

« VOCI » E FRAMMENTI

INDICE ELENCO DELLE «VOCI» E DEI FRAMMENTI

	pag.
« 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]	347
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>Nazionalità e definizione della obbligazione fidejussoria e del contratto di fidejussione. Distinzioni (nn. 1-14 ter)</i>	139
II. - <i>Dall'obbligazione di fornire un fidejussore (nn. 15-16 bis)</i>	166
III. - <i>Dell'obbligazione fidejussoria in particolare. Azioni ed eccezioni tra creditore e fidejussore (nn. 17-32)</i>	169
IV. - <i>Rapporti ed azioni tra fidejussore e debitore principale (nn. 33-47 bis)</i>	182
V. - <i>Rapporti ed azioni tra cofidejussori (nn. 48-50 bis)</i>	200
VI. - <i>Modi di estinzione dell'obbligazione fidejussoria (nn. 51-63)</i>	203
VII. - <i>Giudicato, transazione, giuramento (nn. 64-66)</i>	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 fidejussione* » 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 fidejussione* » 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 si per questa ragione e si 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* Guillaud, 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 l'*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; Guillaud, 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 capo da 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 scève 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 sé 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 fidejussione 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 fidejussore fraudolento nasconde 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). Scionchè 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 Guillaud, 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 prótasi.

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 per i 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 danaro, 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. 5 *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; Campcogrande, 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 *ius 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. 11, 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. Esempi 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 *solus 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 oggetto 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, sempreché 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 *litteris* 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 subiettivamente 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.

Aprò 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 vari 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 (*except. 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 svariabilissimi 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 indemnitalis*, 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 contrae 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 *maggior* facilità che non il debitore. Dove è la base testuale per accordare al creditore il diritto a questa *maggior* 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 II 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. 1975). 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. e.*, 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 obiettare 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 per il 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 *fidejussor indemnificatus*, al quale unicamente è da applicarsi la l. 116 D. *de v. o.* 45, 1 (cfr. l. 16, § 6 e l. 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 condicione, 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; Guilouard, 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.* (5ª 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, *attua* 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 specie 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 pel 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. Convergo 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 Guillaouard, 134; Baudry Lac. et Wahl, 1037, 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 Guillaouard, 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 Guillaouard, 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, *Temi 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 (Guillaouard, 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, giovarmi 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 *Gas, 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.*, §, 41, ecc.

30. Quanto ai requisiti o presupposti dell'istanza poco havvi ad 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.*, §, 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 constata che alcune 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.; Guillaouard, 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 si 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 è da 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 (eccezionaliissimi) 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 vari 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 rinvencono 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 *sussumpta* 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, *Corsa*, 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 lei* 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 (562) 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 pebis*). 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 momentaneamente 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. (Campeggrande, 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 Campeggrande (669), « l'azione di regresso tende ad indennizzare il fidejussore e non ad attuare una speculazione a danno del debitore » (cfr. Guillaud, 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 strumento, 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, I, ecc., I, 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 Guillouard, 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 opposenti.

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 obiettare (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; Guilleouard, 195; Baudry Lac. et Wahl, 1125; Mirabelli, 33; contro Duranton, 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 Guillouard, 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; Guillouard, 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'obiettare che la legge non distingue (su questa argomentazione si basa la dottrina francese con a capo il Laurent, XXVIII, 262; cfr.: Guillouard, 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. 2º 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. 4º 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. 5º, 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. 5º, 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. *cod.* 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; Guillaud, 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 *fidejus.* 46, 1 e 11 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 confidejssori. Quanto al requisito dell'aver pagato, vale quanto è esposto al n. 38. Quanto al requisito che il fidejssore 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 fidejssore che paga fuor dei casi dell'art. 1919, non avrà mai più nessuna azione contro i confidejssori. 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 confidejssori, si bene di constatare che se la *legge stessa applica* la regola al fidejssore di uno tra più debitori solidali (art. 1917) e ai confidejssori nei casi dell'art. 1920 (v. n. prec.), *per necessità logica* essa regola deve ritenersi applicabile ai confidejssori anche fuor dei casi dell'art. 1920. Tale è il caso del fidejssore che paga prima del termine: avrà il subingresso contro i fidejssori 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 fidejssore il subingresso, saranno alquanto imbarazzati a risolvere il caso: come negare al fidejssore ogni ricorso contro i con-fidejssori? 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 fidejssori 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 per i 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 FIDEIUSSORIA.

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 (l. 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 vizi 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, I, 783; App. Perugia, 1 aprile, 80, *Legge*, I, 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). È in realtà sì 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, *Terr. 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.*, I, 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 incapacità 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 (*cf.* 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 (*cf.* 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, 1, 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, 1, 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 *per 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. 1299, 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 Bandry 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 Guillaud, 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: Guillaud, 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; Guillaud, 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 nei 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 oggetto 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 sé i risultati del giudizio. Eppure è questa l'opinione accolta col maggior favore: cons. per tutti Guillaouard, 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*.

FRAMMENTI DA
« LA PROVA DELLA DATA RIGUARDO AI TERZI »

[1915-1919]

Da un volume pubblicato in edizione provvisoria, Roma, 1915. La composizione tipografica andò perduta per vicende belliche. I frammenti attuali sono ricavati da bozze rivedute e corrette dopo la guerra (1919) per una edizione definitiva, che poi non ebbe seguito.

I numeri del testo riproducono la numerazione originale. La numerazione progressiva delle note, rimaste poi incomplete, è stata rifatta per comodità di consultazione.

INDICE ELENCO DEI FRAMMENTI

	pag.
Datum e dies	225
La data degli atti pubblici,	227
La data delle scritture private:	
<i>Origini della regola che la data non fa prova riguardo ai terzi</i>	237
<i>Il problema dei terzi: critica della letteratura</i>	243
<i>Ricostruzione formale delle regole di prova legale sulla data</i>	272
Castitica:	
<i>Casi di successione a titolo universale</i>	283
<i>Casi di successione a titolo particolare nei rapporti di credito</i>	289
<i>Casi di successione a titolo particolare nei diritti reali</i> ,	296
<i>Casi di rappresentanza e di gestione rappresentativa. Surrogatoria e revocatoria</i> ,	305
<i>Casi di surrogatoria e di revocatoria</i>	317
<i>Casi di procedure esecutive particolari e fallimentari</i>	320
Il problema della buona fede	325

Datum e dies

In origine « data » significa la proposizione con cui si indica in parole o in segni, il tempo e il luogo in cui viene compiuto un certo atto, e più propriamente quella stessa proposizione come la si suole inserire in forma breve e caratteristica in atti scritti, per esprimere il tempo e il luogo della loro emissione (*datum*). Ma qualche volta, si usa la stessa parola per indicare il momento o l'epoca in cui un fatto è avvenuto, considerando, questo momento o questa epoca, in sè e per sè (*dies*), uso traslato che è dovuto probabilmente alla mancanza di un termine proprio per esprimere questo ultimo concetto (1). Così un documento può mancare materialmente di data nel primo senso (*datum*), ma la sua formazione deve essere avvenuta necessariamente in una certa data nel secondo senso (cioè in un certo momento storico identificabile, *dies*).

Ora quando si parla di « provar la data » o di « prova della data », si intende o si dovrebbe intendere « data » nel secondo senso, e cioè

(1) D'accordo tutti i buoni dizionari della lingua parlata.

Nel *Vocabolario degli Accademici della Crusca* leggo: « DATA. Indicazione del tempo e del luogo in cui fu scritta una lettera, un decreto, contratto, diploma; e per estensione riferisce anche ad impressioni di libri e simili. Da dato come aggiunto di lettera o simile, usato ad indicare il tempo o il luogo in cui fu scritta.

« § I. Quindi la locuzione: in data d'un tal giorno ed anno, riferita a lettera, scrittura, documento, diploma e simili, vale: scritto, fatto, dato in quel giorno... ».

L'uso del participio in questo senso era già dei latini, anzi, propriamente, era dei latini, più che nostro. Leggo nel FORCELLINI « DATUM... Adscriptum in fine epistolarum, significat tempus et locum quo epistula data seu scripta est. Legitur apud Cic. 24, fam. 1, 7, 8, 12 et 23. Sic 2 Q. Fr. 16: Accepi tuae literas datas Placentiae... ». E segue un esempio tratto dal Cod. Theod., in cui si incontra poi ad ogni passo, come nel Giustiniano.

Ma prosegue poi il *Vocabolario*: « § III. Data si usa per giorno, anno, o più largamente il tempo in cui avviene, si fa, ha principio, o simili, checchessia... ».

Ed ecco il secondo significato di cui parlo nel testo, evidentemente traslato di fronte al primo, ch'è il solo conforme alla derivazione della parola.

si dovrebbe intendere, che si parla di provare *in qual momento (dies)* un certo documento è stato formato o un certo atto è stato compiuto (2).

Però fra i giuristi (e anche nei testi di legge) la ambivalenza del termine si riflette spesso in una deviazione o in una ambiguità del discorso. Molte volte infatti parlando di « data », il problema che ci si pone è questo: se il *datum* provi il *dies* di uno scritto (e quindi dell'atto che esso documenta) — oppure il problema è quest'altro: se (e come) per provare il *dies* si possa provare (*aliunde*) la verità (veridicità) del *datum*. Dalla quale ultima posizione problematica ne è poi nata un'altra, che involge un'altra ibridazione del termine, cioè quella di « data computabile ». Questa sarebbe rappresentata da un momento (*dies*) a partir dal quale si può provare (indipendentemente dal *datum*) che uno scritto (e quindi l'atto che esso documenta) esisteva già. Il presente saggio (col suo titolo volutamente un po' vago) si propone di toccare tutti questi problemi.

(2) « Data » si trova usato nei due sensi, nell'articolo 53 cod. comm.

È chiaro infatti che nell'alinea e nell'ultimo capoverso è usata nel suo senso proprio di enunciazione o indicazione. Ma nel primo capoverso, sebbene il termine sia richiamato con un pronome (« Essa può essere accertata ... »), va intesa piuttosto nel senso traslato, come vedremo a suo tempo. Questo dimostra che nel parlar comune si passa da un significato all'altro senza avvedersene, e ciò è qualche volta causa di errori.

Il termine è usato ambigualmente anche nell'art. 1327 cod. civ., come risulterà quando ne faremo l'esegesi.

La data degli atti pubblici

8. — Non c'è dubbio, che l'enunciazione della data, che *deve* essere inserita in qualunque atto pubblico, faccia « piena fede ». Il che vuol dire che nessuno può sostenere che l'atto sia stato formato in tempo e luogo diverso da quello ivi enunciato, se non nei modi e coi mezzi della querela di falso civile o penale.

Tutto questo risulta dall'art. 1317 cod. civ. e dalle disposizioni della legge sul notariato, nonchè dalle altre leggi speciali relative ai singoli tipi di atti pubblici. Risulta infatti dal complesso di tali disposizioni, che l'ufficiale pubblico documenta sempre delle attività proprie od altrui, e che a questo effetto le deve descrivere (o, se si tratta di dichiarazioni, « raccogliere ») in tutto ciò che hanno di rilevante. Tutta quanta la sua descrizione si presume veritiera e come tale fa prova dei fatti descritti, fino a che non sia formalmente provato con la querela di falso, che essa è infedele o che il documento stesso è stato materialmente alterato. E fa piena prova in questo senso di fronte a chiunque. Non se ne è mai dubitato nemmeno in Francia dove il *code civil* contiene, per equivoco, una apparente limitazione: « fait pleine foi ... entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause » (art. 1319 al.). Il nostro codice civile (art. 1317 cit., al.) ha eliminato questa volta l'equivoco, sopprimendo quell'accenno alle parti e ai loro successori e menzionando, oltre alle convenzioni, i « fatti seguiti alla presenza del notaio o d'altro pubblico ufficiale ». La data non è che un elemento di quella descrizione o narrazione a cui accennavo (elemento, come ho avvertito, indispensabile) e fa piena prova di fronte a tutti come tutto il resto di essa (1).

(1) Proposizioni tutte queste, pacifiche ed indiscusse da noi. E mi esimo da citazioni.

L'inciso dell'articolo 1319 *code civil* (corrispondente al nostro 1317): « entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayants cause », non è dovuto propriamente, come si suol dire (cfr. per es. MATTIROLO, *Trattato*, III, n. 35), ad una « confusione » che avrebbero fatta i compilatori tra efficacia probante del documento ed efficacia obbligatoria della convenzione, ma piuttosto alla circostanza che essi, dettando l'articolo, si

12. — Quanto agli effetti della querela di falso, bisogna distinguere secondochè la sentenza accerti od escluda il falso sulla data e secondochè il falso stesso sia stato intellettuale o materiale.

Io ritengo che di regola la sentenza che accerta e dichiara il falso intellettuale della data, implichi ed importi la nullità di tutto quanto l'atto, come atto pubblico, poichè per effetto della sentenza esso viene a mancare addirittura di data. Mi par certo infatti che le disposizioni delle leggi in materia, che richiedono nell'atto la relativa enunciazione, intendono che la enunciazione debba esser veritiera. Ora se dalla sentenza risulta che quella che figura nell'atto, è falsa (e quindi non è quella voluta e richiesta dalla legge), e se d'altra parte l'enunciazione della data vera, che è richiesta e voluta, manca, l'atto in complesso e in conclusione manca di data. Non pare che l'accertamento eventualmente contenuto nella stessa sentenza, che l'atto è stato formato in realtà in un certo giorno, possa supplire, di regola, alla enunciazione mancante, poichè questa è concepita e trattata dalla legge come un requisito di forma, che evidentemente non può esser supplito *ex post*. Di alcune eccezioni che vi possono essere a questa regola dirò più sotto. A prescindere da queste, il risultato finale si è, che neppure in seguito ad accertamento della falsità, si giunge ad avere un atto pubblico senza data, perchè con l'accertamento stesso l'atto cessa di valere come tale.

Ne segue poi, tra l'altro (almeno a mio avviso), che in caso di falso accertato sulla data, non si deve dar luogo, di regola, all'applicazione dell'articolo 309 al. cod. proc. civ. Ma viceversa si deve far luogo all'annotazione di cui all'art. 58 del regolamento esecutivo della legge sul notariato.

13. — Quanto alle eccezioni a cui accennavo testè, mi limiterò a ricordare, che quando si tratti di atti o fatti giuridici che debbono

preoccupavano ed occupavano unicamente della prova della convenzione fra coloro che ne erano vincolati. Quell'espressione «entre les parties etc.» è semplicemente l'espressione di quella circostanza di fatto che essi pensavano soltanto a quel caso; ma non ha alcun valore normativo. Vale qui quel che dirò a proposito dell'articolo 1328 *code civil* (= 1327 cod. civ.), in cui è entrata infatti e proprio per la stessa ragione la stessa frase: cfr. più oltre n. 49 e note. I nostri compilatori hanno rettificato l'articolo 1329 traducendolo nell'articolo 1416 del cod. Albertino da cui il nostro 1327, ma hanno poi trascurato di far lo stesso per l'articolo 1328 nel cavarne l'articolo 1436 del cod. Albertino, divenuto il 1327 del nostro codice.

esser documentati in forma pubblica, anche nell'interesse della generalità dei cittadini o dello Stato, come avviene, per es., per tutti gli atti e fatti che interessano lo stato civile, la sentenza può sostituire con i suoi accertamenti il relativo atto pubblico, che sia venuto per una qualunque ragione a mancare. Ora è probabilmente da ritenere che lo possa supplire anche in quanto venga a mancare per nullità, e più specialmente per nullità derivante da un falso intellettuale (arg. indirettamente anche dagli articoli 364, 366, 401 e ss. cod. civ., 113 e segg. del R.D. 15 novembre '65 per l'ordinamento dello stato civile). E lo stesso deve valere allora anche per il caso in cui il falso cada sulla data.

In questo caso riavremo in definitiva un atto pubblico con la sua data che fa « piena prova », sol che la data stessa eccezionalmente non risulterà dall'originale dell'atto, bensì dalla successiva sentenza. Quest'ultima sarà poi di solito tradotta anche materialmente in una riforma o rinnovazione dell'atto, secondo le disposizioni che darà in proposito l'autorità giudiziaria in base all'art. 309 cod. proc. civ., o in opportune annotazioni sull'originale stesso dell'atto o nei relativi registri.

16. — Venendo ai limiti subbiettivi del giudizio e del giudicato pronunciato su querela di falso contro l'atto pubblico, ricordo che sono state sostenute tre opinioni diverse, che si riproducono tutte anche nel campo del nostro tema: che la sentenza faccia stato, come si dice, solo fra le parti, sia che accerti la falsità o che viceversa rigetti la querela; che la sentenza faccia stato *erga omnes* in ogni caso e infine che essa faccia stato *erga omnes* se accerti il falso, e solo fra le parti e solo in ordine ai motivi di falso già dedotti, se viceversa rigetti la querela (2). Che la prima opinione sia mal

(2) L'opinione che la sentenza abbia effetti soltanto per le parti che furono in giudizio, è stata diffusamente sostenuta da MATTEOLO nel suo *Trattato*, III, 82 e ss. e 183 ss. e da LESSONA, *Teoria delle prove*, III, 445 ss., accolta da RAMPONI, v. *Falso in materia civile* nel *Dig. it.*, 8 e da altri. L'opinione che la sentenza abbia sempre effetti *erga omnes* fu già enunciata da VITI, *Comm. sistematico*, 217 e sostenuta da COZZI, *Osservazioni sopra l'articolo 296 del cod. proc. civ.*; vi si accosta VITALI, v. *Falso civile* nell'*Enc. giur. it.*, 256. L'opinione che la sentenza abbia effetti per tutti (contenuto reale) se accerta il falso, mentre ha effetti limitati alle parti (contenuto personale) se rigetta la querela, è stata sostenuta da MONTANA nell'*Annuario* di COZZI, 1885, p. 9 ss. e poi nel suo *Appello civile* nel *Dig. it.*, 805, nel suo *Manuale* in tutte le

fondata mi pare risulti in modo sicuro dagli art. 296 capov. e 309 cod. proc. civ. e fu già dimostrato del resto in modo decisivo dal Mortara (3). Ma, secondo i concetti che io seguo sulla legittimazione *ad causam* e sulla correlativa estensione del giudicato, non potrei accogliere nemmeno la seconda nè la terza delle ricordate opinioni, senza alcuni chiarimenti, che non so se a lor volta saran poi accettati dai loro sostenitori.

La sentenza dichiarativa del falso, quando sia pronunciata fra le parti dell'atto, modifica profondamente lo stato cioè il modo di essere di un rapporto giuridico. Tale è infatti il valore e l'importanza della prova legale fornita dall'atto pubblico, per cui ciò che pare (dall'atto) vale per definizione come se fosse vero, cosicchè distruggendo questa prova legale o modificandone il contenuto o la portata (e cioè modificando quel che pare dall'atto), si hanno le stesse conseguenze che se si distruggesse o si modificasse *ex post* (supponendo che ciò sia possibile) lo stesso negozio giuridico che l'atto documentava o sembrava documentare; e per conseguenza si modifica lo stato del rapporto giuridico a cui esso si riferiva. Considerando solo le conseguenze della dichiarazione di falso, queste non sono, in altri termini, sostanzialmente diverse da quelle di una dichiarazione di simulazione. Ora è nell'ordine naturale delle cose, che, attuandosi una certa costituzione, modificazione o estinzione di un qualunque rapporto giuridico fra le sue parti, questa costituzione, modificazione o estinzione, *come fatto*, sussista di fronte a tutti, sì che nessuno può disconoscerlo. Se io dono una certa cosa a Tizio, è un fatto che nessun altro può disconoscere questo: che io l'abbia donata a Tizio. Lo stesso avviene quando sopravvenga fra le parti la dichiarazione di falso di un atto da cui risulterebbe la costituzione, modificazione od estinzione di un certo rapporto; sopravvenuta la dichiarazione di falso, è un *fatto* che sussiste di fronte a tutti, *erga omnes*, questo: che il documento nei rapporti fra le parti va trattato ineluttabilmente come falso e che l'atto documentato quindi a sua volta non vale più per vero. Rifacendo l'esempio: sopravvenuta la dichiarazione che è falso l'atto pubblico che documenta una apparente mia donazione a Tizio, è un fatto che nessuno può più disconoscere questo: che fra di noi due l'atto va ormai

edizioni e finalmente nel *Commentario*, III, 608. Vi hanno aderito CURELLI, *Comm.*, 2ª ed., sull'art. 296, 8, GALLUPPI, *Opp. di terzo*, 83. Una opinione analoga espone CHIOVENDA, *Principii*, 2ª ed., § 66, III, B, su cui v. però le note seguenti.

(3) *Commentario* cit., III, 608, nota.

considerato falso e che per ciò la donazione che ne era documentata, non vale più per vera ed efficace. E siccome, per definizione, l'atto e la sua falsità non hanno effetti diretti ed immediati di fronte ai terzi, ma hanno gli effetti riflessi dipendenti dal fatto che esso fra le parti valga per vero o che viceversa sia riconosciuto falso, quando la falsità è accertata fra le parti, i terzi ne risentono senz'altro automaticamente e necessariamente tutti gli effetti riflessi, che la falsità può avere nei loro riguardi. Riprendendo ancora l'esempio: la mia donazione a Tizio non ha effetti giuridici diretti ed immediati per alcun terzo, e similmente non ne ha la falsità nè la dichiarazione di falsità dell'atto. Possono avere invece ed avranno per loro degli effetti riflessi il fatto, che la donazione sia avvenuta o l'atto viceversa sia dichiarato falso; questi effetti si verificano immediatamente ed automaticamente, in modo necessario, non appena l'atto sia compiuto o viceversa poi dichiarato falso. In questo senso il giudicato di falso, formatosi fra le parti, ha effetti *erga omnes*. Ciò che evidentemente non è affatto un'eccezione, ma applicazione logica degli articoli 1350, n. 3 e 1351 cod. civ. (4).

La legge non turba in alcun modo con artifici legali il verificarsi di questo fenomeno, che è nell'ordine naturale delle cose; non lascia però, con questo, del tutto senza difesa i terzi interessati per riflesso. Costoro, per tutelare i proprii interessi, potranno intervenire nel giudizio; e contro il giudicato formatosi fra le parti avranno l'opposizione di terzo (5).

Se sopravvenga invece fra le parti una sentenza di rigetto della questione di falso, credo anch'io che essa non possa contenere l'accertamento della genuinità e verità del documento, ma solo la dichiarazione di insussistenza o di difetto di prova delle accuse di falso pro-

[4] Deve considerarsi, a mio avviso, come una proposizione di carattere assolutamente generale, che il giudicato in questo senso abbia effetti *erga omnes*, perchè la dichiarazione contenuta nel giudicato con la caratteristica autorità di cui è munita, si sostituisce praticamente alla realtà (*pro veritate habetur*) ed ha quindi effetti per tutti coloro per cui avrebbe effetti la realtà a cui si sostituisce; ora l'esistenza o il modo di essere di un rapporto o di un fatto ha effetti di fronte a tutti, nel senso che, se è, non può essere se non di fronte a tutti: REDENTI, *Il giudizio civ. con plur. di parti*, n. 26 e nota 24, nota 45, n. 86 e nota 125, e dottrina ivi citata; salve naturalmente le deviazioni e limitazioni legali artificiosamente imposte a queste conseguenze logiche (es. in REDENTI, *op. cit.*, n. 113 ss. e 177 ss.).

(5) Sulla natura di questo rimedio e sulla sua funzione generale nel senso accennato nel testo, *cf.*, da ultimo, la mia *op. cit.*, *Il giudizio civ. con plur. di parti*, 71 e nota.

poste; e quindi credo che non precluda in massima ai terzi la possibilità di attaccare di falso l'atto, come ora dirò, senza bisogno di toglier di mezzo coll'opposizione di terzo la sentenza già intervenuta (6).

Per una serie di considerazioni che qui sarebbe lungo riportare, e che trovano, del resto, consacrazione positiva nell'art. 296 cap. cod. proc. civ., si deve ammettere infatti che anche i terzi che vi abbiano interesse, sono ammessi ad attaccare di falso un atto pubblico. Ora, se essi dirigono il loro attacco contro le parti stesse del rapporto di cui si tratta, per modificare corrispondentemente *fra loro* il rapporto a cui l'atto si riferisce ed ottengono la dichiarazione di falso, niun dubbio che questa, avendo valore fra le parti, sebbene provocata da un terzo, abbia poi effetti (riflessi) *erga omnes*, per le stesse ragioni più sopra accennate. Un altro terzo che voglia distruggere o eliminare gli effetti del giudicato di falso, non potrà farlo, per ciò, se non col rimedio dell'opposizione di terzo.

Ma per ragioni analoghe a quelle più sopra accennate, se la querela proposta da un terzo vien rigettata, questo non può impedire in massima ad un altro terzo di proporla per conto suo, senza bisogno di toglier di mezzo la sentenza precedente con l'opposizione di terzo.

Si verifica fin qui lo stesso fenomeno che avviene nelle impugnative di rapporti di stato, secondo un'analogia già rilevata, sebbene in termini leggermente diversi, dal Mortara (7) e, che avviene, secondo me, nella azione dichiarativa della simulazione, nella revocatoria e nella surrogatoria (8).

(6) MORTARA, *Comm.*, loc. cit. CHIOVENDA, *Principii*, loc. cit., affaccia un'opinione in qualche modo intermedia: la « dichiarazione di verità del documento ... non si avrà se non quando il giudice in base alle prove prodotte si sia formata una convinzione positiva sulla verità del documento ... la reiezione della querela la quale ha per oggetto un fatto giuridico, per sé stessa non implica dichiarazione di verità del documento, ma questa deve essere espressa ».

(7) MORTARA, *Comm.*, loc. cit. L'analogia è peristattamente esatta secondo il concetto che il MORTARA stesso, *Comm.*, II, 82 e il CHIOVENDA, *Principii* (1ª ed.) § 80, si fanno dello stato e dei giudizi di stato. Meno esatta è, secondo il concetto che lo stesso accoglie in proposito: cfr. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile* (Diritto romano) estr. dall'*Arch. giur.*, vol. 70 (1907), p. 04 82. e *Il giudizio civ. con pluralità di parti* nota 76. Nel senso di MORTARA e di CHIOVENDA, v. anche ARANGIO-RUIZ citato *ivi*.

(8) REDENTI, *Il giudizio civ.*, ecc., 70 ss. Qui si avrebbe cioè un caso di legittimazione (attiva) *ad causam*, straordinaria, secondo i concetti svolti nella mia op. cit., 180 (lett. 6).

Naturalmente in questo come in tutti i casi simili, l'interesse attuale e legittimo

Resta a vedere se tutte le volte che un terzo vuol dimostrar falso un atto, nel proprio interesse, ha sempre bisogno di distruggerne la efficacia fra le parti del rapporto giuridico a cui si riferisce, costituendo il giudizio in confronto loro o può eliminare soltanto gli effetti riflessi dell'atto nei riguardi proprii, lasciandolo sussistere del resto ad ogni altro effetto ed in specie ad ogni effetto fra le parti. Nel nostro diritto vi ha esempio, in altri campi, dell'uno e dell'altro metodo. In questo campo però a me par certo, che il nostro diritto abbia adottato il primo metodo (quello stesso che ha adottato appunto per i rapporti di stato e per gli altri casi sopra ricordati) e lo desumo da ciò, che per la dichiarazione del falso ha richiesto sempre la forma della querela, escludendo la possibilità di un accertamento incidentale nelle forme ordinarie (9). Cosicchè, secondo me, quando la querela è proposta da un terzo, devono essere chiamate in giudizio tutte le parti dell'atto, c'è litisconsorzio necessario e il giudicato che dichiara il falso ha sempre effetti *erga omnes* (10).

La cosa si complica sensibilmente quando l'atto attaccato di falso implichi un trasferimento di diritti reali a sensi dell'art. 1125, e questi siano stati ulteriormente trasferiti ad altri, perchè in tal caso l'atto dovrebbe esser attaccato a rigor di logica in confronto delle parti o dei successori delle parti nel contratto, considerato come negozio di carattere personale, e inoltre in confronto dei soggetti del diritto reale a cui si riferisce. Io non mi spavento affatto di questo risultato. Esso è lo stesso a cui si arriva logicamente nel caso di azione di nul-

assurge ad una vera e propria condizione della legittimazione *ad causam*; cfr. Appello Trani 29 maggio 1905, *Fore delle Puglie*, 355 (*Fore, Rep.*, v. *Falso in mat. civ.*, n. 1) e v. CROVENDA, *Principii*, § 66, III, B, p. 710.

(9) Cioè con effetti limitati all'oggetto dedotto in giudizio in via principale e alle parti in giudizio, sebbene queste (o una di queste) siano interessate solo per riflesso, cfr. in REMENTI, *Il giudizio civ.*, ecc., 95; gli esempi si potrebbero moltiplicare.

(10) Il caso mi è sfuggito nella raccolta che ne ho fatta nella mia op. cit., *Il giudizio civile con plur. di parti*. Esso va inserito nel gruppo di casi di cui al n. 180 cit. lett. b).

Gli autori che accolgono un'opinione simile alla mia quanto alla estensione del giudicato di falso, non si occupano, se non erro, della legittimazione. Soltanto CROVENDA, *op. cit.*, I, c., ha questo accenno: «s'intende che le parti devono dimostrare al giudice il loro interesse ad agire e contraddire; e ciò impedisce che degli estranei provochino una sentenza sulla verità del documento in danno degli interessati». E sta bene. Ma questo non basta a tutelare i maggiori, i diretti interessati che son poi le parti, se non si aggiunge, come io aggiungo, che esse (tutte) devono sempre essere in giudizio quando si tratta d'attaccare la genuinità o la verità dell'atto.

lità o di rescissione, per ottenere che la rescissione o l'annullamento abbia effetto in confronto d'un successivo acquirente.

17. — Questa mia opinione di carattere generale sulla querela e sulla sentenza di falso si applica naturalmente anche quando attaccata di falso sia precisamente la data. Per ciò l'ho esposta in questa sede, e anche per un'altra ragione, che merita qui d'esser particolarmente rilevata, cioè questa: che essa si basa in sostanza sulla distinzione fra parti dell'atto e terzi. Alle parti dell'atto vanno equiparati gli altri soggetti che assumano successivamente la posizione giuridica di parte. Orbene, questa distinzione fra parti e terzi così intesa, è la stessa e va fatta con gli stessi criteri con cui, come vedremo, si fa la distinzione fra parti e terzi agli effetti di determinare fra chi fa prova la data d'una scrittura privata (e chi invece è terzo agli effetti dell'art. 1327). Ed è poi, come pure vedremo a suo tempo, la stessa distinzione che si fa fra parti e terzi agli effetti degli articoli 1318, 1341, 1356 ecc.

Cosicchè, riassumendo e limitandoci a concludere su questo punto, per quel che riguarda la data possiamo affermare in linea generale che l'atto pubblico, finchè sussiste, porta seco la prova « piena » della propria data *erga omnes* e non c'è luogo a distinguere fra parti e terzi, come bisogna fare invece per le scritture private. Ma quando si tratti di distruggere la prova stessa con la querela di falso, torna a galla anche qui la stessa distinzione, sebbene ad altri effetti, e cioè per determinare la legittimazione attiva e passiva rispetto alla querela. Ciascuna parte è legittimata a propor la querela contro l'altra o le altre; legittimato è anche qualunque terzo interessato, ma deve chiamar in giudizio tutte le parti.

18. — Per chiudere non mi resta che toccare della data degli atti convertiti a sensi dell'art. 1316 cod. civ.

Supponiamo dunque che l'atto pubblico sia nullo per una delle ragioni indicate nell'art. 1316 cod. civ. e che quindi si riduca a valere come semplice scrittura privata. Si domanda se l'enunciazione della data contenuta nell'atto discenderà a sua volta al livello di una enunciazione contenuta in una scrittura privata ordinaria, soggetta in specie all'art. 1327 cod. civ. Ciò non può dirsi letteralmente dettato, perchè l'art. 1327 parla di « scrittura privata »; ora l'atto pubblico, convertito a sensi dell'art. 1316, in realtà non è una scrittura privata,

bensi «vale» come scrittura privata. E vi sarebbe questa ragione più che altro equitativa, per non sottoporre senz'altro l'atto al regime della scrittura privata: che l'art. 1327 colpisce in certo modo le parti che, sebbene poste sull'avviso, non hanno avuto cura di accertare debitamente la data, come posson sempre fare, non foss'altro con la registrazione. Se non l'han fatto, si può dire poi *imputent sibi ...*, quando ne subiscano le disastrose conseguenze. Ma nel caso dello art. 1316 le parti avevan creduto di formare un atto che aveva data certa; è iniquo sottoporle all'art. 1327.

Se si accogliesse quest'ordine di idee, si dovrebbero ammettere le parti a provare nei modi ordinarii quale è la vera data, il momento cioè (*dies*) della effettiva formazione dell'atto; e allora anche la enunciazione contenuta nell'atto (*datum*) acquisterebbe una certa efficacia probante, almeno come indizio o come base di presunzione, perchè è pur sempre opera di un terzo degno di qualche fede, come è l'ufficiale pubblico, sebbene incompetente o poco curante delle forme.

Ma non credo che siffatto ordine di idee sia da accogliere. Le parti dovranno subire questo come tutti gli altri effetti della nullità, anche se non ne abbian colpa (11). Non è più iniquo che debban subire questo effetto, che non sia il subire gli altri. Ed è poi certo che, sia nell'assoggettare le parti all'art. 1327, sia nell'assoggettarle a tutte le conseguenze della nullità dell'atto, il legislatore prescinde da ogni indagine di colpa o di imputabilità, cosicchè quel ragionamento sopra esposto, sebbene ispirato ad equità, non risulta altrettanto valido dal punto di vista strettamente legale. D'altra parte questa via di mezzo, di ritenere dimostrabile la data vera della scrittura con altri mezzi di prova, è estranea al sistema del codice civile; questo l'ha voluta espellere ed escludere, e non credo che l'interprete possa farvela rientrare nemmeno per un caso specialissimo, come è questo.

19. — Una ipotesi di conversione dell'atto che merita una singolare attenzione dal punto di vista del nostro tema, è poi quella più sopra accennata, in cui la nullità dell'atto pubblico come tale, derivi dalla falsità della data (per falso intellettuale, s'intende, chè il falso materiale non importa nullità), accertata in seguito ad analoga querela. Supponiamo che la sentenza, dichiarando il falso, accerti, per incidenza, in qual giorno o quanto meno in qual epoca l'atto fu realmente formato, e cioè accerti la data vera o almeno una data com-

(11) Cfr. GEORGI, *Obbl.*, I, 352, e antt. *ivi* citt.

putabile. Rimarrà applicabile, ciò non ostante, all'atto convertito l'art. 1327 — o la applicazione di quest'ultimo sarà esclusa dal formarsi di quel giudicato? quanto meno: è da ritenersi che la prova della data emergente dal giudicato è una di quelle « prove equipollenti » di cui è menzione nell'articolo 1327 in fine?

Il dubbio è abbastanza serio per questa ragione: che lo stesso art. 1327 vieta, in sostanza, come vedremo, di accertare mediante un giudizio quale è la data vera di una privata scrittura (cosa che permette invece l'art. 55 cap. cod. comm., facendo espressamente eccezione al 1327: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*).

Senonchè nel caso nostro il giudizio non viene istituito a quello scopo, quindi non cade sotto il divieto. Il giudicato su quel punto si forma incidentalmente e quasi un po' per caso. Ma una volta formato, non è più possibile negargli qualunque valore. Dovrà quindi considerarsi come una delle « prove equipollenti », da cui può risultare la data secondo l'art. 1327. Vorrei fare in proposito un'analogia, tratta da un campo molto lontano, ma che pur mi sembra calzante. La legge vieta assolutamente di accertare con un giudizio la paternità o maternità incestuosa o adulterina. Ma se questa risulti incidentalmente accertata in un giudicato (a seguito di un giudizio non istituito a quello scopo), la legge non può più negare qualsiasi valore alla sentenza: si veda l'art. 193 cod. civ.

Quanto al punto se vi sia giudicato o no sulla data vera, andrà deciso secondo le norme ordinarie sui limiti obbiettivi della cosa giudicata.

* * * * *

La data delle scritture private

Origini della regola che la data non fa prova riguardo ai terzi

25. — La regola legale, per cui l'enunciazione della data nelle scritture private (*datum*) non prova di fronte ai terzi, che esse siano state formate od emesse nel momento o nel giorno (*dies*) ivi indicato, deriva dal diritto francese.

L'art. 1327 riproduce infatti l'art. 1328 del codice Napoleone (oggi *code civil*), completato soltanto con l'aggiunta dell'ultimo inciso, che là manca (1). Il testo originale che è bene tener presente, è il seguente:

« Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire ».

La traduzione ufficiale (« codice civile per il Regno d'Italia »), che a sua volta non è senza interesse per noi quanto alla prima parte dell'articolo, suonava: « La data delle scritture private non è computabile di fronte ai terzi che dal giorno in cui ... ecc. ».

L'articolo era stato riprodotto dalla traduzione ufficiale, con variazioni del tutto insignificanti per noi, nel codice civile « per gli stati

(1) I lavori preparatori del nostro codice non mi pare abbiano importanza se non per un punto dell'interpretazione; si trovano pertanto citati più oltre, n. 44.

Da essi risulta che l'articolo 1327 è stato semplicemente riprodotto dal codice sardo, il quale riproduceva, a sua volta, come dico nel testo, il codice francese.

Dai lavori preparatori dei codici sardi rilevo che il Senato di Piemonte aveva criticato nell'articolo l'espressione « computabile », proponendo questa altra formula: « le scritture private non hanno data certa riguardo ai terzi nelle medesime non contemplati, salvo dal giorno in cui ecc. ». La Commissione legislativa tenne ferma la formula del progetto, rilevando espressamente che « i suoi termini sono conformi a quelli della traduzione ufficiale del codice civile per il regno d'Italia » (Cfr. *Notizi dei codici sardi*, I, all'art. 1436 cod. civ.).

di S.M. il Re di Sardegna », art. 1436; nel codice civile « per gli stati di Parma, Piacenza, Guastalla », art. 2278; nel codice civile « per gli stati estensi », art. 2347. Notevole è la formula del codice « per il regno delle due Sicilie », parte prima (« leggi civili »), art. 1282: « La data delle scritture private non si computa contro le terze persone se non dal giorno ecc. ».

Non conteneva e non contiene, come è noto, niente di simile il codice civile austriaco (vigente allora « nelle provincie del Regno L.V. »), il quale non si occupa di proposito di diritto probatorio e di prove (2).

25 bis. — Nei lavori preparatorii del codice francese l'*Exposé des motifs* di Bigot Prémaméau non contiene che questo breve accenno: che quanto agli atti « sous seing privé, ceux qui les ont écrits ont la facilité de les écrire une seconde fois sous une autre date. La date portée dans un écrit sous seing privé ne fait donc foi qu'à l'égard de ceux qui l'ont signé; il faut qu'à l'égard des autres la date soit d'ailleurs assurée. Ainsi les écrits sous seing privé n'ont à l'égard de tierces personnes de date certaine que du jour etc. » (3). In questo passo c'è di caratteristico e di significativa quel « donc », e l'accenno che terzi sono per l'oratore tutti « les autres », all'infuori « de ceux qui les ont signé ».

Molto interessante è anche, a mio avviso, su questo punto, un rapporto del tribuno Jaubert al Tribunato. Credo che valga veramente la pena di riferirlo, perchè mi par che riveli il procedimento mentale per cui i compilatori sono giunti a dettare l'art. 1328, ciò che, come vedremo, non è senza importanza per l'interpretazione:

« Pour ce qui est la foi d'un acte c'est à dire pour le titre de l'obligation, pour la vérité et la substance de l'obligation, il n'y a absolument aucune différence entre les actes sous seing privé et les actes

(2) Né contiene alcunchè di simile il Reg. generale del processo civile, allora vigente, il quale dispone soltanto che la scrittura privata fa prova contro il suo autore (§§ 113-114 del testo tedesco del 1781 = 130-131 della traduzione ufficiale del 1785 = 171-172 del testo del 1815). Trovo però un nostro annotatore (Senzogno, *Manuale del processo civile austriaco* [1858]) che al § 171 osserva: « È ben naturale che il documento privato non fa prova contro i terzi ». E sotto questa premessa si occupa del modo di render certa la data « mediante l'iscrizione degli atti nelle cancellerie giudiziarie », ricordando tutta una serie di disposizioni in proposito.

(3) *Exposé des motifs fait par BIGOT-PRÉAMÉAU dans la séance du 6 Pluviôse an XII* (in LOCKRÉ, XII), n. 196.

authentiques en ce qui concerne ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers ou ayants-cause.

« Mais que doit il être à l'égard des tiers? »

« Deux choses sont à considérer, la convention en elle même et la date de l'acte. »

« Nous avons déjà vu que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles ne peuvent ni nuire ni profiter aux tiers. Cette règle est commune à toutes les conventions, quel que soit l'acte qui les contienne etc. »

« Il en est autrement pour la date. »

E qui Jaubert fa lo stesso esempio che si trova in Pothier (v. il n. seg.), e poi continua:

« L'exposition de la question prouve que le législateur marchait entre deux écueils: »

« Déclarer en principe que les actes sous seing privé faisaient foi de leur date contre les tiers, c'eût été ouvrir la porte à toute sorte de fraudes. »

« Déclarer en principe que les actes sous seing privé n'ont point de date contre les tiers, n'est ce pas compromettre en certains cas les intérêts des hommes de bonne foi ... etc.? »

« Cependant ce dernier inconvénient est moindre que celui qui résulterait du système contraire. »

« La crainte des excès ... etc. Au reste les contractants seront avertis; c'est à eux à prendre leurs précautions. »

« C'est donc avec une grande sagesse que le projet a rappelé cette ancienne règle que les actes sous seing privé n'ont point par eux seuls de date contre les tiers » (4).

26. — Il progetto aveva senza dubbio attinta « questa antica regola » da Pothier, da cui Jaubert riprende, come ho accennato, anche il suo esempio.

Il passo corrispondente di Pothier sta in quel suo *Traité des obligations*, che il codice Napoleone ha seguito punto per punto, e più precisamente si trova nel quarto libro, là dove l'autore si occupa degli atti pubblici e delle scritture private come mezzi di prova delle obbligazioni.

Pothier, dopo aver premesso, con parole di Molineo, che le scrit-

(4) *Rapport fait au Tribunal dans la séance du 14 Pluviôse an XII* (in Locré, *ib.*), n. 14 55.

ture private di fronte ai terzi *probat rem ipsam*, cioè in sostanza la emissione della dichiarazione di volontà (« que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée »), nè più nè meno, quanto a questo, che gli atti pubblici, aggiunge che c'è però una differenza tra quelle e questi perchè: « ceux-ci, ayant une date constante par le témoignage de l'officier public qui a reçu l'acte, font foi contre les tiers que la chose contenue dans l'acte s'est passée dans le temps porté par l'acte; au lieu que les actes sous signature privée étant sujets à être antidatés, ne font ordinairement foi contre les tiers que la chose qu'il renferment s'est passée, sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux tiers ».

E fa questo esempio: io agisco in via esecutiva e più precisamente in via di spropriazione immobiliare contro un mio debitore. Insoerge un terzo (che nelle specie l'autore esemplifica nel « laboureur qui est dans cet héritage »), sostenendo che egli l'ha acquistato anteriormente « à ma saisie » e produce a prova una scrittura privata di data (apparente) anteriore. Cotesto atto « ne prouve point contre moi, qui suis un tiers, que la vente qu'il renferme s'est faite le jour porté par l'acte » (5).

Dal confronto di questo, con varii passi anteriori dello stesso trattato, appar chiaro che per Pothier va considerato in generale come « tiers » qualunque soggetto, all'infuori di quelli « qui étaient parties, leurs héritiers et ceux qui sont en leurs droits » (6).

Queste proposizioni del più vero e maggiore autore del codice, sono messe lì come assiomatiche. Non cita neppure le sue fonti letterarie. Ma anche qui qualche cosa di simile aveva già scritto quello stesso Molineo, che è stato a sua volta in tutta quest'opera il suo maestro. Il grandissimo Molineo nei suoi *Commentarii et in consuetudines Parisienses* * scrive appunto a proposito di data delle scritture private:

* [recognitio] ... non tamen probat contra tertium nisi simplicem confessionem recognoscentis, sive hoc nudum factum quod ille contenta in tali scriptura vel ipsam scripturam confessus est, et hoc probat recognitio erga omnes, sed non praeiudicat tertio nisi in quantum de iure talis confessio potest tertio praeiudicare ex die confessionis factae: unde haec recognitio nullo modo trahetur retro ad

(5) POTHIER, *Traité des obligations*, 750.

(6) Bisogna risalire dal n. 750 al n. 743 princ. e da questi poi rispettivamente al nn. 739 e 736 del *Traité* cit.

tempus et datam scripturae recognitae nisi contra ipsum recognoscentem et non contra tertium puta habentem medio tempore hypothecam, in qua remanebit potior et prior. Et hoc nisi veritas et data illius scripturae aliter probetur per probationes legitimas cum eo factas » (7).

Pothier fa dunque un passo più avanti in quanto esclude anche la prova diretta della data « per probationes legitimas » di fronte al terzo, ma quanto alla proposizione che la enunciazione della data contenuta nella scrittura non fa nessuna prova di fronte ai terzi, sebbene la scrittura sia riconosciuta, c'è già in Molineo.

27. — È il fatto stesso che questi due autori, pur scrivendo a notevole distanza di tempo, enunciano quella proposizione in forma così piana e recisa (8) (e l'ultimo senza nemmeno citar le sue fonti) dimostra come essa esprimesse una convinzione comune ed universalmente diffusa, che si rivelava e veniva in applicazione ogniqualvolta un caso pratico la eccitasse.

Vero è piuttosto che i casi pratici, quanto più si risale in addietro si fanno rari, per le ragioni che ora dirò. Uno però ve ne era, caratteristico, offerto dal diritto romano e che è rimasto sempre, come dicono le gazzette, di attualità, fino all'introduzione del sistema della pubblicità delle ipoteche. È questo il caso che aveva provocato il provvedimento dell'imperatore Leone, conservatoci nella c. *II qui pot. in pignore*, 8, 17: « ... qui instrumentis publica confectis nititur, praeponi decernimus etiamsi posterior dies hic contineatur; nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones iisdem idiochiris contineantur ... » (9). Orbene: rispetto a questo caso e per spiegare la ragione del provvedimento imperiale, troviamo appunto affermata tranquillamente anche da scrittori più

(7) C. MOLINARI, *Commentaria in constitutiones Parisienses*, in tit. I « des fefs », § VIII, n. 16.

(8) A detta dello stesso DEMOLORE (su cui v. poi più oltre la nota penultima di questo stesso num.), altri autori dell'ultimo diritto comune francese enunciano sia pure di sfuggita, ma sempre in forma piana e sicura, la regola; così LABOUR, DUPARC POUILLAIN e altri. Le stesse citazioni trovo poi ripetute, tali e quali in BAUDRY LACANTINIERE et TARDON, *OM.*, III [del *Traité*, XIII bis], 2342. nota. Ma non mi è stato possibile riscontrare le opere originali ivi citate. Non tocca questo punto DOMAT, che del resto non pare ci vedesse molto chiaro in tutta questa materia (cfr. *Lois civ.*, III, tit. VI, sez. II, n. III).

(9) *Imp. Leo A. Erythrio pp.* - *Dat. Kal. Jul. Constantinop. Marciano cons.* [n. 472].

antichi la proposizione di cui qui si tratta. Non la troviamo veramente nella glossa, oscura ed incerta sul caso, la troviamo nei post-glossatori. Chiarissima poi, per tornare alla tradizione francese, in Gotofredo: « Nam privata ratio non probat adversum tertium. Facile quoque dies praeferrri posset in fraudem antiquioris ... » (10). Ci doveva essere del resto già ai tempi di Pothier della giurisprudenza dei Parlamenti in questa materia e in questo senso (11), come ce n'era anche in Savoia e in Piemonte, a quanto ampiamente ci testimonia Richeri (12).

Ed è significativo in questo senso che Jaubert nel rapporto più sopra citato, qualifichi il disposto dell'articolo del progetto, che è divenuto poi il 1328 *code civil*, come « ancienne règle que le projet a rappelé ».

La stessa proposizione si trova del resto negli scrittori di diritto comune in Germania ai tempi di Pothier, ed anche per essi par cosa vecchia e nota (v. oltre, il n. 28).

Non pare esatto quindi in complesso, quel che si trova affermato in qualche scrittore francese posteriore al codice, che « la théorie de la date des actes sous seing privé paraît être ... d'origine moderne » (13). Almeno la proposizione fondamentale dell'articolo 1328 *code civil* (1327 del nostro cod. civ.) era emersa nel diritto comune, già molto tempo prima della codificazione.

28. — Quest'ultima proposizione nella sua forma categorica può dirsi propria però della scuola e della giurisprudenza francese ed ita-

[10] D. GOTOFREDDI, *Corpus iuris cum notis, ad A.I.*

Tra gli scrittori più antichi attingo da TROPLONG l'indicazione di PAOLO DI CASTRO (*Consilia*, I, cons. 134 e II, cons. 337) e di TIRAQUELLO (*De retr. cons.* § I, gl. 7, n. 43 ss.).

[11] Vedo citati in qualche scrittore francese (per es. DEMOLOMBE, XXIX [dell'ediz. francese], 301 e ss.; FUZIER HERMAN, v. *Date* e altri) due « arrêts », a quanto pare famosi, che avrebbero fissata la giurisprudenza, uno del Parlamento di Rouen, 2 marzo 1629, e l'altro del Parlamento di Parigi, 19 agosto 1729. Ma non mi è stato possibile rintracciarli.

[12] *Univ. civ. et crim. jurisprudentia*, XII, § 936: il creditore ipotecario non può ottenere la priorità su altri « nisi probet hypothecam alio modo quam per scripturam privatam, ne in potestate sit debitoris, diem representando seu datam anticipando, deteriorem facere creditorum conditionem ». E cita vari interessanti casi giurisprudenziali, ib., § 1581 ss.

[13] Così DEMOLOMBE, XXIX (dell'ed. franc.), 301.

liana. Anche gli scrittori di diritto comune germanico più recente vengono rilevando bensì, a proposito di documenti dispositivi, l'importanza che può assumere la lor data di fronte ai terzi, e rilevano anch'essi chiaramente, che la enunciazione contenuta nell'atto, da sola, non può far prova di fronte a costoro, ma abbandonano l'accertamento della data alla convinzione del giudice e a quella che dicono la « freie Beweiswürdigung », con che non può dirsi neppure che sia tolto in modo assoluto ogni valore a quell'enunciazione, che resta pur sempre un indizio, sia pure di poco conto (14).

La codificazione tedesca ha seguita questa corrente non accogliendo sulla data alcuna regola legale del genere di quella dell'art. 1327; e la dottrina tedesca posteriore si trova ad essere così ancora nello stesso senso in cui era prima (15).

Il diritto comparato non può dunque servire che poco o punto ai nostri intenti interpretativi. La nostra opera di interpretazione deve svolgersi nell'ambito e secondo lo spirito della nostra speciale tradizione in materia.

Il problema dei terzi. Critica della letteratura

29. — Per quel che riguarda il suo contenuto, la regola legale che ora ci occupa è così chiara e recisa, che *interpretations non eget*. Essa prescrive ed avverte semplicemente che, la enunciazione della

(14) Cfr. per tutti WITZELL, *System*, § 14, ad n. 8, che dà ivi il filo per rintracciare la dottrina più vecchia. Non di rado però gli scrittori più antichi abbassano l'efficacia probante di atti dispositivi e di confessioni per privata scrittura, di fronte ai terzi, al valore di una semplice testimonianza priva di forme e non giurata, anche per quanto riguarda la stessa emissione della dichiarazione: GÖNNER, *Handbuch des d.g. Prozesses*, II, 46, § 18, 1) e 2); MARTIN, *Lehrbuch des t.g.d. Prozesses*, § 206 (della 12^a ediz.), 3).

(15) Arg. dai §§ 286 (= § 259 dell'ordinanza del 1877) e 416 (= 381 id. id.) della *Civilprozessordnung für das d. Reich*, e dai §§ 272 e 294 della *Civilprozessordnung* austriaca. Cfr. per tutti: HELLWIG, *System*, § 213, ove afferma appunto che quanto alla « Angabe über Ort und Zeit der tatsächlichen Ausstellung », vige il sistema della convinzione del giudice: « gilt in dieser Beziehung die freie Beweiswürdigung » e avverte (nota 8): « Dies ist allgemein anerkannt ». Cfr. anche CROMB su ZACHARIAE, trad. BANASZ, IV, § 765, nota 40 (citando i §§ della vecchia Ordinanza e avvertendo esplicitamente che obsolevano fra l'altro appunto l'art. 1328 *code civil*, nei paesi soggetti all'Impero, in cui quest'ultimo vigeva ancora).

data contenuta nella scrittura, non ha alcun valore come mezzo od elemento di prova « riguardo ai terzi », cioè non fornisce neanche un principio di prova, neanche un indizio, *tamquam non sit*.

Le difficoltà si trovano invece nel determinare le ipotesi e la sfera in cui la regola si applica. Ponendoci ora a questo compito, procederemo per gradi.

30. — Prima di tutto bisogna aver ben presente che essa non si applica a tutte le scritture private. Essa riguarda soltanto le scritture che contengano delle dichiarazioni di volontà dirette alla conclusione di negozi bilaterali (cioè in sostanza di contratti) oppure alla formazione di atti complessi (come sarebbe per es. una delle deliberazioni di cui all'art. 678 cod. civ.) oppure dei negozi o degli atti unilaterali ricettizii (come sarebbe per es. la remissione d'un debito) o che contengano la confessione di uno di tali atti o negozii, redatte e rilasciate precisamente per fornirne la prova scritta (come sarebbero per es. le quietanze) (16). La nostra legge non distingue infatti, fra documenti dispositivi e documenti probatorii di questo ultimo tipo...

Più precisamente poi, la regola contempla e riguarda l'ipotesi che la parte, che si trovi in possesso d'una scrittura di questo genere, proveniente dall'altra parte e datata (17), la opponga ad un

(16) Nessun dubbio; cfr. gli autori più sopra citati, nota al n. 5.

In Francia si è fatta la questione di massima, se l'art. 1328 *code civil* si applichi alle « lettres missives », ma evidentemente la questione è mal posta. Infatti se certe lettere sono state redatte ed inviate per comunicare una dichiarazione di volontà o una confessione (come avviene, per esempio, di solito, fra commercianti per le proposte ed accettazioni di cui all'art. 36 cod. comm.; cfr. l'art. 1 della legge 23 aprile 1911 sulle tasse sugli affari, che le contempla espressamente in questo senso) sono documenti od atti, « actes », nel senso tradizionale della parola (chiarito sopra, nella nota cit.) e si applica l'art. 1328 *code civil*, 1327 del nostro codice civile. Diversamente se non sono documenti, « actes », in quel senso, l'articolo non si applica perchè non cadono fra i documenti di cui mi occupo in questa prima parte del libro. Contro: LAURENT, XIX, 291.

(17) Naturalmente va considerata come proveniente dall'altra parte anche una scrittura che porti la firma d'ambidue, come sarà di solito se contiene un negozio bilaterale.

Una scrittura *propria* della parte che la produce non può evidentemente documentare a suo favore un negozio da essa compiuto, poichè *se ipse* non risulta che sia stata emessa (anzi si dovrebbe presumere il contrario), e perchè l'attestazione del produttore evidentemente non può far prova a suo favore. Quindi la questione della data non sorge neppure. Si fa eccezione per i libri di commercio, ma ho già avvertito che le relative annotazioni non entrano nel novero dei documenti (« actes ») di cui mi occupo in questa prima parte del libro, ed a cui si applica l'articolo 1327.

«terzo» per trarne una qualunque conseguenza a sè favorevole. La scrittura così opposta ad un terzo, può provare anche in confronto suo la emissione della dichiarazione di volontà o della confessione (*rem ipsam*), ma (ed ecco la regola che entra in campo) non prova affatto che essa sia stata emessa nel momento o nel giorno (*dies*) enunciato nella data (*datum*).

31. — Anche questo risulta dal testo stesso dell'articolo 1327, in cui la regola si trova consacrata.

Infatti parlando di «terzi» l'articolo contiene una tacita ma evidente contrapposizione di questi «terzi», alle «parti» dell'atto. Ciò conferma prima di tutto che si deve trattare di atti o negozi, documentati nella scrittura, e più precisamente di atti o negozi bilaterali o almeno unilaterali recettizi. Solo per questi si può parlare di «parti»; mal se ne parlerebbe e non avrebbe senso contrapporre le «parti» ai «terzi» quando si trattasse di dichiarazioni o confessioni unilaterali e non recettizie.

La storia dell'articolo conforta questa mia opinione, poichè il passo corrispondente di Pothier si riferisce più propriamente agli atti bilaterali, anzi ai contratti. Ora se si può pensare, come dirò, che, secondo il pensiero dell'autore, potesse estendersi a fil di logica anche agli atti complessi e unilaterali recettizi, è certamente da escludersi che potesse riferirsi agli atti unilaterali non recettizi (tipo testamento), che senza dubbio anche nel pensiero dell'autore costituivano un gruppo nettamente contrapposto al precedente. In questo senso è tuttora la collocazione dell'articolo (sotto la rubrica generale «della prova delle obbligazioni e della loro estinzione»), derivata anch'essa da Pothier, sebbene quest'ultima nei nostri codici abbia, di solito, un valore molto relativo.

Il seguito del lavoro dimostrerà in ogni modo — e questa è la considerazione veramente decisiva — che l'applicazione dell'articolo ai negozi unilaterali non recettizi non avrebbe senso nè ragion d'essere. In ciò mi trovo d'accordo, del resto, con tutta la dottrina che ha discusso se l'art. 1327 (1328 *code civil*) riguardi il testamento, che è la figura più rilevante di atto unilaterale non recettizio, ed è concorde nel concludere che non la riguardi (18).

(18) TOULLIER, V, 377; DURANTON, X, 47; DEMOLOMBE, XXI (ed. franc.), 162; AUBRY et RAU, § 469 e note; CRONE su ZACHARIAS trad. BARASSI, § 679, nota 4, e gli altri autori ivi citati; ma con motivazioni veramente un po' incerte. Qualcuno

Estendo invece il campo dell'articolo al di là di quel che la sua storia letteraria additerebbe, comprendendovi gli atti unilaterali recettizii e le dichiarazioni appartenenti ad atti complessi, di cui in Pothier non c'è espressa menzione, ma in realtà c'era e c'è identità di motivi per applicare l'articolo anche a questi

Sono d'accordo, in ciò, con la dottrina, la quale ha lungamente discusso chi andasse considerato come terzo rispetto ad atti certamente unilaterali recettizii, senza che nessuno affermasse non esser loro applicabile l'articolo (così è avvenuto per le quietanze, per la remissione del debito ecc.) (19).

32. — Dico poi che la regola di cui mi occupo, riguarda l'ipotesi che una delle parti del negozio opponga ad un terzo la scrittura a prova del negozio stesso, perchè anche questo risulta dalla lettera dell'articolo. Ciò è anche più chiaro, per verità, nel testo francese dove si parla di far prova « *contre les tiers* » (e cioè, si intende, a favore di una delle parti). Il testo italiano usa un'espressione meno incisiva (« *riguardo ai terzi* »), ma non è a credere che abbia voluto

dà come motivo il trattarsi d'atto a causa di morte; altri, meglio, invoca « la lettre et le motif » dell'art. 1328. In questo senso, da ultimo, SALMELLE, *Des formes du testament olographe etc.*, in *Révue tris. de droit civ.*, [1903, c] 1904, 89 ss., il quale ritiene e sostiene che nel testamento olografo la data non ha carattere enunciativo, bensì di atto di volontà, ciò che naturalmente pone senz'altro fuor di questione lo art. 1328 (« la date n'est plus l'indication d'un fait indépendant de la volonté du testateur. La date est un fait volontaire, une déclaration de volonté... »). Contro: LAURENT XIII, 240 ss., il quale riconosce però che « il est certain que l'article 1328 n'a pas en vue les testaments », lo ritiene tuttavia applicabile (per analogia?) perchè « il y a le même motif de décider ».

Da noi, nel senso del testo, più o meno chiaramente, PACIFICI MAZZONI, *Trattato della succ.* III, 20 e *Istituz.* VI, 101; LOSANA, *Successione (testam.)* in *Dig. it.*, n. 168; SAGESE, in *Riv. di dir. comm.*, 1904, II, p. 302 ss. Da ultimo, implicitamente, ASCOLI, in *Foro it.*, 1912, I, 2172, nota alla sentenza della Corte di app. di Napoli 19 luglio 1911, diretta in sostanza contro la tesi di SALMELLE. Segue LAURENT, invece, VIALLI, *Tratt. delle success.*, 298.

Altra è poi la questione, e a noi non interessa, se sia nullo il testamento, quando la data non è veridica.

(19) La cosa è tanto più notevole in quanto la dottrina, soprattutto francese, ha cercato tutti gli spedienti possibili... e impossibili, per sottrarre proprio questi atti alla regola dell'art. 1328 *code civil*: (v. più oltre n. 54 e nota). Sol che avesse appena appena concepita come praticabile questa strada, l'avrebbe certamente tentata con entusiasmo. Invece nessun cenno, nessun segno in questo senso.

variare il significato, tanto più che la stessa espressione si trova già nella traduzione ufficiale del codice francese (vedi sopra, n. 25 e note); è semplicemente una traduzione un po' fiacca. Anche su questo altro punto mi soccorre la storia, e anzi la tradizione dell'articolo; e mi trovo d'accordo con tutta la dottrina (20).

33. — Fin qui non ci sono dunque dispareri nè difficoltà gravi. Le difficoltà cominciano a questo punto, e cioè quando si tratta di procedere a determinare quali sono più precisamente i soggetti che van trattati come « terzi ». Son celebri le dispute degli scrittori francesi in proposito, ma in verità lo meritano più per le proporzioni che hanno assunto, che non per il valore intrinseco dei ragionamenti o per la bontà dei risultati. La nostra letteratura è molto più modesta e, in sostanza, più vicina a quella che credo la verità; ma non si può negare che dal canto suo si sia appagata di formule empiriche ed approssimative.

Accingendomi ad affrontare a mia volta il temibile problema, credo necessario premettere una breve esposizione critica di queste non lietissime vicende dottrinali, perchè credo di poter determinare, non certo per mio merito, ma per i progressi che la nostra scienza ha compiuto nel frattempo, le cause dell'errore di molti e dell'insufficienza di altri, ed evitarle.

34. — Il primo scrittore che si occupi di proposito ed ampiamente dell'interpretazione dell'art. 1328 *code civil* per la parte che qui ci interessa, è Toullier (21).

Egli procede dall'interpretazione dell'art. 1322 (= 1320 del nostro cod. civ.). Secondo lui cotesto articolo dispone, che se « l'acte sous seing privé » è stato riconosciuto o legalmente tenuto per tale, esso fa prova tra i suoi sottoscrittori nonchè i loro eredi e aventi causa, « que la convention qu'il renferme ou dont il contient la preuve est effectivement passée ». E ne trae la conseguenza che se l'atto è datato, esso *per effetto di questa regola*, fa prova anche della data: « ainsi lorsque l'écriture est reconnue ou légalement tenue pour telle la

(20) Ciò risulta senza che io ripeta le citazioni, dalle fonti letterarie e dai lavori preparatorii, esaminati nel cap. prec. e dalla dottrina che esporrò nel capitolo seguente. Sulla prova fra terzi v. il n. 24.

(21) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, VIII, (dell'ediz. franc.), 240 e 88; *Additions aux VI e VIII volumes*, in fine del vol. X.

date est pleinement assurée entre et contre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers et *ayants-cause*. C'est une conséquence nécessaire de l'art. 1322 ... » (22).

La conseguenza dimostra che con quelle parole un po' ambigue: « preuve ... que la convention ... est passée », egli intende dire che la scrittura riconosciuta, o legalmente ritenuta per tale, prova non solo che le dichiarazioni contenute in essa sono state effettivamente emesse, ma anche che esse son serie, veritiere ed effettivamente vincolanti per le parti; e ritiene che fra queste dichiarazioni vada noverata anche la data.

Questa è, del resto, come vedremo proseguendo, la opinione che accolgono e che enunciano poi con piena e tranquilla sicurezza e in modo esplicito anche gli autori posteriori. Ed è proprio qui il germe dell'errore e dello sbandamento di tutta la dottrina francese in questo argomento.

In ogni modo, dato questo punto di partenza, l'autore doveva venire necessariamente, come è venuto, a questa ulteriore conseguenza: che siccome l'atto per scrittura privata riconosciuto o legalmente tenuto per tale fa prova della data « entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers et *ayants-cause* », i terzi di fronte ai quali la scrittura stessa viceversa *non* fa prova della data secondo l'art. 1328, non possono essere se non quei soggetti che non abbiano sottoscritto e che non siano né eredi né aventi causa dei sottoscrittori a sensi dell'art. 1322 (23). La interpretazione della parola « tiers » nell'art. 1328 veniva così a dipendere interamente dall'interpretazione di quelle altre espressioni dell'art. 1322.

Giunto a questo risultato, Toullier ha creduto d'aver risolto il problema e d'averlo risolto in modo ineccepibile. Infatti egli non ha neanche dubitato, a questo punto, che quelle parole del 1322 « ceux qui l'ont souscrit etc. » non andassero intese nel loro significato letterale e tradizionale, e in ispecie che non andasse inteso nel suo significato tradizionale dell'ultimo diritto comune quell'espressione « *ayants-cause* ». Cosicché in complesso ed in conclusione finisce con l'escludere dal novero dei terzi dell'art. 1328 anche *tutti* gli « *ayants cause* » dell'una e dell'altra parte dell'atto, intesa la parola nel senso tradizionale e quindi in altri termini tutti quanti i successori a titolo particolare « qui tiennent leur titre et leur qualité »

(22) *Op. cit.*, VIII, 245.

(23) *Op. cit.*, l. c.

da uno dei sottoscrittori. Terzi a sensi dell'art. 1328 *code civil* rimangono quindi ad essere, secondo lui, soltanto i soggetti che non si trovino in alcun rapporto con le parti e che egli qualificò più tardi come *penitus extranei*, riesumando un'espressione di Molineo (24). Però fra i terzi *penitus extranei*, egli colloca (ed è questo che spiega come mai abbia potuto sostenere in pratica questa opinione senza scorgerne l'assurdità) anche i terzi creditori di una delle parti, che agiscano in via esecutiva sui beni della parte stessa. « *Le créancier saisissant n'est point l'ayant-cause de son débiteur, relativement aux biens saisis, la créance ne lui donne qu'un droit sur la personne de ce dernier; il ne tient que de la loi celui qu'il exerce sur ses biens* » (25).

Per conseguenza fra due acquirenti d'uno stesso bene dallo stesso titolare, secondo Toullier, è preferito quello di data apparente anteriore, anche se questa risulti solo dalla enunciazione contenuta in una scrittura privata, perchè ambedue sono « *ayants cause* » e si applica l'art. 1322. Ma se un creditore agisce sui beni che crede del suo debitore, e si vede opporre una scrittura privata di alienazione di data anteriore alla procedura esecutiva, questa non fa fede di fronte a lui della sua data poichè per questo riguardo egli è un terzo *penitus extraneus* a cui si applica l'art. 1328. Questo ultimo, era precisamente l'esempio di Pothier; e quindi il nostro autore può ancora affermare che la sua dottrina è d'accordo con la tradizione e con i precedenti storici dell'articolo.

35. — La dottrina di Toullier non ha avuto sèguito. È molto se fra i maggiori si può ricordare Bédarride, che lo segue (26). L'istinto dei giuristi ha reagito subito e ha fatto sentire come in questo modo si frustrava in gran parte lo scopo pratico dell'art. 1328 *code civil*. L'esempio della preferenza fra i due acquirenti avrebbe bastato da solo a far intendere falsa ed inaccettabile quella dottrina. Ma quando poi si è trattato di combatterla razionalmente e dimostrarla infondata, la maggior parte dei suoi stessi avversari non ha saputo scoprire dov'era l'errore e ci ha dato delle altre soluzioni giuridicamente e logicamente ancor più deboli.

L'errore, come ho già accennato, stava e sta infatti nell'argomentare dall'art. 1322. Ora gli stessi scrittori che insorgono contro

(24) *Op. cit.*, 245 ss. e *Additions* (vol. X, in fine) in specie ai numeri 22 ss.

(25) *Op. cit.*, VIII, 250 ss.

(26) BÉDARRIDE, *Du dol et de la fraude*, III, 128 ss.

Toullier, accettano in massima quella sua errata impostazione; ammettono cioè pur sempre che i terzi dell'art. 1328 *code civil* sono coloro che non hanno sottoscritto e che non sono né eredi né « ayants cause » dei sottoscrittori ai sensi dell'art. 1322, ma cercano poi di allargare la sfera dei terzi con una interpretazione restrittiva della espressione « ayants cause » nel 1322.

Due tentativi diversi in questo senso erano stati fatti, prima ancora che Toullier portasse a compimento l'opera sua, tanto ch'egli stesso fu a tempo a replicare in una vivace « addition » polemica in sostegno del suo assunto.

36. — Il primo di quei tentativi è dovuto a Merlin (27).

L'insigne magistrato e scrittore distingue « ayants cause » che sono successori a titolo particolare d'una certa persona « en vertu de titres séparés » e « ayants cause qui tiennent leur titre et leur qualité non seulement de la même personne [*ab eadem persona*], mais encore par le même acte » o, come dice altrove, « en vertu d'un titre commun [*ex eodem contractu*] ». La quale distinzione per verità apparisce oscura e, così com'è, pressochè incomprendibile. Ma avendo riguardo all'esempio che fa, risulta che, in sostanza, Merlin ha voluto dir questo: che due acquirenti d'uno stesso diritto (o di diritti che reciprocamente si pregiudicano) da uno stesso autore, finchè discutono fra loro dei rispettivi atti d'acquisto, vanno considerati come « ayants cause en vertu de titres séparés ». Essi, sebbene *in questo senso* siano ambedue « ayants cause », non possono considerarsi come tali, *l'uno di fronte all'altro*, ai sensi dell'articolo 1322 (e 1328), anzi per questo riguardo van considerati *l'uno di fronte all'altro* come terzi. Per conseguenza se gli atti d'acquisto di cui discutono, risultano da private scritture, la data di queste ultime non fa prova (di fronte all'avversario). Viceversa l'atto del lor comune autore con cui esso abbia acquistato quel tal diritto che ha poi ceduto od alienato a lor due separatamente, sebbene fatto per privata scrittura, fa prova della sua data rispetto ad ambedue, perchè ambedue (mediatamente) sono aventi causa da quello stesso atto e quindi aventi causa *ex eodem (ipso) contractu*.

Anche a sensi dell'art. 1322.

(27) MERLIN, *Questions de droit*, v. *Tiers*, § 2. Cito dalla 3ª ed., che è la stessa citata da TOULLIER.

Toullier ha potuto replicare facilmente (28): « M. Merlin insinue donc, ce me semble, plus qu'il n'affirme, que les ayants-cause de cette seconde espèce [scil.: *ex eodem contractu*] dont jusqu'alors les auteurs n'avaient pas parlé, sont pourtant les seuls dont parle l'art. 1322 ». Ma come si dimostra questo? E che valore pratico avrebbe la menzione degli « ayants-cause » nell'art. 1322, intesa in questo senso, nonchè la esclusione di questi « ayants-cause » e soltanto di essi dal novero dei terzi dell'art. 1328?

Il tentativo d'interpretazione di Merlin è stato tuttavia ripreso più tardi, come vedremo, da Troplong e da altri.

37. — Il secondo tentativo, che viene fatto nel frattempo per restringer la sfera degli « ayants cause » dell'art. 1322 e per allargare d'altrrettanto la sfera dei terzi dell'art. 1328, sempre ritenendo e supponendo i due articoli in correlazione, è del Ducaurroy (29) ed è molto più semplice. Consiste infatti in un abile sforzo diretto a dimostrare che l'art. 1322 parlando di « ayants cause » non allude ai successori a titolo particolare, ma a quei successori universali o a titolo universale che (per diritto francese, s'intende) non sono eredi. Secondo questo scrittore, tutti quanti i successori a titolo particolare, non essendo « ayants-cause » (ma terzi) per l'art. 1322, sarebbero terzi per l'art. 1328.

Ma anche qui ha replicato facilmente e aspramente Toullier (30), un po' curiale, come sempre: come si può ritenere o sostenere che l'espressione « ayants cause » abbia in questo luogo questo significato, mentre esso è del tutto sconosciuto alla tradizione che i compilatori seguivano in questa stessa parte, e mentre anche altrove la stessa espressione ha sempre il suo significato tradizionale?

Senonchè la interpretazione che egli stesso, Toullier, aveva data, riusciva così contraria ai bisogni ed alle intuizioni della pratica, che questa dottrina del Ducaurroy ha avuto un seguito abbastanza

[28] *Additions*, cit. sopra in nota 45. Esse portano questo sottotitolo: « où l'Auteur examine une dissertation de M. MERLIN et une autre de M. DUCAURROY sur le sens des mots ayants-cause et tiers ». E si occupano di Merlin fino al n. 23.

[29] DUCAURROY, *Dissertation*, pubblicata in *Thémis*, III, p. 45 ss. Non sono riuscito a consultarla di prima fonte. Ma è largamente riferita e quasi trasfusa nella dottrina citata nelle note seguenti.

[30] *Additions*, cit. sopra nella nota 45 e 52, dal n. 34 alla fine.

largo ed ha raccolto adesioni autorevoli: basta ricordare, fra i maggiori, i nomi di Durantou e di Zachariae (31).

38. — Il tentativo di Merlin veniva ripreso intanto, sempre sotto la stessa spinta dei bisogni della pratica, feriti e disconosciuti dalla dottrina di Toullier, da Troplong (32).

Troplong riprende la distinzione di Merlin, presentandola però sotto un altro punto di vista. Riporto testualmente le sue parole perchè anch'egli, come quasi tutti gli scrittori francesi in questa materia, perde quella limpidezza e facilità d'esposizione, che ha sempre costituito il loro maggior pregio. Il che, dato appunto cotesto lor temperamento letterario, dimostra che non sono riusciti a dominare l'argomento e a districarne le fila, chè anzi queste sono rimaste nel loro stesso pensiero aggrovigliate, come ci appaiono nella esposizione.

Si rammenti, per non aumentare l'oscurità, che Troplong scriveva sul codice francese, in un tempo in cui non vigeva ancora il sistema della pubblicità degli acquisti immobiliari e delle ipoteche. Egli ha presente il caso di un certo soggetto A, che ha alienato a due altri soggetti, B e C, dei diritti reali sullo stesso immobile, che naturalmente si limitano o si escludono l'un l'altro. Secondo Toullier, si rammenti che essendo B e C ambedue aventi causa da A, la data delle rispettive scritture d'acquisto sebbene fatte « sous seing privé », fa prova, quindi deve esser preferito l'acquirente di data apparente anteriore.

Troplong osserva:

« ... le même individu peut sur un point être l'ayant cause d'une personne et ne l'être pas sur un autre point; en un mot, il peut suivant les intérêts qu'il fait valoir, être tantôt un ayant-cause tantôt un tiers ».

« C'est ce qui a lieu dans l'espèce que je discute et c'est ce que M. Toullier s'obstine à ne pas voir.

« En effet B et C sont bien les ayants cause de A, en ce sens que tout les deux tiennent de lui les droits réels dont ils se prévalent; car si on leur contestait ces droits, il devraient l'un et l'autre, argumenter du droit de A, qui est la source du leur ».

[31] DURANTOU, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, XIII, 129 ss.; ZACHARIAE, ed. MASSÉ et VERGÉ, III, p. 509 ss.; DUVERGIER, *Traité de la vente*, I, 35 ss.

[32] TROPLONG, *Des privilèges et des hypothèques*, II, 529 ss.

Ma, continua Troplong, senza curarsi di chiarir meglio questo passaggio in cui pure sta il punto critico della teoria, per ciò che concerne la data del titolo, essi sono dei terzi *penitus extranei* l'uno di fronte all'altro. Infatti « le titre passé entre A et B ne sert nullement de fondement aux droits de C; de même l'acte passé entre A et C est étranger à B, qui n'a pas même besoin d'en argumenter pour justifier sa position.

« Lorsque B a accepté l'hypothèque sur l'immeuble il a sans doute accepté aussi toutes les charges qui s'y trouvaient avant la sienne ... Or B est toujours tiers à l'égard de A pour veiller à ce que celui-ci n'altère pas le droit qu'il lui a transmis, par des antedates, par des simulations. Cela étant admis, il s'ensuit que, lorsque C se présente avec un acte de vente émané de A, B est fondé à lui demander qu'il prouve que cette acte est antérieur au sien; il a droit de répudier cet acte qui n'a pas de date certaine et de dire à C: " Je ne serai ayant cause de A, en ce qui vous concerne, qu'autant que votre droit serait *antérieur* au mien. Vous tournerez donc dans un cercle vicieux, tant que vous ne produirez pas un titre avec date certaine " ».

In questo modo l'autore crede d'aver esaurita la sua dimostrazione. E torna un momento all'art. 1322 per chiedersi: ma, allora « qu'a donc voulu dire l'art. 1322 en disant que l'acte sous seing privé, reconnu par ceux qui l'ont souscrit, a, entre ceux-ci et leurs ayants-cause, la même foi que l'acte authentique »? La risposta è molto semplice; è quella stessa che Merlin non aveva avuto il coraggio di formulare e che aveva formulata poi per lui (e per combatterla) Toullier. L'art. 1322, evidentemente, « a voulu parler du titre commun qui sert de fondement aux droits de ceux qui l'ont souscrit et de leurs successeurs et ayants cause. Les ayants cause dont il s'occupe sont ceux qui sont obligés de remonter à l'acte même comme source de leurs droits » (33).

Questo discreto pasticcio ha servito tuttavia a seppellire definitivamente la tesi di Toullier.

39. — E quasi tutta la dottrina posteriore attinge infatti, più o meno, da Troplong, sviluppando or l'uno or l'altro degli spanti che vi si possono rintracciare (34). Senza seguire passo passo tutti questi

(33) *Op. cit.*, 530.

(34) Cfr., tra i tanti: MARCANÈ, *Explication méthodique et raisonnée du code civil*, V, sull'art. 1325, n. 3 ss.; LAROMBÈRE, *Théorie et pratique des obligations* sullo

sviluppi, ciò che sarebbe un'infeconda fatica ai nostri fini, merita tuttavia che ne ricordi i due saggi più notevoli.

Il primo di questi è dovuto a Aubry e Rau (35), i quali, partendo dalla consueta (ed errata, come vedremo) impostazione del problema, cominciano con l'osservare che l'espressione « ayant cause » non ha un significato fisso e determinato, bensì « qui se détermine *secundum subiectam materiam* ». Ciò premesso, quali siano gli « ayants cause » dell'art. 1322, deve determinarsi avendo riguardo (*secundum subiectam materiam*) anche all'art. 1328, perchè gli « ayants cause » del 1322 non possono essere se non coloro che *non* sono terzi per il 1328. « Or comme il est hors de doute que la règle consacrée par l'article 1328 a été admise dans le but de protéger les successeurs à titre particulier et les créiteurs saisissants contre le danger d'antidates... il faut reconnaître que les successeurs à titre particulier qui repoussent un acte sous seing privé émané de leur auteur, comme ayant été antidaté sont, sous ce rapport et quant à l'application de l'article 1328, des véritables tiers et non des ayants cause » a sensi del 1322 (36).

Bisogna riconoscere che questo è il ragionamento più sensato che sia stato fatto da che si era sollevata la questione di interpretazione di quegli articoli.

Gli autori aggiungono poi due osservazioni ricavate più direttamente da Troplong, ma anch'esse rivedute e corrette: « D'ailleurs n'est il pas évident que si le successeur à titre particulier doit être traité comme ayant cause, toutes les fois qu'il agit contre les tiers qui sans contester son propre titre, soutiennent que son auteur lui même ne jouissait pas des droits faisant l'objet qu'il entend exercer du chef de ce dernier, il ne saurait être de même, lorsqu'un successeur à titre particulier se trouve en face de personnes qui contestent l'efficacité de son titre en prétendant d'avoir acquis, antérieurement à lui, et de son auteur, tout ou partie des droits faisant l'objet du titre que celui-ci a concédé? ». In questo secondo caso, « il est contraire à toute logique de les considérer pour la solution

art. 1328, n. 2 ss. (ed. Boncompagni, vol. III); MOURLON, *Répétitions écrites*, II, 705; DALLOZ, *Répertoire*, 2^e ed. (la prima segue invece DUCARROV), v. *Obligation*, n. 2921 ss., quest'ultimo con la consueta larghissima rassegna di dottrina, non sempre perfettamente esatta, e di giurisprudenza.

(35) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.S. ZACHARIAS*, VIII, § 756.

(36) *Op. cit.*, note al § 756 cit.

de cette question qui doit se résoudre par l'antériorité du titre, comme étant, l'une à l'égard de l'autre (*scil.*: le parti in questione), les ayants cause de leur auteur commun, ou, en d'autres termes, comme se trouvant toutes les deux aux droits de ce dernier » (37).

Si può dire in verità che, così ragionando, questi autori, sempre colti e misurati, hanno raggiunta la massima approssimazione alla verità che poteva esser consentita dall'aver posto il problema, secondo la non felice tradizione della loro letteratura sull'art. 1322.

40. — Demolombe è l'altro autore che vorrei ricordare e che deriva anch'esso, sebbene egli stesso non lo ammetta troppo chiaramente, da Troplong.

Se ben lo intendo, Demolombe (38), rifacendo il caso solito dei due acquirenti di diritti incompatibili da uno stesso dante causa, caso che i francesi considerano dunque in certo modo come il ponte dell'asino della teoria, osserva che dal momento che sia avvenuta effettivamente una prima alienazione, tutti gli altri atti di alienazione compiuti dallo stesso autore ad altri, non possono più riguardare nè toccare in alcun modo l'acquirente precedente, che ha ormai un diritto proprio e indipendente. Le alienazioni che compia da questo momento in poi il suo dante causa non possono più aver per oggetto quel suo diritto nè pregiudicarlo in alcun modo e per conseguenza da quel momento in poi, e per le alienazioni compiute successivamente egli può considerare il suo dante causa non più come il suo autore, ma come un terzo. E per conseguenza anche gli acquirenti posteriori non diventano più di fronte a lui (primo acquirente) aventi causa dal suo dante causa, ma aventi causa da un terzo e quindi terzi a lor volta di fronte a lui.

Ciò premesso però, l'acquirente che pretende d'esser anteriore di fronte all'altro, non può pretendere, secondo Demolombe, di dimostrarlo con la data apparente del suo acquisto, se questo è fatto per scrittura privata, perchè cadrebbe in un circolo vizioso (39). . . .

Neppure questo sforzo di dare alla regola una giustificazione rigorosamente logica mi pare valga di più e di meglio dei tentativi precedenti.

(37) *Op. cit.*, nota cit.

(38) DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXIX, dell'ediz. francese (XIV dell'ediz. belga), 501 ss.

(39) *Op. cit.*, 527.

41. — Sorvolo sul tentativo di Serrigny, originale sì ma troppo palesemente inattendibile e caduto infatti senza lasciar traccia (40).

Maggiore attenzione merita invece un'altra via prescelta da Laurent (41), per giungere ad una spiegazione più tranquillante.

Anch'esso ricorda quella che io credo falsa interpretazione dell'art. 1322 *code civil*, secondo la quale la scrittura prova anche la sincerità, serietà, ecc. della convenzione. Ma ritiene poi che l'articolo 1322 resti estraneo all'interpretazione del 1328 dello stesso codice, perchè esso riguarda « la foi due à la convention, comme le dit l'art. 1319 auquel renvoie l'art. 1322; il ne parle pas de la date; or ... la foi due à la date n'est pas régie par les principes qui régissent la foi due à la convention » (42). Infatti, dice tra l'altro Laurent, se la scrittura provasse esser sincera la data come prova esser sincera la convenzione, dovrebbe provarlo di fronte a tutti, perchè la sincerità della convenzione la prova appunto di fronte a tutti: quell'inciso inserito in fine dell'art. 1322: « entre ceux, etc. », è dovuto ad un equivoco dei compilatori, « n'a pas de sens » (strana frase in bocca di questo autore parlando d'un testo di legge!) e quindi deve essere come cancellato degli interpreti. Ma non può essere questo il sistema del codice per quanto alla data; l'art. 1328 sta precisamente a dimostrarlo (43). Lasciamo dunque da banda l'art. 1322 quando si tratta di data. E allora dove attingeremo l'interpretazione del 1328? Bisognerà interrogare la sua intrinseca ragion d'essere, e la sua storia. Esso « veut garantir les intérêts et les droits de ceux qui sont restés étrangers à l'acte, qui ne savent pas et ne peuvent pas savoir qu'il a été antedaté. Donc sont tiers tous ceux qui n'ont pas figuré à l'acte » (44). E così il risultato ultimo, a cui perviene con questa interpreta-

[40] SERRIGNY, in *Rev. de droit français et étranger*, III (1846), p. 532, distingue tra azione diretta e azione obliqua; l'acquirente per atto pubblico avrebbe in base al suo acquisto azione diretta, l'acquirente per scrittura privata « est obligé d'emprunter les droits de son vendeur, et d'agir par l'action oblique ». Ma è indubbiamente in errore ritenendo così che l'acquisto abbia effetti differenti a seconda del mezzo di prova.

[41] LAURENT, *Principes de droit civil français*, XIX, 279 ss. Ma l'illustre scrittore appare straordinariamente prelosso nell'esposizione del suo pensiero e non altrettanto lucido.

[42] *Op. cit.*, 305 e 306. Da quanto scrive nei nn. 292-294 sembrerebbe viceversa considerer questo regime sulla data come un'eccezione al regime generale stabilito dall'art. 1322 sulla « foi due à la convention », ciò che rende poco chiaro in complesso il suo modo di concepire il rapporto fra i due articoli.

[43] *Op. cit.*, 305.

[44] *Op. cit.*, 307 e 308.

zione Laurent, viene a coincidere in fondo con quello a cui era giunta da tempo la dottrina francese, dopo Troplong. La sua stessa formula finale riecheggia anche nella sua espressione letterale quella di Aubry e Rau.

Vero è che Laurent avrebbe il merito d'aver messo fuori causa per la prima volta l'art. 1322, ma non per la vera e fondamentale ragione, per cui bisognava farlo. E così pur essendosi liberato da quell'impaccio, non ha saputo fornire delle argomentazioni più attendibili dei suoi predecessori.

42. — Nè pare che gli scrittori più recenti abbian portato diversi, migliori o maggiori contributi all'interpretazione.

Crome, ottimo sistematore ma spesso torbido interprete, par che torni alla teoria di Aubry e Rau, pur citando come conforme, alla rinfusa, tutta la dottrina da Troplong a Laurent (45).

Eclettico, come spesso, Tarde attinge un po' da tutti (46). Comincia col dire che « le principe que l'acte sous seing privé reconnu ou verifié fait preuve de son contenu à l'égard de tout le monde comme l'acte authentique, reçoit une exception importante en ce qui concerne la date » (47). Si tratta di vedere quali sono i soggetti a cui si riferisce l'eccezione; ma questa « c'est une de ces expressions qu'il faut entendre selon le but que le législateur en décrétant les règles de la matière, s'est proposé d'atteindre » (48). E si pone a questa ricerca; esclude i terzi *penitus extranei*; esclude le parti (49); restano allora gli « ayants cause »; ma esclude in massima anche gli « ayants cause » universali, con questa singolare riserva: « Cependant, à la différence des autres ayants cause à titre universel, les créanciers chirographaires, du moins d'après plusieurs auteurs dont nous partageons l'opinion, peuvent dans certains cas, se prévaloir de l'art. 1328 ». Dopo tutte queste eliminazioni finisce col concludere: « il est facile de démontrer qu'il concerne au contraire les ayants cause à titre particulier ». E qui per dimostrarlo riprende e rifà all'incirca, ma in forma forse più prudente e corretta, le stesse distinzioni tra aventi causa anteriori

(45) CROME su ZACHARIAE, *Manuale del diritto civile francese*, trad. BARASSI, IV, § 765, dalla nota 38 in poi.

(46) BAUDRY LACANTINERIE et TARDE, *Des obligations*, III, parte 2^a (del *Traité théorique et pratique* diretto da R.L., vol. XIII bis), 2346 ss.

(47) *Op. cit.*, 2346.

(48) *Op. cit.*, 2347.

(49) *Op. cit.*, 2348-2351.

è posteriori e gli stessi ragionamenti che, per esempio, Demolombe e qualche altro con lui, han derivato da Troplong (50). Dopo di che elenca i casi nei quali i creditori chirografarii, sebbene, secondo lui, successori a titolo universale (!) possono invocare l'art. 1328: creditori escutenti, creditori o attori in revocatoria, ecc. (51). Conclude con una formula generale di definizione dei terzi molto simile, a sua volta, a quella di Aubry e Rau (52).

Anche Planiol (53) insegna che i terzi dell'art. 1328 « ce sont les ayants-cause particuliers des parties » e ne dà una dimostrazione simile alla precedente, indirettamente derivata, come ho accennato, dai seguaci di Troplong.

Può dirsi così, se non erro, che la dottrina francese si è fissata anche oggi sui risultati a cui erano pervenuti già da molti decenni gli avversari di Toullier, pur restando oscillante quanto alla giustificazione che se ne può dare.

43. — Le discussioni e dissertazioni degli scrittori francesi non hanno avuto gran seguito in Italia, anzi poco più che qualche eco trascurabile. Si direbbe che i nostri giudici e i nostri scrittori, avendo avuto fin da principio l'intuizione esatta dell'intento pratico dell'articolo 1327, non hanno sentito il bisogno di ricercarne e formularne teoricamente l'interpretazione. Ma è innegabile che in questa maniera, quando debbano giustificare in qualche modo le loro soluzioni, non ci danno che delle generalizzazioni improvvisate e che o non reggono poi alla critica o si trovano in contraddizione con altre soluzioni adottate da loro stessi.

Un solo tentativo c'è stato di fondare una vera e propria teoria in materia ed è originale e di singolare importanza, poichè ha rappresentata da presso più che ogni altro l'esatta soluzione del problema.

Il merito si attribuisce al Pescatore, che lo sviluppò, a quanto pare, nei suoi corsi universitari fin dal 1855, e ne dette poi una formulazione definitiva in un passo divenuto celebre del suo libro *La logica del diritto*, edito nel 1863 (54).

(50) *Op. cit.*, 2352-2357.

(51) *Op. cit.*, 2358-2361.

(52) *Op. cit.*, 2362.

(53) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 75.

(54) PESCATORE, *La logica del diritto*, parte 1^a, cap. XX, n. VIII, p. 173 ss. della prima edizione, 183 ss. della seconda, curata e annotata da TERRA.

In questo passo il Pescatore, fermandosi unicamente su quello che è il punto critico di tutta la teoria, vuol determinare se l'art. 1436 del codice Albertino, corrispondente, come sappiamo, al 1328 *code civil* (1327 del nostro cod. civ.) comprenda o non comprenda fra i « terzi » i successori a titolo particolare, o quali di essi. E distingue, ciò che i francesi non avevano mai saputo fare, tra i casi di successione nei diritti reali e quelli di successione in diritti personali. « Teniamo dunque la regola », concludeva il celebrato scrittore, « che la data senza carattere d'autenticità non è computabile riguardo ai terzi; ma teniamo ancora che sarebbe estendere questa regola oltre la propria sfera, estendendola a quelle scritture in cui si stipula un rapporto giuridico meramente personale fra i contraenti ». La formula per dir la verità, non è chiara ma ha trovata poi fedele ed esatta interpretazione nella parola del Pisanelli, che riferirò tra un momento. E vedremo a suo tempo come il pensiero sia sostanzialmente esatto. Non altrettanto però può dirsi (e anche questo lo vedremo a suo tempo) della giustificazione e dimostrazione che l'autore ha creduto di darne. Secondo lui, perchè la data apparente non faccia prova « bisogna poter imputare alla parte di non averla autenticata; bisogna quindi che fin dal momento della stipulazione esistessero dei terzi nell'interesse dei quali si dovesse render certa la data; e ciò si verifica, quando l'oggetto della stipulazione sia una proprietà, un'ipoteca o altro diritto reale; perciò che chi stipula un diritto reale, stipula uno *ius adversus omnes*; il suo atto ha diretta relazione coi terzi; e già si sa che tali atti dovrebbero esser resi pubblici nell'interesse dei terzi ...; giustamente la legge intanto richiede che almeno la data ne sia autenticata ... ecc.

« Invano più tardi si opporrà al terzo, il quale ricusi di riconoscere la data, che egli è un avente causa; risponderà vittoriosamente ... che sin da principio tutti i terzi acquistarono il diritto eventuale di non dover riconoscere la data, e che quindi egli non come avente causa, ma come terzo, si prevale ora di questo diritto ». Invece quando l'atto per privata scrittura riguardi un negozio relativo a rapporti giuridici di carattere personale « ... i terzi in massa non avevano relazione con l'atto, perchè l'atto per la natura sua non li riguardava; l'avente causa non può presentarsi e disconoscere la data come uno di questi terzi che giuridicamente non esistono; si presenta come avente causa colle ragioni e colle obbligazioni in luogo del suo autore ».

Da vari indizi credo di poter rilevare che questa distinzione fra i casi di successione in diritti reali e quelli di successione in diritti

personali non deve esser balzata fuori d'improvviso dal cervello di Pescatore, come la loricata Minerva da quel di Giove: doveva esserci già nella giurisprudenza del tempo. Il fatto stesso che l'insigne scrittore vi giunga a traverso un ragionamento così arbitrario e così poco fondato, m'è cagione di sospetto. Egli stesso in una sua nota de *La logica del diritto*, pur rivendicandone la paternità, afferma che un altro professore della facoltà insegnava la stessa dottrina come « certa, affatto ovvia e quasi si direbbe elementare » (55). Pisanelli, a sua volta, dopo pochissimi anni da che, a quanto afferma, l'insegnava all'Università, e un anno dopo la pubblicazione del volume, scriveva la giurisprudenza esser « fissata » in quel senso. Possibile che le sue lezioni, che non erano nemmeno pubblicate, avessero prodotto così straordinari effetti? Debbo riconoscere però che non ho saputo rintracciare in concreto i precedenti. Quanto alla dimostrazione o giustificazione che ne dà, in parte non è che una reminiscenza di letture francesi sull'argomento (56) e per un altro lato deve essergli stata indubbiamente suggerita dalle discussioni e dagli studi allora ferventi sulla pubblicità dei trapassi dei diritti reali immobiliari, a cui egli stesso fa allusione.

44. — Le conclusioni di Pescatore furono poi accolte, e formulate in modo più corretto e più chiaro, da Pisanelli nella sua famosa *Relazione* (57), presentandole come la interpretazione ricevuta e pacifica del relativo articolo del Codice Albertino, riprodotto nel progetto. « La giurisprudenza », scriveva, « può dirsi ormai fissata sui

[55] *Op. cit.*, nota finale al n. VIII cit. L'autore rivendica però con qualche calore la paternità della dottrina, rilevando anche che essa « non emerge dalle lunghe e ardenti dispute degli scrittori francesi ».

[56] Ripesco infatti in DEMOLOMBE, XXIX, 539, là dove vuol dimostrare che l'art. 1328 non s'applica alle quietanze opposte dal debitore al creditore cessionario (v. oltre n. 53), questi periodi: « l'acheteur d'une chose corporelle ... devant l'acquéreur d'un droit, dont la nature même doit le mettre en rapport avec les tiers auxquels il est opposable, a dû prendre immédiatement les précautions nécessaires pour consolider son acquisition; tandis que le débiteur, qui paye son créancier, ne doit s'attendre à avoir à faire, pour prouver sa libération, qu'à une seule personne, à son ancien créancier ou à ses représentants: d'où il suit, qu'il n'est pas en faute, lui, de n'avoir pas pris de précautions contre des tiers etc. ».

Ciò non fa torto del resto al nostro grande scrittore. Avviene a tutti quelli che fanno abbondanti letture di finir per scambiare per idee proprie reminiscenze altrui.

[57] *Relazione sul progetto del codice civile*, testo uff., III, p. 50 ss. (in GIANZANA, I, p. 100 ss.).

punti seguenti: a) che tale regola (*scil.*: che la scrittura non ha data certa rispetto ai terzi) si applica alle scritture, contenenti trasmissioni di diritti reali o simili nei loro effetti ai diritti reali; b) che devono ritenere come terzi coloro che contrattarono sulla stessa cosa, colla persona che fece la trasmissione ».

La *Relazione* evita però di dare della regola una giustificazione teorica (neanche quella affacciata dal Pescatore). Anche poco più oltre, dopo aver avvertito che essa non ha importanza nei casi in cui è richiesta la trascrizione affinché la trasmissione del diritto sia efficace di fronte ai terzi (ciò che non è sempre perfettamente esatto; v. oltre, cap. VIII), si richiama nuovamente alla giurisprudenza e non aggiunge altro.

La dottrina del Pescatore si trova letteralmente accolta più tardi dal Mattiolo (58) e dal Lessona (59), cosicchè si può dire che ha fatto testo fino ad oggi (60).

Gli autori che se ne distaccano non ci offrono, come ho già avvertito, nessun altro contributo apprezzabile.

45. — Ricci distingue osservando, che « la condizione giuridica dell'avente causa in quanto si fa ad esercitare il diritto trasmessogli, è ben diversa da quella in cui esso si trova allorchè dal suo autore o da altri si cerchi d'attentare a questo suo diritto »; ritiene che nel primo caso qualunque scrittura del suo autore relativa al diritto trasmesso ha data certa contro di lui, non così nel secondo. E dice di cavar tutto questo da una sentenza della Corte di Brescia (61). In realtà non è che un frammento francese, probabilmente di Aubry e Rau, non perfettamente assimilato da quella Corte.

Così pure è una rifrittura francese l'altra formula, che si trova in parecchi scrittori e in molte sentenze, e sempre con le stesse parole o quasi, che sono terzi coloro che non essendo intervenuti di fatto nella creazione della scrittura possono risentire un danno dall'antida-

(58) MATTIOLLO, *Trattato di diritto giudiziario*, III, 338 ss. della 5ª ed.

(59) LESSONA, *Teoria delle prove*, III, 288 ss.

(60) Vanno rammentate da ultimo anche l'adesione esplicita di VENZI nelle sue note alla nuova edizione delle *Istituzioni* di PACIFICO MAZZONI, II, nota al § 244 e implicita di BARASSI nelle sue note alla traduzione di CROME su ZACHARIAE, *Manuale*, IV, § 765, nota 48 in fine.

(61) RICCI, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, VI, 395; analogamente BORSARI, *Commentario*, III, § 3286.

tazione della medesima, quali che siano i loro rapporti giuridici con le persone che hanno preso parte alla scrittura (62).

E posso dispensarmi dal seguire.

46. — È ormai giunto invece il momento di esaminare, come mi ero proposto fin dal principio di questa esposizione, se dalla critica delle dottrine che ho sommariamente ricordate, e dal complesso delle loro vicende si possa trarre qualche utile insegnamento per l'opera di interpretazione che dovremmo tentare a nostra volta.

A questo effetto giova innanzi tutto che consideriamo il singolare spettacolo che ci offre in questo campo la dottrina francese, pur così preziosa, di solito, per noi: essa ha impostato inizialmente, e cioè a partire fin dai suoi primi scrittori intorno al codice, il problema di determinare quali sono i terzi dell'art. 1328 *code civil* (= 1327 del nostro cod. civ.), come un problema di limiti della sfera di azione dell'articolo stesso di fronte a quella del 1322 dello stesso codice, quasiché i due articoli determinassero reciprocamente la sfera della propria influenza, e quindi, per evitare antinomie, questa dovesse delimitarsi con una unica linea di confine per ambedue: di qui i « terzi » del 1328, di là le parti, loro successori e aventi causa del 1322 (63). E non si è mai più saputa liberare da questa impostazione (64).

La quale, a mio avviso, è errata, perchè dipende da una interpretazione dell'art. 1322, che non so se trovi i suoi germi nel pensiero dei precursori del codice, ma che in ogni modo non appare esatta di fronte al testo e all'organismo attuale della legge.

Vediamolo.

47. — L'art. 1322 *code civil* (= 1320 del nostro cod. civ.) contiene prima di tutto e *senza dubbio* una proposizione relativa alla

(62) Diffusa nella dottrina che non si è curata di approfondire, e frequente in giurisprudenza. Cfr., per es., GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, I, 347; BOLAFFIO, in *Trattato Veneto*, 1896, p. 85; PAGANI, in *Comm. al Cod. comm.*, edito da Vallardi, sull'art. 55, n. 248 ecc.

Oscillanti fra le dottrine francesi e quella di PESCATORE, senza riuscire a fissare la propria opinione in modo chiaro e definitivo, mi sembrano DI CARPIGNA, SECHI e SICILIANI nelle « voci » *Data e Data certa*, rispettivamente compilate per il *Digesto Italiano*, per l'*Enciclopedia giuridica* e per il *Dizionario pratico di diritto privato*. E allo stesso punto si trova, da ultimo COVIELLO, *Manuale*, I, § 173.

(63) Cfr. più indietro n. 34 ss.

(64) Il solo che abbandoni questa via è LAURENT; sul quale v. però più a dietro il n. 41.

provenienza della scrittura, che, espressa con parole mie, è la seguente: quando un soggetto riconosce che una certa scrittura, che gli viene opposta come proveniente da lui, è stata effettivamente scritta o sottoscritta da lui medesimo, o quando questo dato di fatto è accertato in suo confronto nei modi legali, esso *pro veritate habetur*. Il riconoscimento fornisce, cioè, la prova legale della provenienza della dichiarazione, in breve: «accerta la provenienza».

Siffatta proposizione però non ha assolutamente nessun rapporto con l'art. 1328 dello stesso *code civil* o almeno con la regola fondamentale che qui ci occupa («l'enunciazione contenuta nell'atto non fa alcuna prova della sua vera data»), perchè esse riguardano due oggetti *totalmente diversi e indipendenti* l'uno dall'altro (quali sono rispettivamente *la provenienza della scrittura e la veridicità di una sua enunciazione*). Per conseguenza fino a che si ha in vista *questo* significato del 1322, è assurdo cercare una correlazione fra i due articoli e in specie chiedere al 1322 chi sono i «tiers» del 1328 del *code*.

.....

49. — I compilatori del *code* mettendo al mondo quel disgraziato art. 1322, pensavano indubbiamente a scritture contenenti convenzioni, come appare del resto dai loro chiarimenti e dall'implicito rinvio che l'art. 1322 fa al 1319, in cui trattando della efficacia probante dell'atto autentico, si parla unicamente di convenzioni («... fait foi de la convention qu'il renferme etc.»). Più precisamente pensavano al caso in cui la convenzione dovesse venire provata per ottenerne l'esecuzione, *fra* coloro per cui ha effetti vincolanti, che sono appunto le parti e i loro successori.

Il L'ultimo inciso dell'articolo *causa mali tanti*: «entre ceux qui l'ont souscrit etc.», è dovuto appunto a questo. Esso è l'espressione del fatto che i compilatori pensavano soltanto a questa ipotesi, dettando l'articolo, precisamente come lo è l'altro inciso omologo dell'art. 1319 «entre les parties contractantes etc.». Così si spiega nel 1322 quell'*entre ceux etc.*, che sconcerta stranamente col principio dell'articolo (66).

[66] Non è del tutto fondata o almeno non del tutto esatta quindi l'accusa che si fa sempre ai compilatori, di aver confusa l'efficacia probante del documento con la efficacia obbligatoria del negozio, nel dettare gli attuali articoli 1319 e 1322 *code civil*. In realtà essi pensavano al caso in cui si volesse provare il negozio per farlo valere con-

È probabile (e lo ammetto senz'altro), che in quel momento nel pensiero dei compilatori ci fosse qualche cosa *di più* di quella semplice proposizione ricavata più sopra dall'art. 1322: « il riconoscimento ac-

tro chi ne è obbligato e si preoccupavano della efficacia finale del documento in questo caso e a questo scopo, senza confondere però l'una cosa con l'altra.

Ricordo in proposito qualche brano che mi pare più significativò. Scrive BÉOIR PRZEMENKAU nell'*Exposé des motifs*:

« 187. L'acte authentique fait une pleine foi, et nulle cause ne peut en suspendre l'exécution, à moins qu'il n'y ait inscription de faux ».

« 191. L'acte sous signature privée ne peut pas avoir, aux yeux du juge la même foi que l'acte authentique. Il n'est point intervenu un officier etc...; aussi l'obligation n'est point prouvée aux yeux du juge par une signature qu'il ne connaît pas; il doit donc avant tout appeler la partie qu'on lui présente comme obligée, pour qu'elle reconnaisse ou qu'elle conteste la vérité de l'acte ».

Il caso a cui penso e a cui riferisce gli articoli del progetto, divenuti poi gli articoli 1319 e 1322 *code civil*, è dunque unicamente questo: che un soggetto prospetti al giudice come obbligata (« présente comme obligée ») una certa parte per promuovere direttamente od ottenere dal giudice (mediante una condanna) l'*exécution* a suo carico: basta a questo scopo l'atto scritto da cui l'obbligazione (*recte* il negozio da cui nasce) risulta?

Questo è il punto di vista del relatore.

Ed è lo stesso di JAUBERT nel suo *Rapport*:

« ... Respectivement aux parties contractantes, une obligation est également valable du créancier au débiteur soit qu'elle ait été consenti par acte public soit qu'elle ait été consenti par écrit privé ».

« 7. Quel est l'effet principal attaché à l'acte authentique? C'est de faire pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leur héritiers ou ayants cause.

« L'acte authentique fait foi par lui même, par lui seul, sans que celui au profit de qui il est passé ait rien à prouver.

« Cet effet de l'authenticité est un des grands fondements du repos des familles et de la sûreté des transactions.

« Il est permis, dans certains cas, de demander qu'une convention soit déclarée nulle etc... Mais pendant l'instance en restitution, la provision est due au titre authentique à cause de la foi imprimée à l'acte par le caractère de l'officier qui l'a reçu ».

Più sotto lo stesso JAUBERT distingue poi nettamente la prova fra le parti agli effetti dell'esecuzione, di cui si occupa nel brano del *Rapport* sopra riferito, dalla prova di fronte ai terzi, di cui passa ad occuparsi per il caso speciale relativo alle « contre-lettres » (art. 1321 *code civil*).

Venendo alle scritture private e cioè all'articolo del progetto divenuto poi il 1322 del *code civil*, torna al punto di vista iniziale: prova agli effetti dell'esecuzione fra le parti.

« 25. On s'oblige par un acte sous seing privé comme par un acte authentique;

certa la provenienza ». Pensando unicamente al caso che ho detto, essi facevano senza dubbio tutta quest'altra serie di deduzioni successive: ciò basta per dar la prova della emissione delle dichiarazioni contenute nella scrittura, le quali risultan quindi provate, nè più nè meno che se fosser raccolte in un atto pubblico. Così s'infiltra nel codice quella formula, vaga e complessa nello stesso tempo, che si trova, già in Pothier: « l'acte ... a la même foi que l'acte authentique ». Posso ammettere anche, anzi ammetto senz'altro, che i compilatori facessero poi nel lor pensiero anche questa ulteriore deduzione: le dichiarazioni così provate si possono ritenere senz'altro vincolanti, perchè tutte le dichiarazioni di volontà (*naturali ratione*) si presumono vere e serie. Lo ammetto, perchè questa stessa deduzione l'hanno fatta espressamente a proposito dell'atto pubblico e della disposizione dell'articolo 1319 (« L'acte authentique fait pleine foi, etc. ») e quindi è naturale che l'avessero presente quando scrivevano poi nel 1322: « a ... la même foi que l'acte authentique ».

Ma di tutto questo pensiero, che cosa poteva divenire ed è divenuto legge, cioè norma positiva, vincolante come tale per il giudice e indirettamente per i cittadini, in quell'art. 1322? Evidentemente e senza dubbio, come ho già detto, la prima proposizione: « il riconoscimento accerta la provenienza », perchè questa ha effettivamente il contenuto e il valore di una regola di prova legale. Ma il resto non erano che illazioni, e quasi direi divagazioni, dei compilatori sulle conseguenze del riconoscimento, illazioni che non erano suscettibili di esser tradotte in dettato positivo. Il testo porta traccia di queste illazioni appunto in quel suo modo d'esprimersi: « a la même foi etc. », perchè i compilatori non seppero depurarne, per così dire, il proprio pensiero e selezionare quel che era veramente il precetto che volevano porre. Ma ciò non può farci ritenere che quelle diva-

mais il y a cette différence que les actes sous seing privé doivent être préalablement reconnus avant que l'on puisse passer à l'exécution ».

Anche qui però distingue poi poco più sotto, la prova fra le parti agli effetti dell'esecuzione a cui si riferisce il passo sopra citato, dalla prova di fronte ai terzi che si può fare ad altri effetti, e segue allora quel brano caratteristico già riportato più a dietro al n. 25 bis.

La terminologia degli articoli 1319 e 1322 e l'inciso inseritovi « entre les parties, etc. » o « entre ceux qui l'ont souscrit, etc. », si spiegano come dico nel testo, unicamente come espressione di questo singolare punto di vista da cui si ponevano i compilatori. Dimenticando questo, si assegna loro un significato che non dovevano e che in realtà non possono avere; cfr. in proposito anche la nota al n. 54.

gazioni si sian tradotte in regole legali, perchè mancava la coscienza e la volontà di ridurle a regole e in ogni modo, come dirò, ne mancava la possibilità logica e pratica. In altri termini i compilatori pensavano *intus* che l'atto pubblico o la scrittura privata riconosciuta *provano la dichiarazione (la quale si presume vera e seria)*, ma non vollero affatto *prescrivere* che essi *provano « che » la dichiarazione è vera, seria e veridica (67)*.

50. — In ogni modo e quanto meno poi, è certo *a)* che questo pensiero non si è tradotto in norma, legale precettiva nel testo. L'espressione « *fait foi de la convention* » usata nel 1319, e richiamata poi nel 1322 con l'espressione « *a la même foi* », non implica, nemmeno secondo il significato letterale delle parole, che la scrittura faccia prova della verità e serietà delle dichiarazioni che contiene, oltre che del fatto che esse sono state emesse; *b)* che è intrinsecamente un non senso dire, che la scrittura prova la verità, serietà, ecc. Questa verità, serietà ecc., consiste infatti nella esatta corrispondenza tra la dichiarazione e l'intento delle parti o la realtà delle cose. Ciò posto essa non può logicamente esser provata dalla scrittura, che non contiene e non documenta che un solo termine di confronto e cioè la dichiarazione. La verità, serietà, ecc. si potrà presumere bensì in base alla dichiarazione; ma se la si presume vuol dire precisamente che non è provata da essa e con essa,

51. — Infatti per sostenere che l'atto pubblico prova la verità, serietà ecc., bisognerebbe intendere l'espressione « *fait foi de la convention* » dell'art. 1319 *code civil* in un duplice senso e ritenere che essa — unica e sola! — significa: *a)* fa prova fino a querela di falso dell'emissione della dichiarazione; *b)* fa prova fino a prova contraria della serietà della dichiarazione stessa. Similmente bisognerebbe intendere in un duplice senso l'espressione « *a la même foi de l'acte authentique* » nell'art. 1322 (68). Ora è possibile, cioè concepibile, che una stessa espressione abbia nello stesso tempo due significati normativi così diversi?

(67) Di queste proposizioni non si può dare naturalmente una dimostrazione logica. Per persuadersene non si può far altro che cercare di immedesimarsi nello spirito dei compilatori, ciò che a sua volta è possibile soltanto in via di sintesi, meditando bene prima di tutto l'opera di POTHIER, in cui si riassume tutta la loro preparazione, e rileggendo poi quelle loro relazioni che ci sono rimaste.

(68) Così infatti espressamente, per es. LAURENT, XIX, 305, 335 e 336.

Che se pure ciò fosse concepibile in diritto francese, non è più possibile in ogni modo nel nostro diritto, dopochè il testo dell'articolo 1319 *code civil* è stato completato e rettificato ricavandone il nostro art. 1317 cod. civ.: «L'atto pubblico fa piena fede della convenzione e dei fatti seguiti alla presenza del notaio, ecc.». L'avervi inserita cotesta menzione dei «fatti» dimostra, a mio avviso, in modo indubitabile, che quel «fa fede» fu inteso e va inteso nel senso e unicamente nel senso di «prova che ha avuto o che hanno avuto luogo materialmente» la convenzione (cioè la emissione delle dichiarazioni) o i fatti che il notaio attesta. E per vero la nostra dottrina non ha mai dubitato che non andasse inteso in questo senso (69). In questo senso va inteso per conseguenza anche il 1320 che riproduce il 1322 *code civil*. L'art. 1324 ne è la sicura riprova.

52. — Cosicchè, concludendo, io direi che è un errore di interpretazione intendere l'art. 1332 *code civil* = 1320 del nostro cod. civ., nel senso che la scrittura fa prova della serietà, sincerità ecc., delle dichiarazioni che essa contiene.

Quell'articolo non significa e non può significare niente altro che questo: la scrittura riconosciuta fa prova che le dichiarazioni che essa contiene provengono dalla parte o dalle parti che la hanno appunto riconosciuta (*recte* ed in breve, secondo la formula usata più sopra: «il riconoscimento accerta la provenienza»).

Ciò posto, bisogna escludere, secondo me, che l'art. 1328 *code civil* = 1327 cod. civ. stia in correlazione con il 1322 = 1320. Essi riguardano, ripeto, due argomenti completamente diversi e indipendenti l'uno dall'altro, e sarebbe assurdo pertanto far dipendere l'interpretazione dell'uno da quella dell'altro.

Il primo risultato della nostra critica è dunque di liberarci in modo assoluto e definitivo da questo erroneo ravvicinamento che ha pesato stranamente su tutta la dottrina francese e che, come ho già accennato, è stato l'ostacolo principale che le ha impedito di raggiungere risultati soddisfacenti.

52 bis. — Che questo ravvicinamento fosse erroneo e quindi inutile e dannoso, risulta del resto anche da un altro ordine di considerazioni, che è quello già avvertito da Laurent (sebbene a traverso un persistente errore sul punto precedente): quand'anche l'art. 1322

(69) MATTIROLI, *Treatato*, III, 30; LEBSCONA, *Teoria delle prove*, III, 315 ecc.

code civil = 1320 del nostro cod. civ. avesse il significato più sopra combattuto, non dovrebbe e non potrebbe averlo se non per le dichiarazioni di volontà (la « convention » dell'art. 1319 = 1317), a cui espressamente si riferisce. Ma non per questo dovrebbe poi averlo per la data (70) poichè, come chiarirò a suo tempo, la data ha un carattere diverso, cioè essenzialmente enunciativo; e la verità e serietà della dichiarazione di volontà è quindi, a sua volta, qualche cosa di essenzialmente diverso dalla veridicità della data. Dalla premessa che la scrittura prova quella, non si potrebbe trarre senz'altro la conseguenza che prova questa.

53. — Ma anche qualche altro ammaestramento si ricava dalla critica della dottrina francese.

Da quella falsa impostazione del problema che ho più sopra rilevata, Toullier era arrivato, come sappiamo, a questo risultato: che dal novero dei terzi bisogna escludere tutti gli aventi causa senza distinzione. Senonchè ho già accennato come questo risultato frustri puramente e semplicemente tutta l'importanza pratica dell'art. 1328. Tanto più che il ragionamento, per cui escludono poi dal novero degli « ayants cause » i creditori escutenti, si fonda evidentemente su di un equivoco (71). Il risultato a cui arriva Toullier è quindi anche intrinsecamente insostenibile.

La dottrina francese a lui contraria, è pervenuta invece, per varie vie, tutta quanta a quest'altro risultato: se una delle parti dell'atto consacrato nella privata scrittura oppone quest'ultima ad un avente causa dell'altra parte, che abbia acquistato da essa con un altro atto un diritto incompatibile, la scrittura non fa prova della sua data di

(70) Così anche LAURENT, XIX, 304, ma senza avvertire la vera ragione, e limitandosi, come fa qualche volta, a considerazioni d'ordine letterale come questa: il testo dice che la scrittura « a la même foi que l'acte authentique », ora l'atto autentico fa prova della verità della data sino a querela di falso: se il testo s'applicasse anche alla data si dovrebbe concludere che anche la data della scrittura privata fa prova fino a querela di falso, ciò che è assurdo e non sostenuto da nessuno.

(71) È vero in un certo senso quanto osserva TOULLIER, VIII, 250 ss., che il potere di provocare sui beni del debitore l'esecuzione forzata, il creditore lo ha dalla legge, e non è un diritto che faccia parte del contenuto dell'obbligazione. Ma ciò per il nostro tema non conclude niente, perchè non toglie che il creditore *come creditore* sia un avente causa del debitore secondo il significato tradizionale del termine, e ciò basterebbe, *secondo la sua opinione*, per escludere che sia un terzo.

La dottrina più recente considera addirittura i creditori chirografari come aventi causa a titolo universale (17); TARDE e PLANIOL, *citt. sopra* nelle note al n. 42.

fronte a costui; costui va considerato come terzo agli effetti dell'articolo 1328. Anzi quei soggetti che l'articolo 1328 chiama terzi sono più precisamente cotesti aventi causa. Il risultato è diametralmente opposto a quello di Toullier. Quest'ultimo escludeva dal novero dei terzi tutti gli aventi causa; i suoi oppositori finiscono in buona sostanza col comprendervi dentro, in linea di massima, tutti quanti, sol che vi sia tra loro opposizione d'interessi. Senonchè con questa dottrina si giunge logicamente a questo risultato: che avvenuta la cessione di un credito, se il debitore oppone al creditore cessionario una quietanza per scrittura privata a firma del cedente oppure una novazione o una dichiarazione di remissione, questa non fa prova della sua data di fronte a costui. Nessuno ha potuto disconoscere che questa ne sarebbe la conseguenza logica.

Ma, se non erro, non c'è stato che Laurent, fedele al suo metodo di incondizionata ossequenza al testo della legge (o a quel che crede esser testo della legge), che abbia avuto il coraggio di accettare questa conseguenza (72). Gli altri hanno esitato, hanno ripiegato, in conclusione hanno finito per ripudiarla tutti quanti, constatando che ripugnava invincibilmente alle esigenze della pratica e a quella che senza dubbio doveva esser stata l'intenzione del legislatore scrivendo l'art. 1328 (73). Ciò significa, in altri termini, che questo risultato riusciva a sua volta intrinsecamente insoddisfacente ed insostenibile, non meno di quello a cui era arrivato Toullier. Ed è uno spettacolo che si potrebbe definire proprio la bancarotta di questa interpretazione, l'affannarsi dei suoi assertori alla ricerca di giustificazioni per lo strappo che devono fare su questo punto alla logica della loro dottrina. Invocano l'equità, le esigenze del commercio, gli usi, la intenzione « presunta » del legislatore. Ma tutto questo potrebbe prevalere sulla legge ... se la legge fosse veramente quale essi la intendevano? (74).

(72) LAURENT, XIX, 332 ss.

(73) V., con vari temperamenti, (su cui cfr. più oltre la nota seg.): DURANTON, XVI, 304; TROPLONG, *De la cession*, 920; DUVERDIER, *De la vente*, II, 224; LAROMBIÈRE, IV, sull'art. 1328, n. 23; MARCADÉ sull'art. 1328, n. 5; AUBRY et RAU, VIII, § 756 e note; DEMOLOMBE, XXIX, 539 ss.; CROUX su ZACHARIÆ, IV, § 765, nota 43; ecc. ecc.

(74) Vale per tutti questi autori quello che TROPLONG, *l.c.*, nota 11, riconosce chiaro e netto: « puisque l'opinion de Toullier n'a pas prévalu, il n'est pas possible de dire que le cessionnaire est l'ayant cause du cédant dès-lors il est un tiers ... ». Ma ecco che lo stesso Troplong invoca « l'usage » per sfuggire alle rigorose conseguenze di

54. — Tutto questo non meritava di esser rilevato soltanto perchè ci fornisce la riprova indiretta che l'impostazione del problema era sbagliata, e che da essa non era possibile giungere ad una soluzione soddisfacente: dopo quel che ho detto più sopra, dovrei supporre che di questa riprova non ci sia bisogno. Lo meritava anche ed anzi più ancora, perchè ci insegna appunto che quelle due soluzioni estreme: di escludere in massa tutti quanti gli aventi causa dal novero dei terzi dell'art. 1328 *code civil* = 1327 cod. civ., o di includerveli viceversa in massa, sono ambedue insoddisfacenti e praticamente insostenibili. La soluzione buona deve evidentemente distinguere fra aventi causa e aventi causa.

Ora è precisamente questo che ha fatto la dottrina italiana insegnata da Pescatore.

55. — Ma il punto debole della dottrina sta nella giustificazione o dimostrazione che l'autore ha voluto dare delle sue conclusioni e che è in sè stessa insoddisfacente, cosicchè quelle restano non dimo-

questo sistema, e « la gravité des inconvénients »; AUBRY et RAU, *op. cit.*, l.c., invocano anche « l'équité »; DEMOLOMME, *op. cit.*, 539, in fine, « l'intention vraisemblable du législateur qui les aurait tacitement exceptés »; LABONNIÈRE, *op. cit.*, l.c., mettendosi alla ricerca d'una giustificazione più corretta, incappa in un grossolano equivoco sull'art. 1340 (cfr. esattamente contro: LAURENT, *op. cit.*, 332) e in altro e non men grave equivoco incappa ROTHMAN sull'oggetto della cessione (in un articolo che trovo citato e giustamente combattuto in DEMOLOMME, *op. cit.*, l.c., e che non ho potuto consultare). È a questo proposito poi, che lo stesso DEMOLOMME scrive i periodi ricordati in nota al n. 43.

Necessariamente arbitrari e quindi disparati o spesso ancor più strani e ingiustificabili, sono poi i limiti che i vari autori vorrebbero assegnare all'eccezione: chi ritiene opponibili al cessionario le quietanze, ma non una novazione o una remissione, chi quelle e queste; chi ritiene che le quietanze sian sempre opponibili e chi ritiene che siano opponibili soltanto subito dopo che il debitore abbia ricevuta la notifica della cessione; chi insegna senz'altro che la data fa prova contro il cessionario e chi insegna che fa prova o no secondo l'apprezzamento del giudice « d'après les circonstances »; e si può continuare.

Alcuni scrittori nostrani che derivano dai francesi (cfr. la nota al n. 45 in fine), li hanno seguiti anche su questo punto, anzi hanno stranamente esagerata la cosa, arrivando a scrivere addirittura che l'art. 1327 non si applica alle quietanze, come, secondo loro, per l'art. 55 u.c. cod. comm. non si applica alle cambiali, senza che si possa vedere poi come fondino quell'eccezione. Così SECHI, v. *Data in Enc. giur.*, n. 7; COVIELLO, *Manuale*, I, § 173; BORSARI, *Commentario* all'art. 1327, § 3288, vuol salvare la quietanza staccchiando ed estendendo oltre ogni ragionevolezza la nozione degli « equipollenti », di cui all'art. 1327 in fine.

strate, come una intuizione felice, ma che attende ancora d'essere meglio dimostrata.

Anche se si ritenga che in un certo senso tutti i diritti reali siano *iura adversus omnes* (75), non è esatto dire che « quando l'oggetto della stipulazione sia una proprietà, un'ipoteca o altro diritto reale ... l'atto ha diretta relazione coi terzi », cioè con tutti quanti gli altri soggetti di diritto. In realtà infatti per tutti i terzi estranei e che non hanno se non l'obbligo generale di rispetto verso il diritto reale di cui si tratta, l'atto ha effetti puramente riflessi e cioè indiretti, dei quali essi sono tenuti soltanto a prender atto. Tali effetti sono del resto sostanzialmente così trascurabili, che la legge non introduce di regola alcun provvedimento per tutelare gli interessi di loro terzi come tali (76) (la trascrizione, come vedremo fra un momento, non è imposta nel loro interesse) e non limita affatto per amor loro la libertà dei contraenti.

È questa una nozione così comune e così sentita, che sembra perfino strano di doverla formulare: se io vendo il mio fondo o il mio cavallo o sul mio fondo costituisco una servitù, io non sono tenuto a preoccuparmi in alcun modo dei terzi, che non hanno se non l'obbligo generale di rispettare quella proprietà e con essa le servitù di cui sia gravata. Giuridicamente il mio atto è indifferente per costoro, o inversamente costoro e i loro interessi sono considerati giuridicamente indifferenti di fronte al mio atto. Ciò posto, non si vede in che cosa possa interessare a costoro la data dell'atto, e meno che mai quindi si vede come e perchè la legge avrebbe imposto alle parti di un atto relativo a diritti reali, di accertarne la data nell'interesse di costoro, estranei ed indifferenti, *penitus extranei* per riprender la vecchia frase. Per lo meno bisognerebbe dimostrarlo, che la legge lo ha imposto nell'interesse di costoro, e che appunto a questo scopo essa reca quell'art. 1327. L'affermarlo così semplicemente ed in modo assiomatico, come fa Pescatore, non spiega, non giustifica, non dimostra niente. Ed è poi concetto addirittura bizzarro, con tutto il rispetto dovuto all'illustre autore, questo altro: che se le parti dell'atto non accertano la data nei modi dello

(75) Ciò non è esatto, a mio avviso (o almeno è esatto solo in un certo senso) per le servitù (RANDETTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, 83 e autori ivi citati). E, a mio avviso poi, non è un diritto reale l'ipoteca (*Op. cit.*, 130).

(76) Cfr., per alcuni riscontri significanti a proposito di giudicati, RANDETTI, *op. cit.*, 84 (p. 136), 86 e nota 134, 113 ecc.

Sulla trascrizione, v. questo stesso numero più sotto, e la nota seguente.

articolo 1327, questo fatto vada considerato come un fatto « imputabile », una specie di colpa, in pena della quale i terzi, in quel momento *penitus extranei*, acquistano irrevocabilmente il diritto « di non riconoscere la data », quando diventino poi acquirenti dallo stesso autore, e non vogliano esser pregiudicati nell'acquisto dall'atto anteriore.

Che tutta questa argomentazione di Pescatore sia arbitraria risulta, del resto, anche dallo stesso raffronto ch'egli fa. Egli avvicina il preteso obbligo di accertar la data dei contratti relativi a diritti reali all'obbligo, che egli dice ci dovrebbe essere (chè allora non era ancora in vigore l'istituto della trascrizione) di renderli pubblici. « Tali atti dovrebbero esser resi pubblici nell'interesse dei terzi, a cui (*sic*) riguardano sotto pena di non essere computati riguardo a loro ». Orbene anche la pubblicità a cui così si riferisce, non doveva essere e non è stata introdotta, come egli crede, nell'interesse dei terzi *penitus extranei* come tali, bensì nell'interesse dei terzi in quanto si rendano o si possano rendere acquirenti. Tanto ciò è vero, che gli atti non trascritti hanno ugualmente effetti per i terzi *penitus extranei*. Il difetto di trascrizione non li priva di effetti se non « riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile » (art. 1942 cod. civ.). Sono dunque i terzi acquirenti, in quanto acquirenti, e non i terzi *penitus extranei*, che la legge ha voluto tutelare con l'istituto della trascrizione (77). Lo stesso è a dirsi per l'articolo 1327.

Tutto questo però, ripeto, non colpisce che la parte dimostrativa della sua dottrina. Il confronto di essa con le dottrine francesi sta pur sempre a convincere, che la sua distinzione è sostanzialmente attendibile e necessaria all'interpretazione. È questo anzi un risultato positivo, fra tanti negativi, che possiamo raccogliere almeno su questo punto speciale, dalla nostra critica.

Dopo di che sarà tempo ormai che ci accingiamo ad affrontare a nostra volta e per nostro conto il problema.

*Ricostruzione formale
delle regole di prova legale sulla data*

56. — L'esame critico compiuto ci dimostra e ci insegna, se non erro, che per risolvere questo tormentato problema dei « terzi »,

(77) COVIELLO, *Trascrizione*, I, 103 s.; LUZZATI, *Trascrizione*, II, 126 ss.

bisogna prima di tutto rifarsi da capo nell'impostarlo e bisogna impostarlo bene.

Il punto di partenza è il seguente:

L'art. 1327 cod. civ., ponendo la regola che l'enunciazione della data contenuta nelle scritture private non fa prova « di fronte ai terzi », *a contrario sensu*, fa salva l'efficacia probante che quest'ultima ha o può avere, secondo le regole generali, fra gli altri soggetti che van considerati invece a questo effetto come parti (non-terzi). Si tratta dunque di trovare il confine e il criterio differenziale di distinzione, fra gli uni e gli altri.

57. — Ciò premesso, pare evidente che la prima cosa che ci dobbiamo chiedere per compiere cotesta determinazione, è questa:

L'art. 1327 introduce *ex novo* e, per così dire, inventa cotesta distinzione fra terzi e parti (= non-terzi) oppure intende riferirsi ad una distinzione che si faceva già e che si fa ad altri effetti, e cioè ad una distinzione già nota e, per così dire, di uso corrente? È evidente come l'interpretazione debba procedere per una via diversa e giovarsi di diversi elementi, secondochè a questa domanda preliminare si risponda nell'uno o nell'altro senso.

Ma basta meditare un momento il testo dell'articolo e la sua storia, per avere senz'altro la certezza che esso si riferisce ad una distinzione che suppone già nota. Il testo usa infatti e dà quella parola « terzi » come un termine di significato ricevuto; e d'altra parte nella mente dei compilatori non passò neanche il dubbio di non dir cosa chiara e di facile e sicura intelligenza, usandolo, come risulta anche da quei cenni sommarii e da quei saggi che ne ho dati.

Ma quale è la distinzione a cui si riferisce?

Secondo me, basta osservare che vi sono nel nostro diritto delle regole che assegnano alla enunciazione della data una efficacia probante *legale* « fra le parti », per risolvere anche questo problema. Infatti, data quella premessa, la efficacia probante della enunciazione della data che l'art. 1327 fa salva non può essere se non precisamente la stessa efficacia legale « fra le parti », che quelle regole determinano e delimitano. Ma allora i soggetti (« terzi ») rispetto ai quali l'art. 1327 elimina viceversa l'efficacia probante, non possono essere se non i soggetti per cui l'enunciazione *non* ha quell'efficacia legale. I « terzi » dell'art. 1327 sono dunque in conclusione coloro che *non* sono parti e non vanno considerati *come* parti, agli effetti

delle regole che determinano la efficacia probante legale « fra le parti » (78). Fin qui mi appello al signor de la Palisse.

58. — Resta a determinare prima di tutto quali sono le regole che determinano l'efficacia probante legale dell'enunciazione della data « fra le parti »; e in secondo luogo quali soggetti sono parti o van considerati per quegli effetti *come parte*.

La rivista critica della dottrina fatta più addietro (cap. V, in specie nn. 46 e ss.) ha chiarito che è un vero e proprio errore voler prender lumi dall'art. 1320 cod. civ. (1322 *code civil*). Non è lì che bisogna cercare.

Più felicemente la dottrina tedesca di diritto comune aveva già osservato, che la enunciazione della data ha carattere di confessione stragiudiziale (79). Niun dubbio infatti che in quanto essa sia rilevante a favore d'una delle parti, implica per ciò stesso una confessione dell'altra a suo favore. Basterebbe questo per riconoscerle nel nostro sistema un'efficacia probante legale; l'efficacia di cui all'art. 1358 cod. civ.: « ... la confessione stragiudiziale ... fatta alla parte o a chi la rappresenta forma una piena prova ».

Ma, a mio avviso, c'è nel nostro codice anche un'altra disposizione testuale che ribadisce quel carattere e quel valore. È la regola dell'art. 1318. La data apposta ad una scrittura non è infatti che un

(78) Si parla di prova legale quando la legge fissa *a priori* ed in astratto la ammissibilità di certi mezzi di prova ed il peso che devono avere nella decisione sul punto di fatto a cui si riferiscono, in modo che il giudice sia vincolato a decidere secondo questa valutazione anziché secondo il suo convincimento; cfr. MATTIROLI, *Treatato*, II, 287-288; CHIOVENDA, *Principii*, § 59, I; SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 77, II; HELLWIG, *System*, § 207 ecc.

Dato questo carattere, le regole di prova legale riguardano sempre ipotesi ben determinate e non possono estendersi, tanto più che nel nostro sistema costituiscono vere e proprie norme d'eccezione, *ius singulare*; MATTIROLI, *Treatato*, II, 289; CHIOVENDA, *Id.* Quindi se la ipotesi in cui si applica una certa norma di prova legale è individuata dalla legge con l'indicazione dei soggetti fra cui deve pendere il giudizio perchè essa sia applicabile (come è appunto nel caso degli articoli 1318 e 1358, che qui ci interessano), la indicazione di questi soggetti ha e deve avere sempre un significato concreto preciso, determinato.

(79) WETZELL, *System*, § 24 alla nota 8, e autt. *ivi* cit. La dottrina tedesca posteriore all'Ordinanza di procedura non lo discosse insegnando, come ho avvertito in nota al n. 38, in fine, che in ordine alla data « die freie Beweiswürdigung gilt », perchè quest'ultima vale anche per l'apprezzamento delle confessioni stragiudiziali come indizio del fatto confessato; HELLWIG, *System*, § 148, V; SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 80, I ecc. Manca totalmente una norma del tipo dell'art. 1358 cod. civ.

breve racconto fatto in forma elittica ed abbreviata. È il racconto del fatto che la scrittura è stata emessa in un certo luogo e in un certo giorno. Essa ha pertanto carattere essenzialmente enunciativo. Ora l'art. 1318 dispone che la scrittura fa prova tra le parti anche di quelle cose che siano espresse in modo enunciativo « purchè l'enunciativa abbia un diretto rapporto con la disposizione » (80). Siccome non c'è nessun dubbio che la data abbia diretto rapporto con la disposizione, va applicata anche ad essa la regola dell'art. 1318 (1358).

È verissimo, e sono io il primo a riconoscerlo, che i compilatori dell'articolo non pensavano alla data, quando lo formularono, bensì ad altri racconti che si possono inserire per avventura in un documento dispositivo. Ma c'è una evidente identità di ragione tra quelli e la data (81). E comunque ripeto, *portano a questo risultato le regole sulla confessione.*

(80) Anche nell'interpretare l'art. 1320 *code civil*, che corrisponde all'art. 1318 cod. civ., la dottrina francese si mostra singolarmente disorientata, confondendo accertamento della provenienza delle dichiarazioni ed efficacia probante di esse rispetto al fatto enunciato: si veda come saggio caratteristico di questo stato della dottrina LAURENT, XIX, 167 ss., e in specie, 172 ss.

In realtà l'art. 1318 cod. civ. (come il corrispondente 1320 *code civil*), non si occupa menomamente dell'accertamento della provenienza delle dichiarazioni, argomento esaurito negli articoli 1317 e 1320, e dispone unicamente intorno all'efficacia probante di esse rispetto al fatto enunciato.

Naturalmente l'enunciazione può « far prova » del fatto enunciato soltanto se ed in quanto questo riguarda le parti ed abbia per esse conseguenze giuridiche, non certo in quanto riguarda dei terzi (precisamente come avviene per le confessioni). Esattamente pertanto avverte l'articolo che la enunciazione fa prova « fra le parti ». Le accuse di confusione mosse in proposito ai compilatori, vanno ritorte contro i loro critici. Sostanzialmente esatta la dottrina italiana: MATTIROLO, *Trattato*, III, 42; LESSONA, *Teoria delle prove*, III, 465, ecc., sebbene non sia altrettanto esatta nella forma o almeno nella terminologia che adotta, parlando di « efficacia obbligatoria » delle enunciazioni e confessioni, mentre non può parlarsi a loro riguardo se non di efficacia vincolante che deriva dalla presunzione o finzione legale di veridicità che le accompagna, appunto in grazia degli articoli 1318-1358.

(81) Cfr. la nozione di enunciativa che danno i trattatisti in relazione all'art. 1318: MATTIROLO, *Trattato*, III, 38; LESSONA, *Teoria delle prove*, III, 464; CROZZI, cit. sotto; ecc. Un concetto notevolmente più ampio sembra averne COGNETTI, *Le enunciativie nel processo civile*; cfr. in specie i nn. 43 e 44. La data rientra però fra le enunciativie, anche intese nel senso più ristretto, che è l'usuale. L'intima affinità tra confessione ed enunciativa è stata sempre riconosciuta: cfr. COGNETTI, cit. n. 35; LESSONA, *Teoria delle prove*, III, 465 in fine; ecc.

Ch'io mi sappia, la dottrina non lo ha avvertito (82) o quanto meno non ha dato all'osservazione l'importanza che meritava. Mi preme però di far rilevare che essa osservazione non sposta ma anzi giustifica la proposizione comunemente ricevuta ed insegnata che la data « fa prova » o « fa fede » anzi « piena prova » o « piena fede » fra le parti (83).

59. — La regola dell'articolo 1327, di cui mi sto occupando, fa salva dunque quella efficacia probante che l'enunciazione della data ha « fra le parti » come confessione-enunciativa a sensi dell'articolo 1318 (1358) codice civile. Elimina invece l'efficacia riflessa indiretta secondaria, che potrebbe eventualmente assumere di fatto fuori di quella sfera (delle parti) come elemento circostanziale, liberamente apprezzabile dal giudice in concorso con tutte le altre notizie, altri dati o argomenti di cui disponga.

È questo valore meramente indiziario che l'art. 1327 esclude *a priori* con la sua regola legale (84).

(82) In questo senso v. però CROMI su ZACHARIAE, trad. BARASSI, IV, § 765 (alla nota 38).

(83) Questa proposizione si trova ugualmente in MATTIROLI, *Trattato*, III, 339; in LESSONA, *Teoria delle prove*, III, 286 in fine; in SECHI, v. *Data in Enc. giur.*, 21 (invocando però, ancora sulle tracce della dottrina francese, l'articolo 1320); ecc.

Essa è comune alla dottrina francese: cfr. per es. DEMOLOMBE, XXIX, 508-509; LAURENT, XIX, 272; AUBRY et RAU, VIII, § 756 e autori ivi citati, ecc.

È vero che tutti questi autori ammettono la prova contraria, ma se si occupano poi di precisare che cosa intendono per prova contraria, finiscono con l'ammettere che questa prova deve tendere a dimostrare che la enunciazione è inesatta per errore di fatto (nel qual caso versiamo nell'ipotesi dell'articolo 1360 capov.) o perchè le parti vollero meditatamente apporre alla scrittura una falsa data per simulare che essa sia stata formata ed emessa in un momento diverso dal vero. In ogni caso la prova si ritiene soggetta ai limiti dell'articolo 1341 cod. civ., perchè si tratta di provare « contro lo scritto »: così esplicitamente LAURENT, XIX, 272-273; DEMOLOMBE, XXIX, 509; implicitamente AUBRY et RAU, VIII, § 756, note, i quali ammettono la prova contraria anche su semplici presunzioni solo in base all'articolo 1353 *code civil*, ultima parte (non riprodotta perchè superflua nel nostro codice civile), per cui la prova per presunzioni è sempre ammessa quando « l'acte ... soit attaqué pour cause de fraude ou de dol »; implicitamente MATTIROLI, *Trattato*, II, 368; ecc.

(84) Così parlando, anzi scrivendo, io chiamo efficacia probante anche la efficacia che può avere un elemento di fatto, quale l'enunciazione, come indizio e base di presunzioni per ritenere vero un altro fatto (fatto enunciato). E questa terminologia adotto in tutto il libro.

So bene che è inesatta, come hanno dimostrato le ricerche della dottrina germanica, so che è l'espressione di una empirica e grossolana classificazione degli elementi

59 bis. — Riassumendo in breve e in forma dogmatica: l'enunciazione della data fa prova legale « fra le parti » come confessione-enunciativa a sensi degli articoli 1318 e 1358; l'articolo 1327 rispetta integralmente questa efficacia. Ma distrugge invece quella qualunque altra efficacia che essa enunciazione potrebbe poi avere per riflesso di fronte ad altri soggetti. I « terzi » a cui esso allude sono precisamente tutti questi *altri* soggetti.

60. — Raggiunto questo primo risultato, mi pare che si possa fare subito e con sufficiente sicurezza un altro passo.

Niun dubbio infatti che, se la data fa prova legale « fra le parti » come confessione o enunciazione per gli articoli 1318-1358, le « parti » fra cui fa prova, sono gli stessi soggetti che van considerati come parti agli effetti dell'atto documentato nella scrittura e cioè rispettivamente l'emittente e il destinatario delle dichiarazioni di volontà o delle confessioni contenute nel testo della scrittura e rispettivamente tutti coloro che assumano poi la posizione giuridica dell'uno o dell'altro agli effetti di quelle dichiarazioni o confessioni. Chè questo appunto e indubbiamente è il significato e il dettato degli articoli 1318-1358. E allora possiamo concludere:

sono terzi agli effetti dell'articolo 1327 tutti coloro che non sono parti dell'atto documentato nella privata scrittura di cui si tratta e che non abbiano assunta rispetto all'atto stesso la posizione giuridica di parte.

61. — I terzi dell'articolo 1327, così identificati, sono dunque quegli stessi soggetti che sono terzi e non parti agli effetti della confessione, *item* agli effetti dell'articolo 1341 al., in fine, e cioè del divieto di provare per testimoni contro od in aggiunta all'atto scritto. E sono ancora gli stessi che sono terzi e non parti agli effetti dell'azione dichiarativa della simulazione contro l'atto documentato nella scrittura. Sono gli stessi infine che andrebbero considerati come terzi agli effetti della querela di falso (intellettuale),

e dei metodi di formazione della convinzione del giudice (cfr. per tutti SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 52, I e II e nota 2 a p. 330; HELLWIG, *System*, § 204, p. 672; si è precisamente da questo punto di vista che questi autori escludono dal novero delle prove anche la confessione stragiudiziale e le enunciativae: cfr. più a dietro, nota finale al n. 5). Ma è la terminologia e la classificazione del codice, ed è quella in uso tra noi. Ora i tempi non sembrano maturi, per rinnovarla *ab initio*. E in ogni modo non l'avrei potuto fare *per incidenza*: in questo mio studio senza complicarlo terribilmente con scacco o nullo profitto nella sostanza.

se l'atto fosse pubblico, secondo quanto ho esposto più a dietro a proposito di data degli atti pubblici.

Sono tutti casi di applicazione di uno stesso criterio e ciò torna a conforto della mia conclusione di testè.

Sappiamo infatti, (e non se ne è mai dubitato), come l'articolo 1327 rappresenti una reazione del legislatore contro il pericolo delle antidate. Ora le antidate costituiscono evidentemente un falso intellettuale perpetrato a scopi analoghi o identici a quelli della simulazione e cioè per simulare avvenuto in un certo tempo un atto che in realtà è avvenuto in tempi diversi (85).

Ma, se i terzi dell'articolo 1327 coincidono con coloro che sarebbero terzi agli effetti dell'azione dichiarativa della simulazione, dobbiamo concludere che l'articolo 1327 vuol accordare a costoro contro questa speciale falsità (= simulazione) una tutela ancor maggiore e più rigida di quella che non accordi loro d'ordinario, ammettendoli (a differenza delle parti) a provar la simulazione con tutti i mezzi (86).

(85) FERRARA, *Simulazione*, 42, scrive addirittura che la data *falsa* («intenzionalmente svisata a scopo d'inganno») è prodotta ed espressione di una simulazione relativa. Ciò non è forse perfettamente esatto. Si ha infatti simulazione quando un soggetto emette o scambia con un altro una dichiarazione apparente (negozio simulato) deliberatamente disforme dall'intento o volontà interiore, in esecuzione dell'accordo di creare per l'appunto la parvenza di un negozio che in realtà non vuol compiere.

In questi caratteri della simulazione, se non erro, siamo tutti d'accordo, a prescindere dai problemi che nascono poi per una più esatta costruzione giuridica del fenomeno. Ciò, posto, la data, essendo, a quanto io ritengo, una enunciazione narrativa non è suscettibile di simulazione. E infatti le parti che danno alla scrittura una data non vera non creano che la parvenza di un negozio che in realtà non compiono e neanche simulano (fingono) di enunciare, bensì enunciano, narrano effettivamente. Se nonché narrano delle false circostanze, per far credere (e in questo senso provare) con la loro narrativa che essa scrittura sia stata formata in un momento diverso dal vero, creano quindi in sostanza un documento, cioè un mezzo di prova, mendace, fallace e quindi in lato senso falso. Perciò il falso consiste precisamente nella creazione di un documento o d'un mezzo di prova destinato a far credere (e in questo senso a provare) accaduti dei fatti in realtà non accaduti o diversamente accaduti.

Però, siccome questa mendace documentazione fatta in una privata scrittura vale pur sempre semplicemente come privata enunciazione o confessione, i mezzi dati agli interessati per reagire contro di essa sono gli stessi dati contro la simulazione (e non la querela di falso), come dico nel testo. Nè son date, a mio avviso, contro questa mendace documentazione le sanzioni penali del falso.

(86) La distinzione fra parti e terzi a proposito d'azione dichiarativa della simulazione, si fa infatti specialmente agli effetti del diritto probatorio e specialmente quando il negozio simulato è redatto in iscritto, perchè in tal caso le parti, a differenza

In questo caso speciale esso articolo li libera e li franca cioè addirittura da qualunque onere di dimostrare (comunque) la falsità, interdiciendo, come ho chiarito, la presunzione *hominis* da cui potrebbe derivar loro questo onere (87). È un passo di più che l'articolo fa sulla via di salvaguardare costoro, che di siffatte falsità e simulazioni sono appunto le vittime designate.

Il quale passo in materia civile è seguito poi, come sappiamo, anche da un altro successivo e ben più grave, là dove l'art. 1327 pone la sua seconda regola, per cui alla parte interessata è posto un divieto anzi un impedimento assoluto a provare « riguardo ai terzi » la veridicità del *datum* della scrittura con altri mezzi non espressamente previsti *ad hoc*. Ma di questo parleremo a suo tempo.

È evidente intanto che volendo semplicemente proteggere con maggior efficacia « i terzi » contro quella particolar forma di falsità-simulazione (falsità del *datum*) l'articolo non ha ragione di mutare la nozione dei terzi stessi.

62. — Questo risultato a cui pervengo, coincide in sostanza con quello che dovette esser nel riposto pensiero se non dei compilatori del codice francese almeno dei suoi più remoti autori, Pothier, Molineo. Infatti, se sono esatte le rilevazioni che ho fatte più a dietro in proposito, i compilatori distinguono in tutta questa materia: parti, loro eredi e aventi causa da un lato, e terzi dall'altro

.....

dei terzi, si trovano di fronte al divieto dell'articolo 1341 al., in fine (divieto di provar per testimoni contro lo scritto: MESSINA, *Simulazione assoluta*, 17 ed autt. ivi citt.). Ciò rende anche più evidente ed intuitivo, che la distinzione fra parti e terzi che si fa a quel proposito deve esser la stessa che va fatta a proposito del 1327 (che è a sua volta regola di prova legale: vedi la nota seg.), soprattutto poi se si tenga presente che quello stesso articolo 1341 si applica, come abbiám visto, anche in materia di data e limita anche in questo campo i mezzi di prova della falsità nei rapporti fra le parti: v. sopra la nota ultima al n. 58.

(87) La presunzione di verità-serietà delle dichiarazioni negoziali pone i terzi che sostengono esser simulato un certo negozio, nella necessità di provare la simulazione (FERRARA, *Simulazione*, 68; implicitamente: MESSINA, *Simulazione assoluta*, 17), quella tal quale efficacia probante che si potrebbe riconoscere alla data se mancasse l'articolo 1327, non li porrebbe in una posizione altrettanto difficile quando volessero invocarne la falsità. Ma potrebbero sempre trovarsi a dover vincere con prove contrarie la opinione di veridicità che il giudice in certe contingenze di fatto potrebbe anettere nel suo prudente arbitrio, all'emanazione. La legge con l'art. 1327 vuole escludere ed esclude in modo assoluto che ciò possa formare oggetto di presunzioni o di prove o di controprove.

66. — All'atto pratico: quando il soggetto che invoca la scrittura privata in cui si trova documentato un certo negozio — oppure il soggetto al quale essa scrittura vien opposta — non è stato *in persona* parte del negozio, per sapere se la relativa data (*datum*) fa prova per lui o contro di lui, si tratterà dunque di sapere, secondo la mia formula, se egli abbia (o non abbia) poi assunta *la posizione giuridica di parte*.

Con questa espressione io intendo in sostanza indicare o rappresentare il fenomeno per cui un soggetto può acquistare non solo i diritti materiali o sostanziali ed assumere le obbligazioni che derivino da un atto o fatto a cui egli non ha personalmente partecipato, ma viene ad esser collocato di fronte ad altri nella stessa posizione in cui si troverebbe o si sarebbe trovato se vi avesse partecipato, anche per quanto concerne le modalità e i mezzi di esercizio del diritto, le garanzie, le azioni e le difese, le relative situazioni processuali ed ogni altro amminicolo. Si troverà, per esempio ad essere legittimato ad agire o ad essere convenuto come se vi avesse partecipato, e si troverà ad esserlo non solo nei giudizi da iniziare ma eventualmente in quelli già iniziati, così si troverà ad esser soggetto all'autorità di cosa giudicata delle sentenze già pronunciate in proposito, così anche nei giudizi che egli iniziò o continui o che vengano iniziati o continuati contro di lui, si troverà ad esser soggetto alle stesse regole legali in ordine di confessione, alle prove, al giuramento ecc., sempre come se vi avesse partecipato.

Si può parlare di «una posizione», unica risultante da questo complesso di elementi, perchè essi rappresentano nella loro sintesi qualche cosa di organico, si trovano collegati, coordinati, armonizzati in tal modo che essi e i loro effetti o si verificano tutti insieme o non si verificano affatto.

Ed è la legge stessa che ordina e che organizza e in tal modo rende necessaria questa coerenza, di tal che ci sono dei diritti e degli obblighi che non si possono acquistare senza acquistare in pari tempo e necessariamente a tutti gli altri effetti la posizione (o «qualità» come si direbbe seguendo la terminologia dell'art. 1351) di avente diritto o d'obbligato, quale spettava al titolare originario. . . .

Chi assume la posizione giuridica di parte a tutti gli effetti sopra accennati, la assume *necessariamente* anche agli effetti della regola che stiamo studiando: la data a suo riguardo fa senz'altro piena prova e si applicano gli art. 1318-1358. Anche questo è infatti uno degli elementi od effetti armonici e necessari, imprescindibili di quella posizione.

A chi non sia stato parte in persona e non abbia assunto questa posizione si applica invece per converso l'art. 1327 (egli è necessariamente un terzo per il 1327).

67. — Queste brevi proposizioni rappresentano, secondo me, le soluzioni formali (e sintetiche) del problema dei terzi. Per porne in evidenza ora, il valore materiale e pratico non resta che affidarsi ad una casistica esemplificativa (analitica), alla quale pertanto mi accingo. In sostanza si tratta di vedere (almeno per *specimina*) come e quando si assume questa famosa posizione di parte.

Ciò può avvenire, e fin qui credo che saremo tutti d'accordo, per due ordini di fenomeni: da un lato i fenomeni di successione, a titolo universale e particolare, dall'altro i fenomeni di rappresentanza e fenomeni analoghi (rapporti d'organo ad ente, sostituzione, surrogazione ecc.).

Gioverà dunque che prendiamo in esame partitamente questi vari gruppi od ordini di fenomeni.



Casistica

Casi di successione a titolo universale

68. — Quando il soggetto che invoca la scrittura o quello contro il quale viene invocata non sia stato egli stesso in persona parte dell'atto, ma sia successore a titolo universale d'una delle parti, non c'è questione; la data fa prova.

A proposito d'infiniti effetti si è infatti ritenuto e si ritiene che il successore a titolo universale, almeno nella figura tipica dell'erede, assume integralmente la posizione giuridica materiale e processuale del defunto in tutti i suoi rapporti giuridici, esclusi soltanto i pochissimi rapporti non trasmissibili, o, come si dice, «personalissimi». È questo per l'appunto che si vuol esprimere e si esprime in modo efficace, se non precisamente esatto, dicendo che l'erede «continua» la persona o la personalità giuridica del defunto. Questa proposizione troppo facilmente criticata, a mio avviso, ha il merito di porre in rilievo proprio il punto che ci interessa, e cioè che l'erede non acquista soltanto dei diritti o degli obblighi materiali, ma assume di fronte a tutti gli altri soggetti, in tutti i rapporti, la stessa posizione, veste o qualità (nel senso dell'art. 1351 in fine) del defunto. Quindi si troverà a essere attivamente e passivamente legittimato tal quale come era il defunto, anche nei processi pendenti, e potrà invocare e sentir invocare gli stessi giudicati, le stesse prove, le stesse regole legali che valevano contro l'autore o a favore dell'autore.

Fra queste resterà soggetto necessariamente anche alla regola che determinava l'efficacia probante della data in confronto del defunto come parte, restando così esclusa per converso l'applicazione della regola dell'articolo 1327.

69. — La stessa soluzione vale anche per la successione universale a persone giuridiche che si estinguano, e per vari casi di trapasso del patrimonio di una persona giuridica ad un altro soggetto, assimilabili alla successione universale, come si verifica per esempio in caso di fusione o di cosiddetto assorbimento di corporazioni o

fondazioni o anche di società commerciali e forse anche nel caso in cui una società commerciale si estingua per essersi ridotta ad un solo socio.

Le scritture emesse dalla persona giuridica estinta fanno fede pertanto pro e contro la persona fisica o giuridica che le è succeduta o ne ha acquistato il patrimonio *per universalitatem*. Il caso è stato studiato, anche nella giurisprudenza belga e francese, a proposito di successione dello Stato alle corporazioni religiose soppresse, ed è stato risolto precisamente nel senso sopra indicato.

70. — Naturalmente tutto questo che ho detto, ha luogo soltanto per chi acquista effettivamente l'eredità e la qualità di successore a titolo universale e cioè per l'accettante; « chi rinuncia alla eredità è considerato come non vi fosse mai stato chiamato »: articolo 945.

Ma che dire dell'erede che accetta con beneficio d'inventario?

Si tratta al solito di vedere se costui assume o non assume, nel senso che a noi interessa, la « posizione giuridica » del defunto.

La soluzione del problema non dipende però dalle regole sulla prova della data, ma dalla concezione della eredità beneficiata e il discuterne esorbita pertanto dal nostro tema.

La opinione prevalente (che personalmente accolgo) è che la limitazione della responsabilità (*ne ultra vires*) non esclude che l'erede succeda a titolo universale, *ergo* succeda, anche nella posizione giuridica di parte.

.....

Che se assegnando alla disposizione dell'art. 969 un significato che forse va oltre i suoi intendimenti, si voglia considerare l'erede beneficiato come un semplice amministratore o curatore, le conseguenze non cambiano, infatti vengono in tal caso in applicazione le considerazioni che svolgerò più oltre (n. 133 e ss).

74. — La regola che la data di una scrittura privata (il *datum*) fa prova contro il successore a titolo universale ha dunque carattere generale. C'è tuttavia qualche caso in cui un dubbio può nascere ed è utile farne oggetto di più particolare indagine.

A questo proposito giova che portiamo innanzi tutto il nostro esame su di una particolare situazione, che si viene a creare quando

il defunto, prima della sua morte, abbia negoziato con quello stesso soggetto che diviene poi suo erede, e dopo l'apertura della successione venga in questione la data fra l'erede ed un soggetto estraneo alla successione, oppure fra coeredi.

75. — Cominciamo dal primo caso e supponiamo, per configurare un esempio (già accennato a proposito di erede beneficiato), che lo estinto mentre era ancora al mondo, abbia contrattato proprio con quel tale che diviene poi suo erede e gli abbia alienato qualche cosa, dimodochè costui già prima dell'apertura della successione ne sia acquirente. Apertasi la successione, l'acquirente divenuto erede, si vede opporre da un altro soggetto una scrittura privata a firma del defunto, tale da pregiudicare non solo il suo acquisto come successore a titolo universale, ma anche il suo acquisto a titolo particolare per atto fra vivi anteriore alla apertura in successione, sol che si ritenga vera e probante in suo confronto la relativa data (il *datum*). Così avverrà, per esempio, se l'erede abbia comprata una cosa mobile senza conseguirne in allora il possesso, e, aperta la successione, si veda opporre una vendita per scrittura privata di data apparente anteriore, da un altro soggetto, che nemmeno lui abbia conseguito il possesso.

Si domanda: la scrittura opposta da quest'ultimo farà prova senz'altro della data contro di quegli a' sensi degli art. 1318 e 1358 — perchè è erede — o non potrà quegli allegare che era già acquirente dal defunto e che la scrittura che gli viene opposta non può pregiudicarlo in questa sua qualità indipendente dalla sopravvenuta qualità d'erede?

Non crederei fondato questo assunto, perchè con la apertura della successione, l'erede assume a tutti gli effetti la posizione giuridica del defunto (nei rapporti trasmissibili) e per conseguenza *qualunque* scrittura a firma di quest'ultimo, di regola fa prova di fronte a lui. Egli non può spogliarsi di questa qualità, invocando quella di acquirente, perchè le due non si escludono ma si cumulano in lui, e d'altra parte nessuna disposizione di legge gli permette di spogliarsi della prima (quella d'erede) limitatamente ad alcuni rapporti e non ad altri.

76. — Un po' men chiare son le cose quando la data venga in questione fra coeredi.

Qui bisogna supporre, per foggare un esempio, che quel tale che diventa poi erede, abbia contrattato col defunto mentre questo era ancora in vita, e poi, dopo aperta la successione, chieda agli altri

eredi la esecuzione del contratto, producendo a prova una scrittura privata. E naturalmente bisogna supporre che la data della scrittura abbia un'importanza per determinare il contenuto, il modo, il fondamento di questa pretesa, come avverrà, per esempio, se da quella data decorrano degli interessi oppure delle mercedi o se ne dipenda il verificarsi o meno d'una condizione, lo scadere d'una penalità oppure, per più strana ipotesi, se dalla data dipenda la prevalenza del negozio concluso con lui, su di un altro negozio concluso dal defunto, quando era vivo, con altro erede. Si domanda se di fronte agli altri eredi o all'altro erede in conflitto, quella data portata dalla scrittura, fa prova.

Ritengo per fermo di sì, perchè la circostanza che chi invoca la scrittura è erede, non toglie che sia a sua volta erede anche colui a cui viene opposta, e quindi non c'è ragione per non applicare la regola che la data che faceva prova contro il defunto, fa prova contro il successore a titolo universale.

Naturalmente però allo stesso titolo e per analoghi motivi faran prova della loro data contro l'erede a cui vengano opposte dai suoi coeredi, le scritture a firma di lui medesimo rilasciate al defunto, anche se la loro data lo pregiudichi, come avverrà per esempio quando gli si oppongano quietanze a liberazione di interessi, di mercedi o d'altro fino al giorno della data (*datum*) della scrittura, confessioni di non avverata condizione fino al giorno della data, o simili.

77. — Anche queste soluzioni dovrebbero sembrare sceve di dubbi, se questi non nascessero poi per l'applicazione alle ipotesi sopra prospettate, delle regole sulla collazione e sul calcolo della massa agli effetti della azione di riduzione.

Una falsa data può infatti servire a mascherare una liberalità. Si supponga infatti che l'autore prima di morire predisponga una scrittura con data falsa, facendola così risalire in apparenza ad un giorno assai lontano, dichiarandosi in essa debitore da quel giorno di interessi, di mercedi, di partecipazioni agli utili o altro. Se la data fosse vera, la liberalità non ci sarebbe o sarebbe assai minore: liberalità dissimulata comincia ad esserci, perchè con la falsa data si fanno falsamente apparire dovute quelle somme.

D'altra parte la data può esser decisiva per determinare se una convenzione contenesse un vantaggio a sensi dell'art. 1010.

I coeredi a cui una siffatta scrittura venga opposta, allegando tutto questo, possono farsi a sostenere che in confronto loro la data

non fa prova? Lo si ritiene dalla dottrina prevalente, per lo meno per quanto riguarda i legittimari che intendono agire in riduzione; ma confesso che non so persuadermene.

Per me vale sempre il ragionamento che facevo un momento fa: coloro a cui la scrittura viene opposta son credi, dunque la scrittura fa prova della data; non può invocarsi l'art. 1327 perchè gli eredi, come tali, non son terzi.

D'altra parte non c'è alcuna eccezione nella legge agli articoli 1318 e 1358 per questo caso particolare.

78. — Si oppone che il riservatario nel conseguire o integrare la sua quota fa valere un diritto proprio, che gli deriva dalla legge. Ciò non è perfettamente esatto. Anch'egli fa valere pur sempre un diritto ereditario, sebbene abbia il suo titolo nella legge. La discussione potrebbe sorgere soltanto intorno al caso dei figli naturali e del coniuge per quegli scrittori, che hanno assimilato i « diritti » di costoro piuttosto ad una specie di legato *ex lege*. Ma neanche codesti scrittori, ch'io mi sappia, spingono poi l'analogia da essi rilevata fino al punto di negare che i figli naturali e il coniuge riservatario, assumano in massima la « posizione giuridica » del defunto.

Ciò premesso, sta bene che i riservatari, in quanto derivano il loro titolo dalla legge, possano provare simulati gli atti del defunto che tendano a frodarli della legittima e che possan provarlo con tutti i mezzi. Questo deriva dalla considerazione che gli atti di cui si tratta sarebbero *in fraudem legis* e più precisamente della legge che li tutela. Ma di qui non si può risalire più in là (*a minori ad maius*), fino a ritenere che essi siano esonerati anche da quella prova, senza che ci sia una espressa disposizione di legge o uno stringente argomento di analogia in questo senso, i quali mancano: una analogia all'art. 1327 senz'altra base positiva non è possibile.

La sola disposizione da cui si potrebbe piuttosto trarre argomento per questo caso è l'art. 1011, ma vedremo subito (n. seg.) che l'argomento non sarebbe legittimo.

79. — L'art. 1011 dispone: « Non è pure dovuta collazione alcuna in conseguenza delle società contratte senza frode tra il defunto ed alcuno dei suoi eredi, se le condizioni sono state regolate con un atto di data certa ».

L'articolo sembra escludere così che nell'ipotesi che esso regola, la data della scrittura (il *datum*) faccia prova di fronte agli eredi;

e sembra anzi che vada assai più in là, perchè esclude altresì che la data (*dies*) del contratto si possa determinare e provare con altri mezzi che non sian quelli che secondo l'art. 1327 rendono computabile la data. Ordinando poi la collazione di *tutti* gli utili ogni qualvolta manchi la scrittura di data certa, sembra che commini una pena, trattando come frutto di liberalità del defunto perfino quella quota — quale che sia — che indubbiamente può esser dovuta invece al capitale o all'opera dell'erede associato (perchè altrimenti non potrebbe neanche parlarsi di società: art. 1705, 1706, 1719; e men che mai di società « senza frode »).

Ciò posto, per quanto all'ipotesi che esso regola, l'articolo deve esser applicato tal quale esso è. Ma quanto al suo significato e al suo valore sistematico, è da considerarsi come una disposizione eccezionale, singolare, non suscettibile come tale di analogia.

Il fatto che l'articolo assoggetti al regime delle liberalità perfino quel *quantum* di utili che sia frutto dei conferimenti di capitale o opera dell'erede, lo pone in così aperto anzi eccessivo contrasto con la regola del 1010, (per cui gli utili derivanti da convenzioni col defunto non si conferiscono), che non è lecito dubitare del suo carattere eccezionale.

Si tratta poi per di più d'una eccezione piuttosto strana, sopra tutto perchè eccessiva. Per tutelare gli altri eredi la disposizione pregiudicherebbe infatti gravemente (almeno secondo il suo tenore letterale) l'erede associato, che non abbia avuto la cautela di far accertare la data della scrittura, costringendolo a conferire perfino delle cose sue *iure proprio*. Tant'è che la giurisprudenza si è affrettata a trovare, come sempre succede, un più strano rimedio, cioè quello di computare a favore dell'erede associato un'indennità, non conferibile, che rappresenti il compenso del capitale da lui investito o dell'opera prestata, ridandogli così per altra via, quello che la legge arbitrariamente avrebbe potuto togliergli.

La disposizione non è comunque, come potrebbe parere a prima lettura, una applicazione dell'art. 1327. L'art. 1011 deriva infatti dall'art. 854 del codice francese (passato poi per tutti i codici italiani preesistenti), che in analoga ipotesi richiedeva l'atto autentico. Il codice francese non intendeva evidentemente di richiedere con questo la certezza della data (che ha una importanza relativa), ma la pubblicità del rapporto, in modo che ne fosse possibile a tutti la cognizione e il controllo anche prima dell'apertura della successione. Nelle sue origini l'articolo non ha dunque niente a che vedere con

la regola dell'art. 1327. I nostri compilatori, fraintendendo lo scopo e la ragion d'essere della disposizione, la hanno attenuata fuor di proposito, riducendola al requisito della data certa, ma non per questo hanno potuto creare un più intimo legame di essa con l'art. 1327. Tutto conferma dunque che l'art. 1011 va mantenuto nei suoi precisi limiti, e non ha altra importanza per il nostro tema.

80. — Possiamo concludere pertanto: la regola che la data delle scritture private fa prova contro i successori a titolo universale delle parti come contro le parti stesse, non soffre eccezioni, salvo il disposto extra-vagante e di effetti estremamente limitati dell'art. 1011.

*Casi di successione a titolo particolare
nei rapporti di credito*

81. — E veniamo ad esaminare se e come e quando avvenga, che in base ad una successione a titolo particolare qualcuno possa assumere la posizione di parte rispetto ad un certo atto o negozio, cioèchè la data (il *datum*) della scrittura privata che lo documenta, faccia prova contro od a favore di lui, come contro o a favore della parte in persona.

82. — Se non erro, ho già dimostrata inattendibile l'opinione dominante nella dottrina francese, per cui dovrebbe bastare in massima a questo effetto che si sia verificata fra di lui ed una delle parti originarie una *qualsiasi* successione a titolo particolare.

Questa non può riguardare infatti — per definizione — che un certo singolo rapporto. Ora è palesemente insostenibile che la successione a titolo particolare in *un* certo rapporto possa far assumere al successore la posizione giuridica di parte in tutti gli *altri* rapporti del suo autore e così anche rispetto ad atti e negozi che non hanno nulla a vedere con quello.

L'effetto che la data faccia prova di fronte al successore, si verificherà dunque soltanto quando la scrittura di cui si tratta, stia a sua volta in una certa relazione con il rapporto nel quale è avvenuta la successione. Si tratta di studiare quale deve essere questa relazione.

Ma qui bisogna distinguere, perchè tale relazione può e deve essere diversa, secondo la varia natura giuridica dei rapporti in cui la successione si verifica.

83. — La prima e fondamentale distinzione, in conformità di quanto è già emerso dall'esame critico della dottrina, si deve fare fra i casi di successione in rapporti obbligatori e quelli di successione in diritti reali.

Tra i primi bisognerà poi distinguere secondo che si tratti di rapporti causali o materiali, che trovano la loro disciplina fondamentale nel codice civile (art. 1097 e ss.) o di obbligazioni dipendenti da titoli di credito («obbligazioni cartolari», come si dice da qualcuno), perchè la legge di circolazione di queste ultime è diversa da quella dei rapporti del primo tipo, e quindi anche il regime della trasmissione a titolo particolare con tutte le sue conseguenze, si atteggia in modo diverso.

84. — Diciamo prima, della successione nelle obbligazioni causali o materiali, e delle sue conseguenze per il nostro tema.

La successione a titolo particolare in questo campo non può verificarsi che rispetto al credito. La dottrina dominante esclude, e con ragione, che vi possa essere successione nei debiti. Di regola i debiti possono trasferirsi soltanto nel senso economico della parola, mediante una novazione soggettiva, nelle diverse combinazioni a cui può dar luogo.

Vi ha qualche eccezione a proposito di debiti corrispondenti a *iura ad rem*, che possono essere trasferiti insieme con la proprietà o l'usufrutto della cosa (es. locazione), ma di questi dirò più oltre a proposito di successione nei diritti reali.

Dobbiamo esaminare per intanto se in seguito alla successione a titolo particolare nel credito, vengano a far prova della loro data, contro o a favore del successore, nei rapporti con l'altra parte le scritture private relative al credito stesso.

85. — Giova avvertire una volta per sempre che per questo rispetto è del tutto indifferente la causa della successione; sia vendita, donazione, legato, o altro titolo, le cose non cambiano. Per questo soglio parlare di successione e di successore in generale; e se qualche volta mi avvenga di parlare di cessione e di cessionario o acquirente, vorrà

dire che ho presente l'*id quod plerumque accidit*, ma intendo sempre far riferimento a tutti i possibili casi di successione a titolo particolare.

86. — Tutto ciò premesso, ricorderò innanzitutto esser dottrina universalmente ricevuta che — avvenuta la notifica o l'accettazione — il successore può esercitare e far valere di fronte al debitore le stesse pretese e le stesse ragioni ed azioni che avrebbe potuto far valere il suo dante causa, e sarà soggetto agli stessi oneri, alle stesse eccezioni e alle stesse difese, anche se egli le ignorava e anche se non poteva prevederle al momento della cessione. Similmente si ritiene che facciano stato di fronte a lui i giudicati intervenuti in ordine al credito, e che egli succeda nei processi pendenti *in statu et terminis*.

Ciò significa che secondo la terminologia di cui mi servo, la successione a titolo particolare avviene in realtà nella posizione giuridica del dante causa di fronte al debitore.

Così si spiegano anche i fenomeni di successione relativi a crediti estinti *ope exceptionis* (per esempio per effetto del pagamento, della remissione, ecc.). Il creditore in base al fatto costitutivo da cui sorgeva il suo credito, può ancora agire, infatti, anche dopo che si sia verificato un fatto estintivo, salvo vedersi respinger la domanda se il debitore sollevi l'eccezione di estinzione e provi; arg. dall'art. 1312 cod. civ. Ciò posto, siccome la cessione ha per effetto di far succedere il cessionario nella posizione attuale del cedente, una cessione fatta in queste condizioni ha precisamente questo effetto: di legittimare il cessionario ad agire, come avrebbe potuto agire il cedente, salvo vedersi respinta la domanda, come sarebbe stata respinta appunto la domanda dello stesso cedente, se da lui proposta.

Non si può dire che la nostra legge sia esplicita in proposito, ma la tradizione storica a traverso un lungo svolgimento, e la pratica costante ci forniscono ormai uno *ius receptum*. La legge stessa, del resto, consacra una specie di iperbole di questo sistema nella disposizione relativa alla compensazione di cui parleremo fra un momento, e cioè nell'art. 1291 cap. cod. civ.

87. — Ma se per effetto della cessione notificata, il cessionario assume *ipso facto et iure* la posizione giuridica del cedente, questo, secondo le considerazioni generali che ho premesse, ha per conseguenza naturale che anche le scritture private che documentano atti o negozi relativi al credito, alla sua costituzione, alle sue modificazioni, ai suoi accessori, ed a tutte le relative vicende e perfino

alla sua estinzione, faranno prova della loro data di fronte al cessionario stesso, come ne avrebbero fatto prova di fronte al suo dante causa e cioè al creditore originario. Questo « far prova », è infatti, come abbiain visto allora, in linea generale, uno degli effetti anzi degli elementi armonici e necessari, da cui risulta la posizione giuridica di parte.

In altri termini: la regola legale che la data fa prova fra le parti vale ormai contro il cessionario, come valgono contro di lui tutte le regole legali sull'efficacia probante di prove precostituite in ordine al credito ceduto, che valevano contro il suo autore; essa data farà prova quindi come facevano e fan prova in generale tutte le confessioni del suo autore relative ad esso, le enunciazioni a sensi dell'articolo 1318, e così di seguito.

Ecco dunque che la successione a titolo particolare nel credito rende opponibili e probanti di fronte al successore, anche per quanto riguarda la data, le scritture private, che altrimenti non gli sarebbero state opponibili o non avrebbero fatto prova di fronte a lui.

In questo modo si spiega, per esempio, come contro di lui faccian prova anche della lor data, le quietanze, gli atti di remissione o simili, rilasciati al debitore dal creditore cedente, atti intorno ai quali la dottrina ha tanto discusso.

88. — La giustificazione del fenomeno e lo spirito della legge in materia è questo: che si vuol serbare inalterata la posizione del debitore, non ostante la avvenuta successione nel credito. Ora tale risultato evidentemente non sarebbe realizzato se, in seguito a tale successione, cessassero di far prova della loro data le scritture private che documentavano a suo favore atti o negozi relativi ad esso, come sono appunto, per esempio, le quietanze, gli atti di remissione e simili. Per realizzare, quel risultato, è necessario ritenere che anche a questo effetto il cessionario assume la posizione giuridica del cedente.

Ciò potrà riservare a costui delle sorprese, perchè potrà succedergli di vedersi opporre delle private scritture, formate in realtà dopo la successione e falsamente datate, con data apparente anteriore, che per intanto però fanno prova contro di lui. Ma l'esperto a questo pericolo era ed è una necessità, ripeto, volendo conservare inalterata la posizione del debitore; la legge ha dovuto per forza sacrificare in questo senso il creditore, esponendolo a quest'alea, altrimenti non avrebbe raggiunto l'intento. Qualche cosa di simile

si riscontra, come vedremo, per ragioni analoghe anche a proposito di rappresentanza.

L'intento della legge si spiega, del resto, perfettamente. Non è chi non veda quale pernicioso perturbazione avrebber portato nello svolgersi dei rapporti di credito causali o materiali, delle disposizioni di legge per cui la posizione del debitore fosse soggetta a mutare per effetto di una cessione del credito fatta dal creditore senza il di lui consenso. Si può dire anzi, che la cessione dei crediti ha potuto introdursi nella pratica e nel diritto positivo più recente, senza perturbazioni e senza inconvenienti, appunto in quanto la si è potuta organizzare in modo da salvare e rispettare in tutto e per tutto la posizione del debitore.

Vuol dire che chi acquista un credito, deve sapere di correre quell'alea di collusioni fra il suo cedente e il debitore. Se ne premanisca e se ne garantisca come può.

89. — Del resto le conseguenze di questo regime per l'acquirente, sono temperate dal fatto che quest'ultimo può dimostrare con ogni mezzo di prova, che le scritture private oppostegli dal debitore, sebbene in data apparente anteriore alla cessione, sono state in realtà confezionate posteriormente e quindi sono simulate anche in tutto il resto del loro contenuto. Potrà dimostrarlo con qualunque mezzo di prova, compresi i testimoni e le presunzioni, perchè si trova nell'evidente impossibilità di procurarsi la prova scritta della frode e della simulazione (art. 1348 al. cod. civ.)

90. — Come rovescio della medaglia ma per identità di ragione, è da ritenere che il successore nel credito possa opporre al debitore le scritture private a di lui firma, rilasciate a prova di negozi relativi al credito, anche se ne aggravino le condizioni o il contenuto, e così, per esempio, confessioni di debito di interessi o di penalità, rinuncia al beneficio del termine o simili. E queste sempre per identità di ragione, faran prova anche della loro data di fronte al cessionario, comunque questa sia rilevante, salva sempre in contrario la prova della simulazione e del dolo.

91. — Gli effetti della successione nel credito a titolo particolare si limitano naturalmente — per definizione — a quel singolo rapporto o a quei singoli rapporti di credito in cui essa ha luogo. Es-

sa non ha invece alcun effetto sulla posizione che il successore abbia o possa assumere in altri rapporti, sia pure colle stesse persone.

C'è tuttavia una tal quale deviazione legale dai limiti rigorosi della successione a titolo particolare, quali discenderebbero dal suo carattere fondamentale di limitarsi per definizione ad un singolo diritto o rapporto; ed è a proposito di compensazione.

Il debitore che non abbia consentito alla cessione del credito, può opporre infatti anche al creditore cessionario le eccezioni di compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente, semprechè fondate su crediti anteriori alla notificazione della cessione (arg. *a contrario* dall'articolo 1291 capov.).

Da un punto di vista puramente formale la disposizione si giustifica con la finzione per cui « la compensazione opera di diritto » (art. 1286).

Di qui segue infatti che nell'ipotesi che ci interessa, il credito dovrebbe ritenersi già estinto al momento della cessione, e quindi par logico che il debitore possa opporre l'eccezione anche al cessionario. Ma in realtà la compensazione opera al momento in cui viene opposta; la estinzione si fa *opis exceptionis*, e solo a questo momento i suoi effetti si riportano fittiziamente al momento della coesistenza del debito e del credito. Quindi, avendo riguardo alla realtà delle cose, si può dire che in questo caso e in questo momento il debitore oppone al cessionario una eccezione tratta da un altro rapporto, in cui costui non è parte. E dico che non è parte, perchè dal fatto che la legge rende opponibile anche a lui l'eccezione, non può indursi che il creditore sia succeduto anche materialmente e ad ogni altro effetto, nel debito del suo cedente opposto in compensazione. Già la nostra legge, come accennavo più sopra, non ammette successione nei debiti; ma, anche a parte questo, è evidente che l'articolo 1291 non potrebbe mai condurre ad una conseguenza di questo genere.

92. — Sorge allora il problema per noi, se la data delle scritture private, che documentano il rapporto su cui la compensazione si fonda, faccian prova della loro data contro il creditore cessionario, non ostante che costui non ne sia parte, nè sia succeduto (materialmente) alla parte.

A mio avviso bisogna rispondere affermativamente: la data fa prova. Infatti se la legge rende opponibile l'eccezione al cessionario, vuol dire che anche per questo lato essa tende a conservare inalterata la posizione giuridica del debitore, e che a questo effetto con-

sidera anche l'eccezione di compensazione come un suo elemento armonico ed integrante (nel senso veduto più sopra al n. 66), con che diventa correlativamente elemento integrante della posizione giuridica del creditore, la soggezione all'eccezione stessa. Ma se questo è l'intento e lo spirito della legge, è da ritenere, per coerenza logica, che il debitore debba conservare inalterata anche dal punto di vista processuale la posizione che gli competeva per far valere l'eccezione.

Per conseguenza succederà nei processi già pendenti in proposito, potrà invocare e sentir invocare gli stessi giudicati, le stesse prove che poteva invocare o sentir invocare il suo autore e così di seguito. E, al solito, queste prove avranno nei suoi riguardi la stessa efficacia legale, che avevano per il suo autore; fra queste anche le scritture private e la lor data. Tutto questo, ripeto, non ostante che il creditore cessionario, agli effetti materiali non sia parte nel debito opposto in compensazione.

Da questo punto di vista mi è accaduto precisamente di accennare più sopra, che questa, relativa alla compensazione, può considerarsi come l'espressione iperbolica, della tendenza della legge a mantenere inalterata la posizione del debitore, non ostante tutte le possibili successioni nel credito.

93. — A differenza di quanto avviene, come vedremo, per i diritti reali, non sorge invece per i rapporti di carattere personale il problema se la data di un atto o contratto di alienazione faccia prova di fronte ad altri acquirenti dello stesso credito, perchè qui non è decisiva la anteriorità della cessione, bensì quella della notificazione al debitore o della sua accettazione, che debbono avvenire con atti che fan prova della loro data.

Restano quindi esaurite con queste che ho ricordato finora, le conseguenze della successione a titolo particolare in rapporti obbligatori di diritto materiale, che possono interessare il nostro tema.

94. — Riassumendo, quindi: nel campo dei rapporti obbligatori causali o materiali, la successione nel credito ha per effetto che facciamo prova anche della lor data, contro e a favore del successore del creditore di fronte al debitore, e viceversa, le scritture private che documentano negozi o confessioni di atti o negozi, che modificano od estinguono il credito. Così faran prova contro di lui quietanze, atti di remissione, novazioni, riduzioni di interessi ecc., ecc.; faran prova

a suo favore promesse e confessioni di interessi, di penalità, di riduzione del termine, rinuncia a condizioni ecc., ecc. Così faran prova anche della data contro il successore, unicamente agli effetti dell'eccezione, le scritture che provano il credito opposto in compensazione, anteriore (in apparenza) alla cessione. In nessun altro caso, la successione a titolo particolare nel credito ha per effetto di rendere probante anche in ordine alla data contro o a favore del successore, una scrittura che *prima* non facesse prova.

Casi di successione a titolo particolare nei diritti reali trasferibili

106. — Il nostro codice ha introdotto il principio che il trasferimento o la alienazione costitutiva si opera per effetto del nudo consenso, art. 1125 cod. civ.: « Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato ... ». Anzi i compilatori hanno confuso poi (ciò che non era affatto necessario, nemmeno volendo proclamare quel principio) il consenso sulla traslazione del diritto o sulla alienazione costitutiva, col negozio causale con cui le parti si prefiggono l'intento di trasferire o costituire e si vincolano reciprocamente a realizzare questo intento. Essi hanno affermato così che i negozi di questo tipo producono senz'altro la traslazione, senza bisogno che si formi in proposito un ulteriore e specifico consenso (che dovrebbe essere anche giuridicamente, come è logicamente, distinto e necessario, perchè è esecutivo del precedente). Veramente quest'ultima confusione dei compilatori è palese soltanto nell'art. 1448: « La vendita è perfetta fra le parti e la proprietà si acquista di diritto, ecc. »; ma gli interpreti hanno riestesa la regola del 1448, a tutto il campo del 1125. Il risultato finale si è che gli atti con cui i diritti reali vengono trasferiti, modificati, frazionati, ecc., sono in genere dei semplici contratti o affari causali (vendita, permuta, ecc.).

107. — Se questo regime non fosse modificato dall'istituto della trascrizione e dalle regole degli articoli 707 e 1126, la data dei contratti traslativi o costitutivi di diritti reali (di servitù, di usufrutto ecc.) acquisterebbe una importanza formidabile.

Infatti nel caso (non difficile a verificarsi) che il titolare di un diritto reale lo alieni a più persone diverse (sia in via di trasferimento puro e semplice, sia in forma di alienazioni costitutive incompatibili fra loro), dovrebbe sempre prevalere sugli altri il contratto anteriore.

Fra più acquirenti in via traslativa, chi avesse acquistato per primo dovrebbe cioè conseguire effettivamente il diritto reale; gli altri avrebbero contrattato con un non-domino e quindi non acquisterebbero il diritto reale, ma tutt'al più un diritto a risarcimento simile a quello di cui agli articoli 1459 cod. civ. e 59 cod. di comm. Se il primo acquisto fosse costitutivo (ad es. costitutivo di servitù o d'usufrutto) e il secondo traslativo, dovrebbero valere l'uno e l'altro, ma il secondo acquirente acquisterebbe il diritto modificato dalla costituzione precedente (cioè gravato per es. di servitù o d'usufrutto); e così di seguito.

Il possibile conflitto fra più acquirenti dello stesso titolo dovrebbe cioè esser risolto, secondo questo sistema, precisamente in base alla data (*dies*) dei rispettivi contratti. E, sempre quando esso sistema fosse integralmente applicato, dovrebbe essere decisiva la data (*dies*) del contratto anche per risolvere degli eventuali conflitti fra un acquirente ed altri che pretendesse di aver acquistato uno *ius ad rem* o di averlo tempestivamente modificato, come vedremo meglio, del resto, fra un momento.

In tutti questi casi di conflitto, la decisione dovrebbe quindi venire a dipendere in pratica dalla prova della data, ed acquisterebbero quindi una importanza decisiva le regole da applicarsi in proposito. Così nell'ipotesi di contratti documentati per scrittura privata avrebbe importanza prima d'ogni altra cosa il sapere se la data (*datum*) della scrittura di ciascun acquirente faccia o non faccia fede di fronte agli altri.

108. — Senonchè il principio dell'art. 1125 si è rivelato subito, com'è, così pieno di inconvenienti, che lo si è neutralizzato, in gran parte come ho accennato, con l'istituto della trascrizione e della pubblicità quanto ai diritti reali immobiliari (nonchè alle ipoteche, che, secondo me, non sono diritti reali), e con la regola che il possesso delle cose mobili val titolo per i terzi di buona fede, quanto ai diritti mobiliari.

Con questi rimedi riesce eliminata in gran parte l'importanza che potrebbe o dovrebbe avere la data, per determinare gli effetti

dei vari contratti relativi (secondo il loro tenore) ad uno stesso diritto reale e incompatibili fra di loro.

Per i diritti immobiliari, la legge stabilisce infatti, come è noto, che chi acquista (in senso lato) se trascrive il suo acquisto nei modi di legge, non resta più soggetto ai contratti di alienazione, conclusi dal suo autore o dagli autori del suo autore in ordine al diritto acquistato, non ancora trascritti: art. 1942 cod. civ. in relazione agli articoli precedenti. Cosicché qui non è più decisiva la data dei contratti, ma quella della trascrizione. Similmente per le ipoteche è decisiva quella dell'iscrizione.

Per i diritti mobiliari poi, la legge stabilisce che chi, avendo concluso un negozio il quale secondo il suo tenore porti all'acquisto del diritto, consegue in buona fede il possesso della cosa, non resta più soggetto ai contratti traslativi, conclusi dal suo autore e dagli autori del suo autore in ordine alla stessa cosa o allo stesso diritto, sebbene anteriori: art. 1126 cod. civ. Cosicché qui non è più decisiva la data dei contratti, ma l'acquisto del possesso, purché di buona fede.

In questi casi gli atti di alienazione anteriori sono pertanto come non esistenti per l'acquirente che abbia tempestivamente trascritto o che (se si tratta di mobili) abbia tempestivamente conseguito il possesso, con precedenza sugli altri, onde naturalmente resta anche escluso che egli assuma rispetto a quegli atti la posizione giuridica di parte, quale vi aveva il suo dante causa, ed escluso per conseguenza che la relativa data apparente faccia prova di fronte a lui.

109. — Queste deroghe, per quanto amplissime e radicali, alle conseguenze logiche dell'art. 1125, non bastano però ad eliminare in *tutti* i casi di trasferimento la importanza che dovrebbe avere la anteriorità del contratto. Così, per esempio, la anteriorità del contratto resta decisiva in materia di diritti immobiliari quando vi siano più contratti reali nel senso dell'art. 1125 a favore di persone diverse, e nessuno sia trascritto. In materia di diritti mobiliari resta decisiva quando vi siano più contratti a persone diverse, ma nessuna abbia conseguito il possesso della cosa in buona fede, il che può verificarsi in una triplice ipotesi: quando il possesso sia ancora presso chi ha concluso questi vari contratti rispetto alla stessa cosa ed è quindi dante causa di persone diverse; quando il possesso è presso un terzo; quando il possesso l'ha conseguito un acquirente, ma si contesta la sua buona fede. Essa resta decisiva anche quando la cosa sia data

a pegno e in possesso del creditore pignoratizio, ed alienata ad altri. In tutti questi casi resta decisiva l'antiorità del contratto; e qualche altro potrebbe ancora indubbiamente configurarsi.

Ora supponiamo che qualcuno dei contratti in conflitto, o magari tutti, siano documentati per scrittura privata. Ecco che rimane per questi casi il problema se la relativa data apparente (il *datum*), faccia prova del *die*s di fronte agli altri acquirenti.

Configuriamo un esempio pratico e concreto: un Tizio proprietario d'una certa cosa mobile la vende ad un certo acquirente e poi la vende una seconda volta ad un secondo che ignora la vendita precedente. Se nessuno dei due ha ancora conseguito il possesso, è decisiva l'antiorità della data dell'acquisto. Ora supponiamo che uno degli acquirenti agisca contro Tizio per la consegna. Interviene l'altro acquirente e si oppone alla consegna chiedendo che essa debba essere ordinata invece a suo favore, perchè afferma che il suo acquisto è anteriore. Per provarlo, produce una scrittura privata che documenta l'acquisto stesso e che ha appunto una data apparente anteriore. Questa data enunciata nella scrittura, fa prova contro acquirente che ha agito per primo?

Per rispondere affermativamente secondo la nostra solita formula generale, bisognerebbe ritenere che ciascuno dei due acquirenti, per il solo fatto di aver concluso un contratto di acquisto della cosa da Tizio, abbia assunta la posizione di parte che spettava al suo alienante, nell'altro contratto concluso da quest'ultimo con l'altro acquirente.

Stiamo al nostro esempio e chiamiamo i due supposti acquirenti A e B. Perchè la data apparente della scrittura d'acquisto di A facesse fede di fronte a B, bisognerebbe che B, per il solo fatto di aver concluso a sua volta un contratto d'acquisto della stessa cosa, avesse assunto la posizione giuridica di parte che, nel contratto concluso con A, spettava al suo venditore, Tizio, e cioè che egli B fosse succeduto a Tizio in quella posizione di fronte ad A.

Nel qual caso bisognerebbe fare lo stesso ragionamento (coi termini invertiti) per concludere che nello stesso tempo la data apparente della scrittura d'acquisto di B fa fede di fronte ad A.

110. — Secondo quanto ho esposto più sopra, la cosa non è neanche pensabile, ed è da escludersi altrettanto recisamente che essa sia nel sistema della legge.

Non c'è infatti alcuna disposizione in questo senso. E mentre nei rapporti obbligatori la legge, facendo subentrare senz'altro il

creditore cessionario nella stessa posizione giuridica del cedente di fronte al debitore, con tutti i rischi che sappiamo, era ed è mossa dall'intento giustificabile e razionale di conservare intatta a sua volta la posizione giuridica del debitore, nel caso di diritti reali non si capirebbe perchè dovesse far subentrare ciascun acquirente nella posizione giuridica del venditore di fronte agli altri eventuali acquirenti della stessa cosa. Essa in questo modo favorirebbe gli acquirenti disonesti che, colludendo col venditore, ricorrerebbero ad antidate per far prevalere il proprio acquisto, danneggiando gli altri acquirenti più onesti; e li favorirebbe senza una ragione al mondo.

D'altra parte nella successione dei crediti c'è tutto uno svolgimento storico, che spiega come si sia giunti alla regola che il cessionario subentra di diritto nella posizione giuridica del cedente di fronte al debitore; invece nel campo dei diritti reali lo svolgimento storico non fornisce affatto una indicazione in questo senso. Fino al codice francese i diritti reali si trasferivano per tradizione (a prescindere dalle epoche più remote, in cui occorre formalità più solenni). Con questo sistema era inconcepibile, che l'acquirente di un diritto reale potesse subentrare nella posizione di parte spettante al venditore in altri atti di trasferimento dello stesso diritto ad altri: la figura giuridica della tradizione ripugna infatti in modo assoluto ad una siffatta plurisuccessione. I compilatori del codice hanno creduto di poter sopprimere la tradizione traslativa, perchè non ne comprendevano più il valore. Ma è certo che con questo non hanno nè immaginato nè inteso di introdurre una modificazione così grave e così strana negli effetti dell'atto di acquisto del diritto, quale sarebbe quella di succedere nella posizione del venditore in altre alienazioni della stessa cosa. D'onde ci verrebbe dunque questa stranezza?

Gli art. 1459 cod. civ. e 59 cod. di comm., toccando implicitamente anche l'ipotesi di una stessa cosa venduta a più, non accennano a nulla di simile. La disposizione relativa alla prova della data in caso di conflitto fra una alienazione ed un contratto che fondi uno *ius ad rem*, sono esplicitamente nel senso che la data apparente dell'un contratto non fa prova di fronte all'acquirente o allo stipulante dell'altro (art. 1743 *code civ.*, art. 1597, nostro). Infine lo stesso art. 1328 *code civ.*, 1327 cod. civ., a quanto sappiamo dalla storia, non è stato scritto forse proprio allo scopo di tutelare gli acquirenti di diritti reali contro il pericolo di eventuali antidate apposte ad altri contratti d'acquisto altrui, conclusi e documentati per scrit-

tura privata, considerando così ciascun acquirente come terzo di fronte all'altro?

III. — Vi è dunque la pacifica certezza che secondo il sistema della nostra legge, in tutti quei casi in cui è ancora decisiva l'anteriorità dell'acquisto, la data apparente della scrittura privata che lo documenta non fa prova di fronte agli altri acquirenti. L'anteriorità di esso andrà provata di fronte a costoro, come terzi, con altri mezzi idonei; che siano ammessi dalla legge. Questa è per intanto la conclusione che ci interessa. Del metodo di fare la prova, discorreremo poi a tempo e luogo.

III. — Procediamo intanto a vedere come stanno le cose, per i contratti che fondino uno *ius ad rem*.

Un diritto obbligatorio *ad rem* costituisce per definizione un rapporto assolutamente diverso e distinto da qualunque diritto reale (*in re*), e pertanto, in applicazione delle regole generali sulla successione a titolo particolare, la successione nel diritto reale di proprietà o d'usufrutto non dovrebbe trarre, e in realtà non trae seco, di regola, successione anche nei rapporti *ad rem* relativi ad esso o alla cosa che ne è l'oggetto. Per conseguenza la successione del diritto reale, di regola, non dovrebbe fare e non fa sì che diventino opponibili e probanti di fronte al successore, scritture private relative a diritti *ad rem*, che pur fossero opponibili al suo autore e probanti di fronte a lui. Il successore nel diritto reale se era terzo rispetto ad esse, terzo rimane o dovrebbe rimanere, tale e quale.

III. — Vi sono però delle disposizioni espresse che rendono inutile ogni altro ragionamento in due casi tipici: la locazione-conduzione e il patto di riscatto.

Per la locazione, la legge (art. 1597 cod. civ.) dispone che se il locatore vende la cosa locata, « il compratore è tenuto a stare alla locazione quando questa sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa, semprechè il locatore stesso, non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita ». L'art. 687 cod. proc. civ. applica la stessa regola alle vendite giudiziali d'immobili, semprechè la locazione abbia data certa anteriore alla notificazione del precetto.

La espressione « data certa » in questi articoli deve intendersi indubbiamente nel significato di « data computabile », secondo l'articolo 1327, significato che determineremo in un prossimo capitolo.

Risulta dunque dalle disposizioni di questi articoli, che non basta rendersi acquirente del diritto reale di proprietà o d'usufrutto per assumere senz'altro la posizione di parte che aveva l'alienante in tutti i contratti di locazione relativi alla cosa. Se questo bastasse, l'acquirente rimarrebbe vincolato senz'altro dai contratti che apparissero conclusi dal suo alienante prima della alienazione, stando alla data (al *datum*) apparente delle relative scritture.

Il legislatore richiedendo il requisito della « data certa » ha testualmente escluso che la successione nel diritto reale abbia senza altro questa conseguenza. E fin qui sarebbe ossequiente alle regole generali delle successioni a titolo particolare. Ma qui sopravviene subito la regola legale: se il conduttore può provare all'acquirente, con atto di data « certa », che la sua locazione è anteriore alla vendita, allora l'acquirente del diritto reale succede al suo autore anche nella locazione (tanto se ne fosse come se non ne fosse informato) salvo s'intende il limite risultante dall'art. 1932, n. 7, che prescrive la trascrizione dalle locazioni immobiliari ultranovennali. Quest'ultimo però non ha altra conseguenza per il nostro tema, se non che le locazioni ultranovennali non avranno effetto oltre il novennio (dalla data apparente, v. oltre il n. 115).

114. — L'art. 1597 non dice, se nella ipotesi (locazione di data « certa ») che esso contempla, l'acquirente che succede nella locazione, assuma di fronte al conduttore la posizione di parte che spettava al suo autore. Ma è ragionevole ritenere l'affermativa.

La questione si riduce infatti a vedere se il caso deve costruirsi come vera e propria successione o come una specie di novazione soggettiva, che avvenga *ope legis*. Di queste due costruzioni sembra sicuramente preferibile la prima.

Questa novazione *ope legis* sarebbe una figura artificiosa, anzi fittizia, quale non si può pertanto introdurre nel sistema della legge senza un qualche appoggio nel testo. Ora la lettera del testo non offre affatto questo appoggio, anzi sembra fornire argomento in contrario. La legge dice « è tenuto a stare alla locazione »; dunque, sembra si possa inferire, che la stessa locazione continua. L'intento e la storia della legge confortano questa soluzione. La legge vuole che la cessione del diritto reale non turbi e non pregiudichi

il conduttore; ora questo intento non sarebbe raggiunto che a metà, se la posizione giuridica dell'acquirente di fronte al conduttore stesso, fosse diversa da quella del suo autore. Come nella successione nel credito la legge, per tutelare la integrità della posizione del debitore, ha costretto il cessionario del creditore ad assumere integralmente la posizione del suo autore a tutti gli effetti (anche processuali), è logico che qui, dove vuol tutelare la integrità della posizione del conduttore, debba costringere l'acquirente ad assumere integralmente la posizione del suo autore di fronte al conduttore stesso, dal momento, s'intende, che sia provato con data « certa » che la locazione è anteriore.

115. — Ciò significa che da questo momento tutte le scritture le quali documentino atti o negozi intervenuti (o che appaiono intervenuti) fra l'alienante e il conduttore, per modificare o magari estinguere il rapporto o regolare, modificare od estinguere qualcuna delle singole obbligazioni che ne nascono, dovrebbero far prova anche della loro data, anche a favore e contro l'acquirente, di fronte al conduttore stesso, e viceversa. E questo a cominciare dalla stessa scrittura di locazione, la quale ha bisogno di data computabile anteriore alla vendita per diventare opponibile al compratore, ma una volta che sia opponibile, fa prova della *propria* data e quindi vale a partire dalla data apparente e non dalla data « computabile ». L'osservazione ha delle conseguenze importanti, per esempio questa: che si terrà conto della data apparente (del *datum*) per il computo del novennio in caso di locazione eccedente questo termine e non trascritta.

Così il conduttore dovrebbe poter opporre all'acquirente scritture di quietanza o liberazione a qualunque titolo, delle pensioni d'affitto dovute (salvo naturalmente il limite degli art. 1932, n. 7 cod. civ. e 687 cod. proc. civ.), concessioni o proroghe di termini, permessi di eseguire o non eseguire opere sul fondo locato ecc., e queste dovrebbero far fede della propria data. L'acquirente a sua volta dovrebbe poter opporre al conduttore con la stessa efficacia scritture d'abbreviazioni o proroga del termine, di risoluzione convenzionale della locazione di obbligazione o di rinuncia ad eseguire spese o miglioramenti e così di seguito.

117. — Quanto alla possibilità di conflitti fra più locazioni fatte dallo stesso proprietario o da proprietari successivi della stessa cosa

a conduttori diversi, non credo che di regola debbano o possano risolversi in base alla data, in modo da ritenere prevalente, per il conseguimento effettivo della cosa, il contratto anteriore. Trattandosi di contratti obbligatori che non danno luogo ad azioni reali, si deve ritenere che se uno qualunque di essi ha avuto precisa esecuzione a sensi dell'art. 1218 mediante la consegna della cosa locata al conduttore, gli altri conduttori rimasti a mani vuote non possano impedire che l'esecuzione abbia corso ulteriore e devono contentarsi del risarcimento dei danni.

Si può tuttavia far l'ipotesi, un po' strana, che il proprietario, dopo aver locato a due persone diverse la stessa cosa, non la consegna a nessuno. Uno dei conduttori agisce per la consegna e l'altro interviene in via principale per aver lui la consegna, vantando un contratto di data anteriore. Supponendo che il giudizio arrivi a decisione in queste condizioni, e supponendo che in base ad una locazione si possa ottenere la condanna a consegnare in via di rilascio, la condanna stessa dovrà pronunciarsi probabilmente a favore del conduttore il cui contratto ha data anteriore, mentre a favor degli altri dovrà pronunciarsi senz'altro la condanna ai danni. Mi pare che un riguardo generale alla buona fede e all'equità porti a questa conseguenza. E allora indubbiamente a questo effetto dovrà aversi riguardo alla data « computabile » e non alla data apparente, per determinare l'antiorità. Se non si ritiene la possibilità di una condanna a consegnare per rilascio, il locatore dovrà essere condannato comminatoriamente a favor di ciascuno dei conduttori alla consegna e in difetto ai danni. E dovrà accontentarsi dei danni, chi non riesca ad ottenere di fatto la consegna, senza riguardo alla data apparente nè alla data « computabile » del contratto.

118. — Le stesse regole *mutatis mutandis* dovranno applicarsi, se ed in quanto possa presentarsene il caso, al patto di riscatto, poichè la nostra legge lo concepisce precisamente come retratto puramente obbligatorio, che fonda, come tale, un diritto *ad rem*, soggiungendo espressamente che questo è proponibile anche contro gli acquirenti dall'acquirente, art. 1520 c. c.: « Il venditore che ha pattuito il riscatto, può promuoverne l'azione contro i terzi acquirenti, quantunque nei rispettivi contratti non sia stato denunziato il riscatto convenuto ».

La necessità logica di applicare le stesse regole, nasce dall'analogia della struttura e del regime giuridico e pertanto dall'*eodem ratio*.

Il patto di riscatto sarà così opponibile al compratore del compratore, semprechè abbia data « certa » anteriore al suo acquisto, come avverrà, del resto, quasi sempre, trattandosi di trasferimento immobiliare. Ma da questo momento la relativa scrittura farà fede dalla sua data apparente, così che da questo si computerà per esempio il decorso del quinquennio di cui all'art. 1516.

Sarà del resto rarissimo, che il patto di riscatto, data la semplicità del suo contenuto, faccia sorgere effettivamente in pratica altri problemi analoghi a quelli — non pochi — esaminati a proposito della locazione.

119. — Riassumendo: la successione a titolo particolare nei diritti reali, di regola non ha per conseguenza diretta che vengano a far fede anche della loro data a favore o contro del successore, delle scritture private che non la facesser già prima.

Quando però di fronte al successore nella proprietà o nel diritto d'usufrutto sia provata con una scrittura di data « certa » (cioè computabile) l'esistenza di una locazione o un patto di riscatto conclusi anteriormente dal suo autore, allora vengono a far prova contro ed a favor di lui — e anche della loro data — tutte le scritture private che modificano, regolano od estinguono obbligazioni nascenti da quel contratto o da quel patto. Qui la successione nel diritto reale combinata con la prova dell'antiorità del contratto mediante data « certa », finisce dunque con l'estendere al successore la efficacia probante delle scritture e della loro data apparente.

.
Casi di rappresentanza e di gestione rappresentativa
Surrogatoria e revocatoria

121. — Non ci resta che portare la nostra attenzione sull'altro ordine di fenomeni i quali, secondo quanto abbiamo premesso, possono far sì che rispetto ad un determinato atto assuma la posizione giuridica di parte chi non ne è o non ne era parte egli stesso in persona; intendo dire sui fenomeni di rappresentanza e fenomeni affini.

Il rapporto di rappresentanza ha per sua conseguenza caratteristica, che gli effetti giuridici dei negozi compiuti dal rappresentante si producono « in testa » del rappresentato. È da ritenersi pertanto

che al rappresentato spetti senz'altro ed originariamente rispetto a quei negozi la posizione giuridica di parte (nel senso che sappiamo), come se vi fosse intervenuto in persona.

In ordine alla prova del negozio compiuto per mezzo di rappresentante, valgono per conseguenza contro ed a favore del rappresentato le stesse regole legali che si sarebbero dovute applicare se egli stesso in persona vi fosse intervenuto.

Ne segue che (se e fino a quando non sia contestata l'esistenza del rapporto di rappresentanza), rispetto ad un determinato negozio, le scritture private formate e prese o rilasciate in proposito dal rappresentante, facciano prova legale anche della loro data contro ed a favore di lui (rappresentato), come se egli stesso le avesse formate prese o rilasciate. Così per es., se un mio legittimo rappresentante compera, vende, loca, dà o prende a mutuo, confessa di aver ricevuto un pagamento, rimette, nova, rilasciando a prova una scrittura privata a sua firma in mio nome, quella scrittura fa poi prova legale della sua data contro di me per gli articoli 1318-1358 (almeno fino a quando io non contesti il rapporto di rappresentanza); e così se il mio rappresentante prende dall'altra parte, a prova del negozio compiuto, una scrittura a sua firma, io posso poi invocare contro costui la data della scrittura come legalmente probante, a sensi di quegli stessi articoli 1318-1358.

Fin qui direi che non c'è dubbio.

122. — Dubbio può nascere quando sia contestata l'esistenza del rapporto stesso di rappresentanza, e la data del negozio abbia una importanza decisiva per determinare se, *rispetto ad esso*, la rappresentanza sussisteva o non sussisteva, come avverrà, per esempio, tutte le volte che il rapporto di rappresentanza sia realmente sussistito per un certo periodo di tempo e si tratti di vedere se il negozio cada o non cada in quel periodo. In questo caso, si domanda: la data apparente della scrittura privata formata a prova del negozio, fa prova o non fa prova? Esempio: io ho costituito un tal Tizio mio mandatario rappresentante *ad negotia*; dopo un anno gli revoco il mandato. Ed ecco che subito dopo esce un terzo a chiedermi la esecuzione di un contratto documentato per scrittura privata e che egli afferma concluso in mio nome da Tizio. Io credo o sospetto che il negozio non sia stato compiuto durante l'anno di rappresentanza e che anzi la scrittura sia stata formata dopo, per simulare l'esistenza del negozio rappresentativo; vorrei sollevare questa eccezione di

difetto di rappresentanza. Senonchè la scrittura in questione ha una data apparente che cade nell'anno. Quella data fa prova per intanto di fronte a me, in modo che spetti a me provare la falsità e la simulazione, oppure non fa prova, dimodochè io possa limitarmi ad eccepire il difetto di rappresentanza, provocando semplicemente il mio avversario a provare lui, con *altri* mezzi idonei di prova, che il negozio avvenne in quell'anno? Nella qual ultima ipotesi seguirà poi il problema, quali mezzi siano idonei a provarlo, e se gli occorra la data « certa » — cioè computabile — ai sensi dell'art. 1327.

Il problema è veramente delicato; io stesso ne sono stato perplesso. Infatti per dimostrare che la data apparente della scrittura *non* fa prova in questa ipotesi, si può fare un ragionamento di questo genere, innegabilmente impressionante: « la scrittura formata in concorso del rappresentante fa prova della data in confronto del rappresentato soltanto in quanto la rappresentanza sussista o sussistesse. Ma allora, finchè si discute se questa sussiste o sussistesse, la data non può ancora far prova. Diversamente si cade in questo circolo vizioso: la data apparente fa prova perchè la rappresentanza sussisteva, ma questa si ritiene che sussistesse precisamente perchè la data fa prova ».

123. — Una più matura riflessione rivela però che questo ragionamento non è invincibile.

Si rifletta infatti innanzitutto alle conseguenze che produrrebbe. Anche chi avesse veramente negoziato col rappresentante mentre la rappresentanza era ancora in atto, formandone a prova una scrittura veridica e genuina, si troverebbe poi costretto anch'esso a dar la prova della data con *altri* mezzi idonei, ogniqualvolta si trovasse a far valere il negozio contro il rappresentato dopo la cessazione della rappresentanza, e quest'ultimo avesse il capriccio o la malizia di contestare la verità della data della scrittura.

Ne seguirebbe cioè, che anche chi avesse veramente negoziato col rappresentante si troverebbe in condizione diversa e deteriore che se avesse contrattato col rappresentato in persona. In pratica, per evitar quel pericolo, egli si troverebbe ridotto a fare accertare nei modi dell'art. 1327 tutte le scritture formate in confronto del rappresentante, con quelle or moleste or gravi conseguenze che si possono immaginare.

Ciò turberebbe profondamente il funzionamento pratico dell'istituto della rappresentanza, togliendogli quella sicurezza, quella faci-

lità, quella semplicità di impiego, per cui è divenuto oggi un così agile strumento ausiliario nello svolgersi del commercio giuridico.

Il suo pregio fondamentale è proprio questo; che si possa negoziare col rappresentante come si negozierebbe col rappresentato. Ogni alterazione che gli tolga o gli diminuisca questo pregio fondamentale, rappresenta un colpo portato all'istituto stesso nelle sue ragioni vitali. La giurisprudenza senza aver saputo chiaramente ragionare la cosa, lo ha avvertito tuttavia benissimo.

Ci deve esser dunque nella legge stessa, il modo e il mezzo di vincere o di elidere quel ragionamento accennato più sopra, e che condurrebbe a pregiudicare la posizione di chi ha trattato col rappresentante.

A questo effetto basta risalire, a mio avviso, alle considerazioni fatte sopra, a proposito della posizione giuridica di parte e della successione, in questa posizione, nei rapporti obbligatori.

124. — Abbiamo visto allora come il negozio o il fatto giuridico atto ad indurre una successione a titolo particolare in un credito, non appena notificato, abbia immediatamente, *ipso facto et iure*, per effetto, di collocare il successore nella posizione giuridica del suo cedente o dante causa, di fronte al debitore, a tutti gli effetti. Così è, che diventano opponibili, per esempio, da questo momento, e fan fede di fronte a lui della propria data, tutte le scritture relative al credito, che sarebbero state opponibili, *secondo il loro tenore apparente*, al medesimo dante causa (cfr. il n. 87 e ss.).

Il successore si trova bensì esposto in questo modo al rischio di subire gli effetti di scritture formate dopo, per collusione fra costui e il debitore. Ma l'esporsi a questo rischio non lieve era necessario per non alterare in massima la posizione di quest'ultimo (debitore); e la legge non ha esitato.

Lo stesso si deve ammettere che avvenga nei casi di rappresentanza. Qui è nello spirito della legge, che si conservi inalterata la posizione di chi ha contrattato col rappresentante. A questo effetto riesce indispensabile, che la legge costringa chiunque abbia una volta costituito un rappresentante, ad assumere per questo solo fatto la posizione di parte in tutti i negozi *che appaiano* conclusi da costui in di lui nome, stando alla data apparente.

La conseguenza, che egli possa trovarsi così collocato *de iure*, e con suo evidente pregiudizio, in quella posizione giuridica anche rispetto a negozi insussistenti, che vengano simulati più tardi dall'ex

rappresentante in collusione con un qualunque terzo, col rischio che essi finiscano per valere contro di lui per veri, è un male, un inconveniente secondario, ma inevitabile, se si vuol raggiungere quel risultato principale, di non alterare la posizione dei terzi contraenti rispetto ai negozi veramente e genuinamente conclusi.

Dato questo, deve ritenersi secondo il suo spirito, che la legge gli faccia effettivamente correre quel rischio, come ne fa correre uno analogo al cessionario dal creditore (n. 87 cit.).

Il circolo vizioso che sembrava potersi imputare alla soluzione che accolgo, resta risolto così dalla legge stessa, in quanto essa ci dà questa premessa maggiore, di sua creazione (*legale*): « la data fa prova purchè la rappresentanza sussistesse — stando alle apparenze ». Partendo da questa premessa, il circolo evidentemente non si forma più.

125. — Le conseguenze del sistema non sono, del resto, così gravi come potrebbe parere al primo momento, perchè naturalmente l'interessato (cioè il presunto rappresentato) potrà combattere con ogni mezzo la data apparente, simulata in frode, invocando l'impossibilità di procurarsi lo scritto (art. 1348), analogamente a quanto abbiamo ritenuto per il cessionario dal creditore di fronte al debitore. Potendo ricorrere ai testimonii, potrà ricorrere ugualmente alle presunzioni, ed allora può essere che perfino dal tenore stesso delle scritture che gli vengono opposte, dalle circostanze, dalle persone stesse che glielo oppongono e dai loro rapporti, possa trarre la dimostrazione che son scritture false, create tardivamente a scopo di simulazione, vincendo anche con questi soli elementi la prova che emergerebbe dalla data apparente (*datum*).

126. — Come la rappresentanza ha per conseguenza caratteristica che gli effetti giuridici degli atti compiuti dal rappresentante si verificano « in testa » del rappresentato, ha d'altra parte come sua esigenza altrettanto caratteristica che il rappresentante, nell'esercitare o far valere azioni o ragioni del rappresentato in di lui nome, lo faccia collocandosi o supponendosi nella sua stessa posizione giuridica. Egli in altri termini agendo in nome altrui, non può agire se non *in funzione della posizione* di colui nel nome del quale agisce; e ciò anche per quanto riguarda l'esercizio delle azioni e delle eccezioni, per modo che, al solito, l'altra parte che si trova a sua volta a negoziare od agire in giudizio di fronte a lui, conservi assolutamente inalterata

la posizione propria, come se si trovasse ad agire o negoziare di fronte al rappresentato in persona.

La conseguenza per il nostro tema è innanzitutto questa: che al rappresentante il quale agisce o negozia in questa « qualità », l'altra parte può opporre tutti quegli atti e quelle relative prove, che avrebbe potuto opporre al rappresentato in persona; e che valgono in proposito tutte le stesse regole, comprese quelle di prova legale.

127. — Così faran prova della propria data (nel senso che il *datum* provi il *dies*) in confronto del rappresentante che agisce in nome altrui (con effetto ultimo contro od a favore del rappresentato), tutte le scritture che ne avrebbero fatta prova se opposte dal rappresentato od al rappresentato in persona.

Quindi faran prova della propria data contro di lui, le scritture rilasciate da lui stesso nel nome del rappresentato e che cadano (almeno in apparenza, secondo le regole vedute sopra, n. 124) in periodo di rappresentanza, ma anche quelle rilasciate dal rappresentato in persona, nonché infine quelle rilasciate da altro rappresentante del suo rappresentato (semprechè anche queste cadano almeno in apparenza nel periodo in cui la rappresentanza sussisteva: n. 124 citato). Analogamente, faran prova della data in favore di lui nella sua qualità, le scritture rilasciate dai terzi al suo rappresentato oppure a lui o ad altro rappresentante *pro tempore* (semprechè anche queste cadano, almeno in apparenza e sempre secondo le regole vedute sopra, in periodo di rappresentanza).

Vogliamo fare un esempio concreto? Supponiamo che io abbia conferito un mandato *ad negotia* ad un qualunque Tizio. Questo Tizio si rivolge ad un mio debitore per ottenere un pagamento. Può provare il credito con scrittura privata rilasciata dal debitore a me in persona, oppure a lui oppure ad un altro mio rappresentante antecedente, Caio, semprechè in questi due ultimi casi la scrittura stando alla sua data apparente (al *datum*) cada nel periodo in cui egli, Tizio, o rispettivamente Caio, mi rappresentavano (e salvi, in caso contrario, gli effetti della eventuale ratifica); tutto questo, dallo stesso punto di vista e dalla stessa posizione e sotto lo stesso regime processuale che se agissi io stesso in persona. Il debitore provocato a pagare potrà allegare a sua volta un fatto estintivo, per es. il pagamento e provarlo allo stesso modo con una scrittura privata (ad esempio una quietanza) rilasciata a lui da me in persona o dallo stesso Tizio o da quel Caio che fu già anch'esso mio rappresentante, semprechè

in questi due ultimi casi la data apparente (il *datum*) cada nel periodo in cui la rappresentanza sussisteva. In ogni modo la scrittura invocata dal mio rappresentante od opposta a lui, farà prova della sua data per gli art. 1318, 1358 soliti, come se io stesso in persona mi fossi fatto ad agire.

128. — Tutte queste regole che son venute accennando, valgono indifferentemente ed in modo identico, sia che il rappresentante di cui si tratta abbia assunto tale qualità per effetto di un negozio giuridico (« procura » come direbbe, forse non male, la dottrina più recente) o come una funzione a lui assegnata negli opportuni modi dalla legge o dallo Stato (casi di rappresentanza legale; tipo: patria potestà, tutela). Manca qualunque motivo di distinguere.

129. — Questa ultima ipotesi è particolarmente interessante perchè si verifica di solito quando il rappresentato è incapace di agire egli stesso in persona. Ed allora si ha questo singolare fenomeno: che in tutti i suoi rapporti giuridici gli spetta una posizione di parte che teoricamente si costruisce come se egli fosse capace di agire, ma che praticamente egli non può mai assumere in persona, perchè praticamente è sempre un altro, che da essa ed in essa agisce per lui, in suo nome. Egli la assumerà di fatto in persona, soltanto se e quando divenga poi capace.

Prendiamo l'esempio del minore. Agirà per lui dalla posizione giuridica che gli spetterebbe (e che bisogna costruire teoricamente) il genitore esercente la patria potestà (che potrà anche mutare come avverrà, per esempio, se, morendo il padre, sopravviva la madre) e, venendo meno questo, il tutore o, in casi singoli, il curatore o il protutore di cui agli articoli 224, 246, 266 cod. civ. (i quali tutti a lor volta potran mutare per tante ragioni). Agli effetti del nostro tema credo che andrebbe inoltre parificato a costoro, nella sfera delle sue funzioni, il curatore ai beni dell'art. 233, come l'« amministratore » di cui all'art. 327 e il « curatore speciale » dell'art. 247. Ora, per stare appunto al nostro tema, farà prova della propria data con effetto per la posizione giuridica che si assegna al minore, qualunque scrittura privata che venga prodotta in suo nome dal suo rappresentante legale, chiunque esso sia, genitore, tutore, protutore o curatore, o che venga prodotta contro quest'ultimo nella sua qualità, sia poi essa rilasciata o presa da lui medesimo o da altro rappresentante legale *pro tempore*, semprechè al momento della data appa-

rente della scrittura (cioè del *datum*) esercitasse legalmente la relativa funzione. E se il minore diventi maggiore e capace, le stesse scritture faran prova contro ed a favore di lui quando agisca in persona.

130. — Dal punto di vista del nostro tema, si può assimilare alla vera rappresentanza anche il rapporto di organo ad ente nelle persone giuridiche. Il fenomeno che si verifica quanto alla prova di scritture private in confronto di persone giuridiche, è pertanto analogo e parallelo a quello or ora adombrato per gli incapaci legalmente rappresentati.

Anche quanto alle persone giuridiche infatti (comunque si concepiscano), bisogna costruire ed assegnare loro teoricamente una posizione giuridica di parte in tutti i loro rapporti, posizione però che non assumono e non possono assumere mai in modo diretto. Sono *sempre* delle persone fisiche che agiscono da quella ed in quella posizione in loro nome; e cioè più precisamente sono le persone fisiche che rivestono in ciascun momento la qualità di componenti o gestori dell'organo o dell'ufficio competente, secondo le discipline proprie del singolo ente di cui si tratta. Farà dunque prova della propria data (sempre nel senso che il *datum* provi il *dies*), con effetto ultimo per la posizione giuridica che si assegna all'ente, qualunque scrittura privata venga prodotta, in nome di esso, dall'organo oppure contro l'organo competente (od anzi per esser più esatti da o contro le persone fisiche che costituiscono l'organo, agenti in questa lor « qualità »), che sia stata rilasciata o presa dallo stesso organo o da altro, e tanto se questo a sua volta sia composto dalle stesse persone fisiche come se sia composto da altre, semprechè al momento della data apparente della scrittura, l'organo che l'ha presa o rilasciata fosse a ciò competente, e le persone fisiche che in quel momento lo formavano, esercitassero legalmente tale funzione.

Si deve avere riguardo anche in questi casi alla data apparente, per la stessa ragione per cui nei casi di vera rappresentanza si deve aver riguardo ad essa, per determinare se la formazione di una certa scrittura cada o non cada in un certo periodo di rappresentanza; valgono cioè in proposito le considerazioni di cui ai nn. 124 e 127.

Cade, per il nostro tema, sotto queste regole anche il caso in cui gli organi mutino per mutare di condizione giuridica o di capacità della persona giuridica a cui appartengono, come avviene, per esempio, a mio avviso, quando una società commerciale si ponga in liquidazione e suoi organi diventino i liquidatori in luogo degli am-

ministratori (cfr. in proposito anche gli articoli 198 e 206 cod. comm.), e in tutti i numerosi casi analoghi.

Per il caso di successione nella rappresentanza di persona giuridica a persona giuridica occorrerà combinare queste regole con quelle già esposte a proposito di successione.

130 bis. — Naturalmente anche rispetto alla persona giuridica, possono aversi poi casi e fenomeni di vera rappresentanza, costituita o creata per procura dagli organi competenti; e si applicano allora combinatamente le regole accennate per il rapporto da organo ad ente e quelle relative alla vera rappresentanza, combinazione anche questa così facile, che mi sembra inutile qui diluirne in esempi la esposizione.

131. — Le regole applicabili per quanto riguarda il nostro tema, ai casi di vera rappresentanza vanno applicate poi, nella sfera e nei limiti opportuni, anche in caso di gestione rappresentativa. Faran prova cioè della lor data in confronto dell'«interessato» (sempre nel senso che il *datum* provi il *dies*) tutte le scritture private relative all'«affare» gerito in suo nome: ciò si deriva abbastanza sicuramente dalla assimilazione della gestione rappresentativa ai casi di vera rappresentanza, quale la troviamo adombrata sommariamente nell'art. 1144. Anche qui è da ritenere, che sia nello spirito della legge creare e garantire a chi ha contrattato col gestore, la stessa posizione che se avesse contrattato con l'«interessato» in persona. Anche qui, in conseguenza di questo sistema, l'«interessato» correrà necessariamente il rischio di trovarsi collocato in posizione di parte rispetto a scritture create per simulazione, colludendo il gestore con il suo contraente. Qui però c'è di più, a suo favore, il limite risultante dello stesso art. 1144: che se per effetto di queste scritture, l'affare cessa di potersi considerare come bene amministrato, l'interessato cessa di essere tenuto a riconoscere la gestione e a subirne gli effetti, e sfugge così anche alla posizione di parte che gli si vorrebbe far assumere.

133. — E finalmente le stesse regole relative ai casi di rappresentanza organica, vanno estese, *cum grano salis* s'intende, ad una quantità di altri casi — anche apparentemente disparati fra di loro — in cui la legge prescrive od ammette che diritti, azioni e ragioni che

spettano ad un certo soggetto, qualche volta noto e qualche altra volta ignoto od incerto o che spettano ad altri contro di lui, possono o debbano esser fatti valere ed esercitati invece da o contro organi speciali — curatori, amministratori, ministri — che essa crea o designa a questo effetto, e che agiscono di solito nella figura singolare, *sui generis*, di gestori del rapporto o del patrimonio di cui si tratta, obbiettivamente considerato quasi come autonomo, e non già di veri o propri rappresentanti del suo titolare quale che sia, tanto che essi possono e debbono agire bene spesso « nella qualità », in nome proprio.

Appunto in quanto non agiscono in nome del titolare (che in molti casi è incerto ed ignoto) questi curatori, amministratori, gestori o ministri, non si possono considerare come diretti rappresentanti. Ma però non possono agire o negoziare se non nei modi e nei termini in cui avrebbe potuto agire o negoziare il vero titolare, se fosse noto e presente. Atti, negozi, esercizio d'azioni da parte loro risultano quindi per necessità obbiettivamente conformi a quel che sarebbero stati, se posti in essere dal titolare stesso, e cioè, in altri termini, sebbene essi non appaiano compiuti, esperiti, intrapresi « in nome » altrui, sono sempre tuttavia « per conto » altrui ed *in funzione di una posizione giuridica altrui*, improntati, coordinati, uniformati a questa posizione.

Ciò posto, c'è una tale analogia dal punto di vista del nostro tema fra questi casi e quelli in cui è parte un rappresentato per mezzo di un rappresentante o più ancora un ente per mezzo dei suoi organi, che l'applicazione delle stesse regole inevitabilmente si impone. E lo vedremo subito accennando alla applicazione più interessante pel nostro tema.

134. — Un gruppo caratteristico si ha innanzitutto per l'eredità giacente e per l'eredità devoluta sotto condizione o devoluta ad un nascituro (art. 982, 857, 764 e segg. cod. civ.). Ai quali casi va in qualche modo assimilata la situazione dell'eredità durante i termini per fare l'inventario e deliberare, quando il chiamato non assuma la qualità di erede (art. 864 cod. civ.). Applicando per analogia le regole da noi rilevate a proposito di rappresentanza o di organi delle persone giuridiche, si ha che faran prova della propria data (sempre nel solito senso) contro ed a favore dell'amministratore *pro tempore* in tale qualità e poi dell'erede (quando questo compaia ed accetti o resti definitivamente identificato per il verificarsi della condizione) tutte le scritture private prese o rilasciate — oltre che dal defunto,

s'intende — dall'amministratore stesso o da altro amministratore, che al momento della data *apparente* della scrittura (cfr. il n. 127) esercitasse legittimamente quelle funzioni. Si può trarre qualche argomento anche dall'art. 950 cod. civ.

Forse agli amministratori di eredità di questo gruppo va assimilato sempre agli effetti del nostro tema (senza guardar più in là) anche il curatore al ventre dell'articolo 236 cod. civ.

135. — Vi sono poi dei casi, in cui certi soggetti possono comportarsi legittimamente come titolari di certi rapporti giuridici, assumendo rispetto ad essi *in proprio* la posizione di parte, salvo decadere un giorno da questa qualità non per effetto di alienazione, ma perchè si scopre che il titolare è o deve, anzi doveva, essere un altro. Sono casi *sui generis* perchè, a mio avviso, non possono classificarsi nè fra i casi di successione, nè fra i casi di rappresentanza. Ma per analogia alle regole da noi assodate tanto per gli uni che per gli altri, in quanto esse hanno uno spirito comune, è da ritenersi che anche in quei casi *sui generis* il titolare sopravvenuto assuma rispetto ai rapporti in questione la posizione giuridica di parte, quale si era venuta formando e foggiando in confronto del titolare precedente che decade.

Un esempio di questo genere si ha quando una eredità venga raccolta da un erede apparente e sopravvenga più tardi l'erede vero, dopo che già l'erede apparente ha negoziato ed agito di fronte ad altri in ordine ai diritti ed alle ragioni cadute in eredità. Se i terzi coi quali l'erede apparente ha agito o negoziato erano di buona fede, la legge vuole mantenere inalterata la loro posizione giuridica (argom. dall'art. 950) e a questo effetto bisogna che costringa — per un fenomeno che ormai conosciamo bene — l'erede vero ad assumere e subire la posizione creata di fronte a costoro dall'erede apparente. Presupposta quindi la buona fede (che del resto si presume), è a ritenere che la scrittura formata fra l'erede apparente ed altri che abbiano negoziato con lui in ordine a rapporti o beni dell'eredità, faccia prova della propria data (nel senso che il *datum* prova il *dies*) anche contro o a favore dell'erede vero.

Analogo è il caso degli immessi nel possesso dei beni dell'assente, che abbian negoziato con terzi in ordine ai beni stessi. L'assente che ricompare, è tenuto a subentrare nella posizione giuridica creata quanto ai suoi beni ed ai suoi rapporti dagli immessi, e così faran prova contro ed a favor suo anche della loro data, le relative scritture private (argom. dagli articoli 32 e 39 cod. civ.).

136. — Un altro gruppo più cospicuo di casi, diversi a loro volta dai precedenti, e per cui vengono in applicazione, sempre per analogia, le regole determinate e studiate a proposito di successione, si ha per i sequestratarii e custodi, siano essi nominati giudizialmente o per convenzione degli interessati. Anche costoro in quanto « custodiscono » cose e diritti altrui, devono in molti casi curarne l'esercizio, e negoziare ed agire per la loro conservazione. Nemmeno essi agiscono e negoziano propriamente in nome altrui, bensì in nome proprio, ma in ragione della loro funzione, rispetto a diritti altrui. Nell'agire e nel negoziare così, anch'essi debbono collocarsi nella posizione del titolare o in quella che sarebbe propria del titolare, se ci fosse e fosse noto e presente, in modo che non ne sia alterata a sua volta la posizione dei terzi che vengono a negoziare o ad agire in giudizio con loro o di fronte a loro. Cosicchè, per esempio, faran fede anche della data per loro e di fronte a loro nella loro qualità, le scritture private a prova dei negozi compiuti dal titolare spodestato e similmente quelle formate da loro faran prova contro ed a favore di sequestratari e custodi successivi e del titolare, che assuma o riassuma in persona o per mezzo d'altri rappresentanti, le sue funzioni, cessato il sequestro o la custodia giudiziale, come se esse scritture formate in concorso d'un sequestratario fossero state formate direttamente in concorso del titolare: vengono in questo gruppo i casi di sequestro giudiziale a sensi del cod. civ. art. 1876 e ss. e di « custodia » giudiziale o sequestro a sensi del cod. proc. civ. (art. 599 e ss., 610, 922 ecc. dello stesso codice 2085 cap. cod. civ. ecc.). *A fortiori* le stesse regole si applicano, quando al titolare stesso vengono assegnate le funzioni di sequestratario: art. 2085 cod. civ. cit., 612 cod. proc. civ. ecc.

137. — Quanto al curatore del fallimento, più che come custode o sequestratario del patrimonio del fallito, può considerarsi come un amministratore e liquidatore costituito nell'interesse della collettività dei creditori; e quindi la sua posizione giuridica dipende in massima da quella dei creditori stessi. Di questa sua posizione e delle sue funzioni per quanto interessa il nostro tema, parleremo quindi forse più opportunamente più innanzi (n. 150 e ss.). In connessione a quanto ho detto per i sequestratari e custodi giudiziali, si può ricordare però come, cessando il fallimento per concordato o venendo esso revocato, in modo che il fallito riacquisti il suo patrimonio e il diritto e la capacità di disporne, gli atti e i negozi

compiuti dal curatore e le azioni da lui spiegate, valgano ed abbiano effetti per lui e contro di lui come se fossero atti compiuti da un amministratore legale *pro tempore* del suo patrimonio, anche agli effetti dell'efficacia probatoria delle scritture e della loro data. Si applicheranno pertanto in questa ipotesi le regole vedute a proposito di amministratori, sequestratari, ecc.

138. — Le stesse regole si applicano anche in un altro caso, anche questo affatto *sui generis*, che incontriamo in tutt'altro campo del diritto: nel caso del marito che amministra in proprio nome la dote della moglie e quindi negozia ed agisce in questa « qualità » in suo proprio nome, ma per lei: art. 1399 e ss. cod. civ.

Casi di surrogatoria e di revocatoria

141. — Dopo di che (procedendo per affinità ai casi precedenti), non ci resta che studiare la posizione dei creditori attori in surrogatoria, per determinarne le conseguenze rispetto al nostro tema. È evidente infatti che la stessa impostazione legale dell'azione, solleva per questo riguardo un problema di cui vedremo in seguito la notevole importanza pratica, ed è questo: l'essere il creditore attore « surrogato » nelle ragioni del debitore, significa, come sembra, che egli assume la posizione giuridica di quest'ultimo di fronte al terzo? Ciò significherebbe che, agli effetti dell'art. 1327, cessa precisamente d'essere terzo; ma è questo che la legge dice e vuol dire?

A rigore si dovrebbe dire di no; ma bisogna intendersi bene su questa « surrogazione ». Ritengo infatti, come ho scritto altra volta, che l'azione non possa esercitarsi se non in confronto del debitore e del terzo sul rapporto giuridico corrente fra loro due, con l'unico scopo di realizzare in esso quei risultati che sarebbero stati realizzati, se il medesimo debitore principale avesse presa l'iniziativa di agire direttamente contro il terzo. In altri termini, il creditore che agisce in surrogatoria agisce in nome proprio, affinché siano realizzate le ragioni del suo debitore contro il terzo. Ma nel far ciò, evidentemente non può pretendere che siano realizzate ragioni diverse o maggiori: il terzo non può esser aggravato nella sua posizione dal fatto che non abbia agito l'interessato, ma agisca un creditore di co-

stui in via surrogatoria. Per conseguenza quest'ultimo non può chiedere la realizzazione di quelle ragioni, se non nei modi e termini e sotto lo stesso regime materiale e processuale, in cui sarebbe potuta avvenire se l'interessato stesso (suo debitore) avesse agito, e quindi in altri termini, *in funzione* della sua posizione giuridica di lui.

Questo basta per poter ritenere che il terzo potrà opporre al creditore attore in surrogatoria, le scritture private che avrebbe potuto opporre all'interessato (surrogato) con cui era in rapporto, con la stessa efficacia giuridica. Se esse facevan prova della propria data contro quest'ultimo faran prova identicamente, anche se è il creditore che agisce in quella funzione.

L'attore in surrogatoria non può considerarsi però come un soggetto, che abbia assunto la posizione giuridica di parte di fronte al terzo convenuto: egli rimane terzo a sua volta di fronte al terzo, ma subisce necessariamente *per riflesso* le conseguenze della efficacia probatoria delle scritture che quest'ultimo poteva e può invocare di fronte al suo contraente. Il caso si rivela pertanto nella sua struttura giuridica diverso da tutti gli altri esaminati finora, sebbene esteriormente analogo a quelli, in cui un certo soggetto può esercitare diritti, azioni o ragioni altrui in nome proprio, in funzione della posizione giuridica del titolare.

Anche qui (analogamente a quanto avviene in altri casi già veduti), il pregiudizio che subisce l'attore in surrogatoria per l'opponibilità della data apparente, è temperato dal fatto, che potrà combatterla con qualunque mezzo di prova, per l'impossibilità in cui si trova di procurarsi la prova scritta in contrario: art. 1348 cod. civ.

142. — Anche l'azione revocatoria infine può far sorgere questioni non dissimili sulla prova della data.

Si ritiene infatti comunemente che la revocatoria possa essere esercitata soltanto da creditori il cui credito sia anteriore all'atto da revocarsi. Ora supponendo che il credito o l'atto da revocarsi o ambedue sian documentati per privata scrittura, si tratta di vedere che efficacia probante ha la rispettiva data agli effetti di determinare l'anteriorità. D'altro canto la data dell'atto attaccato può essere importante per determinarne più esattamente il contenuto, i termini, gli effetti, e valutare le circostanze nelle quali è stato compiuto, e anche qui occorre pertanto sapere se si debba stare, in ipotesi, alla data apparente.

Io ritengo che quanto alla scrittura relativa al negozio revocando, si debba stare effettivamente alla data apparente, finchè non ne sia provata la falsità. Infatti la legge accordando al terzo creditore la azione in revocazione, lo ammette in sostanza — come nel caso della surrogatoria — a far modificare giudizialmente un rapporto giuridico altrui, al quale effetto egli deve però cominciare in questo caso col provare la frode. Ma finchè non abbia raggiunto questa prova, e mentre si appresta a tentarla, il rapporto attaccato è ancora intatto, e per conseguenza anche la posizione giuridica del terzo contraente deve considerarsi e mantenersi impregiudicata ed inalterata. Ne segue che egli debba poter ancora invocare a prova le scritture che poteva invocare prima, con la stessa efficacia probante. Il creditore dovrà subire inizialmente *per riflesso* gli effetti di tale efficacia probatoria, non già perchè abbia assunta egli stesso la posizione giuridica di parte nel rapporto impugnato, ma appunto perchè tende a modificare quella posizione giuridica del terzo e deve rispettarla per quel che essa è, finchè non abbia provati gli estremi voluti per modificarla. Con che non può dirsi esattamente che la data apparente faccia prova a favor di esso terzo contro l'attore in revocatoria, ma piuttosto che essa continua a far prova fra le parti non ostante che sia comparso in scena il creditore attore in revocatoria, che ne è pregiudicato per riflesso, e ciò finchè egli non sia riuscito con le sue prove a combattere e ad eliminare la sua efficacia fra le parti.

Naturalmente però, trattandosi di provare la frode, e data la consueta impossibilità di procurarsi la prova scritta in contrario, il creditore attore potrà valersi di tutti i mezzi di prova per dimostrare falsa la data apparente, compresi i testimoni e le presunzioni, e fra le presunzioni saran comprese quelle che si possono trarre dall'atto stesso, dal suo contenuto, o dalle altre circostanze in cui è stato stipulato. Nel che si ha un'altra conseguenza — e questa a favor dello attore — della constatazione che egli è un terzo ed agisce come terzo.

In virtù di questa stessa constatazione, dobbiamo poi ritenere che il creditore attore non possa invocare la data apparente della scrittura privata che documenta il suo credito, come probante di fronte al terzo convenuto. Ma anche qui, trattandosi di provar la frode, egli non sarà poi vincolato nella prova della data vera alla limitazione dell'art. 1327, e potrà valersi di ogni mezzo di prova, compresi i testimoni e le presunzioni.

.....

Casi di procedure esecutive particolari e fallimentari

146. — Un ben più cospicuo gruppo di soggetti che merita infine di essere preso in considerazione, è quello dei creditori che facendosi ad esercitare *in executivis* le loro ragioni sui beni del debitore, si vedano opporre da altri degli atti o negozi, con cui essi vorrebbero provare che i beni stessi sono passati invece — validamente — in proprietà di loro. Questo conflitto sorgerà normalmente in sede di azione in separazione che è proprio il mezzo idoneo e naturale per sollevarlo.

Il problema della data verrà in questione, in quanto si tratti di vedere se l'alienazione dei beni di cui si discute, da parte del debitore a favore degli attori in separazione, sia avvenuta prima dell'inizio della esecuzione o dopo.

Nell'esecuzione particolare questo problema può sorgere più facilmente (e si può dire che sorge tutti i giorni) a proposito di esecuzione sui mobili. Ma non è escluso che sorga anche a proposito di esecuzione sugli immobili. Infatti a tenore dell'art. 1942 una alienazione non trascritta, è tuttavia opponibile ai terzi che non abbiano acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile stesso. Ora i creditori non iscritti sono appunto nel novero di questi ultimi, fino a quando non sia avvenuta la trascrizione del precetto sui pubblici registri. Non può dirsi infatti che con la sola notifica del precetto il creditore procedente e gli altri chirografari, anche se si apprestino a « produrre » (come dicono i pratici) il loro credito in graduazione, acquistino un diritto alla espropriazione dell'immobile. Può avvenire quindi che anche nell'esecuzione immobiliare promossa da un creditore non iscritto, quest'ultimo si veda opporre una alienazione non trascritta, e che anche qui possa esser decisiva la data (il *die*) del negozio, per sapere se l'esecuzione è bene promossa o no. Anche dalla esecuzione generale, fallimentare, il problema può sorgere per mobili e per immobili; ma di questo diremo di proposito fra un momento (v. il n. 150).

147. — Limitandoci per ora all'ipotesi dell'esecuzione particolare, è evidente che secondo le regole e le applicazioni sopra esposte, i creditori procedenti debbono considerarsi come terzi di fronte a quell'altro — terzo a sua volta di fronte a loro — che agisce in separazione, vantando un acquisto che egli pretende anteriore all'inizio dell'esecuzione.

Non vi ha infatti alcuna ragione, anzi alcun pretesto possibile, per sostenere che i creditori procedenti o intervenuti in sede di esecuzione abbiano assunto od assumano la posizione giuridica di parte che spettava al loro debitore, di fronte ai terzi acquirenti di cose sue, nei relativi negozi di alienazione. I creditori escutenti esercitano una ragione od azione che deriva loro dalla legge e che non può in alcun modo considerarsi come una ragione successoria sui beni del debitore. D'altra parte non può ragionevolmente sostenersi che il debitore, alienando a terzi cose sue, li abbia rappresentati anche loro di fronte all'acquirente, cosicchè essi debbano considerarsi poi come parti (rappresentate) in quel negozio. Una tale rappresentanza sarebbe concepibile soltanto se il credito conferisse loro dei diritti sulle cose del debitore, di cui questi potesse disporre in loro nome, il che non è. Prima dell'esecuzione i creditori chirografari non hanno alcun diritto (*in re*) sulle cose del debitore; nessuno si è mai sognato di sostenerlo sul serio e in senso proprio.

Le scritture private che il terzo acquirente produce di fronte ai creditori chirografari escutenti per documentare il proprio acquisto, non faranno dunque prova della propria data di fronte a loro.

148. — Altri problemi di data possono sorgere poi, sempre nel campo dell'esecuzione particolare, nel pignoramento di crediti presso terzo, qui non più perchè si possa discutere dell'antiorità di atti di alienazione, ma perchè si può discutere dell'antiorità di atti o negozi di modificazione od estinzione del credito pignorato. Basta supporre che il terzo pignorato ammetta, per esempio, che egli era stato debitore, soggiungendo però che il suo debito è estinto e che, sorgendo contestazione in proposito, produca una quietanza di data apparente anteriore al pignoramento: questa data fa prova o non fa prova?

Io ritengo di sì, che faccia prova. La legge tratta infatti il creditore escutente, che affronta una contestazione di questo genere, *come se* egli agisse — in questo momento e in questa sede — in surrogazione. Ora noi sappiamo che agendo in surrogazione, il creditore non può far valere le ragioni del suo debitore contro il terzo, se non movendo dalla stessa posizione giuridica che competeva al suo debitore, serbata cioè e fatta salva ed integra questa posizione, che egli è costretto a subire. Di ciò io vedo la espressione positiva nell'art. 616 cod. proc. civ.

La legge è coerente del resto a sè stessa. Essa non vuole, in altri termini, che nemmeno in questa occasione venga alterata la

posizione giuridica del debitore terzo pignorato, mentre questa non sarebbe alterata (e lo abbiamo visto più addietro) dalla cessione del credito, nè dall'iniziativa di un interessato che agisse in surrogazione fuor dell'ambito dell'esecuzione. Sarebbe in realtà ingiustificabile che tale posizione (del debitore terzo pignorato) potesse esser alterata per il solo fatto accidentale, che il suo creditore si sia fatto colpire da una esecuzione, in modo che la surrogazione venga esercitata incidentalmente in sede esecutiva, anzichè in via principale.

Non ho bisogno dopo di questo, di insistere nel rilevare, che qui la data apparente delle scritture invocate dal terzo pignorato vale dunque per vera, non perchè il creditore precedente sia succeduto nella posizione giuridica di parte che spettava di fronte a lui al debitore escusso, suo creditore, ma perchè ne subisce le conseguenze *per riflesso*. Non posso che richiamare in proposito le considerazioni svolte al n. 141.

149. — Non c'è contraddizione fra questa soluzione e l'altra che abbiamo accolto a proposito di azione in separazione, quando siano messe, quella e questa, in relazione col sistema della legge. Abbiamo visto allora che anche un vero acquirente di cose del debitore che non abbia accertata la data del proprio acquisto, può esser pregiudicato dell'esecuzione che colpisce le cose da lui acquistate, mentre si trovano ancora presso il debitore (se son mobili) o « in testa » del debitore (se immobili). È infatti nel sistema della legge, che la integrità della posizione dell'acquirente di diritti reali non sia tutelata, come la è quella del debitore. Per ciò il fatto che l'acquirente di diritti reali in quell'ipotesi sia pregiudicato dalla esecuzione, è parallelo all'altro per cui può esser pregiudicato da alienazioni anche posteriori della stessa cosa, fatte dallo stesso titolare ad altri terzi, che acquistino poi il possesso (se si tratta di mobili) o trascrivano (se si tratta di immobili) con precedenza su di lui; mentre il fatto che non sia pregiudicato il terzo debitore pignorato, è parallelo, come ho chiarito proprio or ora, all'altro, per cui questo non sarebbe pregiudicato da una cessione del credito o da una surrogatoria esercitata in altra sede.

In coerenza a quanto ho avvertito appunto a proposito di surrogatoria esercitata in altra sede, è da ritenere che il creditore precedente possa combattere la data apparente con ogni mezzo di prova contraria, comprese le presunzioni, per la impossibilità in cui si trova di procacciarsi la prova scritta: art. 1348 (cfr. il n. 141 cit.).

150. — Nella procedura fallimentare, come in ogni procedura d'esecuzione collettiva (universale), le domande in separazione di terzi acquirenti di beni del fallito, invece che esser proposte in confronto del creditore procedente (e del debitore escusso), andranno proposte contro il curatore, il quale funzionerà in questo rapporto come gestore della massa attiva nell'interesse della universalità dei creditori (massa passiva). Ma non per questo naturalmente le cose cambiano, per quel che riguarda il nostro tema. Le scritture private che il terzo produca per documentare il proprio acquisto, non faranno fede della propria data di fronte al curatore in questa funzione, come non l'avrebbero fatta di fronte ai singoli creditori che costituiscono la massa.

Naturalmente in questa procedura la questione dell'antiorità della data dell'acquisto per determinarne la prevalenza e la validità, sorgerà in confronto della data di dichiarazione del fallimento agli effetti dell'art. 707 cod. comm. (mentre nella esecuzione particolare sorge rispetto alla data di notificazione del precetto). Potrà sorgere per mobili e anche per immobili in caso di alienazione non trascritta, ma in questo ultimo caso evidentemente con effetto per i soli chirografari.

151. — Può dubitarsi invece se si applichino le stesse regole anche quando il curatore agisca contro dei terzi, per rivendicare all'attivo fallimentare delle cose che essi possiedono o delle somme conseguite in virtù di negozi colpiti di nullità per l'art. 707. Si supponga che costoro allegghino di avere legittimamente acquistato o ricevuto dal fallito, e vogliano documentare l'acquisto o il pagamento con scritture private di data apparente (*datum*) anteriore alla dichiarazione. Questa data fa o non fa prova? Anche agendo in questo modo e in questo senso il curatore agisce, a mio avviso, come gestore per la massa dei creditori. Infatti la nullità di cui all'articolo 707 citato è introdotta a favore della massa, e quindi si comprende come le azioni per farla valere debbano considerarsi concesse a lor volta alla massa come tale, e *per essa* al curatore.

Ora i creditori sono indubbiamente terzi di fronte agli acquirenti del fallito e quindi anche la loro collettività (massa) rappresentata dal curatore, deve ritenersi che abbia posizione di terzo. Niun dubbio quindi che di fronte a loro, la data apparente della scrittura del fallito non farà prova come farebbe se fossero parti. Ma dovranno subirne le conseguenze per riflesso, come avviene nel caso di surroga-

toria e di revocatoria? Inclinerai a crederlo, soprattutto per analogia alla revocatoria, salvo al curatore di valersi naturalmente per le consuete ragioni — oltre che per l'art. 44 cod. comm. — di tutti i mezzi di prova in contrario, comprese le presunzioni.

Le regole della revocatoria si applicheranno poi indubbiamente, per quanto riguarda il nostro tema, nella ipotesi di azioni spiegate dal curatore per la massa contro dei terzi, in base alla presunzione di frode dell'art. 709.

.....