

CAPITOLO SECONDO

NOZIONE E DISTINZIONE DELLA FIDEIUSSIONE DALLE FIGURE AFFINI

SOMMARIO: 1. La collocazione sistematica della fideiussione e la sua nozione. – 2. La fideiussione e le figure affini. Il *constitutum debiti alieni*. – 3. Fideiussione e mandato di credito (*rinvio*). – 4. L'avallo. – 5. La delegazione. – 6. L'espromissione. – 7. L'accollo e l'assunzione cumulativa del debito a scopo di garanzia. – 8. La promessa del fatto del terzo. – 9. I patti di manleva. – 10. Le garanzie assicurative (*rinvio*). – 11. Lo “star del credere”. – 12. La garanzia per l'adempimento del concordato preventivo.

1. *La collocazione sistematica della fideiussione e la sua nozione.*

Così come in altri sistemi, ad alcuni dei quali s'è appena fatto cenno, anche nel nostro ordinamento la figura giuridica della fideiussione è trattata, nel codice civile, fra i singoli contratti (Capo XXII del Titolo III del Libro IV)¹. La scelta di collocare la disciplina del prototipo o comunque del modello più tradizionale di garanzia personale in un settore distinto rispetto alle garanzie reali (da noi disciplinate nel Libro VI, intitolato alla “tutela dei diritti”, mentre altrove esse seguono le sorti dei beni e dei diritti reali di godimento, come ad esempio in Germania, ove diritti di godimento e garanzie aventi ad oggetto beni si trovano accomunati nel Libro III del BGB intitolato “*Sachenrecht*”) è condivisa dunque da altri ordinamenti europei².

¹ Identica collocazione era riservata alla fideiussione nel codice civile del 1865 (Titolo XXI del Libro III: “dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose”).

² Ai riferimenti già riportati, *supra*, cap. I, adde l'analisi di G. TUCCI, voce *Diritti di garanzia* (diritto comparato e straniero), *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 10. Condivide la scelta sistematica del legislatore anche GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 2, pur ammettendo che vi sarebbe “un'eccedenza dell'obbligazione fideiussoria rispetto alla fonte contrattuale”. Ciò che appare con chiarezza anche considerando le ipotesi di cosiddetta fideiussione *ex lege*, cui si farà cenno, *infra*, cap. III.

Anche da noi, com'è noto, il modello “contrattuale” tipizzato della garanzia non ha impedito che, da un lato, si sviluppasse una fiorente prassi nell'ambito dell'autonomia privata, con la creazione di garanzie personali atipiche a tal punto diversificate – al loro interno e rispetto allo schema tradizionale di riferimento, a seconda delle esigenze economiche degli operatori – da meritare una trattazione a parte, dedicata appunto alle forme atipiche o speciali di garanzie personali (*infra*, capp. XI-XIV)³; dall'altro, che la giurisprudenza utilizzasse il modello del contratto di cui agli artt. 1936 ss. per ricondurre alle regole ivi previste la responsabilità “personale” di soggetti tenuti per legge a rispondere (in via solidale fra loro) del debito “altrui”, come nei casi più emblematici e manualistici, della cosiddetta fideiussione *ex lege* di coloro che agiscono in nome e per conto di un'associazione non riconosciuta⁴, ovvero dei soci illimitatamente responsabili (ma v. più dettagliata-

³ Da tempo è sufficientemente condivisa, fra gli studiosi, l'idea di una retrocessione delle garanzie reali a fronte dell'affermazione sempre più consistente delle garanzie personali, scorrendosi già diversi anni fa, in sede di bilancio sullo stato di salute della disciplina codicistica delle garanzie reali, di una loro “progressiva debilitazione” (così BARBIERA, *Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 giugno 1989, Padova, 1991, 843). Osservazioni generali di questo tipo anche in PIAZZA, voce *Garanzia* (I, Diritto civile), *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 5; BUS-SANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, *CI*, 1997, 165; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, *RCDPr*, 1995, 643 ss.; nonché nelle pagine introduttive di GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 7, il quale riporta il significativo brano – ci si permette di riprodurlo, in quanto coglie un dato decisivo per comprendere l'evoluzione e l'attuale stato della materia in esame ossia la decisiva influenza dell'attività bancaria e finanziaria in genere – di HEMARD, *Les sûretés personnelles*, cit., 40 ss.: “En matière de sûretés personnelles, l'influence de la tradition est très notable [...]. De même les usages [...] ont modelé certaines de ces sûretés en matière commerciale pour les adapter aux besoins que révélait la pratique [...]. Les sûretés personnelles sont actuellement très rarement consenties par des particuliers, tant en raison de l'affaiblissement de la solidarité familiale que de la disparition – sur le plan juridique – des rapports de protecteur à protégé. L'octroi de sûretés et principalement de cautionnements [...] est le fait des banquiers [...]: accorder ces sûretés est une activité professionnelle”. Più di recente, lo spunto è ripreso da LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., 11 s., per condurre una preziosa analisi sulla rilevanza giuridica della relazione che s'instaura fra le garanzie personali e le attività economiche, nell'ambito delle quali le prime vengono impiegate, e che opera con riferimento a tutte le diverse figure negoziali prese in esame, nell'ambito del variegato panorama delle garanzie personali.

⁴ Si noti, ma sul punto si tornerà (*infra*, cap. III, n. 5 a), che nel caso di fideiussione prestata da terzi a garanzia delle obbligazioni dell'associazione non riconosciuta, questa garanzia (non sostituisce ma) si cumula con quella ricadente per legge su coloro che hanno agito, con il risultato di determinare una situazione di confideiussione, regolata dall'art. 1946, secondo le regole e i principi sulla solidarietà passiva. L'obbligazione di colui che ha agito in nome e per conto dell'ente e che, di norma, corrisponde al rappresentante dell'associazione, ai sensi dell'art. 38 responsabile personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte dall'associazione, viene dunque inquadrata, da dottrina e giurisprudenza, fra le fideiussioni *ex lege*, comprensive di altre ipotesi di obbligazioni solidali previste dalla legge nell'interesse altrui, cfr. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 255 s., ad avviso del quale “la responsabilità del rappresentante ha una funzione di garanzia per i terzi contraenti e va costruita come una fideiussione *ex lege*, senza beneficio di escussione”, con la conseguenza che “il creditore può indifferentemente agire in primo luogo sul fondo comune o sul patrimonio personale del rappresentante o su entrambi nel contempo; il rappresentante non può pretendere che sia preventivamente escusso il patrimonio sociale, ma

tamente, *infra*, cap. III, n. 5, lett. a, f)⁵. In tal senso, si può certamente dire che, anche nel nostro ordinamento, le fonti della fideiussione sono rinvenibili tanto nell'autonomia privata quanto nella legge, anche senza che ciò sia espressamente previsto dal legislatore in termini generali, come accade, ad esempio, nel *code civil* francese (artt. 2317-2320, nella versione anteriore alla riforma del 2006 erano gli artt. 2040-2043, relativi a *la caution légale* e a quella *judiciaire*)⁶.

ha semplicemente un diritto di regresso su quest'ultimo, dopo aver pagato, secondo le regole della fideiussione". In giurisprudenza, si segnalano: Cass., 17 dicembre 1962, n. 3384, *FI*, Rep. 1962, voce *Associazione non riconosciuta*, n. 4, secondo la quale, «[l]a responsabilità personale e solidale con quella dell'associazione, senza il beneficio dell'escussione, di colui o di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta, si configura come una forma di fideiussione *ex lege*, disposta a tutela dei terzi che possono ignorare la consistenza economica del fondo comune e fare affidamento sulla solvibilità di chi ha negoziato con loro»; Cass., 25 ottobre 1969, n. 3502, *FI*, 1970, I, 2536 (la responsabilità personale assunta *ope legis* per il fatto stesso di avere operato e contratto con terzi nell'esercizio di una funzione rappresentativa e, comunque, in nome e per conto di un'associazione non avente personalità giuridica, va concepita come una forma di fideiussione *ex lege*, avente una funzione di garanzia per i terzi contraenti estranei all'associazione, i quali non hanno, di regola, la possibilità di accertarsi convenientemente della consistenza del fondo comune, che può essere insufficiente, o può, addirittura, mancare); Cass., 19 aprile 1973, n. 1138, *ibid.*, 1973, I, 2054 (la fideiussione prestata da terzi per garantire le obbligazioni dell'associazione non riconosciuta si cumula con quella per legge a carico di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione medesima, determinando una confideiussione regolata dai principi sulla solidarietà); Cass., 14 dicembre 1977, n. 5456, *FI*, Rep. 1977, voce *Associazione non riconosciuta*, n. 15; Cass., 26 febbraio 1985, n. 1655, *FI*, 1985, I, 672 (la responsabilità personale, e solidale con quella dell'associazione non riconosciuta, della persona o delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione medesima si configura come una forma di fideiussione *ex lege*); Cass., 27 dicembre 1991, n. 13946, *FI*, Rep. 1991, voce *Associazione non riconosciuta*, n. 19 che parla di "garanzia *ex lege*, assimilabile alla fideiussione". Nella giurisprudenza di merito: Pret. Vercelli, 4 febbraio 1987, *GI*, 1988, I, 2, 34. Per una sintesi, BIANCA, *Diritto civile*. I. *La norma giuridica. I soggetti*, cit., 360; nonché TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, in *Giur. sistem. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1997, 515, ed EROLI, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 235. Senza porre in discussione le premesse dalle quali muove la concezione in esame, in senso critico, GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 253 ss.; si è osservato che, nell'ipotesi esaminata, vi è certamente una situazione affine con la fideiussione, ma non uguale. Cfr. anche BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., 471, secondo cui non può "propriamente ricondursi nello schema fideiussorio la responsabilità di chi agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta". Per altro verso, fa notare CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 326 ss., che la *reconductio ad unum* rappresenta un'esigenza di ordine generale, che "non può non riguardare tutte le obbligazioni riconducibili nell'ambito concettuale della figura della fideiussione".

⁵ Anche nel caso dei soci illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali nelle società di persone, così come nel caso della responsabilità dell'unico socio nelle società di capitali, si è parlato di fideiussione *ex lege*, ma all'interno di un più articolato dibattito, di cui si darà conto, *infra*, cap. III, n. 5, f.

⁶ Riecheggiando l'appena richiamato *Code civil* francese (Art. 2317 - [1] Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les art. 2295 et 2296; [2] Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit, en outre, être susceptible de contrainte par corps. Art. 2318 - Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant. Art. 2319 - La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal. Art. 2319 - Celui qui a

Nell'introdurre le norme in materia di garanzia fideiussoria, il codice non offre una vera e propria definizione del contratto (di fideiussione), come accade per gli altri contratti e nonostante in questo senso sembri promettere la rubrica dell'art. 1936 ("Nozione"), in quanto il primo comma s'incentra sul fideiussore, piuttosto che sul contratto in se stesso, definendolo "colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui"⁷.

L'enfasi sul carattere personale dell'obbligazione assunta dal fideiussore nei confronti del creditore – aspetto questo non esplicitato nella formulazione di cui all'art. 1898 c.c. del 1865, ove fideiussore era definito colui che "si vincola verso il creditore a soddisfare alla stessa obbligazione" del debitore principale⁸ – e dunque la dizione letterale della formula definitoria hanno avuto probabilmente l'effetto di consolidare l'opinione, già condivisa da larga parte di studiosi, secondo la quale la

simplement cautionné la caution judiciaire, ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution), il Capo III (artt. 1921-1924) del Titolo XXI (dedicato alla fideiussione) del codice civile 1865, si occupava, non a caso, "della fideiussione legale e della fideiussione giudiziale", con le seguenti disposizioni: "Qualora una persona venga obbligata dalla legge o dal giudice a dare una sicurezza, il fideiussore offerto deve adempiere alle condizioni stabilite negli articoli 1904 e 1905" (art. 1921); "È in facoltà di colui che deve dare una sicurezza, il dare invece un pegno od altra cautela che si è riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito" (art. 1922); "Il fideiussore giudiziale non può domandare l'escussione del debitore principale" (art. 1923); "Quegli che si è reso soltanto garante del fideiussore giudiziale, può domandare la escussione del debitore principale" (art. 1924).

⁷ Si noti che anche il legislatore francese descrive il fideiussore ("Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même», art. 2288), mentre in Germania, il Titolo del Libro (il secondo) dedicato alla disciplina dello *Schuldrecht* è "*Bürgschaft*" (fideiussione), la rubrica del § 675 BGB, quale disposizione di apertura della disciplina, è "Obblighi contrattuali tipici in caso di fideiussione", ma il testo della norma fa riferimento al "contratto di fideiussione" (*Bürgschaftsvertrag*), con cui "il fideiussore si obbliga nei confronti del creditore di un terzo a rispondere dell'adempimento dell'obbligazione del terzo".

⁸ Disponeva l'art. 1898 c.c. 1865: "Quegli che si costituisce fideiussore per un'obbligazione, si vincola verso il creditore a soddisfare alla stessa obbligazione, qualora il debitore non vi soddisfa". La formulazione legislativa utilizzata denota "una particolare *struttura di obbligazione* anziché la *struttura di un contratto*, avvertendoci però (implicitamente) che la obbligazione così configurata *nasce sempre e soltanto* da contratto" [corsivo dell'A.], cfr. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., 118, il quale osserva, peraltro, che il termine fideiussione si applica "talora a designare l'*obbligazione*, talora il *contratto* che la genera, tal altra ancora non l'*obbligazione*, né il contratto, ma piuttosto la loro *funzione* rispetto alla obbligazione cui accedono e cioè la *garanzia*" (corsivo dell'A.). Sempre riguardo alla portata della norma, anche se sotto un profilo segnatamente processualistico, benché la norma non vincolasse il fideiussore soltanto a soggiacere all'azione esecutiva, ma a soddisfare la "stessa obbligazione" del debitore garantito, alcuni assertori della tesi secondo la quale il fideiussore non deve, ma risponde, osservavano che "anche la responsabilità, concepita come una soggezione di diritto processuale, è pure un *vinculum iuris*" (in questi termini CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., 85). Non contraddice tale teoria, a quanto pare però minoritaria, la disciplina del codice vigente che, nonostante la molteplicità dei riferimenti all'"obbligazione" o al "debito" del fideiussore (artt. 1936, 1944, 1946, 1947, 1948 e 1957), esprime, proprio nella norma di apertura, il riconoscimento normativo del carattere sostanziale, piuttosto che la valenza processuale della condizione del fideiussore: cfr. FRAGALI, *Fideiussione*, cit., 59.

fideiussione darebbe luogo ad una “obbligazione in senso tecnico”⁹, dal cui inadempimento discende la responsabilità per un debito proprio (e non altrui)¹⁰. Le applicazioni giurisprudenziali hanno dimostrato la possibilità di utilizzare un concetto che *prima facie* potrebbe sembrare ad uso soltanto di più o meno raffinate elaborazioni teoriche in modo funzionale alla soluzione di problemi concreti.

In questa direzione sembra, ad esempio, andare la giurisprudenza che, in tema di responsabilità dei soci nelle società di persone per le obbligazioni sociali, nel qualificare la posizione del fideiussore obbligato personalmente (e in solido col debitore principale) e la natura della sua responsabilità, considera il fideiussore come “debitore in proprio” e non come “mero responsabile”¹¹.

La considerazione della fideiussione che darebbe luogo ad una “obbligazione in senso tecnico”, dal cui inadempimento discende la responsabilità per un debito proprio (e non altrui) ricorrerebbe anche nell’ipotesi in cui il creditore non è neppure tenuto a chiamare in giudizio contemporaneamente debitore e fideiussore, ed è possibile il formarsi di giudicati contrastanti nei confronti dell’uno e dell’altro, quando l’esercizio delle relative azioni non avvenga nel medesimo processo¹².

⁹ Così GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 18 s., nel distinguere il fideiussore dal terzo datore di pegno o di ipoteca, posto che a carico del primo vi sarebbe “non una responsabilità operante nella fase esecutiva [come, invece, accade con il terzo datore di garanzia reale, n.d.r.], ma un debito” (p. 20).

¹⁰ In dottrina, tra i primi in questo senso, si ricorda CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 38 ss., per il quale occorre precisare il significato dell’espressione secondo cui il fideiussore si obbliga *alieno nomine*: il fideiussore infatti si obbliga senz’altro al pagamento di un debito altrui, ma non in nome d’altri, “bensì *nomine proprio*”, perché l’obbligazione del debitore principale continua a sussistere, sicché il fideiussore, anche se solo in via accessoria, è in realtà un (secondo ma) nuovo debitore. Così pure F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, cit., 311, il quale afferma che “il fideiussore assume un’obbligazione *propria* accessoria della principale [...], dalla quale può differire per contenuto e modalità, ma sempre un’obbligazione autonoma che serve di base alla pura responsabilità”; analogamente, BO, *Contributo alla dottrina dell’obbligazione fideiussoria*, cit., 17; nonché, sembrerebbe, GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, cit., 100, il quale sottolinea che “il fideiussore è anzitutto un debitore”. La tesi si era, evidentemente, sviluppata in dottrina anche sulla base dei numerosi riferimenti contenuti nel codice del 1865 (artt. 1898, 1901, 1907, 1911, 1925 e 1931).

¹¹ La giurisprudenza afferma di frequente, con diverse finalità, la isolabilità concettuale del debito “proprio” del fideiussore: “in virtù degli artt. 1936 e 1944 il fideiussore non è un semplice responsabile, ma un debitore in proprio, quantunque la sua obbligazione sia connessa con quella principale con un vincolo di accessorietà” (App. Napoli, 5 gennaio 1952, *GC*, 1953, I, 627). Sulla delicata problematica del socio-fideiussore nelle società di persone, cfr. cap. III, n. 5, lett. *f*.

¹² In tal modo, essenziale e caratterizzante è il sorgere di un nuovo rapporto obbligatorio fra creditore e fideiussore, in posizione accessoria rispetto a quello preesistente nonché la qualità di garantire l’adempimento dell’obbligazione altrui, quale causa negoziale giustificativa della costituzione del nuovo rapporto” (Cass., 24 marzo 1979, n. 1715, *FI*, Rep. 1979, voce *Obbligazioni in genere*, n. 52, così da definire uno dei criteri che valgono a distinguere la fideiussione da altre forme giuridiche di assunzione di un debito altrui, nel caso specifico rispetto all’espromissione, v. *infra*, n. 6); e ancora: “oppure al fine di ritenere assoggettabili all’azione revocatoria gli atti dispositivi posti in essere dal fideiussore (sulla base dei medesimi presupposti sostanziali operanti per la revoca degli atti posti in essere dal debitore

Una conferma di tale tendenza, operante per la verità in passato, è nell'atteggiamento di chi riteneva l'argomento testuale non risolutivo per riconoscere l'esistenza di un "debito proprio" (s'intende, del fideiussore) nel vincolo che nasce dalla fideiussione. La prospettiva processuale, infatti, volta a considerare la responsabilità del fideiussore in vista e nell'ambito dell'esecuzione forzata, conduceva a minimizzare il significato giuridico dell'obbligazione, finendo per escludere che nella fideiussione si potesse riconoscere in capo al creditore una posizione di diritto sostanziale (verso il garante naturalmente), indipendente dalla facoltà processuale di promuovere l'azione esecutiva¹³.

Un'ulteriore applicazione pratica di un certo rilievo si ha con riferimento alla particolare ipotesi del concordato preventivo, affermandosi che il garante non può liberarsi versando all'obbligato principale la somma necessaria a soddisfare le pre-

principale): Cass., 27 febbraio 1991, n. 2115, *FI*, Rep. 1991, voce *Revocatoria* (azione), n. 4; Cass., 6 aprile 1991, n. 3601, *DF*, 1991, II, 734, n. RAGUSA MAGGIORE (l'atto con il quale un imprenditore, dopo avere stipulato un contratto di fideiussione con riguardo ad un suo debito, costituisca una garanzia ipotecaria per l'eventuale credito in via di regresso del suo fideiussore, è soggetto a revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67 l. fall., atteso che detto credito, ancorché eventuale al momento della costituzione della garanzia, non può considerarsi futuro rispetto ad essa, trovando fondamento giuridico nel contratto di fideiussione in precedenza stipulato); Cass., 22 gennaio 1999, n. 591, *FI*, 1999, I, 1469, n. CAPUTI e DI CIOMMO (l'atto di costituzione del fondo patrimoniale, inquadrabile tra quelli a titolo gratuito anche nell'ipotesi in cui sia stato posto in essere da entrambi i coniugi, è soggetto all'azione revocatoria ordinaria, in quanto rende i beni conferiti aggredibili solo a determinate condizioni, così riducendo la garanzia generale spettante ai creditori sul patrimonio dei costituenti: nella specie, i costituenti avevano precedentemente prestato fideiussione, garantendo con gli stessi beni poi riversati nel fondo); Trib. Cagliari, 26 febbraio 1997, *RGSarda*, 1998, 144, n. CICERO (il creditore può esercitare l'azione revocatoria rispetto all'atto di disposizione del fideiussore che comporti maggiore difficoltà o incertezza nella esazione coattiva del credito nei confronti del garante; conseguentemente è soggetto a revoca il negozio costitutivo di un fondo patrimoniale, *ex art. 167*, posto in essere da un fideiussore); Cass., 27 giugno 2002, n. 9349, *FI*, Rep. 2002, voce *Revocatoria* (azione), n. 2 (l'azione revocatoria ordinaria presuppone, per la sua esperibilità, la sola esistenza di un debito, e non anche la sua concreta esigibilità, con la conseguenza che, prestata fideiussione in relazione alle future obbligazioni del debitore principale connesse all'apertura di credito regolata in conto corrente, gli atti dispositivi del fideiussore successivi all'apertura di credito ed alla prestazione della fideiussione, se compiuti in pregiudizio delle ragioni del creditore, sono soggetti all'azione revocatoria). In argomento, cfr. *infra*, cap. XV, n. 4 e 5.

¹³ Escludendo l'esistenza di "un vero e proprio diritto materiale in confronto col garante" ed affermando l'esistenza, nel caso del fideiussore, di "una responsabilità senza debito (proprio), cioè per un debito altrui", CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 83, vedeva nel fideiussore "un sostituto processuale del debitore perché i suoi beni sono colpiti per una lite di quello; la esecuzione si fa contro di lui mentre la pretesa di pagamento si rivolge contro un altro (il debitore), del quale pertanto egli tiene il luogo come soggetto (passivo) del processo". Si trattava della concezione processualistica della responsabilità patrimoniale, che condizionava il dibattito, nei primi decenni del secolo appena trascorso, il dibattito sulla distinzione fra debito e responsabilità, originato dai giuristi tedeschi di fine Ottocento. Cfr. BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *AcP* [70] 1886, 371; fra gli studiosi italiani, GANGI, *Le obbligazioni*, cit., 15; sempre nella prospettiva processuale, CANDIAN, *Il processo di fallimento*, cit., 81, secondo cui la responsabilità fideiussoria rientra tra i casi di "assoggettamento [...] del patrimonio di un soggetto alla esecuzione forzata della obbligazione di un altro soggetto".

tese creditorie nei confronti dello stesso debitore principale, sicché non può darsi liberazione del fideiussore di un debitore in concordato preventivo nei confronti del creditore ammesso al concordato, per il fatto di avere corrisposto all'organo della procedura le somme prescritte nella sentenza di omologazione¹⁴.

Muovendo sempre dalla considerazione generale secondo la quale il fideiussore adempie un'obbligazione propria, dotata di causa autonoma rispetto all'obbligazione principale (anche se avente oggetto identico e diretta a soddisfare il medesimo interesse del creditore), la giurisprudenza ha poi dedotto che colui il quale paga per adempiere un obbligo di garanzia non soddisfa un debito altrui, ritenendolo proprio, ma esegue un pagamento non dovuto, con la conseguenza che la ripetizione di quanto ha pagato è regolata dalla disciplina dell'indebito oggettivo e non da quella dell'indebito soggettivo¹⁵.

Certamente il dibattito che si era acceso sulla distinzione tra debito e responsabilità e, indirettamente, sugli stessi concetti di fondo di obbligazione, adempimento e inadempimento, deve avere inciso sulla propensione della dottrina civilistica nell'accogliere l'idea secondo la quale con la fideiussione sarebbe sorta una nuova obbligazione in capo ad un soggetto diverso dal debitore principale¹⁶. La dottrina formatasi nel vigore del codice civile del 1865, influenzata dalla letteratura tedesca della fine dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento¹⁷, riteneva, in particolare, che il rapporto obbligatorio fosse costituito da due situazioni giuridiche, il debito (*Schuld*) e la responsabilità (*Haftung*), a tal punto autonome che potevano

¹⁴ Cass., 8 aprile 1978, n. 1648, *GC*, 1978, I, 1854.

¹⁵ Cass., 1° ottobre 1975, n. 3092, *FI*, 1975, I, 2717.

¹⁶ Per ulteriori riferimenti, GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 21 s., che richiama opportunamente anche l'autorevole pensiero di POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, cit., 92, secondo il quale nella fideiussione "si ha un rapporto obbligatorio che importa per chi lo ha contratto il connubio dei due famosi elementi: il mio fideiussore ha un debito personale a sé, per quanto di natura accessoria al debito mio: è tenuto cioè a pagare il debitore se non pago io (*debitum, Schuld*) e di questo debito, quando si sia verificata la ragione di esigerlo, risponde pure con tutti i propri beni (*obligatio, Haftung*), com'è regola per qualsiasi debitore astraendo affatto dal carattere principale o accessorio del vincolo". Una ricostruzione in questi termini solleva inevitabilmente il problema del contenuto dell'obbligazione fideiussoria, per cui ci si domandava in dottrina se il contenuto di tale obbligazione era quella di "adempire il debito principale oppure di garantirne l'adempimento" e ancora "quando la prestazione possa avere il medesimo oggetto del debito principale e quale ne sia l'oggetto, in caso diverso", cfr. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, cit., 26, il quale osserva che se si muove dal postulato che il contenuto dell'obbligazione fideiussoria corrisponde a quello dell'obbligazione principale sotto il profilo economico ovvero "tende a soddisfare quel medesimo interesse al cui soddisfacimento mira l'obbligazione del debitore, tende a servire al creditore quale surrogato", a riguardo assume rilevanza "la fungibilità delle due prestazioni: la prestazione del fideiussore è possibile in quanto il suo oggetto è sostituibile all'oggetto della prestazione dovuta dal debitore" (p. 36).

¹⁷ BRINZ, *Der Begriff Obligatio*, in *Grünhnt's Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, I, Wien, 1874, 18; ID., *Obligatio und Haftung*, cit., 371; ID., *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1879, II, §§ 206 s.; GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910; ID., *Schuld-nachfolge und Haftung*, in *Festschrift für Martitz*, 1911; SCHREIBER, *Schuld und Haftung als Begriffe der Privatrechtlichen Dogmatik*, I, Leipzig, 1914; SIBER, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931.

ben darsi casi di debito senza responsabilità e, in modo speculare e reciproco, casi di “responsabilità senza debito”¹⁸.

Da tempo abbandonate tali disquisizioni e rimesso all’interprete il compito di ricostruire la nozione del tipo contrattuale, dalla lettera della legge emergono senza dubbio gli indici significativi da cui trarre elementi per individuare le caratteristiche della fideiussione.

L’utilizzo dell’avverbio “personalmente” appare in linea con il carattere paradigmatico della fideiussione nell’ambito delle garanzie personali, ma anche con quanto appena considerato in ordine all’autonomia del titolo per il quale il fideiussore risponde nei confronti del creditore¹⁹. Ciò non esclude affatto, peraltro, che possa darsi l’ipotesi di un fideiussore (obbligato, s’intende, nei confronti del medesimo creditore) il quale abbia prestato due diverse garanzie, una personale e l’altra reale²⁰, con il risultato di conferire ulteriore rafforzamento al credito garantito²¹, ma anche con l’insorgenza di possibili problemi di cumulo delle norme ap-

¹⁸ Sul dibattito dottrinale che ha preceduto ed accompagnato la nascita dell’art. 2740: NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 1 ss.; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 366 s.; per una significativa sintesi, DISTASO, *Natura giuridica dell’ipoteca*, cit., 37 ss.; nella letteratura italiana, la posizione che più si avvicina alla teorica del debito e della responsabilità formulata dalla dottrina tedesca è quella di GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto privato*, Roma, 1914; ID., *Le obbligazioni*, cit., 9 ss.

¹⁹ Espressione di una concezione condivisa dalla dottrina civilistica maggioritaria: MESSINEO, *Manuale*, cit., 166; più di recente, GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 23; da ultimo, sul punto RUGGERI, *La fideiussione*, cit., 3 ss., che ragiona anch’essa sull’esempio del terzo datore d’ipoteca (richiamando gli autori che hanno fatto riferimento, in passato, all’idea di responsabilità senza debito: p. 4, nt. 3).

²⁰ Di un certo interesse, nel diritto francese, il dibattito su una forma di “*cautionnement particulier*” ossia il c.d. “*cautionnement réel*”, consistente nella garanzia reale (in senso proprio, come, ad esempio, un pegno di titoli) prestata nell’interesse di un terzo, ormai sganciata, da dottrina e giurisprudenza più recenti, dall’alveo delle garanzie personali, non essendovi alcun obbligo per il garante di adempiere la medesima obbligazione del debitore principale e non potendosi presumere la prestazione della fideiussione (Cass. ch. mixte, 2 dicembre 2005, riportata in moltissimi periodici giuridici: per tutti, *JCP*, 2005, II, 10183, n. SIMLER; nonché Cass. civ., 7 febbraio 2006, *Bull. civ.*, I, n. 53; Cass. civ., 15 febbraio 2006, *Bull. civ.*, III, n. 35); in passato, si faceva rientrare il *cautionnement réel* fra le obbligazioni personali di garanzia, nei limiti del valore, stimato al momento dell’escussione, del bene o dei beni concessi in garanzia (fra le tante, in epoca relativamente recente: Cass. civ., 15 maggio 2002, *JCP*, 2002, I, 162, n. 3, n. SIMLER), anche se non erano mancate pronunce in senso contrario, nella logica della netta diversificazione fra garanzie reali e personali (Cass. civ., 29 febbraio 2000, *JCP*, 2000, I, 257, n. 1, n. SIMLER), intese a specificare che la garanzia reale (trattandosi, per lo più, di ipoteca immobiliare convenzionale) non poteva che realizzarsi sull’immobile ipotecato (e non sul patrimonio del garante, sia pure nei limiti del valore dell’immobile: Cass. civ., 28 aprile 1998, *JCP*, 1999, I, 116, n. 1, n. SIMLER).

²¹ È giuridicamente ammissibile, pertanto, che in ordine ad un medesimo credito e da parte del medesimo soggetto, vi sia la contemporanea prestazione di due diverse garanzie, una personale (fideiussione) e l’altra reale (ipoteca), diretta a rafforzare la tutela del credito: cfr. Cass., 14 luglio 1971, n. 2300, *FI*, Rep. 1971, voce *Obbligazioni in genere*, n. 42; più di recente, Cass., 23 aprile 1999, n. 4033, *BBTC*, 2000, II, 534, n. BELTRAMI (il vigente sistema della garanzia del credito non esclude il concorso di una garanzia personale con una reale rispetto al medesimo credito, in quanto esso importa un rafforzamento della tutela dello stesso credito; pertanto, ben può il terzo contemporaneamente prestare le due garanzie; tuttavia, al terzo datore di ipoteca non si applicano le norme di limitazione della

plicabili²², senza che possa dirsi che l'obbligazione fideiussoria sia diventata più onerosa rispetto a quella principale (in violazione, in tal modo, del divieto di prestare garanzia *in duriores causam*, v. *infra*, cap. IV, n. 5.5), e pur non essendo il debitore tenuto ad analoga garanzia, trattandosi per l'appunto di un rafforzamento (non soltanto del credito, ma) della stessa fideiussione²³, mediante una seconda garanzia, che opera in autonomia e non incide sui limiti e sull'estensione dell'obbligazione fideiussoria²⁴.

Chi si è interrogato sulla nozione e quindi anche natura del contratto, ha ritenuto opportuno porsi il problema relativo alla classificazione della fideiussione secondo le modalità di esecuzione del contratto dal punto di vista temporale: se, in altri termini, l'obbligazione fideiussoria o il contratto da cui la prima scaturisce possano essere definiti "di durata" ovvero a esecuzione differita, continuata o periodica²⁵.

Se, per un verso, in considerazione dell'arco temporale intercorrente fra il momento della conclusione del contratto – quale che siano le modalità procedurali (*infra*, cap. IV, n. 2.1) – e quello dell'esecuzione, sembra *prima facie* coerente dare una soluzione positiva al quesito²⁶, per altro verso, si constata che, rispetto ai contratti di durata nel senso in cui sono comunemente intesi, nella fideiussione l'elemento temporale non appare idoneo a identificarne la funzione. Preordinato a fornire il rafforzamento della tutela al creditore, il rapporto di garanzia realizza la funzione tipica sin dal momento della sua costituzione, indipendentemente dal trascorrere del tempo, restando l'elemento temporale limitato a comprendere, in un lasso di tempo prestabilito o semplicemente collegato all'obbligazione garantita, il momento in cui la prestazione del fideiussore dovrà essere eseguita, con la conseguenza che va esclusa l'inquadrabilità della fideiussione nella categoria dei rapporti di durata, per riconoscerle, invece, natura di contratto a esecuzione differita²⁷.

responsabilità previste per il fideiussore, in mancanza di una specifica convenzione in tal senso; in particolare, non trova applicazione, in difetto di espressa previsione, con riguardo al caso dell'ipoteca concessa da un terzo, l'onere, imposto dall'art. 1957 al creditore, perché possa conservare la garanzia prestatagli dal fideiussore, di agire contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione).

²² Si è ritenuto, ad esempio, inapplicabile alla concessione d'ipoteca l'art. 1953, n. 4, da parte di Cass., 6 maggio 1994, n. 4420, *BBTC*, 1995, II, 293.

²³ Così come si esprimeva la *Relazione al Guardasigilli*, § 34.

²⁴ Cass., 13 luglio 1967, n. 1738, *GI*, 1968, I, 1, 838.

²⁵ In argomento, cfr. in generale MOSCATI, voce *Obbligazioni di durata*, in *Novissimo digesto*, XI, Torino, 655; a parte le preziose pagine di OPPO, *I contratti di durata*, cit., 148, per il quale il tempo costituisce la nota fisionomica dei contratti ad esecuzione differita, sul quale si innesta la differenza strutturale e, propriamente, ontologica della fideiussione rispetto al contratto ad esecuzione differita. Infatti, secondo l'a., al tempo equivale la distanza intercorrente fra il momento della conclusione ed esecuzione ovvero la soddisfazione momentanea dell'interesse nel momento prescelto; da ultimo per uno studio comparatistico sulla rilevanza del tempo nei contratti di durata, v. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

²⁶ Per l'inclusione della fideiussione nella categoria dei contratti di durata, BOZZI, *La fideiussione, le figure affini*, cit., 214; ID., *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., 17.

²⁷ In questo senso, la dottrina maggioritaria, che sottolinea come l'atto di adempimento dell'obbligazione fideiussoria non duri continuativamente e non si ripeta periodicamente, come si richiederebbe

Il problema della durata della fideiussione si pone, in concreto ossia nell'esperienza giurisprudenziale, con riferimento all'eventuale limitazione della misura dell'obbligo del fideiussore (in rapporto all'obbligazione principale), ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1941, quanto all'ammontare del debito ed alle altre condizioni (quindi, anche al periodo di tempo in cui perdura il vincolo per il fideiussore), sicché è opportuno rinviarne l'esame (*infra*, cap. IV).

2. La fideiussione e le figure affini. Il *constitutum debiti alieni*.

Ritornando per un istante alla disciplina della fideiussione nel diritto romano, si ricorderà l'affinità con l'istituto del *constitutum debiti alieni*, mediante il quale si prometteva al creditore il pagamento di un debito altrui, dando luogo alla c.d. *actio constitutae pecuniae o constitutoria*²⁸.

Poteva avvertirsi la distinzione dalla fideiussione sotto il profilo della forma, nel senso che: a) non si prevedeva una forma solenne per il *constitutum debiti alieni*;

per i contratti a prestazioni continuata o periodica; la fideiussione deve, pertanto, essere considerata contratto a esecuzione differita, in quanto tende a soddisfare l'esigenza del creditore in un momento che, anche ove non sia determinabile preventivamente, rimane in ogni caso successivo rispetto a quello della stipula del contratto. Cfr. GIUSTI, *La fideiussione*, cit., 85 s.; FRAGALI, *Fideiussione*, cit., 33, sottolineando le modalità di esecuzione del contratto dal punto di vista temporale, osserva come la fideiussione, caratterizzandosi per una prestazione da eseguire alla scadenza dell'obbligazione principale o ad un termine programmato, ove non vi provveda direttamente il debitore, non sia qualificabile come contratto di durata ma, comportando un'esecuzione rimandata rispetto alla data di costituzione della garanzia, sia ascrivibile alla categoria dei contratti ad esecuzione differita; pertanto – continua l'A. – anche la fideiussione per obbligazione futura “non imporrebbe *permanenza* di adempimenti, ma più prestazioni istantanee relative ad obbligazioni nascenti in tempi successivi”; in questo senso anche DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, cit., 177, secondo il quale, in base al principio di accessorietà, l'obbligazione fideiussoria si qualifica contratto ad esecuzione continuata o periodica, quando sia il rapporto garantito a configurarsi ad esecuzione continuata o periodica. Cfr. altresì in argomento BISCONTINI, *Assunzione di debito*, cit., 256, per il quale la natura del contratto di durata sarebbe rinvenibile soltanto nella fideiussione *omnibus*; nonché BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, cit., 63, parla della fideiussione come di una obbligazione a termine. Tali concetti sono approfonditi da FAVARA, *La fideiussione omnibus come contratto di durata*, GC, 1989, II, 404. Per l'inclusione della fideiussione nella categoria dei contratti di durata, così si esprime BOZZI, *La fideiussione, le figure affini*, cit., 214 s.: “[a]nche nell'eventualità che, non essendosi verificato l'inadempimento del debitore principale, il fideiussore non abbia effettuato alcun pagamento”. Dello stesso A., *L'autonomia negoziale*, cit., 17 ss. Con riguardo alla fideiussione generale, BREGOLI, *Per un'“amministrazione controllata” della fideiussione omnibus*, cit., 157, nt. 23, distingue l'obbligazione di copertura, che avrebbe carattere di durata, dall'obbligazione di pagamento, che sarebbe ad esecuzione istantanea. In senso contrario, si è rilevato che tradizionalmente, nei contratti di durata, il tempo è requisito qualificante la prestazione, nel senso che l'atto di adempimento dura continuativamente o si ripete periodicamente nella sua efficacia solutoria, e solo così protraendosi soddisfa gli interessi delle parti e realizza la funzione cui il contratto è preordinato (OPPO, *I contratti di durata*, cit., 148 s.).

²⁸ L'affinità si coglieva nel fatto che anche il contratto *constitutae pecuniae* presupponeva l'esistenza di un debito valido, determinando, in tal modo, la costituzione di un'obbligazione accessoria in capo al costituente; cfr. TROPLONG, *Della fideiussione*, cit., 17.

b) questo non si considerava nullo, se si prometteva il pagamento di un debito condizionato o di una somma maggiore rispetto a quella del debito principale, dal momento che nella prima ipotesi si considerava aggiunta in modo tacito tale condizione, nella seconda invece si aveva una riduzione della somma. Senza dire che si poteva anche promettere l'adempimento in luogo diverso da quello previsto nell'obbligazione principale o in tempi diversi (più brevi), a soggetti diversi dal creditore attuale, o ancora con un oggetto diverso²⁹.

3. Fideiussione e mandato di credito (rinvio).

Sempre con riferimento alla ricostruzione della fideiussione e alle affinità o differenze con altri istituti, la dottrina si è sempre soffermata fra quello sul rapporto tra mandato di credito – distinto come è noto, in vigenza dei due codici, civile e commerciale – e fideiussione. Soltanto un rapido cenno, nel contesto delle linee distintive con la fideiussione, rinviando per la trattazione dell'istituto (*infra*, cap. IX).

Secondo taluni, il mandato di credito civile sarebbe stato assimilabile alla fideiussione, se il mandante avesse espresso in modo esplicito la volontà di essere responsabile in via sussidiaria nei confronti del mandatario del pagamento del creditore determinato dall'esecuzione del mandato. Diversamente, non ricorrerebbe l'obbligazione fideiussoria, ma quella tipica del mandato³⁰.

I caratteri dell'obbligazione fideiussoria nel mandato di credito civile si ritrovano proprio nelle modalità di svolgimento del rapporto di mandato. Il mandante, infatti, si obbliga a garantire nei confronti del mandatario il credito derivante dall'esecuzione dell'ordine di “dare credito qualche cosa ad un terzo”. In altri termini, le note fisionomiche della fideiussione vanno ricercate “nella volontà e nell'obbligo di garantire un debito altrui, già esistente o anche futuro”³¹.

Strutturalmente, secondo la nozione di mandato di credito (civile), il mandante assume le vesti del fideiussore e del debitore accessorio obbligato solo in mancanza del debitore principale, il mandatario quelle di creditore, il terzo quelle del debitore principale³².

²⁹ L.3, § 2; L. 4, 5 pr.; L 5, § 2; L.1 § 5, D. h.t., richiamati da CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 127, nt. 2; cfr. altresì BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Della fideiussione*, cit., 498.

³⁰ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 132, secondo il quale la volontà espressa costituisce una condizione rilevante, in quanto la volontà, come è noto, può essere manifestata in modo espresso o tacito, nella fideiussione come nel mandato di credito civile, escludendosi che la volontà di garantire il pagamento del creditore possa manifestarsi tacitamente.

³¹ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 133.

³² Va aggiunto che sia il fideiussore che il mandante non sono obbligati in forza di una promessa di adempimento principale, ma in ragione di un'assunzione di garanzia accessoria e che la fideiussione si può avere non solo in virtù di un mandato del debitore, ma anche in assenza di un preciso ordine e di una determinata informazione del debitore medesimo, poiché si è in presenza di un contratto intercorrente direttamente tra creditore e fideiussore, CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 134.

Muovendo dall'analisi della *causa obligandi* del mandato di credito e della fideiussione, in dottrina venivano svolte alcune obiezioni. In particolare, si osservava che l'obbligazione, anche se presentava lo stesso oggetto di quella del terzo (debitore principale), cui era stata prestata la somma, avrebbe avuto una causa diversa rispetto all'obbligazione del debitore principale, dal momento che si trattava di una obbligazione derivante da un contratto tra mandante e mandatario. In questo caso, il contratto non sarebbe stato accessorio, come nel caso della fideiussione, ma principale e l'obbligazione del mandante, determinata da tale contratto, avrebbe avuto una ragione giustificativa distinta rispetto a quella dell'obbligazione del debitore principale. Con riguardo al mandante, si era in presenza di obbligazione *ex causa mandati*, nel caso invece del debitore si trattava di un'obbligazione *ex causa mutui*³³.

Anche se si sosteneva l'accessorietà dell'obbligazione del mandante rispetto a quella del debitore, in dottrina c'era chi sosteneva l'autonomia dell'obbligazione del *mandator*, in quanto quest'ultimo deve garantire non l'obbligazione di pagamento del debitore, ma l'adempimento della prestazione verso il mandatario, prevedendo, per il creditore una forma di risarcimento danni in caso di mancato adempimento³⁴.

Il carattere accessorio dell'obbligazione del mandante veniva escluso anche da parte di quella parte della dottrina, a cui dire il mandato qualificato per considerarsi concluso non necessita dell'esistenza di un'obbligazione da garantire, mentre il più delle volte precede tale obbligazione. Questa impostazione non veniva però condivisa, in virtù di due motivi di ordine normativo e strutturale dell'obbligazione del

³³ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 134, che (nella nt. 1) rinvia al pensiero di POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, II, cit., n. 447, 249 s., affermando che si tratta della stessa *causa obligandi* nel mandato di credito e nella fideiussione, dal momento che il mandato viene concluso per garantire l'obbligazione di pagamento di un debito altrui esistente o anche futuro e quindi "l'obbligazione del *mandator* è, normalmente, come nella fideiussione, la volontà di rendere un servizio garantendo il prestito fatto da Caio a Sempronio. Il mandato è la forma esteriore della obbligazione, che garantisce questo prestito e nulla di più" (p. 134). Non solo, la fideiussione ed il mandato di credito hanno il medesimo contenuto, in quanto "è una guarentigia che il mandante (fideiussore) assume a favore di altra obbligazione, che è quella del terzo (debitore principale); garanzia per la quale il mandante medesimo è tenuto a soddisfare l'obbligazione del terzo, se questi non soddisfa" (p. 135) e in quanto tale presuppone la presenza di un debito principale.

³⁴ GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, § 10, n. 2, Tübingen, 1894, 153, richiamato da CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 136, nt. 1, il quale muove alcune obiezioni a tale impostazione. Focalizzando, principalmente, l'attenzione sui principi contrattuali presenti in tema di volontà, Campogrande dissente da tale semplificazione, in funzione del modo di manifestazione della volontà, osservando che, se la volontà è stata espressa in modo tacito, allora l'obbligazione del *mandator* conserva una sua funzione autonoma, in quanto il mandante si "obbliga in via principale a tenere indenne il creditore" (p. 136). Diversamente, se la volontà di garantire l'adempimento è manifestata espressamente, l'obbligazione del *mandator*, in tal caso, è accessoria e sussidiaria, in quanto quest'ultimo è obbligato al pagamento in via sussidiaria rispetto al debitore principale. Il *mandator* è vincolato "come fideiussore che sarà eventualmente tenuto non già a titolo di risarcimento di danni, ma a titolo di fideiussione e dovrà prestare quell'*idem* accessorio che ha promesso" (p. 136).

mandante³⁵. In primo luogo, il mandato precede l'obbligazione da garantire e non è concepibile successivamente alla creazione della stessa (in base a quanto prevedeva espressamente L. 12 § 14, D. mand. 17, 1: "si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait"). In ordine al secondo motivo, il carattere accessorio dell'obbligazione del mandante si evinceva dal contenuto dell'obbligazione del mandante, che presuppone necessariamente l'esistenza di un'altra obbligazione principale, dal momento che "il contenuto dell'obbligazione del mandante consiste nella garanzia che egli presta per l'adempimento di un'altra obbligazione"³⁶. Ne consegue che la distinzione tra mandato qualificato e fideiussione, in base alla quale il mandato deve sempre precedere la fideiussione non incide in realtà sul piano sostanziale ovvero sulla natura giuridica e struttura di tali contratti, ma riguarda soltanto "il tempo in cui l'obbligazione comincia a sussistere"³⁷.

Se quindi nel mandato civile, la figura del mandante come garante presumeva un reale accertamento della volontà del *mandator* intesa a garantire la posizione del terzo, escludendo che il mandante assumesse in maniera tacita l'obbligazione fideiussoria, nel mandato commerciale, invece, l'obbligazione del mandante poteva essere fideiussoria, anche se la volontà di quest'ultimo di vincolarsi come fideiussore veniva manifestata tacitamente, purché ciò fosse ammesso dagli usi commerciali³⁸ (sul tema si può rinviare a quanto esposto *infra*, cap. IX).

4. L'avallo.

A parte le diverse figure di garanzia personale atipica – soltanto dal punto di vista del legislatore, s'intende, trattandosi di modelli ormai completamente acquisiti dalla prassi commerciale e metabolizzati dalla giurisprudenza –, come il contratto autonomo di garanzia o le lettere di *patronage* (su cui si tornerà diffusamente, *infra*, capp. XII-XIV), un cenno meritano le distinzioni che tradizionalmente sono prospettate fra la fideiussione ed altre figure tipizzate dal legislatore, aventi con la prima affinità di tipo strutturale o funzionale.

Rileva in primo luogo l'avallo, garanzia tipicamente cambiaria o più in generale connessa alla circolazione dei titoli di credito, che rinvia la sua disciplina legale in un apposito Capo della legge cambiaria e, in termini assolutamente speculari, della legge sugli assegni, rispettivamente agli artt. 35-37 l. camb. e 28-30 l. ass.

³⁵ Per una ricostruzione contraria all'accessorietà dell'obbligazione del mandante, affermando che il mandato qualificato per considerarsi concluso non necessita dell'esistenza di un'obbligazione da garantire, diversamente, il più delle volte, precede tale obbligazione, si pronuncia MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. II, § 264, 441-442, Bruxelles, 1887 (richiamato da CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 137, nt. 1, il quale critica anche tale impostazione).

³⁶ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 137.

³⁷ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 138 s.

³⁸ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 141, che nella nt. 1 riprende il pensiero di SUPINO, *Ist. dir. comm.*, Firenze, 1898, n. 452.

La particolarità di rilievo è data non tanto dal fatto che “l'avallante è obbligato nello stesso modo di colui per il quale l'avallo è stato dato” (art. 37, 1° comma, l. camb., corrispondente all'art. 30, 1° comma, l. ass.), quanto dall'astrattezza e autonomia dell'obbligazione rispetto a quella dell'avallato, “valida ancorché l'obbligazione garantita sia nulla per qualsiasi altra causa che un vizio di forma” (art. 37, 2° comma, l. camb., corrispondente all'art. 30, 2° comma, l. ass.), a differenza di quanto dispone l'art. 1939, a presidio dell'accessorietà della fideiussione (*infra*, cap. V, n. 1, 2).

Il vincolo dell'avallante è dunque esente da ogni nesso con quello assunto dall'avallato³⁹, ma l'astrattezza e l'autonomia della sua obbligazione ne costituisce anche il limite, nel senso che la firma apposta dall'avallante sulla cambiale può dar luogo esclusivamente ad un'obbligazione cartolare; sicché, ove il portatore della cambiale agisca sulla base del rapporto causale sottostante, dovrà dimostrare che l'avallante si è obbligato anche in qualità di fideiussore mediante un'esplicita dichiarazione di volontà in tal senso (*ex art. 1937, v. infra*, cap. IV, n. 3.1)⁴⁰. La firma per avallo non può essere invocata da sola, in via extracambiaria, come prova dell'esistenza di una fideiussione sottostante al rapporto cartolare di garanzia, rendendosi necessaria la dimostrazione dell'espressa volontà di obbligarsi come fideiussore⁴¹.

³⁹ Cass., 23 marzo 1994, n. 2782, *BBTC*, 1995, II, 302. In dottrina, già CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 167 s., il quale rileva che l'indipendenza della validità dell'obbligazione di garanzia da quella garantita esclude la natura accessoria dell'avallo, dal momento che la natura dell'obbligazione non può trasformarsi in funzione di determinate contingenze o varianti. Non solo, riprendendo il pensiero di BOLAFFIO, in *Annuario*, II, 97, CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 171 (citazione a nt. 1), rileva che l'avallo è una “garanzia oggettiva”, mentre la fideiussione è una garanzia *soggettiva*, poiché “la fideiussione assicura soltanto l'adempimento da parte del debitore, mentre l'avallo garantisce inoltre l'esecuzione dell'obbligazione contro ogni eventualità” (corsivo dell'A., p. 171); osserva FRAGALI, *Fideiussione*, cit., 150 s. che, ai sensi dell'art. 1939, in caso di incapacità la fideiussione sopravvive all'annullamento della obbligazione garantita e inoltre anche l'avallo sarebbe invalido nel caso l'obbligazione garantita sia invalida per ragioni di forma e perciò, in tal senso, la differenza tra le due obbligazioni di garanzia sarebbe solo quantitativa. Sull'impossibilità di identificare con la fideiussione ogni forma di obbligazione personale di garanzia, v. DI SABATO, *L'assuntore del concordato fallimentare*, cit., 69 ss.; ROSSI, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, cit., 7 ss.; FRAGALI, voce *Garanzia* (dir. priv.), *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 455. In particolare, sulla perseguibilità di una funzione di garanzia mediante i negozi di assunzione del debito altrui, v., tra gli altri, TAFURI, *Fideiussione ed assunzione del debito altrui*, *RN*, 1996, 1417 ss.; BISCONTINI, *Assunzione di debito*, cit., 58 ss.; BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., 34 ss.; CARPINO, *Esposizione cumulativa e fideiussione*, *RDC*, 1969, I, 395 ss.; DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri di interpretazione*, *ibid.*, 1961, II, 491 ss.; RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 72 ss.

⁴⁰ Cass., 11 settembre 1997, n. 8971, *FI*, Rep. 1999, voce *Titoli di credito*, n. 30, che ha ritenuto non sufficiente che l'avallante abbia firmato, unitamente al debitore, l'originario contratto di mutuo, se la firma non fu apposta quale fideiussore del mutuatario, ma, come nella specie, allo scopo di autorizzare il mutuante al riempimento della cambiale (firmata anche dall'avallante) ove si fosse determinato il presupposto dell'inadempimento al contratto di mutuo.

⁴¹ Cass., 25 luglio 1978, n. 3710, *GC*, 1978, I, 2010. A parte il rigore probatorio, ritiene Trib. Napoli, 28 giugno 1996, *BBTC*, 1997, II, 337, che in tal caso non potrà essere esercitata l'azione cambia-

Del resto, è pacifico che anche per un'obbligazione cambiaria può essere prestata garanzia a mezzo di fideiussione⁴², idonea – a differenza dell'avallo – a sopravvivere all'estinzione dell'efficacia cambiaria per effetto della prescrizione, ma a tal fine la prova dell'espressa manifestazione di volontà cui s'è appena fatto riferimento non potrà essere sostituita dalla dimostrazione dell'interesse del garante all'attuazione del rapporto obbligatorio⁴³, né dalla prova della conoscenza dell'avallante della funzione di garanzia della cambiale a copertura di un mutuo, occorrendo invece la prova specifica dell'intervento dell'avallante, nella veste di fideiussore ordinario, nel rapporto fondamentale, fermo restando che quest'ultima decisiva prova può essere raggiunta con qualsiasi mezzo, anche in via presuntiva (ove ricorrano i presupposti di operatività delle presunzioni, s'intende)⁴⁴. In sintesi, la sottoscrizione per avallo non può far presumere l'esistenza di un rapporto fideiussorio, che rimane assoggettato alla prova dell'espressa manifestazione di volontà del fideiussore in tal senso.

Può darsi anche il caso del cumulo delle garanzie in esame, allorché il garante manifesti il proprio intendimento di obbligarsi in qualità di fideiussore (con inequivoca ed oggettiva dichiarazione di volontà, che ben può rinvenirsi, ad esempio, in assenza di prova contraria, nella sottoscrizione di una richiesta di mutuo in qualità di garante del mutuatario), senza che la configurabilità della fideiussione sia preclusa dalla (aggiuntiva) sottoscrizione per avallo, da parte del fideiussore, delle cambiali rilasciate dal debitore principale (fatta salva la prova della volontà delle parti di escludere la fideiussione, per lasciar posto alla sola obbligazione cartolare di garanzia)⁴⁵.

Quanto alle conseguenze sul piano della disciplina, si ricorderà che, secondo la giurisprudenza, l'istituto dell'avallo rimane comunque riconducibile, al di là del suo innegabile carattere di astrattezza, ad una determinata categoria negoziale (nella specie, appunto la fideiussione), della quale è, pertanto, legittima, *in parte qua*,

ria. In dottrina, FRAGALI, *Fideiussione*, cit., 152 s., afferma che l'assunzione di una fideiussione deve risultare da una volontà distinta rispetto a quella che ha prodotto l'avallo e deve essere dimostrata indipendentemente da quanto risulta dalla cambiale, e perciò un avallo invalido non potrebbe convertirsi automaticamente in una fideiussione, perché i caratteri dei due negozi sono diversi tra loro. E inoltre l'esistenza di un rapporto di fideiussione sottostante l'avallo potrà essere eventualmente individuata solo tra avallante e possessore che ha ottenuto l'avallo, cioè nei confronti del contraente immediato, ma non nei confronti dei prenditori successivi, rispetto ai quali la posizione dell'avallante sarebbe uguale a quella di qualsiasi obbligato cambiario, secondo i principi generali del diritto cambiario. Proprio per tale "interferenza nel regime dell'avallo, dei principi relativi alle obbligazioni incorporate in un titolo di credito, che l'avallo non è riconducibile alla fideiussione", per quanto essa abbia "sostanza di obbligazione cambiaria".

⁴² Cass., 25 giugno 1976, n. 2382, *FI*, Rep. 1976, voce *Titoli di credito*, n. 39.

⁴³ Cass., 3 dicembre 1988, n. 6554, *FI*, Rep. 1988, voce *Titoli di credito*, n. 29; Cass., 29 luglio 1975, n. 2942, *FI*, Rep. 1975, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 7; in sede di merito: Trib. Roma, 15 maggio 1981, *TR*, 1981, 473.

⁴⁴ Cass., 6 giugno 1962, n. 1359, *FI*, Rep. 1962, voce *Titoli di credito*, n. 62.

⁴⁵ Cass., 8 marzo 2002, n. 3429, *FI*, Rep. 2003, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 15.

L'applicazione della relativa disciplina normativa⁴⁶, ad eccezione delle disposizioni con l'avallo stesso incompatibili⁴⁷.

⁴⁶ Il principio è stato applicato con riferimento all'art. 1949 che, nel richiamare il più generale principio sancito dal precedente art. 1203, n. 3, prevede «la surrogazione del fideiussore che ha pagato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore» (v. *infra*, cap. VI, n. 1): Cass., 7 maggio 1998, n. 4618, *BBTC*, 2000, II, 118, n. LA SALA. Per l'applicabilità dell'art. 1953, Cass., 11 settembre 1953, n. 3026, *FI*, 1954, I, 592 (in motivazione); Trib. Genova, 10 agosto 1953, *ibid.*, 293. In dottrina, in senso conforme, MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, cit., 346; TEDESCHI, voce *Cambiale*, *Digesto/comm.*, Torino, 1987, II, 403; ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., 284; ASCARELLI e BONASI BENUCCI, voce *La cambiale*, *Novissimo digesto*, II, Torino, 1958, 721; *contra*, CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 422; ROSSI, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, cit., 58, il quale osserva, che «per il principio generale del diritto cambiario, l'avallante ha azione contro l'avallato solo dopo aver pagato la cambiale e ogni limite a questa regola non può avere alcun riflesso cambiario, mentre l'astrattezza ed autonomia dell'obbligazione cambiaria di avallo risulterebbe illogica ove la sua stessa efficacia dovesse dipendere da rapporti interni fra avallante ed avallato, cui è estraneo il possessore del titolo». Più di recente, Trib. Napoli, 1° dicembre 1995, *BBTC*, 1996, II, 652, ha ritenuto applicabile anche all'avallo la disciplina dell'art. 1953, consentendo all'avallante, anche prima di aver pagato, di agire contro l'avallato affinché questi presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, qualora ricorrano le ipotesi in detto articolo previste.

⁴⁷ Per un'ipotesi di incompatibilità: Cass., 23 marzo 1994, n. 2782, *FI*, 1994, I, 3070: la previsione normativa in tema di scadenza dell'obbligazione principale nella fideiussione di cui all'art. 1957 è inapplicabile all'avallo cambiario per il principio dell'autonomia e dell'astrattezza che regola l'obbligazione dell'avallante. In precedenza, Cass., 10 febbraio 1977, n. 595, *FI*, Rep. 1977, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 18 (la sentenza, inedita, motiva l'inapplicabilità dell'art. 1957 all'avallo sottolineando, tra l'altro, l'inconciliabilità del termine semestrale di decadenza stabilito dalla citata norma con quello di prescrizione cambiaria vigente anche nei confronti dell'avallante); Cass., 22 giugno 1966, n. 1599, *FI*, Rep. 1968, voce *Titoli di credito*, n. 49 (in un *obiter dictum*, cui s'è dato erroneamente rilievo decisivo con la massimazione, il Supremo collegio si esprime chiaramente per la inapplicabilità della norma in oggetto, adombrando anche la totale incompatibilità con l'avallo delle norme sulla fideiussione); Cass., 22 aprile 1963, n. 1031, *FI*, 1963, I, 1718 (che, in tema di effetti nei confronti dell'avallato degli atti interruttivi della prescrizione tra creditore ed avallante, ha affermato in motivazione l'inapplicabilità della norma quale ulteriore esempio di differenziazione tra avallo e fideiussione); App. Napoli, 3 dicembre 1962, *FI*, Rep. 1963, voce cit., n. 36 (la sentenza esclude l'applicabilità della norma in oggetto perché essa, in quanto fondata sul principio di accessorietà sostanziale dell'obbligazione fideiussoria, risulta incompatibile con l'autonomia dell'obbligazione d'avallo, nonché in contrasto con la durata dell'azione contro l'avallante, che la legge sulla cambiale parifica a quella dell'azione contro tutti gli altri obbligati cambiari); Cass., 24 agosto 1962, n. 2646, *FI*, 1962, I, 2167 (nella sentenza è affermata, in modo non del tutto congruo, l'inapplicabilità dell'art. 1957 all'avallo, mentre il problema ineriva all'interpretazione dell'articolo stesso, certamente applicabile trattandosi di una fideiussione: la fattispecie riguardava, infatti, la diversa ipotesi di una fideiussione rilasciata a garanzia del pagamento di una cambiale, a sua volta avallata, e alla tempestiva azione del creditore solo nei confronti dell'emittente e non anche dell'avallante). La dottrina appare concorde con la giurisprudenza di legittimità: VERNACCI DI FOSSOMBRONE, *RDCo*, 1956, II, 31 (nota a Cass., 21 settembre 1955, n. 2595, *FI*, 1956, I, 22) che sottolinea l'estraneità dell'onere di cui all'art. 1957 alla legge cambiaria in quanto esso investe un apprezzamento che, come tale, è inconcepibile per il carattere obiettivo e tassativo del procedimento cambiario, nel quale il termine è fatale per definizione; TEDESCHI, voce *Cambiale*, cit., 403; PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., 407; CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 423; FRAGALI, *Il richiamo a norme dell'avallo nel regolamento convenzionale della fideiussione*, *BBTC*, 1967, I, 317; ROSSI, *L'avallo*, cit., 62; ASCARELLI e BONASI BENUCCI, *La cambiale*, cit., 721. Di diverso avviso, ANGELONI, *La*

Infine, facendo leva sul diverso modo in cui il principio di solidarietà opera, la dottrina più tradizionale, pur definendo l'avallo una forma di fideiussione *sui generis*, rileva, tuttavia, la distinzione tra avallo e fideiussione osservando che l'obbligazione fideiussoria, applicata anche al caso di obbligazione solidaria come la cambiale, determina solidarietà soltanto tra il fideiussore e quello tra i diversi debitori garantito; diversamente dall'avallo che stabilisce solidarietà tra i sottoscrittori della cambiale e l'avallante, salva diversa pattuizione⁴⁸.

5. La delegazione.

Spiccate affinità, all'origine dei dubbi sulla qualificazione possono scorgersi, in relazione alle circostanze del caso concreto, anche con la figura della delegazione, in particolare con la delegazione di pagamento, che vede il delegante quale debitore (principale), delegatario il creditore e delegato il terzo (fideiussore), senza che il procedimento delegatorio comporti, di per sé, novazione o successione nel debito, a meno che il creditore dichiari di liberare il debitore delegante (artt. 1268, nonché 1274)⁴⁹.

Il delegato, a sua volta, assume la qualità di coobbligato solidale nei confronti del delegatario-creditore per effetto di una promessa unilaterale, che può essere

cambiale, cit., 285, per il quale l'art. 1957 non contrasta con alcuna norma particolare del diritto cambiario. È stata altresì esclusa l'applicabilità dell'art. 1956: Cass., 8 giugno 1976, n. 2090, *FI*, 1977, I, 154, sia in base al carattere peculiare dell'avallo, idoneo a costituire, a differenza della fideiussione, un vincolo esente da ogni nesso con quello assunto dall'avallato, sia perché l'obbligazione cambiaria non può mai considerarsi come futura. Infine, relativamente all'applicabilità dell'art. 1955, v. Cass., 8 giugno 1976, n. 2090, cit. (in un *obiter dictum* la Suprema Corte afferma che, per potersi applicare la sanzione prevista, occorre che il creditore con il suo comportamento abbia causato al garante un danno giuridico e non meramente economico-materiale); Cass., 14 aprile 1969, n. 1181, *FI*, Rep. 1969, voce *Titoli di credito*, n. 89 (che ne afferma la compatibilità con il carattere autonomo ed astratto dell'avallo). In dottrina, in tal senso, v. MARTORANO, *Lineamenti generali*, cit., 346; TEDESCHI, voce *Cambiale*, cit., 403; ASCARELLI e BONASI BENUCCI, voce *La cambiale*, cit., 722; *contra*, CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria*, cit., 424; ROSSI, *L'avallo*, cit., 55, in virtù della specifica struttura della fideiussione.

⁴⁸ Sull'avallo come una forma di fideiussione *sui generis*, v. BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *La fideiussione*, cit., n. 920, p. 445, e n. 1198, p. 577; MASSÉ, *Le droit commercial*, t. VI, n. 340, Paris, 1847 (così richiamati da CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 166, nt. 2). Nondimeno, per stabilire se l'avallo costituisce o meno una fideiussione, si deve considerare sia il suo contenuto nei rapporti tra avallante e avallato, tra avallante e possessore della cambiale e la sua natura cambiaria, cfr. VIVANTE, *Trattato di diritto comm.*, IV, cit., 124 ss., il quale tuttavia evidenzia anche i principi comuni ad entrambi ovvero: *a*) lo scopo economico e giuridico; *b*) i limiti dell'obbligazione assunti dall'avallante, nel senso che l'avallo non può superare la somma dovuta dalla persona avallata; *c*) l'avallante, infine come il fideiussore, può surrogarsi nei diritti del possessore contro la persona avallata e contro gli obbligati anteriori; *d*) può esercitare il diritto di rimborso della somma corrisposta, compresi gli interessi e le spese.

⁴⁹ Secondo CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 148 s., tra delegazione e fideiussione sussiste comunque una differenza perché il "delegato non è tenuto a pagare un *debito altrui*, ma bensì un debito proprio, mentre il fideiussore è sempre tenuto a pagare un debito altrui, benché assuma l'obbligazione fideiussoria *nomine proprio*" [corsivo dell'A.].

rappresentata dalla “lettera di fideiussione”⁵⁰. In tal caso, dalla qualificazione trilaterale del rapporto e dalla consequenziale interdipendenza delle posizioni delle parti deriva, sul piano processuale, la necessità del litisconsorzio (con la conseguente legittimazione passiva *ad processum* del creditore).

Secondo la dottrina più tradizionale, la figura della fideiussione non andrebbe confusa con la delegazione passiva, distinta in delegazione passiva perfetta ed imperfetta. La prima ipotesi ricorre quando, verificatasi la novazione, il delegante è liberato dal creditore, il quale non può esercitare un’azione di regresso verso il delegante se il delegato è insolvente, salvo che non vi sia una riserva espressa o che il delegante fosse già in stato di insolvenza al momento della delegazione.

La seconda si verificherebbe invece se, in assenza di novazione, il creditore non ha manifestato espressamente la volontà di liberare il delegante debitore. In tal caso, il creditore potrebbe esigere la prestazione originaria ed agire anche nei confronti del delegato nella misura consentita dalla delegazione⁵¹.

6. L’espromissione.

Astrattamente confinante anch’essa con la fideiussione è poi l’espromissione, disciplinata dall’art. 1272⁵², la cui differenza più significativa rispetto al contratto in esame va colta nella permanenza dell’unico rapporto obbligatorio, arricchito per il creditore dall’intervento dell’espromittente ovvero modificato dal lato passivo (ove il creditore dichiara di liberare l’originario debitore) e nell’irrelevanza dell’eventuale volontà dell’espromittente di garantire il debito altrui⁵³.

⁵⁰ Cass., 10 febbraio 1990, n. 975, *FI*, Rep. 1990, voce *Obbligazioni in genere*, n. 36.

⁵¹ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 149, il quale osserva che, sia nel caso di delegazione passiva perfetta, sia in quella imperfetta, ricorre la distinzione tra delegazione e fideiussione, perché “quando il debitore delega il proprio credito presentando in sua sostituzione un altro debitore, questi, che è il delegato, non è tenuto a pagare un debito altrui, ma bensì un debito proprio, mentre il fideiussore è sempre tenuto a pagare un debito altrui, benché assuma l’obbligazione fideiussoria *nomine proprio*”.

⁵² Per riferimenti, sul problema dell’affinità fra le figure, TOMASSETTI, *L’assunzione del debito altrui*, Milano, 2001; ID., *Assunzione unilaterale ed espromissione ex lege*, *RTDPC*, 1997, 27; ROLLI, *L’espromissione e la liberazione del debitore originario*, Padova, 1995; ritornata sul tema, per un’opportuna rassegna giurisprudenziale, ID., *L’assunzione del debito altrui nelle recenti applicazioni giurisprudenziali*, *CI*, 2005, 50; GIACOBBE G. e GIACOBBE D., *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992; MANCINI, voce *Espromissione*, *Digesto/civ.*, VIII, Torino, 1992, 1; CICALA, *Espromissione*, *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989. Nella dottrina più risalente, DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri di interpretazione*, *RDCo*, 1961, II, 490; nonché, sotto il codice precedente, CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 150, il quale sottolinea la distinzione tra i due istituti, perché nella promessa del fatto del terzo, colui il quale si vincola in questo modo non assume un’obbligazione accessoria, ma un’obbligazione principale, in virtù della quale “il creditore non può tuttavia esigere da lui l’esecuzione dell’obbligo incombente al terzo, se questi non l’eseguisse; ma ha soltanto diritto a una *indennità* verso colui che si è obbligato o che ha promesso la ratifica del terzo (garanzia *de rato*), se questi ricusa di adempiere l’obbligazione” [corsivo dell’A.].

⁵³ Cass., 24 marzo 1979, n. 1715, *FI*, Rep. 1979, voce *Obbligazioni in genere*, n. 52, per cui il criterio discrezionale tra l’espromissione e la fideiussione, secondo la previsione, rispettivamente, degli

Quest'ultima finalità è, al contrario, caratterizzante sul piano causale nella fideiussione (v. *infra*, cap. IV, n. 3.1), così come costituisce un dato strutturale il sorgere di un nuovo rapporto obbligatorio fra il creditore e chi assume l'obbligo di adempiere in via aggiuntiva rispetto al debitore⁵⁴.

7. *L'accollo e l'assunzione cumulativa del debito a scopo di garanzia.*

Sempre nell'ambito delle figure della disciplina generale delle obbligazioni relative alle modificazioni soggettive dell'obbligazione dal lato passivo, qualche affinità può ravvisarsi anche tra la fideiussione e l'accollo, consistente nell'accordo tra debitore originario (accollato) e terzo (accollante) avente come oggetto l'assunzione del debito del primo, generalmente ricondotto allo schema del contratto a favore di terzo (di cui all'art. 1411, per affinità della posizione del creditore, la cui adesione è strutturalmente e funzionalmente equiparata alla «dichiarazione di volerne profittare»); si ritiene, in giurisprudenza, che l'accollo costituisca un negozio giuridico con una finalità autonoma e, quindi, una causa a sé stante distinta da quella del rapporto fondamentale e, in questo senso, nulla impedisce che, almeno in linea di principio, la causa sia quella della garanzia⁵⁵.

Secondo le definizioni teoriche correnti, a seconda che il creditore aderisca o no, l'accollo è indicato come esterno o interno. In quest'ultimo o "semplice" (non previsto espressamente dal codice, ma perfettamente ammissibile nell'esercizio dell'autonomia privata, ove gli interessi sottesi siano meritevoli di tutela) l'accoll-

artt. 1272 e 1936, va ravvisato nel fatto che, nella prima si verifica per l'intervento dell'espromittente un mero arricchimento, o mutamento dal lato passivo (ove il creditore dichiara di liberare l'originario debitore), di un rapporto obbligatorio che resta unico, e rispetto al quale è irrilevante la sussistenza o meno del proposito dell'espromittente di garantire il debito altrui, nella seconda, invece, essenziale e caratterizzante è il sorgere di un nuovo rapporto obbligatorio fra creditore e fideiussore, in posizione accessoria rispetto a quello preesistente, nonché la finalità di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui, quale causa negoziale giustificativa della costituzione del nuovo rapporto.

⁵⁴ Cass., 20 febbraio 1982, n. 1081, *FI*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 200, secondo la quale nell'espromissione, prevista dall'art. 1272, si verifica, per l'intervento dell'espromittente, un mero arricchimento, nel senso del suo coinvolgimento in via solidale con l'originario debitore (o un mutamento dal lato passivo, ove il creditore dichiara di liberare l'originario debitore) in un rapporto obbligatorio, che resta comunque unico e rispetto al quale è irrilevante, estranea la sussistenza o meno del proposito dell'espromittente di garantire il debito altrui, sicché nel caso in cui taluno si limita a promettere che altri adempia ad un'obbligazione da questi già validamente assunta, si è in presenza di una fideiussione e non di una espromissione. Fra i precedenti, si può segnalare Cass., 27 ottobre 1965, n. 2267, *FI*, 1966, I, 443, aveva affrontato il tema, decidendo per la qualificazione in termini di fideiussione (e non di espromissione che presuppone la sussistenza di una obbligazione altrui) della garanzia prestata dal terzo, a richiesta del venditore e prima del perfezionamento del contratto di vendita, in relazione al puntuale pagamento del prezzo da parte del compratore.

⁵⁵ Cfr. Cass., 27 gennaio 1992, n. 861, *FI*, Rep. 1992, voce *Obbligazioni in genere*, n. 51, con la conseguenza che, se un terzo ha assunto il debito altrui e il creditore ha acconsentito alla liberazione del debitore originario, è irrilevante nei rapporti fra questo e il creditore il titolo in base al quale il terzo si sia obbligato verso il creditore.

lante non assume alcuna obbligazione verso il creditore, il quale non può quindi pretendere l'adempimento da lui, con la conseguenza che la convenzione di accollo può essere modificata o revocata in qualsiasi momento dalle parti che l'hanno stipulata, mentre l'accollante risponde dell'inadempimento nei confronti dell'accollato e non pure del creditore, che rimane terzo estraneo all'accollo⁵⁶. In base all'art. 1411, invece, l'accollo esterno si perfeziona con l'accordo tra accollato ed accollante, mentre l'adesione del creditore è considerata alla stregua di un elemento ulteriore (ed eventuale) che determina l'estensione (al creditore stesso) degli effetti dell'accordo; pur essendo perfetto e produttivo di effetti indipendentemente dall'adesione del creditore, è solo con quest'ultima a che l'accollo diventa irrevocabile e genera obbligazioni verso il creditore⁵⁷.

L'accollo esterno può essere di due tipi: liberatorio, se il creditore, manifestando la propria adesione, dichiara di liberare l'accollato, e cumulativo nel caso opposto; con la conseguenza che, nel primo caso, l'obbligazione si trasferisce all'accollante, mentre nel secondo rimane anche a carico dell'accollato⁵⁸. L'adesione del creditore, pertanto, non è sufficiente a liberare l'accollato, essendo a questo fine richiesta un'espressa manifestazione di volontà del creditore o, per lo meno, una specifica previsione della convenzione di accollo⁵⁹. L'accollo cumulativo costituisce, dunque, la fattispecie legale prevista dall'ordinamento e l'acquisto di un altro creditore, in aggiunta a quello originario, rappresenta l'effetto naturale del negozio, derogabile soltanto mediante manifestazione di volontà del creditore⁶⁰.

⁵⁶ Giurisprudenza costante: Cass., 11 aprile 2000, n. 4604, *FI*, Rep. 2000, voce *Obbligazioni in genere*, nn. 57 s.; Cass., 27 gennaio 1997, n. 821, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 55; Cass., 26 agosto 1997, n. 8044, *ibid.*, n. 53; Cass., 1° agosto 1996, n. 6936, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 44; in epoca precedente, Cass., 17 dicembre 1984, n. 6612, *id.*, Rep. 1984, voce cit., n. 48; più di recente, Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, *FI*, 2004, I, 3405 e *CorG*, 2004, 1173, n. PALMA, in una particolare fattispecie, decisa grazie al principio secondo il quale, nell'accollo cumulativo, il creditore può rivolgersi all'accollato solo dopo aver chiesto l'adempimento all'accollante (senza essere, tuttavia, tenuto ad escuterlo), e a condizione che tale richiesta sia risultata infruttuosa.

⁵⁷ Cass., 19 novembre 1994, n. 9835, *FI*, Rep. 1994, voce *Obbligazioni in genere*, n. 35, ove si afferma che l'effetto liberatorio del debitore può derivare anche da un comportamento concludente del creditore; Cass., 27 gennaio 1992, n. 861, cit.; Cass., 21 agosto 1985, n. 4469, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 41; Cass., 19 agosto 1983, n. 5403, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 48, che nega la possibilità di desumere la liberazione del debitore originario da un comportamento tacito del creditore.

⁵⁸ Cass., 11 aprile 2000, n. 4604, *FI*, Rep. 2000, voce *Obbligazioni in genere*, n. 57.

⁵⁹ Secondo la giurisprudenza già richiamata: ad esempio, Cass., 21 agosto 1985, n. 4469, cit.

⁶⁰ Si ricorderà che, secondo Cass., 5 luglio 2001, n. 9094, *FI*, 2003, I, 1241, l'obbligazione dell'originario debitore rivive non solo quando la nuova obbligazione è invalida, ma anche in caso di risoluzione del negozio di accollo. Si pone, pertanto, la questione – rilevante nel trattare le affinità e le divergenze rispetto alla fideiussione – della responsabilità del debitore originario (in caso, s'è appena detto, di invalidità o di risoluzione del negozio di accollo), che dovrebbe ricollegarsi non alla causa originaria del debito, e dunque non potrebbe correttamente discorrersi di "reviviscenza", ma ad un titolo nuovo e diverso da quello originario: il debitore, all'atto dell'adesione liberatoria diventerebbe, in sostanza, fideiussore dell'accollante (ove la nuova obbligazione si riveli invalida o in caso di insolvenza di quest'ultimo, così RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 132). Ma questa ricostruzione dogmatica non è stata unanimemente condivisa (cfr. BOZZI, *La fideiussione, le figure affini*, cit., 205; FRAGALI, *Fideius-*

Se questa è, in estrema sintesi, la configurazione giuridica dell'accollo nella disciplina generale delle obbligazioni, appaiono abbastanza chiare, tanto le differenze, che si colgono essenzialmente sul piano strutturale, con la fattispecie negoziale in esame (può essere sufficiente pensare alle parti dell'accordo, accollante e accollato, con l'estraneità del creditore, parte necessaria nella struttura della fideiussione) quanto le affinità, che invece possono essere cercate sul diverso piano funzionale⁶¹. Si comprende allora come, ragionando esclusivamente in base alla funzione concretamente svolta dagli istituti, e non in ragione delle caratteristiche strutturali che ne giustificano la collocazione all'interno del codice civile, l'assunzione cumulativa del debito altrui possa essere stata considerata in chiave di armonizzazione europea delle regole relative alle garanzie personali, nel momento in cui lo scopo di garanzia caratterizzi una delle tre ipotesi normative che, almeno nel nostro ordinamento, sono classificate come modificazioni dell'obbligazione dal lato passivo,

sione, cit., 350). In sostanza, la posizione del fideiussore e quella dell'«accollato-fideiussore» sarebbero diverse dal punto di vista causale (nel primo caso si garantisce personalmente l'altrui obbligazione rafforzando il diritto del creditore a conseguire la prestazione; nel secondo, invece, vi sarebbe la sostituzione dell'accollante, a parte il fatto che l'«accollato-fideiussore» pagherebbe per un debito che nasceva come proprio. Inoltre, il fideiussore, dopo avere pagato, si surroga nei diritti che il creditore aveva nei confronti del debitore (*ex art. 1949, v. infra*, cap. VI, n. 1) e potrebbe esercitare l'azione di regresso contro il debitore principale (*infra*, cap. VI, n. 2). Nella fattispecie, invece, di cui all'art. 1276 l'«accollato-fideiussore», non potrebbe surrogarsi nei diritti del creditore verso l'accollante o esercitare l'azione di regresso nei confronti dell'accollante. Si aggiunga che la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa, mentre nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1276, al contrario, l'obbligazione di pagamento dell'accollato 'rivive' indipendentemente da qualsiasi manifestazione di volontà.

⁶¹ Si è appena avuto modo di osservare, con l'esame delle affinità fra le diverse figure, come l'assunzione di un debito altrui si possa conseguire mediante la delegazione cumulativa e l'espromissione cumulativa; il riferimento all'accollo cumulativo è, dunque, in linea con la panoramica sulle figure affini alla fideiussione, o più in generale, alla garanzia personale accessoria: per gli effetti prodotti e per la *ratio* sottesa a tali istituti, questi esprimono senza dubbio somiglianze con la garanzia personale accessoria. Fra i tanti, in argomento: CASELLA, *Le garanzie personali in Italia*, cit., 260; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 971; sulla difficoltà di distinguere tali istituti dalla garanzia personale accessoria, autorevolmente, RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 168; ID., voce *Delegazione* (diritto civile), *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 952; ma v. anche MANCINI, *La delegazione*, cit., 483 ss.; CECI, *La contrattualità dell'espromissione cumulativa*, *RassDC*, 1989, 292; RODOTÀ, voce *Espromissione*, *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 787; CAMPOBASSO, voce *Accollo*, *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 5. La fase esecutiva, per così dire, dell'accordo sembra avvicinare l'accollo alla fideiussione. Si veda, ad esempio, Cass., 29 aprile 1981, n. 2621, *FI*, Rep. 1981, voce *Obbligazioni in genere*, n. 47, secondo cui il pagamento del debito altrui (e dunque l'effetto dell'accollo) non è ravvisabile ove tale pagamento avvenga per conto del soggetto originariamente obbligato e non *nomine proprio*.

Si è pure sostenuto che l'accollo cumulativo considerato come forma di garanzia sarebbe in crisi, in quanto la responsabilità dell'originale debitore è meramente sussidiaria: CICALA, voce *Accollo*, *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 288 s.; nella stessa direzione sembra muoversi la giurisprudenza che, analizzando la causa e la struttura legale dell'accollo, esclude l'assimilazione dell'accollo alla stregua della garanzia personale accessoria (Cass., 5 marzo 1973, n. 609, *GC*, 1973, I, 937; Cass., 20 febbraio 1982, n. 1081, *FI*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 200). Secondo altra dottrina, la qualificazione dell'accollo cumulativo in termini di garanzia personale accessoria dipenderebbe anche dal carattere gratuito o meno dell'accollo cumulativo: v. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri di interpretazione*, cit., 497.

potendosi immaginare del resto anche l'accollo di debiti futuri (ciò che accade normalmente con la fideiussione per obbligazioni future, *infra*, cap. IV, n. 5.1)⁶².

In assenza così di una disciplina *ad hoc* nel nostro come in altri ordinamenti europei, nel già menzionato Progetto Drobniġ per la disciplina comune europea delle garanzie personali (*supra*, cap. I, n. 5) si menziona anche la fattispecie dell'assunzione cumulativa del debito a scopo di garanzia, la cui disciplina è prevista nell'art. 1:106, fra le regole generali (comuni alle garanzie accessorie e autonome), mentre la fattispecie è richiamata anche nelle regole in ambito di tutela del consumatore (art 4:102, 2), non mancando il riferimento, per l'applicazione in via sussidiaria, alle regole sulla pluralità dei debitori contenute nei PECL (capitolo 10, sezione I).

Il primo interrogativo attiene al campo di applicazione di tale istituto, che esprimerebbe una fattispecie giuridica autonoma all'interno delle garanzie personali (non senza referenti normativi affini nei diversi ordinamenti, come s'è appena visto per il diritto italiano) e ciò sembra giustificare la sua collocazione sistematica nell'ambito delle regole generali previste nel Progetto Drobniġ, tanto più che le questioni più rilevanti sono legate alle vicende del rapporto obbligatorio che si instaura con l'ulteriore debitore (affiancato a quello principale). Più precisamente, figurano tre fattispecie generali che possono così delinearci. Secondo la prima – che meglio risponde alla figura del condebitore a scopo di garanzia – il creditore e il terzo prevedono che quest'ultimo assuma la veste di coobbligato. Una seconda ipotesi si delinea in presenza di un accordo tra il debitore originario e il terzo, secondo il quale quest'ultimo dovrebbe diventare un debitore "aggiuntivo" a scopo di garanzia, favorendo in tal senso la posizione del creditore. In base a tale patto, il creditore potrà pretendere la prestazione anche dal nuovo debitore. Diverso è il caso allorché il debitore si obblighi con un terzo, poiché quest'ultimo dovrebbe assumere l'obbligazione del debitore liberandolo; questo tipo di accordo non vincola il creditore, salvo espresso consenso da parte di quest'ultimo. Se il creditore acconsente, l'intesa realizza la sostituzione del primo con un nuovo debitore (ossia un terzo che assume la posizione di nuovo debitore e non del condebitore)⁶³.

⁶² In giurisprudenza, si veda, ad esempio, Cass., 23 settembre 1994, n. 7831, *CorG*, 1995, 330, n. CARINGELLA, nel caso di una convenzione con la quale un ente creditizio, in corrispettivo della cessione di tutte le attività mobiliari ed immobiliari di altra banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, si accollì anche i debiti che dovessero sorgere per effetto delle domande di revocatoria fallimentare, *ex art. 67 l. fall.*, proposte da terzi debitori della banca ceduta, prospetta non già una promessa o negozio preliminare di accollo, bensì un accollo esterno di debito futuro, ad oggetto determinabile, posto che sono identificabili, all'atto della stipula della convenzione, gli eventuali debiti e i rispettivi creditori (risultanti dalle scritture contabili della banca ceduta), con conseguente legittimazione passiva dell'azienda di credito cessionaria anche nelle indicate azioni revocatorie fallimentari. Nel diverso caso della convenzione con la quale un soggetto si impegna ad assumere i futuri eventuali debiti altrui, qualificato come negozio preliminare di accollo, in cui la prestazione dedotta è rappresentata dall'obbligo di accollarsi il debito, laddove l'accollo effettivo costituisce esecuzione della prestazione stessa, v. Cass., 8 settembre 1988, n. 5102, *FI*, Rep. 1988, voce *Obbligazioni in genere*, n. 67. In dottrina, MARUCCI, *Accollo di debiti futuri: funzione di finanziamento e vicenda novativa*, *RassDC*, 1997, 535.

⁶³ Sulla qualificazione giuridica di tale figura negli altri ordinamenti, si registrano diversi orientamenti. Per esempio nei Paesi Bassi, il condebitore a scopo di garanzia e la garanzia personale accessoria

Nell'assunzione cumulativa del debito a scopo di garanzia un condebitore agisce quale garante se si obbliga prevalentemente a scopo di garanzia nei confronti del creditore⁶⁴. Tale definizione implica una precisazione di ordine sistematico in base al quale la figura del condebitore a scopo di garanzia non deve confondersi con quella di condebitore "comune", sicché è forse opportuno rifarsi all'espressione più neutra della lingua inglese, di *co-debtor*. In particolar modo, vi sono ordinamenti che tendono a distinguere nettamente le due posizioni in base all'interesse che il condebitore ossia il *co-debtor*, la cui posizione è qui in discussione, vanta nel conseguire un determinato vantaggio economico che l'originario debitore cerca di realizzare assumendo determinate obbligazioni nei confronti del creditore⁶⁵.

Non appare semplice distinguere tra le due nozioni, soprattutto se si considera che alcuni sistemi giuridici intendono il concetto di *co-debtor* in senso lato, riferendosi in modo indistinto sia all'originario che successivo condebitore⁶⁶. Diversamente, per i sistemi giuridici maggiormente influenzati dal modello romano, si distingue tra debitore originario e subentrante nel rapporto obbligatorio, ciò che, per le modalità di svolgimento della sostituzione del soggetto passivo nel rapporto obbligatorio, realizzerebbe una forma di "delegazione imperfetta"⁶⁷.

sono strettamente connesse: cfr. art. 7:850 par. 3 BW; in Danimarca, il *Geldsbrevsloven*, § 2, in tema di pluralità dei debitori, afferma che un soggetto che assume un'obbligazione verso un creditore al fine di garantire l'obbligazione del debitore non è un debitore "aggiunto", ma un garante: cfr. USSING, *Kaution*, cit., 12 s. Per il diritto francese la successiva assunzione cumulativa del debito rappresenta una garanzia personale indipendente, se il nuovo debitore si obbliga a pagare una determinata somma (MALAURIE e AYNÈS/AYNÈS-CROCQ, *Les sûretés*, cit., 324; LARROUMET/FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, cit., no. 326; CABRILLAC-MOULY, *Droit des sûretés*, cit., nn. 473 s.; SIMLER, *Cautionnement*, cit., no. 897). In Germania, invece l'assunzione (successiva) cumulativa del debito a scopo di garanzia del debito è uno dei mezzi per la concessione di garanzia, senza rientrare necessariamente né nel modello della garanzia personale accessoria, né in quello della garanzia autonoma (REINICKE-TIEDTKE, *Kreditsicherung*, cit., 14; non è mancato, peraltro, chi ha sostenuto che tale istituto presenterebbe caratteristiche comuni alle garanzie personali, tanto accessorie quanto autonome: SCHÜRNBAND, *Der Schuldbeitritt*, cit., 194 s.; MADAUS, *Der Schuldbeitritt*, cit., 327 s.).

⁶⁴ Definizione contenuta nell'art. 1:101 lett. (e), PEL/Drobnig, cit., 112.

⁶⁵ Osservando l'atteggiarsi dei diversi ordinamenti europei in materia, si nota che, nel diritto portoghese, ad esempio, la qualificazione dell'accollo cumulativo come garanzia personale accessoria è determinata dalla portata dell'interesse personale del nuovo debitore nell'obbligazione rispetto alla posizione dell'originario debitore (STJ 6 maggio 2004, n. 2294/03; STJ 12 dicembre 1995, n. 813/93: www.dgsi.pt), mentre nel diritto francese, l'accollo cumulativo è il frutto della qualificazione di una forma di pagamento, considerata garanzia se le parti si accordano e il nuovo debitore non ha un interesse nell'esecuzione dell'obbligazione verso il creditore (cfr. MALAURIE e AYNÈS/AYNÈS-CROCQ, *Les sûretés*, cit., n. 323; CABRILLAC/MOULY, *Droit des sûretés*, cit., n. 473-3: si discorre di «*délégation-sûreté*»; contra, BILLIAU, *La délégation de créance*, cit., n. 7).

⁶⁶ In questo senso, si veda la risposta dell'ordinamento austriaco, tedesco e, recentemente, anche quello dei Paesi Bassi.

⁶⁷ L'espressione è quella ricorrente in Francia. La ricostruzione della posizione del *co-debtor* a scopo di garanzia pone, naturalmente, anche il problema della qualificazione della sua responsabilità, costituendo materia di dibattito l'interrogativo se il *co-debtor* sia responsabile solidalmente o sussidiariamente rispetto al garante, secondo una tendenza (quest'ultima) comune a diversi orientamenti. Si considerino le discipline vigenti in Belgio, Francia e Lussemburgo, dove la responsabilità di un condebitore

La collocazione sistematica di tale istituto, e soprattutto il rinvio alle regole generali [in cui si prevede all'art. 1:102 (1) (c) che le disposizioni generali si applicano anche all'assunzione cumulativa del debito a scopo di garanzia], sembrano giustificarsi s'è detto sotto il profilo funzionale, presentando alcune caratteristiche proprie della *personal security* e soprattutto in virtù dell'interesse personale che il condebitore può avere nell'accollarsi il debito a scopo di garanzia⁶⁸. D'altronde, se in aggiunta al debitore originale, un altro soggetto assume l'obbligazione corrispondente verso il creditore al fine di garantire l'obbligazione del debitore princi-

responsabile in via solidale è diversa dalla responsabilità sussidiaria del garante. La giurisprudenza francese sembra ribadire il principio secondo il quale se il condebitore non ha un interesse personale nell'esecuzione della prestazione rimane responsabile verso il creditore alla stregua di un semplice condebitore (Cass. civ., 21 luglio 1987, *Bull. civ.*, 1987, I, n. 249, 182; Cass. civ., 22 maggio 1991, *Bull. civ.*, 1991, n. 162, 107; SIMLER, *Cautionnement*, cit., 27). Nei rapporti interni tra gli altri condebitori e il condebitore responsabile in via solidale, che non ha un interesse personale nell'esecuzione del contratto, quest'ultimo è considerato come un garante accessorio (così in Belgio, Francia, Lussemburgo: art. 1216; in dottrina, cfr. SIMLER, *Cautionnement*, cit., n. 27). In Germania e in Austria il condebitore a scopo di garanzia è responsabile in via solidale con altri condebitori (tuttavia, *contra*, BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, cit., n. 15, il quale affronta anche la questione del condebitore consumatore; cfr. MÜNCHKOMM/HABERSACK, *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., n. 15 *Vorbem. zu § 765*), con specifiche conseguenze in tema di opponibilità di eccezioni (per la dottrina tedesca: BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, cit., n. 1603; in Austria: BYDLINSKI, *Die Kreditbürgschaft im Spiegel*, cit., 28). In Grecia, infine, in caso di ingresso di un nuovo debitore nella posizione dell'originario debitore, la sua obbligazione non ha carattere accessorio rispetto all'obbligazione dell'iniziale debitore (cfr. GEORGIADES, *I exasfalisi ton pistoseon*, cit., 7, n. 57/59; THEODOROPOULOS, *I eggyisis kata ton isxionta AK*, cit., 58).

⁶⁸ Nel commento all'articolo 1:106 si legge, infatti, che "there is no co-debtorship for security purposes unless of the debtors obliges itself 'primarily' for purposes of security to the creditor. [...] this depends upon the interpretation of the credit agreement in light of all the circumstances", nel volume PEL/Drobnig, cit., 149. In ordine ai criteri per verificare se il co-debitore si è obbligato a scopo di garanzia, in Inghilterra si può procedere mediante un accordo espresso con il quale uno dei debitori assume il ruolo di garante (GOODE, *Commercial Law*, cit., 800; O'DONOVAN/PHILLIPS, *The Modern Contract of Guarantee*, cit., n. 1-29). Tale accordo produce i suoi effetti tra le parti sin dall'inizio (cfr. HALSBURY/SALTER, *Guarantess and Indemnity*, cit., § 103), mentre nei confronti del creditore, opererà quando quest'ultimo ne verrà a conoscenza: cfr. *Rouse v. Bradford Banking Co* [1894] AC 586 (HL); *Goldfarb v. Bartlett* [1920] 1 KB 639; in Francia la giurisprudenza si è interrogata se tale strumento realizzi una responsabilità solidale o costituisca una garanzia personale accessoria (Trib. Lons-le-Saulnier 10 novembre 1997, *Contrats, concurrence et consommation*, 1998, n. 64; Cass. civ., 22 giugno 1982, *Bull. civ.*, 1982, I, n. 233, 199; Cass. civ., 17 novembre 1999, *JCP*, 2000, IV, n. 1002; Cass. civ., 10 dicembre 1991, *Bull. civ.*, 1991, I, n. 347, 227). In mancanza invece di un espresso accordo, il requisito adottato per tipizzare la fattispecie è il personale interesse del co-debitore a vincolarsi a scopo di garanzia nei confronti del creditore. In questo senso sembra orientarsi la giurisprudenza in Belgio, Francia e Lussemburgo (più precisamente, per il diritto francese: Cass. civ., 21 luglio 1987, *Bull. civ.*, 1987, I, n. 249, 182; Cass. civ., 22 maggio 1991, *Bull. civ.*, 1991, I, n. 162, 107; in dottrina, cfr. SIMLER, *Cautionnement*, cit., n. 28, il quale afferma: "co-débiteur non est intéressé à la dette"); ad analoghi risultati approdano l'ordinamento tedesco e quello austriaco (BGH 14 novembre 2000, *BGHZ*, 146, 37, 41 s.; BGH 4 dicembre 2001, *NJW* 2002, 744); in Austria, il criterio utilizzato è l'interesse economico del co-debitore, sicché se quest'ultimo manca il co-debitore agisce soltanto a scopo di garanzia (OGH 19 luglio 1988, *SZ*, 61, n. 174; *ÖBA*, 1989, 432, n. BYDLINSKI; OGH 4 febbraio 1993; *ÖBA*, 1993, 819, n. BYDLINSKI; già OGH 30 giugno 1960, *ÖRiZ*, 1965, 45; BYDLINSKI, *Die Kreditbürgschaft*, cit., 27 s.).

pale, sembra realizzarsi una fattispecie se non corrispondente, di certo molto vicina a quella della garanzia personale (accessoria o autonoma). In altri termini, colui il quale si accolla un debito altrui a scopo di garanzia sembrerebbe assumere una funzione, nella pratica degli affari, davvero simile a quella del garante.

La fattispecie dell'assunzione cumulativa del debito altrui determina, pertanto, un problema di definizione dei rapporti intercorrenti tra debitore originario e nuovo debitore nei confronti del creditore, così come di qualificazione giuridica della figura, posto che tale forma di accollo del debito altrui viene tendenzialmente considerata, in diversi ordinamenti, come una modificazione della categoria generale del condebitore (*co-debtor*) solidale⁶⁹ o anche come garanzia personale accessoria⁷⁰, nonché di criteri di realizzazione sotto il profilo della forma di tale istituto⁷¹.

⁶⁹ Sulla natura solidale della responsabilità del debitore originario con il nuovo debitore, per la Francia, v. SIMLER, *Cautionnement*, cit., n. 35 e per il Lussemburgo, RAVARANI, *Rapport Luxembourgais*, cit., 421. In questi ordinamenti, si parla di *délégation imparfaite*. Nel diritto spagnolo, la responsabilità di entrambi i debitori, sia quello originario che il nuovo è solidale: TS 15 dicembre 1989 e 7 dicembre 1971, *RAJ*, 1971, n. 5154. Nel diritto austriaco e tedesco si parla di *Schuldbeitritt* e il nuovo condebitore assume la responsabilità solidale nei confronti del creditore. Le regole applicate sono quelle previste per il condebitore originario, salvo che il nuovo condebitore assume l'obbligazione originaria per quanto riguarda le sue condizioni e l'estensione come esistenti al tempo dell'assunzione del debito. Per l'ordinamento austriaco, cfr. KOZIOL/WELSER/WELSER, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, cit., 139; RUMMEL/MADER (FABER), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 1347 n. 1; per l'ordinamento tedesco, cfr. REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, cit., nn. 1 s.; STAUDIN-GER/HORN, *Kommentar zum BGB*, cit., *Vorbemerkungen zu §§ 765 ss.*, n. 363.

⁷⁰ In tal senso, sembrerebbe dare maggiormente il senso dell'accessorietà la figura che nel linguaggio 'armonizzato' (alla stregua del gergo giuridico oggi prevalente ossia quello anglosassone) del commento ai Principi Drobniĝ è indicata come "*subsequent cumulative assumption for another person's debt*" (PEL/Drobniĝ, cit., p. 154), considerata, in chiave comparativa, per l'identità dei risultati applicativi dei diversi istituti esistenti nei vari ordinamenti e, reciprocamente, per gli esiti divergenti, proprio in funzione della differenza negli istituti giuridici. In Francia, la figura è denominata, a conferma dell'interscambiabilità delle definizioni che identificano le strutture formali del diritto generale delle obbligazioni, "*délégation imparfaite*" (cfr. art. 1275 *Code civil*; in dottrina, SIMLER, *Cautionnement*, cit., n. 35), con solidarietà fra i debitori (il nuovo e quello originario). Una situazione simile a quella italiana, con la liberazione del debitore originario rimessa alla volontà espressa del creditore, si registra in Spagna (art. 595, 2° comma, *Código civil*) e in Portogallo (*Código civil*, art. 595, "*assunção de dívida*", App. Lisboa, 2 novembre 2000, 69272/00, www.dgsi.pt). Nei Paesi di lingua tedesca il concetto è espresso dalla nozione di *Schuldbeitritt* (in Austria espressamente disciplinato dall'ABGB, al § 1347, mentre in Germania e nei Paesi Bassi la figura è di matrice dottrinale: per la Germania, v. PALANDT/GRÜNEBERG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 414, n. 2; per l'Olanda, ASSER/HARTKAMP, *Verbintennissenrecht*, IV, 1, ed. 12, Deventer, 2004, n. 102).

⁷¹ È questione piuttosto discussa quella del requisito della forma da adottare nell'ipotesi di condebitore a scopo di garanzia o semplicemente di condebitore in generale, posto che alcuni ordinamenti non contemplano alcun requisito formale. Per il diritto austriaco, in giurisprudenza: OGH 4 febbraio 1992, *JBl*, 1993, 657, 658; OGH 4 ottobre 1989, *SZ*, 62, II, n. 160, p. 159; OGH 19 luglio 1988, *SZ*, 61, II, n. 174, p. 42; in dottrina, BYDLINSKI, *Die Kreditbürgschaft*, cit., 27 s.; per il diritto tedesco: PALANDT/HEINRICH, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 414; MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, *Kommentar zum BGB*, cit., § 414, n. 3; per il diritto greco: GEORGIADIS, *I exasfalisi ton pistoseon*, cit., § 7, n. 13.

8. *La promessa del fatto del terzo.*

La promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, contemplata dall'art. 1381, è configurabile quando il terzo non sia già giuridicamente vincolato ad assumere l'obbligo o tenere il comportamento oggetto della promessa, mentre, nel caso di promessa dell'adempimento del terzo ad una sua pregressa obbligazione, l'atto non è inquadrabile nella previsione del citato art. 1381, ed è invece idoneo ad integrare gli estremi della fideiussione, a condizione che la promessa medesima assuma, peraltro, i connotati della garanzia dell'adempimento altrui⁷².

Si è detto poi che, ove la promessa s'innesti su una pregressa obbligazione, deve escludersi l'inquadrabilità dell'atto nella previsione dell'art. 1381 (negando pertanto la sua idoneità a produrre il debito indennitario contemplato dalla norma medesima), poiché è ravvisabile una fideiussione nel momento in cui la promessa medesima assuma effettivamente i connotati della garanzia dell'adempimento altrui, mentre in difetto si tratterebbe di una mera interposizione amichevole di buoni uffici, priva di effetti per il promittente⁷³.

⁷² Così si esprime la giurisprudenza: Cass., 3 dicembre 2001, n. 15235, *FI*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 307, rifacendosi innanzitutto alla ricostruzione motivata del contenuto dell'accordo fatta dal giudice di merito, che aveva ricondotto allo schema dell'art. 1381 l'accordo, ha escluso che esso avesse assunto i connotati della garanzia dell'adempimento del debitore. Aggiunge la Cassazione: "né il ragionamento della Corte di merito può essere inficiato col richiamo al principio recato dall'art. 1938, secondo cui la garanzia di adempimento può essere prestata anche per obbligazioni future. È ben vero che la fideiussione (richiedente, peraltro, una espressa volontà di prestarla: art. 1937) – prosegue la Corte – può essere prestata anche per obbligazioni future, cioè non attuali come rapporto giuridico, purché però attuale sia il titolo da cui il rapporto scaturirà o almeno sussista una situazione di fatto tale da poter giustificare l'insorgenza di un rapporto obbligatorio. Invece nella specie, secondo la puntuale ricostruzione della Corte di merito – conclude il Supremo Collegio – mancava qualsiasi titolo idoneo a giustificare sia pur *de futuro* un obbligo del terzo, sicché è corretta la conclusione della sentenza impugnata che ha escluso la configurabilità nella specie di una obbligazione di garanzia". In precedenza, nella stessa direzione, Cass., 20 febbraio 1982, n. 1081, *FI*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 200. In dottrina, FUSARO, *In tema di fideiussione, «patronage», promessa del fatto del terzo* (nota a Trib. Milano, 1 dicembre 1983), *GI*, 1985, I, 2, 361; MAZZONI, *Lettere di «patronage», mandato di credito e promessa del fatto del terzo* (nota a Trib. Milano, 30 maggio 1983), *BBTC*, 1984, II, 334. In argomento, con riferimento alla disciplina delle lettere di *patronage*, v. più ampiamente cap. XIV.

⁷³ Cass., 9 aprile 1990, n. 2965, *FI*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 278. Si può segnalare poi una risalente decisione di merito che non brilla certo per chiarezza, e sembra anzi porsi su un piano diverso rispetto all'orientamento della Suprema Corte (anche di recente riaffermato): Trib. Milano, 30 maggio 1983, *FP*, 1983, I, 517 e *BBTC*, 333, n. MAZZONI, ha infatti affermato che l'impegno assunto dal terzo di controllare che il debitore adempia, costituisce promessa del fatto del terzo; la promessa del fatto del terzo può avere ad oggetto anche un'obbligazione già assunta dal terzo; anche in tal caso infatti essa va distinta dalla fideiussione sotto vari profili: nella prima l'inadempimento è infatti imputabile anche al comportamento del promittente; inoltre, la promessa è diretta ad ottenere l'adempimento del terzo e non del promittente e inoltre l'obbligazione del terzo è autonoma e non sussidiaria come nella fideiussione; infine in caso di inadempimento il promittente è tenuto al risarcimento del danno e non all'adempimento specifico, mentre il fideiussore è tenuto all'integrale inadempimento dell'obbligazione garantita.

Colui il quale promette il fatto altrui non può opporre il beneficio di escussione e nell'ipotesi in cui abbia ottemperato l'obbligo di pagamento, il promittente non è legittimato ad agire verso il terzo che non gli ha conferito il mandato di pagare, salvo l'ipotesi di *negotiorum gestio*⁷⁴. In caso di mancato pagamento da parte del terzo, infine, il garante *de rato* può anche obbligarsi a corrispondere una certa somma a titolo di risarcimento danni, anche se l'importo per il quale il terzo si è obbligato è inferiore; questo non è ammissibile e lecito per la fideiussione⁷⁵.

9. I patti di manleva.

La prassi conosce poi una varietà di patti diretti a sollevare un terzo dalle conseguenze di un fatto dannoso, realizzando così una sorta di assunzione di garanzia da parte dell'obbligato. La giurisprudenza ha avuto modo di affermare la distinzione di tale fattispecie – in verità difficilmente riducibile a uno schema ricorrente, potendosi rinvenire patti di questo tipo nei più diversi contesti – dalla fideiussione, in quanto mentre l'obbligazione in manleva è eventuale e condizionata, il fideiussore normalmente si obbliga negli stessi termini del debitore principale (v. *infra*, cap. IV); inoltre, mentre la fideiussione riguarda un obbligo assunto dal garante verso il creditore e non già verso l'obbligato principale, l'obbligo di manleva è assunto nei confronti ma anche a beneficio del debitore garantito⁷⁶. Va detto peraltro che l'utilizzazione del termine manleva è, nella prassi, piuttosto generica e soffre di un'eccessiva promiscuità fra figure giuridiche diverse, sicché non occorre soffermarsi oltre sulla distinzione con la figura contrattuale in esame⁷⁷.

10. Le garanzie assicurative (rinvio).

Un'affinità funzionale con la fideiussione è ravvisabile, infine, nelle forme di garanzia *lato sensu* assicurative, che dal punto di vista terminologico e, soprattutto,

⁷⁴ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 151; TROPLONG, *Della fideiussione*, cit., 312; BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Della fideiussione*, cit., 498.

⁷⁵ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 151.

⁷⁶ Cass., 8 marzo 1980, n. 1543, *FI*, 1981, I, 2539 e *GI*, 1981, I, 1, 1158, sulla compatibilità con l'art. 1229, che vieta i patti di preventivo esonero dalla responsabilità per dolo o colpa grave, della clausola di «manleva», normalmente inserita nei contratti di appalto delle ferrovie dello stato, con la quale viene riversata sull'appaltatore l'incidenza economica dei danni arrecati ai dipendenti del medesimo dal fatto dell'azienda appaltante in occasione dei lavori oggetto dell'appalto.

⁷⁷ Lo dimostra Trib. Milano, 14 settembre 1987, *BBTC*, 1988, II, 5, e *ibid.*, 384 (sola massima), n. RADICATI DI BROZOLO: al fine della qualificazione del contratto autonomo di garanzia è del tutto irrilevante l'uso del termine fideiussione nella lettera di incarico e manleva del debitore alla banca controgarante, ove da tale testo si desuma l'effettivo carattere di astrattezza della garanzia richiesta e la garanzia concessa, nota al debitore, rientri nello schema del contratto autonomo di garanzia.

in considerazione del soggetto garante (una compagnia assicurativa) si richiamano al contratto di assicurazione.

In particolare, la dottrina più tradizionale osserva che nella fideiussione, il garante si espone ad un evento non certo e pericoloso, assimilandola alla categoria dei contratti aleatori e il creditore vuole invece assicurarsi dell'eventuale inadempimento del debitore principale, esigendo la fideiussione.

La differenza principale è nel carattere unilaterale e accessorio del contratto fideiussorio; l'assicurazione, invece, è un contratto sinallagmatico e non ha natura accessoria, bensì principale. Non solo, se il debitore esegue l'obbligazione di pagamento, la fideiussione non diventa un contratto di assicurazione, dal momento che il creditore non corrisponde alcun premio per la garanzia prestatagli. Se invece il creditore stesso paga al garante un determinato prezzo, la fideiussione presenta le note fisionomiche di un contratto di assicurazione. Sul piano degli effetti si ha che il contratto posto in essere tra il creditore e quello che lo assicura si separa dal contratto originario del quale si dubita dell'esecuzione e "l'assicurante e l'assicurato negoziano in modo principale d'un oggetto interamente distinto, cioè di un rischio cui si corre"⁷⁸.

Infine, la dottrina esclude che l'assicurazione contro l'insolvibilità del debitore possa costituire una forma di fideiussione, in virtù degli effetti prodotti nel caso di inesistenza dell'obbligazione principale; infatti, la fideiussione "viene meno perché l'obbligazione accessoria non può esistere senza l'obbligazione principale", mentre l'assicurazione contro la solvibilità del debitore "viene meno per la mancanza del rischio che ne forma l'oggetto"⁷⁹.

Dalla forma più elementare del deposito cauzionale si giunge alle più sofisticate polizze fideiussorie, circolanti con definizioni diverse, secondo la combinazione lessicale preferita, di analogo significato (fideiussione cauzionale, cauzione fideiussoria, assicurazione cauzionale o fideiussoria), le quali presentano il problema fondamentale delle garanzie personali atipiche, relativo all'individuazione della disciplina applicabile.

Per omogeneità delle questioni giuridiche sottese, si ritiene opportuno differirne la trattazione nella parte relativa alle garanzie atipiche (*infra*, cap. XI e XII).

⁷⁸ Le affinità ma soprattutto le differenze tra la fideiussione ed il contratto di assicurazione sono sottolineate da TROPLONG, *Della fideiussione*, cit., 19, il quale precisa che "[l]'accordo tra di essi sarà principalmente vincolato al presupposto che il contratto originario non verrà rispettato e pertanto questo contratto primitivo non sarà del tutto avulso rispetto al nuovo contratto. Il contratto originario costituirà, dal canto suo, una condizione e non una promessa principale "di cui quella dell'assicurante è l'accessorio. Tra l'assicurante e l'assicurato, si calcola in modo principale sugli eventi che può soffrire l'esecuzione dell'obbligazione d'un terzo" (p. 20); secondo CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 161, occorre invece indagare la comune volontà delle parti, nel senso che si deve verificare se il creditore ed il fideiussore "abbiano inteso di dare vita ad una obbligazione avente per oggetto principale e diretto un rischio rappresentato dalla eventualità dell'inesecuzione del debito, oppure se abbiano voluto costituire un'obbligazione avente per oggetto principale il soddisfacimento del debito stesso".

⁷⁹ Cfr. VIVANTE, *Il codice di commercio*, cit., 232.

11. Lo “star del credere”.

Secondo la dottrina più tradizionale, infine il carattere fideiussorio deve escludersi nella convenzione o patto denominato “star del credere”, in cui il commissionario si obbliga verso il committente dell’adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dei soggetti con i quali il commissionario ponga in essere negozi giuridici, assumendo i connotati di una forma di assicurazione di un rischio per una determinata somma.

Nello star del credere, non si presuppone un rapporto obbligatorio tra il terzo, con il quale negozia il commissionario, e il committente, mentre il commissionario risponde non solo della solvibilità del terzo, ma anche dell’esatto adempimento del contratto⁸⁰. Diversamente, nella fideiussione è presupposto un rapporto di obbligazione tra il garantito ed il beneficiario della garanzia⁸¹. Al tema si farà cenno anche in relazione alle ipotesi (discusse) di fideiussione *ex lege* (*infra*, cap. III, n. 5, lett. g).

12. La garanzia per l’adempimento del concordato preventivo.

Un notevole dibattito giurisprudenziale si è svolto in relazione alla garanzia prestata per l’adempimento del concordato preventivo, in relazione alla sua qualificazione in termini di fideiussione ovvero di garanzia personale atipica, non riconducibile all’archetipo delle garanzie personali, ai fini della decisione in ordine alla permanenza della garanzia in ipotesi di insuccesso del concordato.

Risolvendo con pronuncia resa a sezioni unite un conflitto giurisprudenziale durato all’incirca vent’anni, la Cassazione ha infine preso posizione sulla questione, dibattuta peraltro anche in dottrina, della sorte delle garanzie prestate per l’adempimento del concordato preventivo nell’ipotesi di risoluzione e successiva dichiarazione di fallimento, pervenendo alla conclusione della permanenza delle garanzie anche nel successivo fallimento⁸².

⁸⁰ L’esclusione del carattere fideiussorio dello star del credere, determina che “il commissionario è responsabile verso il committente anche quando non sia provata la insolvibilità del terzo, ed anche se il terzo non sia stato preventivamente escusso, contrariamente a quanto è disposto per la fideiussione”, CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 165.

⁸¹ CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, cit., 165; BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Della fideiussione*, cit., 499.

⁸² Cass., S.U., 18 febbraio 1997, n. 1482, *FI*, 1997, I, 727; *Fa*, 1997, 722, n. PANZANI; *CorG*, 1997, 775, n. SESTA; *Gius*, 1997, 809; *DF*, 1997, II, 655; *GI*, 1997, I, 1, 1475; *GC*, 1997, I, 893, n. GIACALONE. Tale opzione è stata solo in parte recepita favorevolmente dalla letteratura e comunque con alcune prese di distanza in punto motivazione. Infatti, PANZANI, *Risoluzione del concordato e sorte delle garanzie prestate per l’esecuzione*, *Fa*, 1997, 727, e SESTA, *La sorte delle garanzie concordatarie in caso di risoluzione o annullamento del concordato preventivo*, *CorG*, 1997, 780, pur dando atto dell’importanza della conservazione della garanzia, hanno criticato la qualificazione della garanzia concor-

Lo stato attuale della giurisprudenza può dirsi così rappresentato dalla massima secondo la quale, a seguito della risoluzione del concordato preventivo, il terzo che aveva prestato garanzia a favore del debitore è tenuto anche nel successivo fallimento, nei limiti della percentuale concordataria, ad adempiere alla obbligazione di garanzia che assume connotati di atipicità rispetto alla normale fideiussione⁸³. La Cassazione ha dovuto muoversi fra due diverse impostazioni, indicate dalla stessa Suprema Corte, rispettivamente, in termini di tesi “civilista” e di tesi “fallimentarista”, cercando di valorizzare gli elementi positivi di entrambe le ricostruzioni e pervenendo a una convincente conclusione⁸⁴.

dataria come negozio causalmente diverso dalla fideiussione. Deciso dissenso sulla soluzione adottata dalla Cassazione è stato poi manifestato da GIACALONE, *Efficacia delle garanzie in caso di risoluzione del concordato preventivo. Ogni promessa è debito?*, GC, 1997, I, 901.

⁸³ Nella più che esauriente motivazione, le Sezioni Unite affermano che “le garanzie offerte per l’adempimento del concordato preventivo, che in nessun caso possono equipararsi alle fideiussioni di diritto comune, sono costituite in funzione del concordato e non diventano efficaci senza la sentenza di omologazione. Le garanzie che l’imprenditore in stato di insolvenza deve offrire per proporre un concordato preventivo, in alternativa alla cessione dei beni (art. 160, 2° comma, l. fall.), concorrono con gli altri presupposti a rendere ammissibile la domanda proposta dall’imprenditore in crisi (artt. 161, 162 e 179 l. fall.), legittimandolo a conservare l’amministrazione dei beni e l’esercizio dell’impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato (art. 167 l. fall.), mentre ai creditori è inibito di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore (art. 168 l. fall.). Nel corso della procedura, prima della sentenza di omologazione del concordato preventivo può intervenire il fallimento (art. 173 l. fall.), ma in tal caso non è ancora acquisita la garanzia per il procedimento che diventa efficace soltanto a seguito sia dell’approvazione fornita dai due terzi dei creditori chirografari ammessi al voto (art. 177 l. fall.) sia del controllo esercitato dal tribunale sul «se le garanzie offerte diano la sicurezza dell’adempimento» (art. 181, 1° comma, n. 3). Un’ulteriore definitiva conferma della diversità ontologica della garanzia prestata per il buon esito del concordato preventivo rispetto alle fideiussioni di diritto comune si evince dall’art. 184 l. fall., in base al quale i fideiussori dell’imprenditore che ha ottenuto il concordato preventivo sono tenuti per l’intero, mentre il garante del concordato preventivo gode del beneficio della esdebitazione, cioè è tenuto nei limiti della percentuale concordataria (cfr. pure Cass., S.U., 24 agosto 1989, n. 3749, FI, 1990, I, 108; Cass., 28 aprile 1994, n. 4111, *id.*, 1995, I, 901). Quando dalla situazione fisiologica si passa a quella patologica della risoluzione del concordato preventivo (artt. 186 e 137 l. fall.), va affermato il principio di diritto della conservazione delle garanzie procedurali prestate dai terzi per l’adempimento del concordato preventivo, negli stretti limiti della percentuale concordataria per cui sono state offerte. E, infatti, la garanzia prestata per l’ammissione (e quindi per l’adempimento) del concordato preventivo, pur essendo funzionale al successo dell’operazione, non per questo si sottrae al rischio dell’insuccesso, che anzi è ontologicamente implicito nell’assunzione stessa della garanzia come evento speculare, ma ugualmente prevedibile, rispetto al successo del divisato programma. In altri termini, non è ipotizzabile il venir meno della garanzia proprio nel momento patologico della risoluzione dovuta all’inadempimento dell’imprenditore o del garante (sull’irrelevanza dell’imputabilità dell’inadempimento, già Cass., 17 luglio 1979, n. 4169, *cit.*). Se così non fosse, del resto, il concordato preventivo, da istituto concepito per prevenire il fallimento dell’impresa in crisi con un parziale, ma garantito, soddisfacimento delle ragioni creditorie, finirebbe per trasformarsi in un espediente per prorogare artificiosamente il dissesto in danno degli incolpevoli creditori: sui quali, infatti, se privati della garanzia prestata per l’attuazione del concordato, verrebbe spostato il rischio relativo all’inadempimento del debitore e alla conseguente risoluzione del concordato medesimo”.

⁸⁴ Nel tentativo di “collegare le linee del sistema allo specifico dato normativo del microsistema fallimentare nel suo profilo dinamico”, la Suprema Corte considera dell’indirizzo “civilista” innanzitutto

L'orientamento è rimasto fermo e ha trovato conferma anche in epoca recente, essendosi in tal modo consolidata l'idea che le garanzie offerte dal debitore, come

to il richiamo alla funzione prestata dalla garanzia. “È una garanzia che il terzo non dà al creditore in un momento iniziale o successivo di uno specifico rapporto obbligatorio – afferma la Corte –; non è collegata ad una consueta vicenda di autonomia contrattuale e quindi non è garanzia di un singolo o di più crediti, ma ha la funzione oggettiva di consentire, nel prevalente interesse pubblico, l'ammissione dell'imprenditore in crisi alla procedura di «concordato preventivo per garanzia», al 40%, di tutti i debiti chirografari della procedura, delle spese di giustizia e del compenso dovuto al commissario giudiziale, in alternativa al concordato per cessione dei beni (art. 181, 1° comma, n. 3). In proposito, non si può non tener conto della *ratio* del concordato preventivo, e cioè dell'interesse pubblico a che l'imprenditore, al momento in temporaneo dissesto, possa riprendersi e così continuare l'amministrazione dei suoi beni, l'esercizio dell'impresa, assicurando sia la produttività della stessa che il posto di lavoro dei dipendenti. E in questa logica si comprende come la garanzia prestata per la riuscita del procedimento di concordato preventivo sia cosa ben diversa dalla fideiussione comune che può essere concessa ai singoli creditori. Dove, però, la tesi c.d. “civilista” non merita accoglimento è sul piano della risoluzione del concordato, poiché non tien conto della sua mancata esecuzione (art. 185 l. fall.), né del richiamo operato dall'art. 186 l. fall. all'art. 137 della stessa legge. In questo caso il legislatore è stato chiaro ed esplicito, applicando al concordato preventivo la disposizione dell'art. 137 l. fall., relativa alla risoluzione del concordato fallimentare. Dal combinato disposto dei richiamati articoli si evince, senza possibilità di equivoci, che uno dei profili della risoluzione del concordato è proprio l'inadempimento dell'imprenditore insolvente che non può non coinvolgere anche la posizione del garante, facendo scattare la garanzia che è data per il concordato e quindi ne segue le sorti, sicché il garante non può sottrarsi per il solo fatto che quest'ultimo venga risolto.

La tesi “civilista” è quella più risalente e, a partire da Cass., 17 ottobre 1977, n. 4438, *FI*, 1978, I, 671, si ritrova in Trib. Perugia, 20 luglio 1993, *id.*, Rep. 1994, voce *Concordato preventivo*, n. 88; App. Bologna, 21 febbraio 1976, *id.*, Rep. 1976, voce cit., n. 44; Trib. Bologna, 22 maggio 1972, *id.*, Rep. 1972, voce cit., n. 44 a. In dottrina, all'epoca della sentenza delle sezioni unite, tale indirizzo era rappresentato da: PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1991, 762; MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1980, 574; SANTULLI, *Sugli effetti della risoluzione o dell'annullamento del concordato preventivo*, *GC*, 1978, I, 512; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, IV, 2367; RAGUSA-MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, 1077; SCHETTINI, *Considerazioni sulla non applicabilità della norma dell'art. 140, 3° comma, l. fall. nel caso di fallimento conseguente alla risoluzione o all'annullamento del concordato preventivo*, *DF*, 1966, II, 795. Si ricorda che non può essere considerata alla stregua di un precedente in linea con questo indirizzo, avendo affrontato il tema dal punto di vista della legittimazione e da quello della possibilità di costruire una azione di danno aquiliano, Cass., 17 luglio 1979, n. 4169, *FI*, Rep. 1980, voce cit., n. 67.

All'opposto, l'interpretazione definita dalla Suprema Corte “fallimentarista”, senza dubbio più diffusa presso le sezioni fallimentari, “se coglie nel segno quando sottolinea la persistenza della garanzia, indipendentemente dalle sorti del concordato – sostiene la Corte – non supera le critiche quando la costruisce non come una garanzia tipica apprestata dall'ordinamento per il procedimento di concordato preventivo, ma come una comune fideiussione, nonostante la palese carenza dei presupposti di cui all'art. 1936. L'opzione interpretativa, tutta ispirata al *favor* fallimentare, non si fa carico, inoltre, del fatto che a seguito della risoluzione del predetto concordato preventivo, per lo più dovuto all'inadempimento dell'imprenditore insolvente, legittimato a richiedere il coinvolgimento del garante è il curatore succeduto al commissario e non i singoli creditori. Infine, la tesi della piena equiparazione tra garanzia tipica del procedimento di concordato preventivo e la normale fideiussione, tutta sbilanciata sulla configurazione fideiussoria, tralascia di rilevare che in ogni caso la garanzia prevista dall'art. 160 l. fall. per il procedimento è, comunque, strettamente limitata alla stabilita percentuale concordataria e non tendenzialmente diretta a soddisfare l'intero ammontare dei crediti chirografari”. Quest'ultima tesi ossia quella “fallimentarista” trova il proprio più risalente precedente in Cass., 3 aprile 1978, n. 1500, *id.*, Rep.

condizione per l'ammissione al concordato preventivo (prima della riforma della legge fallimentare) non sono equiparabili alle fideiussioni di diritto comune, in quanto non sono collegate a singoli crediti, ma hanno la funzione di consentire l'ammissione dell'imprenditore in crisi alla procedura concorsuale; di conseguenza, esse implicano a carico di chi le presta l'assunzione del rischio dell'insuccesso dell'operazione concordataria, e pertanto (nonostante la mancanza di una disposizione analoga a quella specificamente dettata dall'art. 140, 2° comma, l. fall., anteriormente alla riforma, per la risoluzione del concordato fallimentare) non perdono efficacia, negli stretti limiti della percentuale concordataria per cui sono state offerte, in caso di risoluzione del concordato preventivo dovuta all'inadempimento

1978, voce cit., n. 29; seguita poi da Cass., 22 febbraio 1993, n. 2174, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 100, ma anche da Cass., 16 giugno 1989, n. 2892, *id.*, 1990, I, 947; App. Bologna, 26 aprile 1993, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 101 (decisione di secondo grado del giudizio sottoposto all'esame delle sezioni unite); App. L'Aquila, 1° agosto 1988, *id.*, Rep. 1989, voce cit., n. 102; Trib. Pescara, 6 giugno 1987, *ibid.*, n. 103; App. Bologna, 13 settembre 1974, *id.*, Rep. 1975, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 22; Trib. Parma, 18 luglio 1973, *id.*, Rep. 1974, voce *Concordato preventivo*, n. 25; App. Firenze, 12 ottobre 1962, *id.*, 1962, I, 2149. In dottrina, MASSARO, *Risoluzione del concordato: sorte delle garanzie e poteri del curatore nel fallimento*, *Fa*, 1994, 200; FRANCO, *Effetti della risoluzione del concordato preventivo sulle garanzie personali prestate per le obbligazioni concordatarie del debitore*, *GC*, 1993, I, 2090; NAPOLEONI, *La sopravvivenza delle garanzie nella risoluzione del concordato preventivo*, *Fa*, 1993, 1255; PANZANI, *Il concordato preventivo. Risoluzione e annullamento*, *id.*, 1992, 310; DIDONE, *Note sugli effetti della risoluzione del concordato preventivo*, *GM*, 1990, 56; MARINELLI, *Concordato preventivo, conseguente fallimento e obbligazione fideiussoria del garante del concordato*, *NGCC*, 1989, I, 167; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, 352; ROCCO DI TORREPADULA, voce *Concordato preventivo*, *Digesto/comm.*, III, Torino, 1988, 282; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986, 542 (v. nell'edizione del 2007, p. 506); BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1979, 519; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 557; FRAGALI, *Fideiussione*, cit., 133; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, III, 1575.

⁸⁵ Cass., 30 dicembre 2005, n. 28878, *FI*, Rep. 2006, voce *Concordato preventivo*, n. 97. Nella motivazione, si chiarisce che "la circostanza che la garanzia prestata abbia avuto ad oggetto le obbligazioni di un debitore della società fallita e non quelle di quest'ultima costituisce un dato del tutto irrilevante, atteso che comunque la garanzia è funzionale all'adempimento delle obbligazioni concordatarie da parte della società insolvente. Ciò in conformità dei principi affermati nella citata sentenza n. 1482 [quella delle Sezioni Unite, 18 febbraio 1997, cit., n.d.r.], nella quale è stato chiarito che la garanzia concordataria non è come quella che il terzo dà al creditore in un momento iniziale o successivo di uno specifico rapporto obbligatorio, non è collegata ad una consueta vicenda di autonomia contrattuale e quindi non è garanzia di un singolo o più crediti, ma ha la funzione di consentire l'ammissione dell'imprenditore in crisi alla procedura di concordato preventivo, nell'interesse pubblico di vedere continuare la prosecuzione dell'attività produttiva e la conservazione dei posti di lavoro, oltre che di evitare inoltre una inutile dispersione di ricchezza. In questa logica è dunque del tutto comprensibile "come la garanzia prestata per la riuscita del procedimento di concordato preventivo sia cosa ben diversa dalla fideiussione comune che può essere concessa ai singoli creditori" (C. 1997/1482), circostanza da cui discende che le garanzie prestate in funzione degli adempimenti concordatari, che implicano a carico di chi le presta l'assunzione del rischio dell'insuccesso della operazione concordataria, restano sempre e comunque finalizzate allo scopo di garanzia anche nella successiva fase fallimentare, indipendentemente dalla loro natura e dalla forma in cui siano state prestate (oltre alla già citata C. 2002/17254, si richiamano sul punto anche C. 2003/2961, C. 2001/3670). Sotto questo profilo

dell'imprenditore; la specificazione venuta di recente dalla giurisprudenza di legittimità è nel senso dell'irrelevanza della prestazione di garanzia da parte di un terzo estraneo alla procedura concorsuale, ed in favore di un debitore del soggetto ammesso al concordato preventivo, risultando essa pur sempre funzionale all'adempimento delle obbligazioni concordatarie da parte dell'imprenditore insolvente⁸⁵. In argomento, si veda anche *infra*, cap. XV.

appare dunque irrilevante il fatto che la fideiussione sia stata prestata dopo l'ammissione al concordato preventivo, da parte di soggetto estraneo alla procedura, poiché il principio della conservazione delle garanzie offerte dai terzi per l'adempimento del concordato trova attuazione quando, indipendentemente dal soggetto che abbia stipulato la detta obbligazione e dal momento in cui essa sia sorta, la garanzia sia comunque funzionale al buon esito della procedura di concordato, ipotesi per l'appunto verificatasi nel caso in esame".