l'obbligazione principale sia nulla o invalida. Non vi ha in ciò nulla di strano, nè di illecito, se la legge stessa crea una posizione analoga a chi presta fidejussione per l'obbligazione di un incapace (art. 1899 cap.).

32 ter. « Il fidejussore può opporre le eccezioni inerenti al debito... non... quelle che sono puramente personali al debitore » art. 1927. La legge vuol designare con queste « eccezioni personali » le eccezioni fondate sulla incapacità. Essa si mantiene con ciò coerente alla disposizione dell'art. 1899 cap. e valgono in proposito le osservazioni già esposte (v. n. 6).

Ben diverso è il significato di « eccezioni personali » nell'art. 1193 c. civ.: e giova notare che anche al fidejussore solidale si applica l'art. 1927 e non il 1913 (Troplong, 522; Laurent, XXVIII, 297; Guillaouard, 231; Campogrande, 834).

Si vuol far risalire al dir. romano la ricordata distinzione dell'art. 1927 (Campogrande, 831), ma credo che ciò sia inesatto: la l. 7, § 1 *de except.* dice soltanto che il fidejussore non può opporre le eccezioni *personalissime e intrasmissibili* spettanti al debitore, come per es. il *benef. competentiae*: distinzione evidentemente diversa da quella dell'art. 1927.

IV. RAPPORTI ED AZIONI TRA FIDEJUSSORE E DEBITORE PRINCIPALE.

33. Ho già accennato quali obbligazioni possono nascere nel debitore principale verso il fidejussore pel fatto della fidejussione. Passando ad analizzarle, dirò prima delle eventuali obbligazioni verso il fidejussore che ha pagato, e poi verso il fidejussore che non ha pagato.

Normalmente il fidejussore che ha pagato ha regresso (eccezione al n. 36) contro il debitore principale, tanto per il capitale quanto per gli interessi e le spese (v. però n. 41) e pei danni, quando ne sia il caso (art. 1915), e « sottentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore », (art. 1916). Così, la legge.

Ma amo notare fin d'ora che, a mio avviso, quando il fidejussore ha regresso, l'art. 1916 ha valore semplicemente in quanto gli fornisce dei sussidii per conseguire con facilità e con certezza almeno parte del rimborso (regresso) che gli spetta, col permettergli di valersi *per questo scopo e a questo effetto* delle garanzie e diritti amministrativi già annessi al credito garantito. Si deve cioè evitare, a mio avviso, di credere o lasciar credere, che dall'art. 1916 nasca nel fidejussore un diritto diverso e un'azione contro il debitore *diversa per lo scopo e la causa petendi* dal diritto e dall'azione che gli nascono dall'art. 1915. Vero è che le singole azioni che il fidejussore potrà sperimentare per l'art. 1916 (azioni ipotecarie, azioni di risoluzione, ecc.), potranno essere *di natura* diversa dalla semplice azione personale dell'art. 1915; ma è pur sempre vero che egli in tanto può sperimentare quelle azioni, in quanto possono servirgli come *mezzi* pel conseguimento del rimborso. Che se esse a tale scopo sono inidonee o se questo sia venuto comunque a mancare, esse non possono più esser

sperimentate dal fidejussore, perchè, mancando tale scopo, esse mancano di *causa petendi* (applicazioni importanti v. al n. 42).

Vi sono poi, come vedremo, dei casi (eccezionali) in cui si insegna che la legge nega al fidejussore il diritto al regresso nella misura e nei modi dell'art. 1915, ma non gli nega la surrogazione dell'art. 1916 (v. n. 35). Ciò non è esatto. Neppure in questi casi io ritengo che il diritto e l'azione accordati al fidejussore siano *diversi per lo scopo e per la causa petendi* dal diritto e dall'azione dell'art. 1915. Gli è pur sempre un diritto al rimborso, che la legge accorda anche in questo caso al fidejussore, senonchè in questo caso essa limita questo diritto alla misura dei diritti già spettanti al creditore (il che importa non solo un limite per quanto al contenuto, ma più perchè saranno opponibili a lui le eccezioni opponibili al creditore; v. nn. 35 e 43).

Queste osservazioni non sono puramente teoriche, perchè può avvenire che il diritto al rimborso sia a sua volta più limitato dei diritti del creditore (cfr. n. 35) e perchè in ogni modo chi non ha alcun diritto al rimborso non ha surrogazione (n. 36); perchè insomma all'azione del fidejussore il debitore potrà opporre, in base a questa osservazione, eccezioni che non erano opponibili al creditore (applicazione al n. 35).

Di solito gli autori usano un diverso metodo di esprimersi e di esporre, ispirandosi ancora alla distinzione romana delle azioni (v. anche il n. seg.); ma io ritengo che questo metodo non sia consono al diritto odierno e possa condurre ad abbagli nelle applicazioni, come spero l'attento lettore possa rilevare nel corso di questa esposizione.

34. Il diritto al rimborso (regresso) di cui all'art. 1915, è espressamente accordato dalla legge al fidejussore contro il debitore principale, ancorchè non consapevole della prestata sicurezza: v. art. cit. al.

Di fronte a questo testo di legge è, a mio parere, inesatto quanto si insegna comunemente: che il fidejussore che ha pagato, ha contro il debitore un'azione *mandati c.* o *negotiorum gest. c.*, secondochè costui era stato o meno consapevole della fidejussione.

Il fidejussore ha *dalla legge* il diritto e l'azione dell'art. 1915, nonchè (come mezzo a fine) le azioni dell'art. 1916 e diritto ed azioni *per legge* sono gli stessi ed identici, sia che il debitore fosse consapevole della prestata sicurezza, sia che non lo fosse. Il ricorrere a queste figure romane di azione è oggi inutile ed è contrario alla legge. È noto infatti che l'*a. mandati c.* e l'*a. neg. gest. c.* hanno una compren-

sione notevolmente diversa, per es. perchè per diritto nostro (e per diritto francese) il rimborso al gestore, a differenza che il rimborso del mandatario, deve limitarsi alle spese necessarie ed utili (art. 1144 in cfr. cogli art. 1753, 1754 e 1915) e perchè, per diritto francese, il mandatario, ma non il gestore d'affari, ha diritto agli interessi (art. 2001 in cfr. col 1375 c.c. franc.). Il nostro art. 1915 prevede perfino un diritto ai danni, che certo non spetterebbe ad un *negot. gestor.* Or bene: o si insegna che anche l'azione di regresso dell'art. 1915 ha una diversa comprensione secondochè la fidejussione sia stata prestata a scienza o meno del debitore (per es. Guillouard, 167; cfr. fr, 6, § 2 e 53 e 60 D. *mand.* 17, 1), e si urta a mio avviso, contro il testo della legge — o si insegna che ha sempre la stessa comprensione (Pont, IX, 226; Laurent, 231 e 232; Aubry et Rau, IV, § 427; Pacifici, *Ist.*, 302, ecc.: conf. le dichiarazioni del Tribunale cit. da Laurent), e implicitamente si rinnega la teoria dell'azione *mandati c. o n. g. c.* Analogamente nel caso che la fidejussione sia stata prestata nel solo e mero interesse del creditore: o si nega il regresso (p. esempio Guillouard, 177, seguito da Baudry Lac. et Wahl, 1103 e Campogrande, 603- e di nuovo si urta contro la legge — o si ammette il regresso (implicitamente Laurent, l. c.; Aubry e Rau, l. c., ecc.), e di nuovo si rinnega la teoria, perchè in questo caso il fidejussore non ha gerito o può non aver gerito l'affare del debitore.

Deve dunque ritenersi che la legge stessa nell'art. 1915 e 1916, sostituendo la vecchia teoria del mandato e della gestione d'affari, ha regolato interamente, espressamente e in modo autonomo i diritti del fidejussore che ha pagato, *in base cioè al fatto di aver pagato come fidejussore* (v. il n. 4), ispirandosi ad un certo *favor* della fidejussione, nell'interesse generale del credito, ed eliminando intanto una fonte perenne di dubbiezze e di contestazioni. Ma non può disconoscersi che la legge, ciò facendo, ha sacrificato per varii lati il debitore, nei casi di fidejussione prestata a sua insaputa o prestata nel solo interesse del creditore. In ciò l'art. 1915 consacra una vera anomalia (l'osservazione non è senza conseguenze: v. il n. seg.).

Infatti io stesso riconosco, che il fondamento razionale della disposizione dell'art. 1915 è intimamente analogo, volta a volta, a quello della azione *mandati c.* o a quello della azione *neg. gest. c.* E avrebbe dovuto logicamente esser mantenuto in limiti corrispondenti. Parimenti riconosco che da quelle azioni ha la sua genesi storica (cfr. I. III, 20, § 6; II. 6, § 2; 18; 20 §§ 11 e 21; 22, 40, ecc. D. *mand.* 17, 1, ecc.; Pothier, 430).

35. *Quid* del fidejussore che ha prestato fidejussione contro il divieto o diffida del debitore principale?

Comunemente gli autori gli negano il diritto al regresso, perchè non si rinvengono in questo caso gli estremi del mandato, nè della gestione, ma discordano tra loro poichè altri gli nega ogni azione (a torto però si attribuisce questa opinione al Laurent, XXVIII, 243), altri gli accorda la surrogazione (Laurent, l. c.; Guillaouard, 176, seguito da Baudry Lac. et Wahl, 1104), altri l'*actio de in rem verso* (Ricci, IX, 353), altri un'*actio negot. gest. utilis* [?] (Troplong, 329).

L'art. 1915 pare (soprattutto in cfr. coll'art. 1901) non preveda il caso: parlando implicitamente di fidejussione prestata « a saputa » del debitore intende indubbiamente *col tacito assenso* e non *a saputa, ma contro il veto, di lui*.

È bensì vero che nei casi di fidejussione prestata « ad insaputa » del debitore si comprendono certamente dei casi in cui, se il debitore avesse saputo, avrebbe opposto il suo veto, e che ciò non ostante la legge accorda sempre, senza distinzione, l'azione dell'art. 1915, ma ho già notato che vi ha in ciò una anomalia (v. n. prec. in fine), e non credo si possa estendere.

Ciò premesso, dovendo ricavare dai principii la soluzione, escluso che vi sia mandato, escluso che vi sia gestione di negozio, devesi ritenere, a mio avviso, che il fidejussore potrà ottenere dal debitore il rimborso della somma minore tra quella che egli fidejussore ha effettivamente sborsata e quella che avrebbe dovuto sborsare il debitore per ottenere la propria liberazione. È infatti innegabile, che in questi limiti vi ha arricchimento del debitore a detrimento del fidejussore. Il precedente divieto del debitore al fidejussore non può toglier di mezzo questo fatto, nè eliminarne le conseguenze giuridiche. Ciò posto, dato cioè questo diritto al rimborso, non vi ha ragione per negare al fidejussore che ha pagato, la surrogazione dell'art. 1253, 3° comma, per conseguire quanto gli spetta. Ma anche qui gli è pur sempre un rimborso (sebbene in limiti più ristretti), che il fidejussore persegue colla surrogazione, tanto è vero che alla sua azione il debitore potrà opporre anche eccezioni che non avrebbe potuto opporre al creditore, capitalissima tra le quali quella sopra accennata, che cioè esso fidejussore non può esigere in rimborso più di quanto ha effettivamente speso. Vedi inoltre il n. 42.

36. Se in questo caso il fidejussore ha dunque un limitato diritto al rimborso, altri casi vi sono, in cui il fidejussore non vi ha alcun

diritto, od ha un diritto annullabile e per conseguenza o non ha alcuna azione o almeno ha un'azione che può essere interamente *summota* da eccezioni. Così è del fidejussore di una obbligazione annullabile per una eccezione meramente personale all'obbligato; tale eccezione esclude il diritto al rimborso (v. n. 6) e per conseguenza paralizza qualunque azione tendente a conseguire il rimborso stesso. Non ha diritto e pertanto non ha azione il fidejussore *donandi animo*, che abbia rinunciato al diritto e all'azione. È discusso se l'abbia il fidejussore il quale, dopo che il debitore pr. ha ottenuto un concordato, sia costretto a pagare anche l'eccedenza del debito. È noto infatti che in questo caso il fidejussore può esser costretto a pagare anche l'eccedenza e cioè quella parte del debito che è stata *rimessa* al debitore principale (art. 729 c. comm., v. il n. 63). Io ritengo debba negarsi il regresso (cfr. Cass. Napoli 16 maggio '90 [*Foro*, I, 869], Cass. Torino 7 marzo '98 [*Foro*, I, 326], App. Brescia [*Foro*, II, 935], Baudry Lac. et Wahl, 1084], Cuzzi, *C. di comm.*, VII, 937; Vidari, *Corso*, IX, 8785; contro Appello Milano 15 giugno '97 [*Foro*, I, 1177]; Corsi, p. 481 e s.), perchè è di essenza del concordato che il debitore non possa esser costretto a pagare su ciascun debito più della percentuale convenuta; nè dal testo dell'art. 729 può dedursi che il legislatore abbia voluto con tale disposizione introdurre una eccezione al principio. Certo l'art. 729 crea in ogni modo una anomalia, ma, anomalia per anomalia, par più conforme al sistema e alla lettera della legge ritenere che *ope legis*, quando il debitore ottiene un concordato, l'obbligazione del fidejussore per la eccedenza divenga principale (argom. anche dall'art. 1899 e 1927 c. civ.).

37. « Se vi sono più debitori obbligati in solido per lo stesso debito, il fidejussore che ha fatto sicurtà per tutti ha il regresso contro ciascuno di loro per ripetere l'intera somma pagata » (art. 1117). Ma se ha fatto sicurtà per uno solo dei debitori, evidentemente avrà regresso solo contro costui, perchè il regresso si ha contro il debitore principale (art. 1915); e solo costui, rispetto al fidejussore, è debitore principale. Il che, del resto, risulta *a contrario* dal cit. art. 1117 (conf. nelle conclusioni ma per diverse argomentazioni Troplong, 379; Corsi, p. 176 e s., Campogrande, 696). Se il fidejussore abbia qualche ricorso contro gli altri debitori su altra base e in che misura, discuterò al n. 44 (surrogazione).

Avrà dunque regresso il fidejussore quando il creditore abbia rimesso il debito per fare atto di liberalità *verso di lui* e cioè per fargli

dono in certo qual modo del regresso. E parimenti avrà regresso se un terzo ottiene la liberazione del debitore dal creditore, per fare dono a lui fidejussore del regresso (casi delle leggi 12 § 1 e 26 § 3 D. *mandati* 17); e così se egli nova col creditore l'obbligazione principale, assumendola sopra di sè, o se ne ottiene la novazione a carico di un terzo; e così se egli, convenuto, propone e fa dichiarare la compensazione con un proprio credito, ecc. Queste osservazioni si applicano anche alle disposizioni riguardanti l'obbligo di avvertire, di cui mi occuperò nei nn. seguenti.

Però va ricordato che se all'obbligazione principale era apposto un termine, il fidejussore ha regresso soltanto dopo la scadenza del termine, anche se egli abbia pagato prima della scadenza (il che può sempre fare v. n. 17 pr.), poichè il fatto del fidejussore non può far perdere al debitore, senza il suo consenso, il beneficio del termine. Prima della scadenza del termine egli può agire in rilievo solamente nel caso che il debitore principale divenga non solvente: v. su ciò i nn. 45 e ss.

Più complesso è il caso che all'obbligazione principale non fosse apposto termine e il fidejussore paghi ugualmente: rimando perciò al n. 47.

39. Nel caso che il debitore principale avesse avuto i mezzi di liberarsi mediante un'eccezione inerente al debito, la efficacia del regresso è subordinata al requisito che il fidejussore, prima di pagare, abbia avvertito il debitore principale e abbia opposte al creditore le eccezioni spettanti al debitore che gli erano note. In altri termini, se il fidejussore paga senza avvertire o se, pur avendo avvertito il debitore principale, non oppone le eccezioni spettanti a costui e che gli erano note, costui potrà legittimamente opporre le eccezioni stesse alla azione di regresso, paralizzandola.

Dispone infatti l'art. 1918 cap.: « Se il fidejussore ha pagato senza essere convenuto e senza avere avvertito il debitore principale, non ha alcun regresso contro di questo, nel caso in cui al tempo del pagamento il debitore avesse avuto i mezzi di far dichiarare estinto il debito ». L'espressione della legge è poco precisa, ma dal cfr. coll'al. dello stesso art. si deduce che la legge vuole obbligare il fidejussore ad avvertire della *intenzione di pagare* (interpretazione comune). Sul significato del termine « *pagare* » v. il n. prec. Importa prima notare che sarebbe errato un ragionamento *a contrario*, con cui si volesse esonerare il fidejussore che sia stato convenuto, dall'obbligo di av-

vertire il debitore *d'esser convenuto* e cioè d'esser *in procinto di pagare* per amore o per forza, se non voglia o non possa opporre il beneficio d'escussione (così lo esonerano Troplong, 383-384; Laurent, XXVIII, 240 invocando Domat, salve però le riserve di cui più sotto; Aubry et Rau, IV, § 427, n. 77; Campogrande, 663. Sono nel senso propugnato nel testo, Delvincourt, III, p. 145; Duranton, XVIII, 357; Zachariae, III, p. 163 e meglio Ricci, IX, 361. Si accosta al Pont e al Laurent il Pacifici, *Ist.* V, 302, p. 495). Si noti infatti che accogliendo la opinione che io combatto, si giungerebbe al risultato seguente: che il debitore, il quale poteva perfino non essere in mora (v. nn. 17 e ss.) e che non essendo avvertito ignorava il giudizio ed eventualmente (art. 1901) perfino la stessa esistenza della fidejussione, non potendo difendersi contro il regresso, sarebbe in definitiva costretto a pagare ciò che non *doveva*, nè *voleva* pagare, più gli interessi ed eventualmente i danni, qualche volta (non sempre) col magro conforto di una *repetitio indebiti* contro il creditore. È evidente che questo circuito di azioni, che si risolverebbe in un danno gravissimo pel debitore, sarebbe contrario ai principii, nè può bastare quindi l'argomento *a contrario* dell'art. 1918 cap. per ritenerlo accolto nel sistema della legge. Ciò ha compreso il Laurent (seguendo in ciò il Pont, II, 258) ed ha voluto distinguere e ha detto, che nel caso dell'art. 2031 cap. c. c. franc. (1918 cap. c.civ.) abbiamo una decadenza dall'azione, la quale non si può estendere da caso a caso; al fidejussore convenuto che non avverte il debitore, applicheremo *invece* i principii generali della responsabilità per colpa. Ma se non m'inganno il Laurent ha frainteso prendendola troppo alla lettera, la legge. La legge nell'art. 2031 c. c. franc. (1918 nostro) non commina una decadenza nel senso tecnico della parola, tanto è vero che *in tanto* il fidejussore non otterrà il regresso *in quanto* le eccezioni opponibili erano valide e *per quella parte* per cui esse avrebbero potuto servire a liberare il debitore, su di che verterà fra loro un vero e proprio giudizio *di merito*. Anche l'art. 1918 cap. (2031 c. c. franc.) contempla dunque un caso di responsabilità per colpa, perocchè, secondo i principii, l'effetto della colpa in questo caso è precisamente quello di paralizzare l'azione (« *dolo petis* »). Ciò posto la differenza che il Laurent ha voluto stabilire tra il fidejussore convenuto e fidejussore non convenuto non sussiste. La tradizione da lui invocata (Domat, *Lois civ.*, III, IV, § VII) può spiegarci storicamente come mai la legge abbia una disposizione incompleta, ma ciò conferma l'interpretazione che io accetto,

eliminando l'ostacolo letterale della legge, anzichè imporci una interpretazione diversa.

Dal principio che questa illustrata perdita del regresso sia un caso di responsabilità per colpa, si è dedotto giustamente (Ricci, IX, 361 in fin.), che se il fidejussore non era in colpa nel non avvertire (p. es. se sia stato condannato prima di essere riuscito a rintracciare il debitore resosi irreperibile) e se il debitore non ignorava la fidejussione, il fidejussore avrà regresso (*imputet sibi* il debitore se ha reso impossibile l'avvertimento per es. rendendosi irreperibile). Non così se il debitore ignorava la fidejussione; in questo caso deve ritenersi che il fidejussore ha assunto sopra di sè l'alea di non poter avvertire tempestivamente il debitore principale: *imputet sibi* se non vi riesce.

Dopo aver detto così del fidejussore che non ha avvertito, gioverà ora dire del fidejussore che ha avvertito.

E qui sorge subito una gravissima questione. Potrà il fidejussore che ha avvertito, pagare subito dopo l'avvertimento senza lasciare al debitore il tempo di intervenire o di controavvertirlo delle eccezioni opponibili? Lo sostiene il Campogrande (662) osservando che la legge non ha imposto espressamente questa attesa al fidejussore. Ma si deve notare che senza di ciò l'avvertimento non ha alcuna ragione d'essere. Esso infatti non serve nemmeno ad evitare un mal pagamento del debitore, perchè a questo scopo il fidejussore ha l'obbligo di avvertire nuovamente del pagamento fatto (art. 1918 al.: v. però n. 40 *bis*); a che allora l'obbligo dell'avvertimento? E può ammettersi nella legge una disposizione che non abbia ragione d'essere? Io non lo credo, e ritengo per conseguenza che debbano anche qui applicarsi i principii della colpa: è in colpa il fidejussore che paga subito dopo l'avvertimento quindi il suo regresso *exceptione summovetur*; è in colpa il debitore se, avvertito, non provvede colla diligenza del buon padre di famiglia a contro-avvertire il fidejussore delle eccezioni opponibili o ad intervenire in giudizio, non ostante che costui glie ne avesse lasciato in tempo, e per conseguenza il fidejussore che ha pagato avrà il regresso, semprechè però esso abbia apposte quelle eccezioni inerenti al debito che egli non ignorava (o non avrebbe dovuto ignorare) Che se egli conoscendo tali eccezioni non le oppone, è in colpa nonostante che abbia avvertito, pel solo fatto che paga sapendo di pagar male, e il suo regresso sarà paralizzato dall'eccezione (*dolo petis*). Questa stessa regola s'applica quando il debitore avvertito non interviene in giudizio, ma lo istruisce tempestivamente delle eccezioni opponibili: egli fidejussore dovrà opporle e difenderle con diligenza;

che se non lo fa, il suo regresso sarà paralizzato dall'eccezione. Che se il debitore interviene in giudizio, il giudicato farà stato contro tutti e per conseguenza in base ad esso il fidejussore che sia costretto a pagare avrà il regresso. Il determinare se vi sia colpa e da quale parte stia, è questione di fatto e ne giudicherà il magistrato secondo le circostanze.

Queste soluzioni che io propongo, trovano a mio avviso conforto nel dir. romano, il quale non conobbe l'obbligo di avvertire (che par ci derivi dal dir. intermedio francese e precisamente, pare, dal diritto feudale), ma dai principii generali sul dolo e sulla colpa dedusse e l'obbligo del fidejussore di opporre le eccezioni a lui note e l'obbligo di massima del debitore di fargli note le eccezioni opponibili: cfr. il fr. 29 *mandati* 17, 1, interpolato.

39 *bis*. Se poi il fidejussore paga prima del termine pur avendo avvertito il debitore, saranno opponibili al suo regresso tutte le eccezioni sorte dopo l'avvertimento, ma prima del termine (es. compensazione).

39 *ter*. Naturalmente tutte queste regole non si applicano a chi ha prestato fidejussione *contro* la volontà espressa del debitore. In questo caso infatti io ritengo che il debitore avvertito non è menomamente obbligato ad intervenire od a far note al fidejussore le eccezioni opponibili e potrà pur sempre opporgli le eccezioni stesse, cosicchè il fidejussore a sua volta non ha più alcun interesse ad avvertirlo. Ciò si deduce, a mio avviso, dai principii sopra illustrati, perocchè il debitore, notificando il proprio *veto* a chi intende prestar fidejussione per lui, prima ancora che l'abbia prestata, declina in sostanza ogni responsabilità che potesse nascere in lui dalla futura fidejussione, cosicchè non può ritenersi in colpa se egli non tiene nessun conto dell'avviso di chi ha prestato fidejussione contro la sua volontà e vuol procedere al pagamento.

40. La efficacia del regresso infine è subordinata ad un ultimo requisito intimamente analogo al precedente, e cioè ad un ulteriore obbligo di avvertire, che è contemplato nello stesso art. 1118 al.: « Il fidejussore che ha pagato non ha regresso contro il debitore principale che abbia pagato anche esso, qualora il fidejussore non abbia avvertito il debitore del fatto pagamento, salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione ».

Con ragionamenti analoghi a quelli poco più sopra svolti, si deduce che la perdita del regresso anche in questo caso è un effetto della colpa. Ora io credo che tale effetto sarà eliminato se il debitore sia egli stesso in colpa nel pagare: per es. se egli conosceva, pur senza esserne stato espressamente avvertito, il pagamento fatto dal fidejussore e ciò nonostante paghi una seconda volta. Gli osterà l'*exceptio doli*.

Ma *quid*, se il debitore paga e non avverte il fidejussore e costui paga una seconda volta? Scrive il Laurent (XXVIII, 240 seguendo Pont, IX, 225) che non può estendersi (al debitore) un obbligo *ex lege*, quale è quello di avvertire, imposto solo al fidejussore, cosicchè il fidejussore nel caso proposto non avrà regresso, ma solo la *conditio indebiti*. Ma anche qui, come nel caso più sopra studiato, il Laurent attenendosi troppo al testo, fa offesa ai principii. Basta considerare che seguendo questa opinione e facendo l'ipotesi verosimile che il creditore che ha indebitamente esatto sia insolubile, si giunge al risultato che il fidejussore senza la sua volontà e senza colpa perderà quanto ha pagato, mentre il debitore che fu certamente noncurante degli interessi di chi intercedeva per lui, non ne avrà alcun danno. Ciò è contrario ai principii; dai principii dunque si deduce l'obbligo del debitore di avvertire, nè di fronte a ciò può aver valore un argomento *a contrario* che si volesse dedurre dall'art. 1118 al. (Conf. nelle conclusioni Troplong, 382; Aubry et Rau, IV, § 427; Guillouard, 178; Baudry Lac. ed Wahl, 1089; Corsi, p. 171; Campogrande, 658). Tanto ciò è vero, che dai principii sulla colpa e sul dolo deduceva il dir. romano, con lo stesso ragionamento, sì l'obbligo del fidejussore che l'obbligo del debitore di avvertire del fatto pagamento, cfr. il cit. fr. 29 *mandati* §§ 2 e 3.

S'intende che in conformità di quanto ho esposto più sopra, la soluzione vale in quanto il fidejussore, pagando una seconda volta, non sia egli stesso in colpa: che se così è, il suo regresso sarà paralizzato dall'*exceptio doli*.

Coerentemente a quanto ho esposto nel numero precedente (*ter*), credo che l'obbligo di avvertire non incomba al debitore, quando la fidejussione sia stata prestata contro la sua volontà.

40 *bis*. Se il fidejussore ha avvertito il debitore della sua intenzione di pagare o almeno di esser stato convenuto e, non avendone avuto alcun cenno in contrario, paga e non avverte il debitore del fatto pagamento, e costui paga una seconda volta, troverà applicazione l'art.

1918 al.? La soluzione veramente è molto dubbia. Nella dottrina trovo discusso il caso solo per l'ipotesi di avvertimento dato dal fidejussore convenuto; e v'ha chi sostiene l'applicazione dell'art. 1918 al. (Campogrande, 656), chi la nega (Corsi, p. 170) e chi ritiene possa esservi colpa di ambedue le parti così da doversi decidere la questione caso per caso, indagando *in fatto* e bilanciando secondo le circostanze le reciproche colpe delle due parti (Laurent, XXVIII, 239). E quest'ultima soluzione sembra preferibile.

41. Mi resta a dire del contenuto del regresso, *astruendo* dalle modificazioni che può subire per effetto delle regole svolte nei precedenti nn. 39 e 40.

E innanzi tutto si deriva dalla natura stessa della fidejussione e dai principii, una regola fondamentale, e cioè che il fidejussore non può esigere in via di regresso e a titolo di capitale più di quanto abbia sborsato effettivamente, perchè, come osserva giustamente il Campogrande (669), « l'azione di regresso tende ad indennizzare il fidejussore e non ad attuare una speculazione a danno del debitore » (cfr. Guillouard, 170; Baudry Lac. et Wahl, 1083), salvo che, bisogna aggiungere, il creditore abbia rinunciato in tutto o in parte al suo avere per far dono, per così dire, dell'azione di regresso al fidejussore. Nel qual caso il fidejussore potrà esigere dal debitore quanto costui avrebbe dovuto pagare al creditore (v. n. 60).

La regola è importantissima in pratica, per es. nel caso di transazione conclusa, sciente (avvertito) ed assenziente il debitore, tra fidejussore e creditore. Il fidejussore potrà esigere in via di regresso solo ciò che è stato costretto a pagare in seguito alla transazione. In caso di remissione totale o parziale del debito accordata dal creditore al fidejussore, si dovrà distinguere se la remissione fu ispirata ad animo di liberalità verso il debitore o verso il fidejussore. Nel primo caso il fidejussore avrà regresso per la parte non rimessa, che egli sia stato costretto a pagare; nel secondo caso avrà regresso per l'intero. Più sottili questioni nascono nel caso di novazione e nel caso di *datio in solutum*, in quanto sotto questa forma può o meno mascherarsi la sostanza di una parziale transazione o remissione, ma i limiti di questo studio non mi consentono di addentrarmi in tali questioni.

Naturalmente il fidejussore che ha realmente pagato per conto o in luogo del debitore, può esigere il rimborso sia di quanto ha pagato a titolo di capitale, sia di quanto ha pagato a titolo di interessi, se il debito, sia per mora sia per convenzione, era fruttifero.

Sul complesso delle somme così sborsate per conto ed in luogo del debitore, il fidejussore ha diritto di esigere dal debitore gli interessi (e i danni « quando sia il caso ») fino al giorno del rimborso. Però bisogna distinguere se il debito principale produceva interessi o meno. Nel primo caso gli interessi sono dovuti al fidejussore dal giorno del pagamento (purchè questo sia avvenuto dopo la scadenza); nel secondo caso sono dovuti « dal giorno in cui avrà notificato il pagamento ». Così dispone la legge (art. 1915 comma ultimo e penultimo, derivati dal c. sardo ed estense, mentre mancano nel c. c. franc., art. 2028).

Quanto ai danni di cui è cenno nel cit. articolo, debbonsi intendere i maggiori interessi che il fidejussore abbia dovuto pagare o comunque il detrimento patrimoniale che abbia avuto a soffrire per procurarsi la somma necessaria a soddisfare il creditore: è questa una eccezione alla regola generale dell'articolo 1231 c. civ. ispirata anch'essa al già notato (v. n. 35 in fine) *favor* della legge verso la fidejussione, salvo l'obbligo di dar prova rigorosa di quei danni (« quando sia il caso »).

Infine il fidejussore ha regresso per le « spese » e cioè per le spese che egli abbia dovuto rifondere al creditore, sia che il creditore le abbia incontrate nell'agire preventivamente e inutilmente contro il debitore principale, sia che le abbia incontrate nell'agire contro il fidejussore. Però per una tassativa disposizione della legge egli, per queste ultime ha regresso, solo se fatte « dopo che ha denunziato al debitore principale le molestie sofferte ».

Su questi punti non v'hanno dissensi.

42. Mi resta a dir qualche cosa dell'art. 1916. Come esso fornisca al fidejussore uno stromento, un mezzo, un sussidio al conseguimento almeno parziale del regresso, ho detto al n. 33.

Il subingresso ha luogo di diritto (a differenza del dir. romano in cui il fidejussore può solo *esigere* la cessione delle azioni: cfr. l. 36 D. *de fidej.* 46, 1, ecc., 1, 2, 21 C. *h. t.*; Nov. IV, c. 1); ha luogo non solo nelle garanzie reali (pegni, privilegi, ipoteche), ma altresì nelle garanzie speciali annesse a certi crediti, quale per es. l'azione di risoluzione per inadempimento (v. però più sotto). Quanto alle garanzie personali (fidejussione altrui) la legge ha una disposizione speciale di cui dirò al n. 48 e s. Ha luogo non solo nelle garanzie che spettavano al creditore al tempo in cui fu conclusa la fidejussione, ma altresì in quelle acquistate posteriormente (Troplong, 376; Guillouard, 184;

Corsi, p. 185 e ss.; Baudry Lac. et Wahl, 1113; Cass. Firenze 27 dicembre 1181 [*Annali*, 1882, 23]; contro Cass. Torino 15 febbraio 1871 [*Annali*, 278] e 6 febbraio 1882 [*Cass. Tor.*, 64]).

Rispetto alle sopra cennate garanzie speciali annesse a certi crediti, gioverà qualche avvertenza, che parmi sia stata spesso dimenticata. E innanzi tutto dalla regola che il subingresso è un *mezzo* di regresso parmi si debba derivare, che il subingresso avrà luogo solo in quelle garanzie che possono procurare il conseguimento di quel risultato. Così per es. si discute se il fidejussore di una corrisposta d'affitto, costretto a pagare, possa chiedere la risoluzione dell'affitto per inadempimento. Io ritengo per fermo che non lo possa (cfr. Troplong, 387 contro Guillaouard, 185; Baudry Lac. et Wahl, 114; Campogrande, 688), appunto perchè ciò non gli serve menomamente a conseguire il rimborso che gli spetta. Ed è giusto che tale sia la soluzione. Infatti il proprietario che ha conclusa una locazione ed ottenuto un fidejussore, ha inteso assicurarsi e l'espletamento della locazione e il pagamento di tutta la corrisposta e non già il pagamento della prima o di alcune rate di corrisposta, salvo vedersi dopo di ciò risolvere la locazione contro la sua volontà, per volontà del fidejussore. E costui prestando fidejussione, ha garantito *tutte* le rate della corrisposta, onde non gli è lecito, ove sia costretto a pagare una rata, liberarsi da ogni obbligo rispetto alle altre, chiedendo la risoluzione.

Dalla regola che il subingresso è mezzo al regresso e dall'altra che il regresso non può eccedere, a titolo di rimborso di capitale, quanto fu effettivamente pagato, io credo si debba poi dedurre che neppure coll'esercizio delle garanzie accessorie del credito, il fidejussore potrà conseguire somme maggiori dell'ammontare del regresso o cose di maggior valore.

Cosicchè se esercitando in surrogazione del creditore soddisfatto azioni di risoluzione, egli tende a conseguire cose di valore superiore all'ammontare del regresso, il debitore potrà sempre liberarsi pagando il regresso, e potrà altresì, a mio avviso, chiedere riconvenzionalmente un conguaglio o la vendita. Esempio tipico, nella fidejussione del prezzo o magari della parte insoluta del prezzo di una vendita, il fidejussore costretto a pagare, potrà sempre pretendere dal debitore (compratore) la cosa coll'azione di risoluzione? Io credo che il debitore (compratore) potrà sempre liberarsi col rimborso, oppure, se la cosa vale più del regresso, la perizia e un conguaglio o la rivendita. Viceversa il fidejussore, che non vuole trattenersi la cosa invece del

del pagamento, potrà chiedere nel suo proprio interesse la vendita o quanto meno la stima, e conserverà azione per l'eccedenza del regresso, salvo sempre al debitore riscattare *la cosa* pagando l'intero.

43. Dalla stessa natura del subingresso e dai principii si deriva poi, che il fidejussore surrogato, non potrà esercitare, *come tale*, maggiori diritti di quanti ne avesse l'ex-creditore al quale è surrogato. Quindi, prima conseguenza: saranno opponibili al fidejussore che esercita le *azioni* del creditore, le eccezioni già opponibili a lui creditore. Ulteriori conseguenze sono che per es., l'azione ipotecaria in base ad una ipoteca iscritta a favore del creditore, andrà limitata alla somma minore tra la somma iscritta e quella effettivamente dovuta al creditore, non ostante che il fidejussore agisca in regresso per somma maggiore. E lo stesso si dica del privilegio conferito dal pegno di una cosa di valore maggiore (per tutti Campogrande, 686). Si deve però notare che questa regola non giova al debitore, ma agli altri suoi creditori. Perocchè la regola stessa non impedisce al fidejussore di proporre *tutto* il suo credito con lo stesso atto nè, possibilmente, di essere collocato per l'intero. Ma per la parte sopra accennata esso andrà collocato come privilegiato o ipotecario, pel resto come semplice chirografario e ciò a tutto vantaggio degli altri creditori iscritti od opponenti.

43 bis. Il caso di concorso del fidejussore col creditore è espressamente regolato dal nostro c. civ., art. 1254 (a differenza del c.c. franc., che ne tace): « Il creditore che fu solo in parte soddisfatto e colui che gli fece il pagamento in parte, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto ».

43 ter. Il caso di conflitto tra fidejussore e terzo possessore invece non è risolto dal codice e, a mio avviso, lascia luogo a gravissimi dubbi. Infatti vediamo che lo stesso art. 1253 accorda parimente la surrogazione al terzo possessore e al fidejussore. Ma supposto che per uno stesso debito vi sia un fidejussore e un garante ipotecario (terzo possessore) e uno di costoro sia costretto a pagare, avrà la surroga contro l'altro? L'avrà, a mio avviso, il fidejussore; non l'avrà il terzo, perchè a costui agente *ex capite creditoris*, il fidejussore potrà opporre l'art. 1928 (conf. per vari e spesso mal chiari argomenti Aubry et Rau IV, § 321 seguiti da Guillouard, 187 e Baudry Lac. et Wahl, 1115;

Mirabelli, 25; Corsi, p. 198 e ss.; Campogrande, 691, contro Troplong, 428-430).

44. Ho già accennato, che vi sono dei casi in cui il fidejussore ha diritto al rimborso solo nei limiti dei diritti già spettanti al creditore: sono i casi di fidejussione contro la volontà del debitore (n. 35). Un caso analogo che giova ora studiare, è il caso del fidejussore di uno solo fra più condebitori solidali: costui avendo pagato il creditore, ha regresso contro il debitore garantito, ma non contro gli altri (v. n. 37). Ma non acquisterà egli alcun diritto contro gli altri?

La prevalente dottrina italiana vorrebbe accordare al fidejussore la surrogazione nei diritti del creditore contro i suoi condebitori e quindi la surrogazione per l'intero anche contro i condebitori non garantiti (Ricci, X, 356; Corsi, p. 176 e s.; Campogrande, 697). La dottrina francese, quasi concorde, gli accorda invece contro i condebitori la surrogazione per la quota (per tutti Troplong, 379; Laurent, XXVIII, 249; Aubry et Rau, IV, § 247, nota 4; Guillouard, 193; Baudry Lac. et Wahl, 1123), ma per argomentazioni profondamente discordanti.

Io credo esatta questa seconda soluzione (seguita anche da Mirabelli, 32), sebbene talora la si sia voluta giustificare con dei ragionamenti che non reggono. A mio avviso, il fidejussore a termini di legge, pagando, non può acquistare contro i condebitori maggiori diritti di quelli che, pagando, avrebbe acquistato contro di essi il debitore garantito (conf. in sostanza Guillouard e Baudry Lac. et Wahl, II, ecc.). Ciò si deriva, a mio avviso, da un lato dall'insegnamento comunemente accolto (art. 1199 c. civ.), che il pagamento del debito solidale, da parte di un condebitore, scioglie la solidarietà anche agli effetti del suo regresso (equivoca il Campogrande, 700, negando al condebitore solidale il subingresso per la quota); si deriva dall'altro lato dalla stessa definizione della fidejussione la quale ci insegna che il fidejussore paga *in luogo* del debitore garantito (anzi, secondo il codice soddisfa « la stessa obbligazione »). Come può ritenersi che il pagamento del fidejussore di un condebitore non sciolga la solidarietà, se esso vien fatto *in luogo* di costui ed ha tutti gli stessi effetti che se fosse fatto da costui, sia di fronte al creditore (libera i condebitori) sia di fronte ai condebitori (libera il condebitore in nome del quale è stato fatto)? Sono dunque gli art. 1199 e 1898 del c. civ. i quali — combinatamente — dispongono che il fidejussore avrà regresso solo per la quota. È pertanto inesatto quanto scrive il Laurent (XXVII, 249 seguito da Mirabelli, 32), che l'art. 2030 c. c. franc.

(1917 c. civ.) introduce *implicitamente* (*a contrario sensu*) una eccezione agli art. 1251, 2029 del c. stesso (1253, 1916 c. civ.). La eccezione o modificazione è introdotta esplicitamente dagli art. 1214, 2011 c. c. franc. (1199, 1898 c. civ.). È vero invece che nell'art. 1917 *a contr.* si ha la conferma e riprova della esattezza della soluzione. Non vale obbiettare (Campogrande) che l'art. 1917 riguarda il regresso, mentre noi discutiamo di surrogazione, perchè intanto c'è surrogazione in quanto c'è diritto a rimborso: cfr. nn. 33 e 35.

Per gli stessi motivi deve negare al fidejussore di un condebitore solidale la possibilità di ottenere dal creditore la surrogazione convenzionale per l'intero (conf. Troplong, 379; Laurent, XXVIII, 251; Guillaouard, 195; Baudry Lac. et Wahl, 1125; Mirabelli, 33; contro Durantou, 355; gli Aubry et Rau hanno mutata opinione nelle ultime edizioni § 427).

44 *bis*. Quando alcuno si è costituito fidejussore per uno tra più debitori non solidali e paga l'intero, non ha subingresso legale contro i debitori non garantiti, perchè non era obbligato per essi (art. 1253, 3, 1916; contro Corsi, p. 182 e Campogrande 703). Può ottenere la surrogazione convenzionale.

45. Esaurita così la trattazione delle obbligazioni ed azioni tra il debitore principale e il fidejussore che ha pagato, passiamo a dire delle obbligazioni ed azioni tra il debitore e il fidejussore che *non* ha (ancora) pagato. Dispone l'art. 1919: « Il fidejussore anche prima di aver pagato può agire contro il debitore per essere da lui rilevato: 1) quando sia giudizialmente convenuto pel pagamento; 2) quando il debitore sia fallito o si trovi in istato di non solvenza; 3) quando il debitore siasi obbligato di liberarlo dalla sicurtà in un tempo determinato e questo sia scaduto; 4) quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto pel pagamento; 5) al termine di anni dieci quando l'obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza purchè... non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato come accade riguardo alla tutela, o non vi fosse convenzione in contrario ». (Per quanto al dir. romano v. n. 47 *bis*).

Coll'azione di rilevazione il fidejussore può ottenere o che il debitore gli ottenga comunque dal creditore la liberazione, o che gli fornisca garanzia del regresso o, in difetto, una indennità attuale (conf. con ampie argomentazioni Campogrande, 712-715; contro Galdi.

148. Oscillante la dottrina e giur. francese sull'espressione dalla legge « pour être indemnisé »: nel senso del testo Guillaouard, 206; Baudry Lac. et Wahl, 1102; contro Laurent, XXVIII, 258, ecc.).

46. Non ogni fidejussore ha azione in rilievo. Intanto ne vanno esclusi tutti coloro che non hanno alcun diritto a rimborso ove paghino (v. n. 36): il rilievo mancherebbe di *causa* e di *interesse*.

Quid di chi ha prestato fidejussione contro la volontà del debitore? Se il suo diritto al rimborso nasce dalla *in rem versio* e si estrinseca nella surrogazione, è evidente che prima del pagamento non avrà alcun diritto neppure a cautele (conf., con argomentazioni molto varie, Troplong, 411; Guillaouard, 209; Baudry Lac. et Wahl, 1106; Campogrande, 734): non osta la dizione molto lata dell'art. 1919, poichè se non prevede il caso l'art. 1915 (v. n. 35), deve ritenersi non lo preveda neppure l'art. 1919.

Quid di chi ha prestato fidejussione ad insaputa del debitore? Vi ha dissenso. Coloro che configurano il suo regresso come *a. neg. gest. c.* per esser logici devono negargli il rilievo, perchè non v'è ancora l'*utiliter gestum* (in questo senso: Mirabelli, 30 e Campogrande, 734, contro tutta la concorde dottrina francese). Ed io concordo in questa soluzione, per la ragione che una diversa interpretazione dell'art. 1919 urterebbe contro i principii: infatti quale fondamento avrebbe l'obbligazione del debitore? Come potrebbe spiegarsi che il fidejussore in base ad una convenzione *col creditore* possa esercitare *contro il debitore*, che rispetto a tale convenzione è *terzo*, diritti *maggiori* del creditore stesso? Chè tale sarebbe proprio il caso dell'art. 1919, n. 5. Ora mi pare che questa enormità riduca all'assurdo l'opinione che sostiene questa interpretazione. Non vale l'obbiettare che la legge non distingue (su questa argomentazione si basa la dottrina francese con a capo il Laurent, XXVIII, 262; cfr.: Guillaouard, 209; Baudry Lac. et Wahl, 1106): noi dobbiamo presumere che la legge fino a che non dice *espressamente* il contrario, non introduca eccezioni ai suoi stessi principii; meno che mai eccezioni irragionevoli ed ingiustificabili. Ora, l'art. 1919 non ripete riguardo al debitore l'inciso dell'art. 1915 « ancorchè non consapevole della prestata sicurtà »; non dobbiamo dunque ritenere che esso voglia introdurre un'eccezione irragionevole ed ingiustificabile.

47. Poco avvi ad osservare sui varii casi elencati dalla legge. Il n. 3° è interpretativo di convenzioni. Il n. 1° può dirsi assorbito dalla

chiamata o azione in garanzia; esso potrà soltanto servire al fidejussore per ottenere più prontamente delle cautele pel suo credito, per es. un sequestro conservativo. Del n. 2^o ho detto sommariamente al n. 20. Si è discusso se basti, come per dir. romano, il pericolo della non solvenza (l. 10 c. *mandati* 4, 35). No; la legge richiede la non solvenza attuale (Campogrande, 723); però si deve notare che il concetto di non solvenza, cui la nostra legge ricorre più volte (v. soprattutto l'art. 1176) è elastico e piuttosto benigno, e non è a credere che si verifichi solo quando il debitore non ha più nulla da perdere (così il Campogrande, *ib.*), ma invece da quando egli *comincia* a non far più onore ai suoi impegni: ed è da sperare che il fidejussore agendo in questo momento possa ottenere qualche vantaggio. Sul n. 4^o giova osservare che esso non aggrava la posizione del debitore, perchè, scaduto il termine, il fidejussore avrebbe diritto di pagare ed agire per il regresso (nn. 17 e 38); ora è forse più vantaggioso pel debitore che egli ricorra al rilievo, anzi che al pagamento e al regresso. Aggrava invece la posizione del debitore il n. 5^o, ma appunto per ciò deve ritenersi che il diritto del fidejussore non possa basarsi che sul consenso del debitore (v. n. prec.). Esempi di eccezioni al disposto di questo n. 5^o, oltre al caso di fidejussione di una tutela (ricordato nella legge), sarebbero la fidejussione di una rendita vitalizia, della restituzione della dote, dell'usufrutto vitalizio, la fidejussione della gestione di un cassiere o contabile, ecc. (per tutti v. Campogrande, 724). Si ritiene concordemente che vi sia azione di rilievo nel caso di rendita costituita (dottrina concorde: per tutti Baudry Lac. et Wahl, 1098; Campogrande, 728). Io ho qualche dubbio, ma sono solo a dubitare (in questo senso era Dumoulin, *De us.* 9, 30, ma per ragioni oggi non accettabili; contro è anche Pothier, 444).

Si è discusso poi: se il fidejussore paga un'obbligazione senza scadenza fissa, che azione avrà, dopo i dieci anni, contro il debitore? Secondo quanto ho esposto al n. 28 non avrà regresso; d'altronde il subingresso non ha effetto perchè, non essendo scaduto il termine, il diritto del creditore non era esigibile; avrà dunque semplicemente la consueta azione di rilievo per ottenere garanzie oppure un'indennità condizionale pel giorno in cui scadrà il debito (Laurent, XXVIII, 240, 261). Se si trattava di una rendita perpetua, avrà intanto anche il subingresso per la esazione delle annualità (gravi discordie su questo punto nella dottrina e giurispr. francese; v. per tutti, amplissimamente Campogrande, 730, 731).

47 *bis*. Il dir. romano concedeva al fidejussore l'*a. mandati c.* anche prima di aver pagato, in quattro casi che risultano dalla l. 38, § 1 *D. mandati*, 17, 1 e dallo l. 10 *C. eod.* 4, 35. Ma dato il testo tassativo dell'art. 1919, mal si penserebbe a trarre illazioni dai testi romani per il nostro diritto positivo.

V. - RAPPORTI ED AZIONI TRA CONFIDEJUSSORI

48. Dispone l'art. 1920: « Se più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fidejussore che ha pagato il debito ha regresso contro gli altri fidejussori per la loro rispettiva porzione ».

« Il regresso però non ha luogo che quando il fidejussore abbia pagato in uno dei casi espressi nell'art. precedente », e cioè nei casi in cui avrebbe avuto azione di rilievo.

Una opinione molto diffusa ritiene che l'art. 1920 escluda il fidejussore che ha pagato, dal subingresso nei diritti del creditore contro gli altri fidejussori a termini dell'art. 1916 (Laurent, XXVIII, 264 e 267; Guillouard, 214). Ma io non so vedere nella legge questa esclusione. La legge dice che il fidejussore che ha pagato ha regresso contro i confidejussori; ma forsechè il regresso esclude la surrogazione? Gli stessi autori da cui dissento, insegnano e ribadiscono di no. Dunque il fidejussore che ha pagato avrà anche la surrogazione contro i confidejussori, ma poichè il mezzo non può eccedere il fine, la surrogazione sarà ridotta ai limiti del regresso e cioè alla quota (arg. anche degli art. 1119 e 1917: e la surrogazione è un mezzo pel regresso o pel rimborso [v. n. 33] su di che cons. il num. seguente, in fine). E ciò in coerenza a quanto la legge dispone per i condebitori solidali e per il fidejussore di un condebitore solidale (v. n. 37).

Ciò premesso però, viene fatto di domandarsi perchè la legge senta il bisogno di accordare al fidejussore anche il regresso, *oltre* alla normale surrogazione. L'uno e l'altra hanno qui gli stessi limiti, lo stesso contenuto (v. n. seg.), ma il disposto dell'art. 1920 giova al fidejussore in quanto il confidejussore non potrà opporgli le eccezioni opponibili al creditore (esempio compensazione, confusione). Ora non era più equo il semplice subingresso per la quota come vorrebbero i principii? Perchè la legge ha voluto favorire in tal modo il fidejussore che ha pagato? Io non sono riuscito a trovarne la ragione, nè gli scrittori che ho consultati rispondono al quesito.

Nè la storia ce ne dà spiegazione. Questa azione di regresso ci viene da Pothier (446), il quale al solito parla genericamente di ragioni di equità che la giustificano; i tribuni Chabot e Lahary propugnarono il concetto di Pothier, senza però darne ragioni più positive e convincenti contro Treilhard che sosteneva il semplice subingresso: di qui l'art. 2033 del c. c. franc. da cui il 1920 nostro. Tale però non era la regola del dir. rom. (l. 39 *fidejuss.* 46, I e II C. 8, 51; quanto alla società fittizia tra gli *sponsores* e *fidepr.*, v. Gaio, *Inst.* III, § 122, ma l'istituto antico era assai diverso dal nostro art. 1920 e non può certo argomentarsene, come fa il Galdi, p. 161); nè pare che tale fosse la regola del dir. romano comune, il quale ammetteva solo il subingresso per la quota (Pothier, l. c.). Checchè ne sia, oggi deve dirsi che l'obbligazione e l'azione di cui all'art. 1920 sono effetti giuridici che la legge attribuisce ad un fatto, applicando qui i ragionamenti già svolti al n. 34: la legge è forse degna di critica, ma *hoc jure utimur*. Devo però notare che una parte della dottrina tenta (e ciò, a mio avviso, a torto, data la lettera della legge) di considerare l'azione dell'art. 1920 come semplice subingresso (Aubry et Rau, § 428; Duranton, XVIII, 336. Pont. II, 309). Altri ammettono regresso (*a. neg. gest. utilis*) e subingresso (Troplong, 421; Baudry Lac. et Wahl, 1130; Campogrande, 744).

Quanto alla natura giuridica dell'azione di regresso dell'art. 1920, sostengono tutti, sulle tracce di Pothier, che l'azione dell'art. 1920 è una *a. negot. gest. utilis*. Un nostro egregio scrittore ha scritto lungamente per dimostrarlo (Campogrande, 743 e ss.). Ora io convengo volentieri con lui, che « la ricerca della natura giuridica di un'azione non è mai inutile », ma la natura, io penso, ne va determinata in relazione al nostro diritto positivo, vigente. L'affaticare invece il nostro diritto e il costringerlo a forza a piegarsi agli schemi romani della distinzione delle azioni e (peggio che mai) alla distinzione tra azioni dirette ed utili (che nel nostro ordinamento giuridico non ha più significato) è uno spreco di energie, quando non riesca ad un travisamento.

49. Coerentemente ai concetti ch'io accolgo, ritengo che abbia regresso e subingresso contro gli altri fidejussori solo il fidejussore che ha regresso e subingresso contro il debitore principale. Perocchè, se il precipuo vantaggio del regresso è quello di non sentirsi opporre le eccezioni opponibili al creditore, evidentemente questo vantaggio non deve esser concesso a chi ha il solo subingresso (v. n. 35). È vero

che l'art. 1920 non distingue, ma valgono in proposito le osservazioni di cui al n. 35. *A fortiori* chi non ha nè regresso nè subingresso (v. n. 36) non ha alcuna azione contro i confidejussori. Quanto al requisito dell'aver pagato, vale quanto è esposto al n. 38. Quanto al requisito che il fidejussore abbia pagato in « uno dei casi » in cui avrebbe avuto azione di rilievo (v. i casi ai nn. 45 e 47), noto che la legge non distingue caso da caso nell'articolo 1920 e quindi deve abbracciare tutti i casi dell'art. 1919 (conf. Troplong, 425; Aubry et Rau, § 428; Laurent, 265; Guillouard, 211; Baudry Lac. et Wahl, 1133; Campogrande, 750, contro Duranton, 366 seguito da Corsi, p. 230, che distinguono).

Da ciò non si deve indurre però che il fidejussore che paga fuor dei casi dell'art. 1919, non avrà mai più nessuna azione contro i confidejussori. Egli non avrà il regresso, ma avrà il subingresso per la quota (arg. art. 1253, n. 3, 1916, 1199, 1917, 1920). Male si obietterebbe (v. p. es. Laurent, XXVIII, 267 in fine; seguito da Campogrande, 758) che l'art. 1199 deroga al 1253, n. 3 e le eccezioni non si possono estendere. È inesatto che l'art. 1199 sia eccezionale. Esso è *la regola* sui rapporti tra condebitori solidali e naturalmente la surrogazione (1253, n. 3) è *subordinata* a questa *regola*, perchè non può esservi surrogazione dove non v'è diritto a rimborso (v. il n. 33). Ciò premesso, non si tratta neppure di *estendere la regola* del 1199 ai confidejussori, si bene di constatare che se *la legge stessa applica* la regola al fidejussore di uno tra più debitori solidali (art. 1917) e ai confidejussori nei casi dell'art. 1920 (v. n. prec.), *per necessità logica* essa regola deve ritenersi applicabile ai confidejussori anche fuor dei casi dell'art. 1920. Tale è il caso del fidejussore che paga prima del termine: avrà il subingresso contro i fidejussori per la quota, ma potrà agire solo alla scadenza del termine (v. n. 38). Su questo punto tace completamente la dottrina; ma io osservo che gli scrittori che negano al fidejussore il subingresso, saranno alquanto imbarazzati a risolvere il caso: come negare al fidejussore ogni ricorso contro i con-fidejussori? Perchè imporgli siffatta *pena* sol per aver pagato prima del termine? E coloro che ammettono il subingresso, ma negano l'applicazione della regola degli artt. 1199, 1917, gli accorderanno dunque il subingresso per l'intero? Ma perchè accordargli un sì ingente beneficio solo per aver pagato prima del termine?

50. Per quanto ai fidejussori contro i quali può esercitarsi l'azione in regresso e la surrogazione, vale quanto ho esposto a proposito di istanza per la divisione (v. n. 31).

Il regresso secondo il chiaro disposto dell'art. 1920, deve limitarsi alla « porzione » virile del debito capitale, esclusi gli interessi e i « danni » dell'articolo 1915, 3° comma.

Si è discusso se potrebbe estendersi alle spese, nel caso che il fidejussore convenuto avesse avvertito i confidejussori delle molestie sofferte. Ma non pare: anche qui osta il chiaro testo dell'art. 1920 (Campogrande, 746, seguendo Troplong, 424).

Si è discusso infine se, essendo alcuno dei fidejussori insolvente, la sua non-solvenza vada posta a carico di tutti i fidejussori per contributo o tutta e solo del fidejussore che ha pagato. A carico di tutti, per contributo: ciò si deduce dal comb. disposto degli art. 1199 e 1920 in cfr. coll'art. 1911 e 1912 e dalla logica stessa dell'istituto dell'art. 1920, perocchè anche se una regola appare poco consona ai principii, ciò non ci dispensa dall'esser logici nell'applicarla (conformi nella conclusione, ma per varie argomentazioni: Troplong, 440; Guillouard, 215; Baudry Lac. et Wahl, 1131; Campogrande, 579, 760; contro Ricci, IX, 366).

50 *bis*. Resta ad esaminare se il fidejussore che ha pagato, possa ottenere convenzionalmente (art. 1252 c. civ.) dal creditore la surrogazione per l'intero contro gli altri fidejussori. A mio avviso, non lo può, perchè tutte le volte che la legge limita alla quota la surrogazione legale, esclude *ipso jure* la facoltà di convenire la surrogazione per l'intero: l'una regola per necessità logica implica l'altra. Se ciò si riconosce per i debitori solidali, non v'ha ragione di non riconoscerlo per i confidejussori. Si badi bene non si tratta di *estendere* ai confidejussori una regola scritta pei debitori solidali, sì bene, constatato che *la legge* applica agli uni e agli altri *la stessa regola* (divisione dell'azione in subingresso: v. n. 44 e n. preced.), si tratta di portarla a tutte le sue conseguenze ed applicazioni logiche. Ed è certo che in questo lavoro di deduzione e applicazione, l'un caso può dar lume all'altro (conformi nelle conclusioni, per argomentazioni varie: Troplong, 432 e ss.; Aubry et Rau, § 428; Guillouard, 213; Baudry Lac. et Wahl, 1132; Corsi, p. 236; contro Laurent, XXVIII, 267, seguito da Galdi, 162).

VI. MODI DI ESTINZIONE DELL'OBBLIGAZIONE FIDEJUSSORIA.

51. Per « estinzione della fidejussione » intendo cessazione del vincolo obbligatorio nascente dal contratto di fidejussione. Questo

amo fissare fin da principio, perchè questa estinzione non sempre involge seco l'estinzione dei vincoli tra fidejussore e debitore, chè anzi in molti casi essi divengono attuali per essa e dopo di essa, e vanno soggetti ad una diversa e propria estinzione.

Ciò premesso, scostandomi alquanto dai consueti metodi di esposizione, io distinguerò tre categorie di modi di estinzione, incardinando la distinzione sul rapporto tra obbligazione principale e sussidiaria, perocchè proprio in questo argomento culmina l'interesse e la efficacia della interdipendenza dei due vincoli obbligatorii. Io distinguo: *categoria prima*: modi di estinzione del *solo* rapporto fidejussorio, come rapporto autonomo, senza alcuna influenza sulla obbligazione principale; *categoria seconda*: modi di estinzione del rapporto fidejussorio che *producono la estinzione* dell'obbligazione principale od anzi consistono nella estinzione di essa; *categoria terza*: estinzione del rapporto fidejussorio che *deriva dalla estinzione* della obbligazione principale.

Di ciascuna di queste categorie dirò brevemente illustrandone le figure più notevoli.

52. La *categoria prima* consta essenzialmente di quei modi di estinzione che importano la *caduta* (risoluzione, cessazione), anzichè la soddisfazione, dell'obbligazione fidejussoria. E poichè, come vedremo, quest'ultima determina di regola anche la estinzione per soddisfazione dell'obbligazione principale, anzi consiste in tale soddisfazione, questa prima categoria si distingue dalle altre proprio in quanto i modi di estinzione che essa abbraccia *non* tangono viceversa l'obbligazione principale. Il che può avvenire per effetto di quella individualità autonoma delle due obbligazioni che ho chiarito ai nn. 4 e ss.

53. Va compresa in questa categoria la rimessione della sola obbligazione fidejussoria accordata dal creditore al fidejussore. La legge ha sentito il bisogno di dirci che essa « non libera il debitore principale » (art. 1282 in fin.). Essa giova però agli altri fidejussori; art. 1283: « La liberazione accordata dal creditore ad uno dei fidejussori senza il consenso degli altri profitta ai medesimi per la parte di quello che fu liberato ». La disposizione è chiarissima e giusta, se si ricordino gli art. 1912 e 1920 (diversa è la regola del dir. francese: c. c. franc. art. 1287 in fine).

Naturalmente essa non esercita alcuna influenza sull'obbligazione principale finchè è vera rimessione: il c. c. franc. (art. 1288)

seguito dal nostro codice, art. 1284, dispone: « in ogni caso ciò che il creditore ha ricevuto da un fidejussore per liberarlo dalla cauzione deve imputarsi al debito e portarsi a scarico del debitore e degli altri fidejussori ».

In questa categoria va pure compresa la novazione della sola obbligazione fidejussoria. Questa non esercita alcuna influenza neppure sulla obbligazione dei confidejussori e neppure dei confidejussori solidali (Laurent, XXVIII, 325; Campogrande, 799).

Non trova posto in questa categoria la compensazione, che è modo di adempimento (sostituisce il pagamento: v. il n. 60).

Quanto alla confusione, giova notare che essa opera l'estinzione della sola fidejussione quando avviene tra fidejussore e debitore oppure tra fidejussore e creditore. Ma nel primo di questi casi la confusione avviene in via di assorbimento e non già di mutua elisione, cosicchè, per esempio, se il fidejussore aveva fornite garanzie reali e poi diviene erede del debitore o viceversa, il creditore avrà di fronte a sè un solo obbligato anzichè due, ma le garanzie reali resteranno (l. 38, § ult. D. 46, 3; dottrina concorde); analogamente: se il fidejussore aveva fornito un fidejussore della propria obbligazione costui resta obbligato; art. 1926 c. civ. (2035 c. c. franc.; contro il dir. rom. l. cit. in principio.) Nel secondo dei casi sopra ricordati la estinzione avviene invece per mutua elisione o incompatibilità, che dir si voglia (ll. 21, § 3 e 71 D. *de fidej.*, 46, 1); ma se il fidejussore aveva pagato in parte, godendo per questa parte di diritto al regresso per l'art. 1915, il regresso e il credito si assorbono e si fondono in un sol diritto di credito, il quale assume così una maggiore estensione in confronto al credito principale residuo. Restano le garanzie reali che fossero state concesse o per l'uno o per l'altro. Questa confusione per elisione non può naturalmente eliminare le eccezioni che il debitore avesse potuto opporre al creditore (dottrina concorde: per tutti v. Giorgi, *Obbl.*, VIII, 120; Campogrande, 778 e autori ivi cit.).

È poi da notare che in caso di confusione tra il debitore e il fidejussore, il creditore che può esserne danneggiato, può chiedere la separazione (l. 3 D. *de separat.*, 17, 6; 2054 e ss. c. civ.; cfr. Campogrande, 779).

Quanto alla prescrizione dell'obbligazione fidejussoria non può compiersi indipendentemente dall'obbligazione principale, poichè il termine è lo stesso e l'art. 2132 dispone: « L'intimazione di un atto d'interruzione al debitore principale o la ricognizione da lui fatta del diritto interrompe la prescrizione anche contro il fidejussore ». Giova notare che secondo la dottrina prevalente non è vera la proposizione

inversa (Guillouard, 221; Baudry Lac. et Wahl, 1166; Campogrande, 785 e art. ivi cit.; contro Troplong, 464 e Corsi, p. 557).

54. Poichè, come ho chiarito più a dietro, la fidejussione sorge da un contratto autonomo, per l'annullamento dell'obbligazione fidejussoria, indipendentemente dall'obbligazione principale, possono esperirsi le azioni di nullità di cui agli art. 1300 e ss., fondandole sui vizii proprii del contratto di fidejussione.

Per effetto della stessa ricordata autonomia può essere, che il contratto di fidejussione subordini l'obbligazione del fidejussore a modalità che non affettano l'obbligazione principale, cosicchè per effetto di tali modalità quella venga ad estinguersi mentre questa perdura. Anzi non dirò neppure che si estingue la fidejussione sottoposta a condizione sospensiva, se la condizione non s'avvera, poichè può dirsi che la fidejussione in questo caso non nasce neppure o almeno non si perfeziona. Ma se essa era sottoposta a condizione risolutiva e questa s'avvera, è certo che l'obbligazione, nata, si estingue. Così se la fidejussione era limitata ad un termine (*ad quem*) e il creditore non agisce o non può agire entro il termine, la fidejussione si estingue. È però da notare che ad essa può esser apposto soltanto un termine che scada *dopo* lo scadere del termine della obbligazione principale: se esso scade *prima*, l'obbligazione fidejussoria è inutile, quindi impossibile e pertanto nulla. Lo stesso dovrebbe dirsi a rigor di logica della fidejussione limitata allo stesso termine (*ad quem*), collo scadere del quale diviene esigibile l'obbligazione principale, perchè ciò equivarrebbe a costituire una obbligazione che si estingue nel momento in cui diviene esigibile; invece la legge pone una diversa regola disponendo che in tal caso il fidejussore « rimane obbligato anche al di là di quel termine e per tutto il tempo necessario per costringerlo al pagamento purchè il creditore entro due mesi dalla scadenza... abbia proposto le sue istanze e le abbia con diligenza continuate », articolo 1931. Giova ricordare che l'art. 1931 però trova applicazione soltanto nel caso in cui la limitazione al termine sia stata pattuita espressamente (Cass. Torino, 26 giugno 1894, *Giur. it.*, I, 1, 783; App. Perugia, 1 aprile, 80, *Legge*, 1, 375; App. Casale 30 dicembre 1886, *Giur. Cass.*, 1887, 18; App. Trani 21 aprile 1900, *Foro Pugl.*, 130). Se non fu pattuita espressamente, il fidejussore rimane obbligato *sine die*, salvo a lui di ricorrere all'azione di rilievo dell'art. 1919 o, nel caso in cui il creditore abbia accordato espressamente una proroga, costringere il debitore a pagare secondo l'art. 1930.

55. I modi di estinzione fin qui ricordati sono comuni a tutte quante le obbligazioni. Ma vanno annoverati in questa categoria anche alcuni modi di estinzione peculiari alla fidejussione.

E qui va ricordato innanzi tutto l'estinzione per effetto di *eccezioni di nullità spettanti al debitore principale* che vengano opposte al creditore *dal fidejussore* per l'art. 1927 c. civ. Come e perchè queste eccezioni possano essere opposte dal fidejussore ho chiarito al n. 32. Ho accennato d'altra parte e chiarirò meglio al n. 64, che il giudicato che si forma tra fidejussore e creditore non fa stato contro il debitore. Per conseguenza se il creditore *prima* di agire contro il debitore agisce contro il fidejussore e *costui* gli oppone eccezioni di nullità spettanti al debitore, e se il magistrato le accoglie, la nullità colpisce e pertanto *estingue soltanto il rapporto fidejussorio*. Abbiamo dunque per risultato la estinzione del rapporto fidejussorio indipendentemente dal rapporto principale. Vero è che queste eccezioni affettano anche (anzi direttamente) l'obbligazione principale, onde *anche* questa *potrà* esser annullata per effetto della stessa eccezione, ma si deve ricordare che la nullità e cioè l'estinzione ha luogo colla sentenza che la dichiara. Per conseguenza l'estinzione dell'obbligazione principale per effetto della stessa eccezione, nel caso che sto considerando, non solo non è avvenuta quando avviene l'estinzione dell'obbligazione fidejussoria, non solo non avviene simultaneamente (perchè il giudicato non fa stato a favore del debitore), ma avverrà soltanto *se e quando* il debitore principale proporrà l'azione o l'eccezione di nullità e questa sarà accolta in una nuova sentenza.

Diverso è il caso quando il fidejussore convenuto dal creditore opponga una eccezione di estinzione dell'obbligazione principale per effetto di *altri* modi di estinzione. Perchè in questo altro caso, quando il fidejussore oppone l'eccezione, la estinzione dell'obbligazione principale è un fatto *già compiuto* e, per riflesso, è un fatto *già compiuto* anche l'estinzione della obbligazione fidejussoria per effetto della regola che ho accennato ai nn. 6 e ss. e studieremo ai nn. 58 e ss. La sentenza in questo caso non fa altro che *dichiarare* la *già avvenuta* estinzione per effetto di questa regola o modo di estinzione, che costituisce, come vedremo, secondo la mia classificazione, la *terza categoria* dei modi di estinzione della fidejussione.

Coloro che accolgono il concetto di sentenza *costitutiva* spiegheranno la differenza tra il primo caso (che come modo di estinzione va ascritto alla *prima categoria*) e questo ultimo caso, in cui non abbiamo un *modo*

di estinzione, ma solo una *dichiarazione di avvenuta estinzione* (per un modo appartenente alla *terza categoria*), considerando che nel primo caso la sentenza è *sentenza costitutiva*, nel secondo è *sentenza dichiarativa*.

56. Un altro modo di estinzione assolutamente peculiare alla fidejussione e che va ascritto alla *prima categoria*, secondo la mia classificazione, è quello previsto dall'art. 1928.

« Il fidejussore anche in solido è liberato, allorchè per fatto del creditore non può aver effetto a favore del fidejussore medesimo la surrogazione nelle ragioni nelle ipoteche e nei privilegi del creditore » (diversa la regola del dir. romano: l. 15, § 1 D. *de fidej.*, 46, 1 e 22 *de pactis*, 11, 14; mentre v'era una regola analoga pel *mandatum pec. credendae*: l. 95, § 15 D. *de sol.* 46, 3). Anche l'art. 1928 contempla un caso di responsabilità per colpa: tornano a questo proposito gli stessi ragionamenti già svolti a proposito dell'art. 1918 (v. n. 39). E in realtà si noti: sono le stesse garanzie, privilegi, ecc., che assicurano il diritto al rimborso del fidejussore. Ma fino al pagamento solo il creditore può curare la conservazione di queste garanzie. Ora egli può non aver interesse a curarle, precisamente perchè è cautelato dalla fidejussione, cosicchè se le trascura egli danneggia non tanto se stesso quanto il fidejussore. Ma il permettergli ciò sarebbe evidentemente illogico ed iniquo, *tanto più* (ma questa è ragione meramente sussidiaria) che il fidejussore può aver prestato fidejussione precisamente fidando su quelle garanzie e privilegi. Ben fece dunque la legge a costituire il creditore curatore e garante (*procurator*) della conservazione delle garanzie del credito, di fronte al fidejussore; rispetto agli interessi di costui egli diventa una specie di *procurator in rem suam*. L'art. 1928 presuppone, a mio avviso, questa costruzione. Esso contempla la responsabilità del creditore nei suoi effetti e ci insegna che questi effetti consistono nella elisione dell'azione del creditore contro il fidejussore. Ciò è perfettamente coerente ai principii (e proprio qui tornano i sopra ricordati ragionamenti del n. 39), perchè la responsabilità per colpa in questo caso elimina in tutto o in parte il fondamento e pertanto la legittimità dell'azione (« *dolo petis* », anal.: *exc. inadimpleti contractus.*).

Da queste premesse si deriva, a mio avviso, la soluzione di numerosi problemi che son sorti intorno all'art. 1928, problemi di cui spesso dottrina e giurisprudenza hanno data la esatta soluzione, senza saperla giustificare in modo concorde ed esauriente.

Se ne deriva intanto, che è essenziale agli effetti nell'art. 1928 che il creditore fosse *effettivamente* in colpa (Cass. Torino 31 dicembre 1886, *Giur. Tor.* 1887, 159; App. Milano, *Mon. Trib.*, 1889, 49), ma è viceversa indifferente che il creditore fosse in colpa *in committendo* o *in omittendo* (Cass. Torino 3 maggio 1867; *Annali*, I, 1, 275; App. Torino 2 agosto 1867 e 14 maggio 1880, *Giur. Tor.*, IV, 662 e XVII, 660; App. Perugia 24 marzo 1877, *Annali*, XI, III, 415; App. Ancona 28 giugno 1882, *id.*, XV, 327; App. Catania 16 aprile 1895, *Foro Cat.*, 1041; App. Roma 17 giugno 1896, *Tem. R.*, 366; App. Milano 15 luglio 1896, *Monit. Trib.*, 13; Troplong, 565 e ss.; Aubry et Rau, § 429; Laurent, XXVIII, 310; Guillouard, 234; Baudry Lac. et Wahl, 1176; Ricci, IX, 383; Corsi, p. 591; Mirabelli, 45; Galdi, 222; Campogrande, 841, contro App. Catania 6 giugno 1874, *Racc.*, 1, 697; Cass. Firenze 13 novembre 1879, *Ann.* I, 633. Si noti che in quest'ultimo senso era Pothier, 557). Se ne deriva ancora, che la liberazione del fidejussore potrà essere parziale (Troplong, 572; Aubry et Rau, § 429; Laurent, XXVIII, 306; Guillouard, 240; Baudry Lac. et Wahl, 1182; Campogrande, 845 e altri aut. *ivi cit.*) e sarà direttamente proporzionale al danno che avrebbe *effettivamente* subito il fidejussore pel mancato subingresso. Di conseguenza, per es., costui non sarà affatto liberato, perchè dal mancato subingresso non risente nessun danno, se le garanzie reali o privilegi erano inutili (per incapienza del patrimonio del debitore o altrimenti: autori cit. II. cc. Mirabelli, 45) o superflui attesa la solvibilità del debitore (App. Ancona 28 giugno 1882, *Ann.* 3, 327). Se ne deriva pure che il creditore deve conservare non solo le garanzie originarie del credito, ma anche le altre che avesse acquistate posteriormente (Troplong, 570; Baudry Lac. et Wahl, 1179; Campogrande, 847, contro Aubry et Rau, l. c.; Laurent, XXVIII, 308; Guillouard, 239; Cass. Torino 1 luglio 1896, *Giur. Tor.*, 475), e deve conservarle non solo in diritto (titolo) ma in fatto, se ciò dipenda da lui (cfr. per tutti Campogrande, 843 e sentenza e aut. *ivi citati*).

Se ne deriva infine — e qui vengono i casi più discussi — che cessa la responsabilità del creditore ogni qualvolta il fidejussore è posto in grado della legge di tutelare da sè i propri interessi. Per ciò non sarà liberato se, essendo fallito il debitore, il creditore non ha concorso nel fallimento, poichè egli stesso (art. 1919) poteva concorrere (cfr. Guillouard, 201; Baudry Lac. et Wahl, 1176, contro Corsi, p. 205; Campogrande, 841 in fin.); non sarà liberato se il creditore concede una proroga al debitore e costui durante la proroga diviene

insolubile, poichè egli stesso poteva agire contro il debitore per costringerlo al pagamento (art. 1930) o per esserne rilevato (cfr. Cass. Firenze 18 dicembre 1879, *Racc.*, 1880, I, 551; Cass. Torino 7 settembre 1882, *Legge*, 1883, I, 336; App. Firenze, 17 gennaio 1899, *Ann.*, 141; Troplong, 568; Aubry et Rau, l. c.; Guillaouard, 251; Campogrande, 813 e altri aut. ivi cit.); non sarà liberato, neppure se il creditore, scaduto il termine, trascura di agire contro il debitore e costui diviene insolubile, perchè il fidejussore avrebbe potuto agire in rilievo (art. 1919, 4). Si è addotto in contrario che il creditore è *obbligato* a provvedere alla tutela degli interessi del fidejussore, mentre il fidejussore *ha facoltà* di agire in rilievo, cosicchè non può esservi compensazione di colpe tra chi manca ad un obbligo e chi non esercita una facoltà, petizione di principio più volte ripetuta nelle sentenze dei nostri magistrati, ma che non suffraga l'assunto, perchè in contrario si sostiene precisamente che dal momento che il fidejussore ha azione, il creditore non ha più il preteso obbligo (v. sopra: in senso conf. Cass. Torino 19 luglio 1893, *Giur. Tor.*, 775; id. 25 febbraio 1899, *ib.*, 457; id., 1 ottobre 1901, *Legge*, 1902, I, 194; id. 16 ottobre 1901, *Foro*, I, 543 con nota; App. Torino 2 maggio 1902, *Giur. Tor.*, 749; App. Genova 23 giugno 1903, *Temi Gen.*, 432; Troplong, 568; Aubry et Rau, l. c.; Guillaouard, 235; Baudry Lac. et Wahl, I, 76; Ricci, IX, 385; contro, App. Genova, 10 maggio 1895, *Temi Gen.*, 376; App. Trani 21 aprile 1900, *Corte Pugl.*, 130; Cass. Napoli 19 agosto 1902, *Corte Nap.*, 45. Non è decisiva in alcun senso Cass. Torino 22 gennaio 1898, *Giur. Tor.*, 254. Ritiene si tratti d'una questione di fatto anzichè di diritto, dovendosi indagare se e da che parte siavi colpa, Laurent, XXVIII, nn. 311 e ss. seguito da Campogrande, 847).

57. Tutte le soluzioni già esposte relative ai modi di estinzione della fidejussione appartenenti alla *categoria prima* sono comuni (non meno di tutti gli altri) alla fidejussione semplice e alla solidale. Su di che è concorde la dottrina.

L'art. 1928 sopra riportato, fa menzione espressa della fidejussione solidale eliminando i dubbi che si erano sollevati in Francia, dove il codice non ha tale menzione.

58. Ho scorso così in rapida rivista i modi (cause) di estinzione che appartengono alla *categoria prima* e passo ora ai modi di estinzione che appartengono, secondo la mia distinzione (n. 51), alla *categoria seconda*. Questi si distinguono da quelli perchè questi, al

contrario di quelli, importano e involgono la estinzione della obbligazione principale, od anzi consistono nella estinzione della obbligazione principale. Si distinguono dai modi della *terza categoria* in quanto in questi della *seconda categoria* l'estinzione dell'obbligazione principale avviene *pel tramite* del rapporto fidejussorio, per la intercessione cioè del fidejussore, mentre in quelli della *terza categoria* abbiamo la caduta della obbligazione fidejussoria come effetto meramente riflesso e secondario della estinzione della obbligazione principale, che avviene per cause e in modi affatto indipendenti ed estranei alla esistenza stessa del rapporto fidejussorio.

La ragion d'essere e la importanza pratica della distinzione della *seconda categoria*, tanto dalla *prima* quanto dalla *terza*, sta in ciò, che solo i modi di estinzione appartenenti alla *seconda categoria* danno luogo alla azione di regresso e al subingresso del fidejussore.

Precisamente da questo punto di vista, ho dato un cenno sommario di questi modi di estinzione al n. 38. Verrò ora notando rapidissimamente le principali questioni e discussioni che sono state sollevate intorno a ciascuno di essi.

59. Il modo tipico di estinzione di questa seconda categoria, è il pagamento del fidejussore. Al qual proposito richiamo quanto ho accennato ai nn. 15 e 17.

Se il pagamento è annullato, risorgono le obbligazioni principale e accessoria.

Il pagamento può essere sostituito, assenziente il creditore, da una *datio in solutum*. Questa estingue l'obbligazione principale precisamente come il pagamento (può però dar luogo a dubbi quanto alla misura del regresso, v. ai nn. 41).

In questo caso se avviene l'evizione, io credo che non risorge l'obbligazione principale nè — per conseguenza — la fidejussione; salvi gli effetti della garanzia *per l'evizione* a carico del fidejussore. Ciò io induco argomentando dall'art. 1929, poichè sono applicabili a questo caso (anzi *a fortiori*) gli argomenti, che accennerò commentando questo articolo al n. 62 *bis*, al quale rinvio ora il cortese lettore. Aggiungo che il creditore potrà riservarsi i diritti contro il debitore pel caso di evizione, ma il debitore potrà pur sempre liberarsi offrendo il pagamento. All'infuori di questo caso il fidejussore non avrà regresso, ma rilievo, essendo il debitore solo *condizionalmente* liberato, fino al momento in cui sia compiuta la prescrizione. Se il debitore offre al creditore il pagamento e costui accetta, cade la *datio* e il

fidejussore avrà regresso solo per gli interessi e le spese; se il creditore rifiuta e libera ugualmente il debitore, il fidejussore avrà regresso anche pel capitale. Quanto all'opinione che il fidejussore non sia mai tenuto per l'evizione per effetto dell'art. 1929, non merita l'onore di una discussione (quale fa invece il Ricci, IX, 378).

60. A questa categoria va ascritta la remissione del debito principale, che il creditore accordi al fidejussore *affinchè il fidejussore possa lucrare l'azione di regresso*: ricordo a questo proposito quanto ho esposto ai nn. 38 e 41: e ricordo nuovamente la l. 10, § 13 D. *mandati*. Faccio notare che il fidejussore ha veste per stipulare la remissione a favore del debitore principale, per ciò stesso che *di diritto* il suo pagamento ha virtù di liberare costui. La remissione stipulata a favore di costui sostituisce il pagamento.

A questa categoria va ascritta altresì la compensazione tra creditore e fidejussore, poichè essa, secondo il sistema del nostro codice, è *ad instar solutionis*. Però, a mio avviso, in questo caso la compensazione non opera di diritto secondo l'articolo 1286 c. civ. dal momento della coesistenza dei due debiti e crediti, perchè il debito del fidejussore è affetto da una *condicio juris* (« qualora il debitore non vi soddisfaccia », art. 1898), per la quale esso non può ritenersi puro (« esigibile ») e pertanto compensabile, se non dopo che il creditore abbia proposto contro il fidejussore l'istanza e l'abbia diligentemente continuata fino alla sentenza. In questo istante della sentenza il debito si purifica e in questo momento pertanto si opera la compensazione. Cosicchè questa è *posta in essere* dalla sentenza che la dichiara. Per coloro che ammettono la categoria delle sentenze costitutive, eccome un altro esempio. L'art. 1290, primo comma in principio, contiene un'applicazione che è la riprova dell'esattezza della costruzione: « ... il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fidejussore ».

Tutto ciò però non dispensa il fidejussore, nonchè dal diritto, dal dovere di opporre la compensazione: soltanto s'intende che essa non è operativa se non con la sentenza. Se, non la propone, egli non potrà valersi in pregiudizio dei terzi delle garanzie, privilegi, ecc. che siano inerenti al credito da lui non proposto in compensazione: così dispone l'art. 1295.

Finalmente trova posto in questa categoria la novazione, con la quale il fidejussore trasfonde, novandola, l'obbligazione principale in una nuova obbligazione, che egli costituisce a proprio carico. Essa

libera naturalmente anche i confidejssori (Laurent XVIII, 325; Campogrande, 799).

Non trova posto in questa categoria la confusione (v. n. 53) nè la prescrizione (v. num. 53 in fine).

61. Ho scorso così rapidissimamente anche i modi della seconda categoria, ed eccoci alla *terza*.

A rigor di termini questa categoria comprende un solo modo (causa): la estinzione dell'obbligazione principale. Credo opportuno considerarla come categoria a sè, perchè in realtà questa causa o modo di estinzione si distingue e distacca nettamente dagli altri modi, in quanto non sorge *dal* rapporto o *nel* rapporto tra creditore e fidejssore, ma fuori di esso e non deriva da un fatto giuridico diretto immediatamente alla estinzione di esso rapporto, ma anzi da un fatto diretto ad altri effetti, che solo indirettamente ne involge la estinzione, sopprimendone un presupposto essenziale. Ho lungamente chiarito altrove, che l'obbligazione principale è presupposto essenziale della fidejssione: v. i nn. 5 e ss. Discende da quei principii che, estinguendosi l'obbligazione principale, *ipso jure* l'obbligazione fidejssoria *cessa di esistere* (n. 6). Questo modo di estinzione (concettualmente unico) di cui passo a discorrere, presenta varii aspetti per quanto varii sono i modi di estinzione dell'obbligazione principale. Gioverà passare brevemente in rivista questi varii aspetti, ricordando anche qui le questioni e discussioni sorte in proposito.

61 bis. Premetto che la estinzione della obbligazione fidejssoria si verifica soltanto se l'estinzione della obbligazione principale sia *vera e valida* chè se è falsa (simulata) o nulla o annullabile, l'estinzione della fidejssione non avviene o risorge coll'annullamento della *pseudo-causa* estintiva. Ciò vale pel pagamento, per la *datio in solutum* (ciò è controverso sulla base dell'art. 1929, v. n. 62 bis), per la novazione, ecc. Però io ritengo (tace su ciò la dottrina), che il creditore che ha ricevuto il pagamento annullabile o conclusa una novazione annullabile e sia in colpa in ciò fare (sia perchè ne conoscesse il vizio, sia perchè dovesse conoscerlo), sarà responsabile per l'art. 1928 di fronte al fidejssore, se, risorgendo in seguito all'annullamento l'obbligazione principale e la fidejssione, il debitore principale sia divenuto nel frattempo insolubile. E in realtà si noti che nel frattempo il fidejssore non può valersi dell'articolo 1919, perchè gli osta l'estinzione, per quanto annullabile, della obbligazione principale.

62. Il pagamento della obbligazione principale può essere totale o parziale: la liberazione del fidejussore sarà proporzionale ad esso. Qualche dubbio è nato sull'imputazione del pagamento nel caso che il debitore abbia più debiti verso il creditore, di cui uno solo o solo alcuni garantiti con fidejussione e nel caso in cui il debito, unico, sia garantito parzialmente. Se manchi ogni indicazione o convenzione delle parti (art. 1255 c. civ.), si sostiene che la soluzione debba essere opposta nei due casi (per tutti Laurent, XXVIII, 275 e aut. cit.): nel primo caso andrà imputato al debito garantito, perchè il debitore aveva maggiore interesse a soddisfarlo (articolo 1258), nel secondo dovrà presumersi (art. 1131 c. civ.) che le parti abbiano stipulato la garanzia parziale, perchè era a temersi una parziale insolvenza del debitore principale e per conseguenza non potrà applicarsi l'art. 1258 a danno del creditore. Quest'ultima soluzione è dubbia (cfr. Larombière all'art. 1256, 7 e aut. cit.), e in ogni modo dovrà verificarsi *in fatto* la attendibilità della cennata presunzione.

Se il pagamento è fatto da un terzo e costui non pattuisce la surrogazione (art. 1252 c. civ.), la fidejussione è estinta; se è fatto da un condebitore solidale, la fidejussione è parzialmente estinta, sopravvive cioè la quota del debitore garantito (art. 1253, 3°; 1198, 1199 c. civ.: si applicano i ragionamenti dei nn. 37 e 44); se è fatta da un confidejussore si applicano le regole di cui ai nn. 48 e ss.; se finalmente è fatto da un terzo che pattuisca la surrogazione la fidejussione non è estinta (Guillouard, 225 seguito da Baudry Lac. et Wah, 1139 e Campogrande, 794), salve sempre le azioni degli art. 1119 e 1130.

Se l'obbligazione principale era di fare o dare una cosa e il debitore fa o dà validamente, io credo (in coerenza ai nn. 5, 5 *bis* e 6 *bis*) che la fidejussione nonchè estinta debba ritenersi non mai nata o non mai perfezionata. Si noti però che, a mio avviso (coerentemente ai nn. cit.), la fidejussione dell'obbligazione di dare comprende la garanzia evizionale.

62 *bis*. Pel caso in cui il pagamento sia sostituito da una *datio in solutum*, ha una disposizione speciale l'art. 1929: « Quando il creditore accetta volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale il fidejussore resta liberato ancorchè il creditore ne soffra in seguito l'evizione ».

Io non vedo qui, come altri vede (Laurent, XXVIII, 281), una eccezione ai principii, ma piuttosto un chiarimento, che la legge ci

fornisce sul concetto di *datio in solutum*: la legge considera estinto il debito *come se* la *datio* involgesse una novazione oggettiva e costituisse il pagamento dell'obbligazione *novata* (in questo senso ha ragione il Guillouard, 253, pur esprimendosi inesattamente). Perciò deve interpretarsi rigorosamente il requisito di legge, che la *datio* sia stata accettata liberamente («volontariamente») dal creditore (tale p. es. non è il caso, se della cosa egli sia rimasto aggiudicatario in seguito ad espropriazione: dottrina concorde: v. per tutti Baudry Lac. et Wahl, 1149; Campogrande, 802 e aut. cit.). E deve ritenersi che se la *datio* venga annullata per un vizio della convenzione (difetto di capacità, errore, dolo, ecc.), la fidejussione risorga. In questo caso gli è come se fosse annullata la novazione che *si finge* precedere la *datio in solutum*. E in realtà in questo caso la *datio* non può dirsi efficacemente consentita dal creditore, nè può dirsi che l'annullamento di un contratto traslativo sia per l'acquirente un caso di evizione (contro: Guillouard, 256; Baudry Lac. et Wahl, 1150; Campogrande, 805 in pr.). Si discute se il creditore nella *datio* possa riservarsi i suoi diritti contro il fidejussore pel caso di evizione. Io credo di sì (Laurent, XXVIII, 282), salvo al fidejussore di agire per l'articolo 1919 contro il debitore (Laurent, l. c. contro gli aut. ivi cit.). Si obietta che una convenzione tra creditore e debitore non deve poter danneggiare il fidejussore, togliendogli il beneficio dell'articolo 1929. Si replica che questa è una petizione di principio, perchè se il creditore si riserva i diritti contro il fidejussore, non siamo più nei termini di quella *datio* dell'art. 1929 che libera il fidejussore, perocchè abbiamo una *datio* condizionale mentre l'art. 1929 parla di una *datio* pura. Si obietta ancora, contro la opinione da me accettata, che il fidejussore non avrà l'azione dell'art. 1919 perchè il debitore potrà opporgli la *datio*. Ciò è inesatto perchè siccome la *datio* è condizionale e *non liberatoria*, il debitore è pur sempre tenuto a rilevare il fidejussore che è *liberato*. Anch'io però inclino a credere (col Mirabelli, 37) che a salvare i diritti del creditore non sia sufficiente una semplice riserva, ma occorra una convenzione espressa (contro l'opinione da me accettata, v. Troplong, 583; Guillouard, 255; Ricci, IX, 378; Campogrande, 804).

63. Riguardo alla novazione, la legge ha una disposizione, in verità superflua, all'art. 1277, 2° comma: «La novazione effettuata relativamente al debitore principale libera i fidejussori», naturalmente salvo pattuizione in contrario coi fidejussori stessi. E natural-

mente, se il creditore « esige l'adesione » dei fidejussori « e i medesimi ricusano di aderire alla nuova convenzione, sussiste il credito anteriore » (art. cit. ult. comma).

E anche per la rimessione dispone il c. civ. articolo 1282: « la rimessione o liberazione convenzionale accordata al debitore principale libera il fidejussore ». A questo articolo ha introdotta una eccezione l'art. 792 c. comm. che ho già ricordato a proposito di regresso: « I creditori conservano la loro azione per l'intero loro credito contro i coobbligati e i fidejussori del fallito, ancorchè questi abbia ottenuto un concordato ed essi vi abbiano volontariamente consentito ».

E seguiamo col c. civ. art. 1297: « La confusione che si opera per la riunione della qualità di creditore e di debitore principale nella stessa persona profitta ai fidejussori ».

Infine se si verifica la condizione risolutiva apposta all'obbligazione principale o se ne compie la prescrizione, naturalmente nello stesso istante *ipso jure* cessa anche la fidejussione. E lo stesso avviene all'atto della sentenza, se il debitore principale in via di azione o di eccezione ne ottiene l'annullamento. Lo stesso avviene infine se l'obbligazione principale essendo di dare una cosa certa, si verifichi la perdita della cosa dovuta ai sensi dell'articolo 1298 c. civ. o se, essendo l'obbligazione di prestare un fatto non fungibile, l'obbligato principale muoia senza essere in mora.

VII. GIUDICATO, TRANSAZIONE, GIURAMENTO.

64. Tutti gli autori trattano dell'efficacia del giudicato tra i modi di estinzione e ivi trattano altresì della transazione e del giuramento. Ciò è attendibile per quanto alla transazione e anche al giuramento, non lo è riguardo al giudicato, perchè questo può semplicemente *dichiarare* l'estinzione, non già *darle causa*; persino in quei casi in cui si vuole da alcuni considerare la sentenza come *costitutiva* (v. es. n. 55), la *causa* dell'estinzione preesiste alla sentenza ed è *fuori* di essa. Io ne tratterò quindi separatamente, di proposito, e, in relazione a ciò, dirò della transazione e del giuramento per comodità e chiarezza di esposizione e anche perchè si suol dire (inesattamente, per verità), che *sostituiscono* la sentenza del giudice.

Premetto che tra creditore e fidejussore può sorgere controversia sulla esistenza od estinzione del solo rapporto fidejussorio, senza che

venga menomamente in questione l'obbligazione principale. In questo caso naturalmente non v'ha possibilità di dispute: il giudicato fa stato tra fidejussore e creditore; e tutti gli altri di fronte ad esso sono terzi, compreso il debitore principale.

Si tratta invece di determinare se il giudicato che si formi tra creditore e debitore principale o tra creditore e fidejussore, sulla esistenza, persistenza e validità del rapporto principale, faccia stato anche pel fidejussore o rispettivamente pel debitore che non fu in giudizio.

Prima di affrontare il problema, giova porre fuor di questione alcuni casi cui questo problema non riguarda.

Esso, intanto, non riguarda il rapporto di regresso tra fidejussore e debitore principale. Il giudicato di condanna potrà essere prodotto dal fidejussore contro il debitore agli effetti del regresso (legittimazione del seguito pagamento), efficacemente o meno, a seconda che egli abbia o meno adempiuto all'obbligo di avvertire e di opporre le eccezioni opponibili, come ho lungamente spiegato al n. 39. Qui non è questione di efficacia del giudicato come tale, ma bensì del suo valore come documento giustificativo dell'eseguito pagamento.

Il problema non interessa neppure il caso in cui il debitore convenuto dal creditore, abbia ottenuto la dichiarazione di nullità o di estinzione del rapporto principale, e il creditore successivamente abbia convenuto il fidejussore pel pagamento. Il fidejussore in questo caso potrà certamente opporgli che l'obbligazione fidejussoria è estinta, perchè coll'estinguersi dell'obbligazione principale è venuto meno un suo presupposto essenziale (v. n. 5 e 8) e potrà irrefragabilmente (art. 1351 c. civ.) documentare tale estinzione producendo il giudicato che *fa stato in proposito tra il creditore stesso e il debitore principale*. In questo senso altri argomenta anche dall'art. 1927.

Il problema resta dunque pei casi seguenti: 1) dopo che il creditore ha ottenuto la condanna del debitore, il fidejussore, convenuto successivamente dal creditore stesso pel pagamento, può rimettere in discussione l'esistenza, persistenza, o validità dell'obbligazione principale? 2) dopo che il creditore ha ottenuto la condanna del fidejussore il debitore convenuto successivamente pel pagamento, può rimettere in discussione l'esistenza, persistenza o validità dell'obbligazione principale? 3) dopo che il fidejussore convenuto è stato assolto in base ad eccezioni opposte per l'art. 1927 c. civ., può il creditore riproporre successivamente la domanda contro il debitore principale?

Fissati così i casi in cui si presenta l'accennato problema, vediamo di indurne il punto di diritto controvertibile.

Rammento che il creditore agendo contro il debitore, propone come *causa petendi* lo stesso rapporto principale; agendo contro il fidejussore propone invece come *causa petendi* il rapporto fidejussorio. È vero che egli creditore deve chiedere tanto nell'uno come nell'altro giudizio l'accertamento dello stesso e medesimo rapporto principale, ma gli effetti di tale accertamento dovranno, secondo i principii generali, limitarsi alla *causa petendi* e alla *res* dedotte in giudizio fra le parti in giudizio, a meno che non si possa dimostrare:

1) che quando il creditore agisce contro il fidejussore o contro il debitore isolatamente, e per ottenerne la condanna, chiede l'accertamento (dichiarazione) del rapporto principale, egli *non può* chiederlo e ottenerlo *agli effetti e nei limiti* della domanda proposta; ma *dovrà necessariamente* provocare l'accertamento *anche* agli effetti dell'altra e diversa *causa petendi*, che egli vanta contro il debitore o fidejussore che non è in giudizio;

2) oppure che tra debitore principale e fidejussore vi ha un rapporto di rappresentanza *necessaria*, per cui quando l'uno di essi — isolatamente — si fa ad impugnare nell'interesse proprio l'esistenza, persistenza o validità del rapporto principale, *ipso iure* e *necessariamente* assume la rappresentanza dell'altro estendendo, in tale qualità, il giudizio di accertamento del rapporto principale a tutti gli effetti che all'altro possono derivare dall'accertamento stesso.

Ma ambedue queste proposizioni non solo non sono state dimostrate, ma non sono dimostrabili. La rappresentanza tra debitore e fidejussore non è fondata sulla volontà delle parti (arg. anche dall'articolo 1901); essa potrebbe esser costituita dalla legge, ma occorrerebbe una disposizione espressa e precisa, che invece non si ha (cfr. Pescatore, *Sposizione comp.*, I, p. 268; Busatti in *Foro It.*, 1892, I col., 1172), mentre questa rappresentanza legale sarebbe contro i principii generali del diritto civile e del diritto giudiziario (*nul ne plaide par procureur*).

Ma anche indipendentemente da ciò, è evidente che essa creerebbe un limite alla libertà di agire e una anomalia nella struttura del processo, facendo *necessariamente* esorbitare l'efficacia giuridica dell'accertamento giudiziale di un fatto (negozio) giuridico dai limiti dell'interesse per cui viene chiesto, e cioè della *causa petendi* dedotta in giudizio. Il che non può ammettersi, se non in base ad un testo di legge o ad esigenze sociali e giuridiche gravissime inerenti alla natura della controversia (es. azioni di stato), non certo in base a ragioni di ordine relativamente affatto secondario come il *timor*

ne varie judicetur, od erronee come la pretesa identità di obbietto tra la fidejussione e il rapporto principale (cfr. n. 5).

Non si replichi che è contraddittorio ritenere, come io ritengo, che il giudicato tra debitore e creditore documenta irrefragabilmente (v. sopra) la *non esistenza* del debito principale, *anche di fronte al fidejussore*, mentre, di fronte a costui, non è sufficiente a documentarne la *esistenza*. Questa diversità di soluzione discende dalla struttura della fidejussione, perocchè nel primo caso, dimostrato che il debito principale *non sussiste per il debitore*, è dimostrato che la fidejussione *non può più sussistere per il fidejussore* (v. il n. 6). Invece è chiaro che quand'anche *sussista* il rapporto principale *per il debitore*, il rapporto fidejussorio *può non sussistere per il fidejussore*.

Data questa *possibilità*, io dico che se il fidejussore *prima* del giudizio tra creditore e debitore aveva il *diritto* di dimostrare la insussistenza e invalidità della *propria* obbligazione *anche* dimostrando la insussistenza o invalidità del rapporto principale (art. 1927), questo *diritto* — come non può essergli tolto per volontà o fatto di un *terzo* quale è il debitore (v. esempio pacifico in dottrina al n. 32 *bis*) — non può essergli tolto da un giudicato *fra terzi* (e cioè fra debitore e creditore), da un giudicato, cioè, in cui egli non potè far pesare colla propria difesa il *proprio* interesse alla dichiarazione della insussistenza o invalidità del rapporto. Tale è il dettato dell'art. 1351 c. civ., fino a che non mi si dimostri che *la legge* vi ha introdotta un'eccezione.

Si è invocata a favore della opinione che combatto, la tradizione: in questo senso era infatti certamente il Pothier: ma il Busatti nella nota sopra ricordata (in *Foro It.*, 1892, I, col. 1163-1174), che è una dottissima monografia, ha dimostrato come non fosse in questo senso la tradizione propriamente detta e — ciò che più monta — che non è affatto dimostrato, nè dimostrabile che il diritto romano fosse in questo senso. I testi addotti non risolvono, nè riguardano il problema; e mi rimetto allo scritto del Busatti.

Quanto alla teoria della cosiddetta *rappresentazione imperfetta*, incontra le stesse difficoltà insuperabili che incontra l'altra teoria (*rappresentazione piena*) ora combattuta, con l'aggravante che essa ci offre una costruzione affatto arbitraria, che sta completamente fuori della legge, anzi parmi contraddica alla legge, poichè gli artt. 35 e 36 c. proc. civ., a mio avviso, escludono la possibilità di una gestione giudiziale di negozio, e altresì la possibilità di esser parte in giudizio

salvo ratifica e cioè col diritto di respinger da sè i risultati del giudizio. Eppure è questa l'opinione accolta col maggior favore: cons. per tutti Guillouard, 223; Baudry Lac. et Wahl 1167 e sopra tutti il nostro Mattiolo, V, n. 123 e ss., avvertendo però che il diligentissimo autore, in questo punto non è troppo esatto nel riferire le opinioni altrui. Escludono la rappresentanza anche Laurent, XX, 109; Campogrande, 799 e 826; Démolombe ecc.; ammettono la rappresentanza piena Troplong, 510; Corsi, p. 580 e ss. e altri ancora.

65. *Quid* della transazione?

Premetto che può stipularsi transazione sul debito principale *anche* tra creditore e fidejussore, per ciò stesso che il pagamento del fidejussore *di diritto* estingue la obbligazione principale, e che egli può esser convenuto per questo pagamento. Egli pertanto, come ha il diritto e il dovere di estinguere l'obbligazione principale pagando, ha il diritto, se può, di estinguerla mediante una liberazione convenzionale, che sostituisca in tutto o in parte il pagamento.

La transazione, che avvenga o tra creditore e debitore principale o tra creditore e fidejussore, in quanto è *estintiva del debito* principale, libera anche il fidejussore o il debitore, che non fu parte in essa. Ed è ben naturale, perchè con essa la comune volontà delle parti *pone in essere* la estinzione *effettiva* del rapporto principale, avvenuta la quale, *re ipsa* cessa ogni rapporto obbligatorio sia tra il creditore e il debitore, sia tra il creditore e il fidejussore. Onde si vede quanto è inesatto in questo caso (e in casi analoghi) ciò che si dice: che la transazione « sostituisce la sentenza ». Essa invece la rende inutile e impossibile, estinguendo il rapporto su cui la sentenza doveva versare. Dovrebbe dirsi piuttosto che essa sostituisce il pagamento. E pertanto ad essa si applicano le regole del pagamento e non quelle del giudicato. Quanto al regresso in base a transazione, v. il n. 41.

Se invece la transazione lascia sopravvivere il credito per una somma minore, ove essa transazione venga stipulata tra creditore e debitore principale, giova al fidejussore per l'art. 1927, ma non può nuocergli in quanto da parte del creditore importi rinuncia ad eccezioni opponibili: vale la regola di cui al n. 32 *bis*.

Ove essa venga stipulata tra fidejussore e creditore, certo non nuoce, ma neppur può giovare al debitore principale, a meno che essa non implichi novazione parziale, nel qual caso rientriamo nell'ipotesi di transazione *estintiva* più sopra contemplata.

66. Quanto al giuramento « deferito al debitore principale, libera ... i fidejussori » (art. 1373 c. civ.). Ma il rifiuto di prestarlo non nuoce al fidejussore (conf. Lessona, *Prove*, II, 460, contro Troplong, 513; Galdi, 214; Campogrande, 828); infatti la soluzione a mio avviso deve essere la stessa che pel giudicato e per la transazione (in quanto la transazione importi rinuncia ad eccezioni opponibili); valgono le stesse considerazioni su cui cfr. il n. 32 e 32 *bis*.

Il giuramento « deferito al fidejussore giova al debitore principale... quando fu deferito sul debito » (art. 1373 cit.). La legge applica a questo caso la regola della transazione (v. n. prec.) anzichè la regola del giudicato (v. n. 64). Ciò parrebbe coerente al sistema della legge, che in più casi equipara il deferire il giuramento al transigere, ma viceversa è contro il suo spirito, in quanto fa sì che il debitore riesca liberato anche da un falso giuramento altrui; comunque *hoc jure utimur*.