

SULLA INDEROGABILITÀ DELL'ART. 1957 C.C.(*)

1. - La decisione, già pregevolmente annotata da A. Giampieri, conferma l'orientamento tralaticio e cioè le parti possono preventivamente rinunciare all'operatività del precetto di cui all'art. 1957 e, ora si aggiunge addirittura, in forma implicita.

Una conclusione analoga e tuttavia più cautelativa degli interessi del fideiussore, è sostenuta da quanti, pur concordando nella derogabilità, la vogliono non solo espressa, ma specificatamente approvata per iscritto, ex art. 1341 c.c. In questo senso sono gli stessi moduli bancari.

La rinunciabilità preventiva dell'art. 1957 c.c. viene in genere motivata con il rilievo che la norma metterebbe capo ad una decadenza disponibile dalle parti a sensi dell'art. 2968 c.c.

L'autore di queste righe ha sostenuto in alcuni scritti⁽¹⁾ il partito opposto e cioè che l'art. 1957 c.c. è inderogabile, in quanto costituisce l'espressione di un dovere di correttezza e di buona fede non rinunciabile preventivamente dalle parti.

La norma — a mio modo di vedere — non mette capo ad una decadenza, ma ad uno specifico obbligo di condotta del creditore, finalizzato a salvaguardare gli interessi del garante (e non solo di questi, come si vedrà più avanti), la cui violazione è sanzionata dalla pena privata della liberazione integrale di quest'ultimo.

Il precetto infatti non si limita ad esigere dal creditore la proposizione delle istanze nei confronti del debitore, entro il termine previsto, ma

(*) Da «Giurisprudenza italiana», 1990, I, 1, pp. 460 e ss.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 8.2.1989, n. 786, Pres. Vela, Est. Carbone, P.M. Lo Cascio (Concl. conf.); Scopich c/ Arfloor:

«La decadenza dall'obbligazione fidejussoria per mancata proposizione da parte del creditore delle azioni contro il debitore principale o contro il garante entro 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione, può essere oggetto di rinuncia, espressa o tacita, trattandosi di materia non sottratta alla disponibilità delle parti».

(¹) G. VALCAVI, in *Foro it.*, 1985, I, pp. 507 ss.; *Id.*, *ivi*, 1988, I, pp. 1947 ss.

commina la liberazione del garante anche nel caso in cui le istanze siano state tempestivamente avanzate, ma poi non siano continuate con diligenza.

La relazione ministeriale al codice civile parla a questo proposito, di un obbligo di condotta del creditore nell'interesse del garante⁽²⁾.

In questi ultimi tempi la Suprema corte, a proposito di altra norma, sempre a presidio del fideiussore, (quale l'art. 1956 c.c.) ne ha ammesso la derogabilità, ma ha fissato il limite della buona fede, come limite di ordine pubblico, e ciò appare contraddittorio⁽³⁾.

Avremo occasione di chiederci successivamente come possa conciliarsi la derogabilità preventiva dell'art. 1957 c.c. con la inderogabilità del principio di buona fede, di cui esso costituisce espressione.

2. - Il modo di vedere corrente, che fa discendere dall'art. 1957 c.c., una mera decadenza disponibile dal garante *ex art.* 2968 c.c.⁽⁴⁾ viene qui portata alle sue ultime conseguenze con l'ammettersene addirittura una rinuncia implicita.

Codesta opinione non può essere condivisa.

In effetti occorre ribadire prima di ogni altra osservazione, che non ci troviamo di fronte ad una decadenza, come nel caso in cui — come si è detto — la norma abbia a limitarsi ad esigere la sola proposizione tempestiva delle istanze contro il debitore e nulla più o diverso. Nel nostro caso il precetto richiede infatti — come si è visto — che le istanze vengano in via ulteriore «coltivate con diligenza» comminando, in caso di trasgressione, la liberazione del garante.

Deve altresì aggiungersi che la decadenza prevede la perdita di quel medesimo diritto che non viene esercitato nel termine prefissato. L'art. 1957 c.c. invece, contempla la perdita del diritto di garanzia e cioè di un diritto del creditore verso il garante, che è diverso da quello del creditore

(²) Relazione ministeriale al codice civile, *sub* n. 766.

(³) Cass. civ. n. 3385 del 1989, n. 3387 del 1989, n. 3388 del 1989. Appare tuttavia contraddittorio che si possa ammettere la deroga all'art. 1956 c.c. nel limite della buona fede, quando la norma costituisce espressione di codesto principio. Nel medesimo senso è anche il GIAMPIERI, *op. cit.*, 1523, nota 39.

(⁴) In questo senso, in giurisprudenza: Cass. civ. n. 4738 del 1984; Id. n. 2461 del 1982, Id. n. 2899 del 1980, tra le molte. In dottrina: RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, pp. 57 ss.; ID., voce *Fideiussione*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961; FRAGALI, *Fideiussione e mandato di credito*, in *Commentario al c.c. Scialoja e Branca*, Bologna, 1957, pp. 493 ss.; ROSELLI-VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato dir. priv.* diretto da Rescigno, XX, Torino, 1985, pp. 487 ss.; GIAMPIERI, *op. cit.*, pp. 1521 e 1523.

che non viene esercitato verso il debitore. Il diritto del creditore verso il debitore sopravvive alla scadenza infruttuosa del termine ex art. 1957 c.c. e potrà solo prescriversi quando maturerà il relativo termine.

Il garante non dispone sino al verificarsi della ipotesi ex art. 1957 c.c. di un diritto alla propria liberazione, al quale possa rinunciare anticipatamente. Trattasi di un interesse del garante che viene protetto dalla norma, col porre bensì a carico del creditore uno specifico obbligo di salvaguardia.

Ciò viene realizzato attraverso la prescrizione precisa di un certo tipo di condotta al creditore garantito, facendogli obbligo di esercitare il diritto di credito nei confronti del debitore, nel termine prefissato.

Il garante potrà avere, sotto questo profilo, un'aspettativa alla propria liberazione, ma essa si tradurrà in un diritto solo allo scadere del termine previsto ed al quale, come ad ogni diritto, potrà rinunciare solo dopo che sia entrato nel suo patrimonio⁽⁵⁾.

3. - Occorre ora esaminare, più a fondo, il discorso appena accennato. In genere si tende a considerare l'art. 1957 c.c., come una norma che esaurirebbe il suo contenuto nella tutela diretta dell'interesse del garante, sempre che questi voglia avvalersene. E così dipenderebbe solo da lui l'ampliare o meno il proprio rischio. La rinunciabilità tacita all'art. 1957 c.c. è un corollario di codesta premessa.

In una linea mediana e tuttavia tendenzialmente orientata verso una relativa inderogabilità, è l'opinione di coloro che pur ammettendo la rinunciabilità la vogliono specificatamente approvata per iscritto, ex art. 1341 c.c.⁽⁶⁾.

La premessa sopra indicata in questi ultimi anni è stata messa in discussione sul piano dogmatico. È stato di recente osservato che al creditore non deriverebbe un obbligo dall'art. 1957 c.c. così come il garante non acquisterebbe, *ope iuris*, un diritto soggettivo⁽⁷⁾. La norma avrebbe riguardo all'esercizio di un diritto esclusivamente proprio del creditore (e

⁽⁵⁾ Tra i molti, A. BOZZI., voce *Rinuncia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, pp. 1140 ss.; BETTI, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1943, pp. 22, 175.

⁽⁶⁾ Così GENOVESE, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, pp. 1064 ss.; GIAMPIERI, *op. cit.*, p. 1524, tra i molti. Il BENATTI, in *Banca, borsa*, 1987, II, pp. 216 ss. osserva che la deroga in formulari bancari, «porta di fatto alla cancellazione dell'art. 1957 dal diritto applicato; il che dovrebbe essere proibito andando contro l'esigenza che ha indotto il moderno legislatore a dettare l'art. 1957 c.c.».

⁽⁷⁾ RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 57; GIRINO, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 565 e 566; GIAMPIERI, *op. cit.*, p. 1520.

non del garante) nei confronti del debitore. L'esercizio del diritto — si è aggiunto⁽⁸⁾ — sarebbe finalizzato al soddisfo dell'interesse del creditore, e non del garante.

Sotto questo aspetto si è parlato di un «onere del creditore» perché l'azione è coordinata all'interesse proprio del creditore e non ad un interesse alieno⁽⁹⁾.

Codeste proposizioni confortano, all'opposto, la tesi della inderogabilità dell'art. 1957 c.c.

Come può pensarsi che il garante possa disporre di un onere altrui (quale quello del creditore) invece che di un diritto proprio?

E come può rinunciare ad un diritto soggettivo che non gli appartiene se deve escludersi per questa ragione che sia ipotizzabile un obbligo del creditore nei suoi confronti?

Intorno a questi rilievi torneremo tra poco.

4. - L'art. 1957 c.c., a mio avviso, prescrive uno specifico *obbligo di condotta a carico del creditore*, e cioè di esercitare il diritto garantito verso il debitore, nel termine previsto.

L'esercizio di un diritto si presenta qui come un atto insieme libero e dovuto⁽¹⁰⁾.

Il dovere di condotta discende dal principio generale di buona fede, che è di ordine pubblico ed inderogabile. Codesto principio è sancito dagli artt. 1175 e 1375 c.c. in relazione al pubblico interesse intrinseco al dovere di solidarietà.

Esso si esprime nel dovere di correttezza e di salvaguardia e può riguardare specificatamente l'esercizio di un diritto, come avviene nel caso di specie, e si traduce in una limitazione del diritto di garanzia⁽¹¹⁾.

(⁸) GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, pp. 41 ss.; RESCIGNO, voce *Obbligazione*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 145; GIAMPIERI, *op. cit.*, p. 1520, tra i molti.

(⁹) RESCIGNO, *op. cit.*, pp. 141, 142; GIAMPIERI, *op. cit.*, p. 1521. Più in generale O.T. SCOZZAFAVA, voce *Onere*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.

(¹⁰) Nel senso che l'esercizio del diritto sia qui un dovere verso il fideiussore, è la Relazione ministeriale al codice civile cit. In generale gli atti possono essere insieme liberi e dovuti: A. TRABUCCHI, *Istituzione di diritto privato*, Padova, 1983, p. 129, n. 1; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1954, p. 226, tra i molti.

(¹¹) Tra i molti: U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio in studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pp. 119 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, e bibl. cit. Nel diritto spagnolo l'argomento è stato studiato in particolare da D.M. FERRARA RUBIO,

La Suprema corte, in una serie di decisioni n. 3362 del 1989, n. 3385 del 1989, n. 3386 del 1989, n. 3387 del 1989, n. 3388 del 1989, in materia di fideiussione, ha ampiamente valorizzato il dovere inderogabile del creditore di salvaguardare l'interesse del garante, sulla base degli artt. 1175 e 1375 c.c. Codesto dovere derivante dal principio generale tuttavia impone un obbligo al creditore nel limite in cui non comporti per lui un apprezzabile sacrificio⁽¹²⁾. Tale sacrificio può ricorrere, invece, con una certa frequenza.

A mio modo di vedere l'art. 1957 c.c. non costituisce una mera espressione del principio generale di buona fede, nel senso di cui si è detto, ma va ben oltre. Esso codifica sul piano legislativo, con una norma specifica ed espressa, l'obbligo per il creditore di salvaguardare l'interesse del fideiussore, al di là dello stesso principio generale, immanente nell'ordinamento.

Nel caso di trasgressione, è comminata la pena privata della liberazione del garante⁽¹³⁾. Il dovere di salvaguardia di codesto interesse del garante viene qui elevato a livello di fattispecie normativa specifica ed autonoma.

In quest'ordine di idee è anche la relazione ministeriale al nostro codice civile.

L'art. 1957 c.c. non mette insomma capo ad un onere, ma ad un obbligo del creditore per un fine di pubblico interesse che trascende quello individuale del garante⁽¹⁴⁾.

Si ha, in definitiva, un dovere senza un correlato diritto soggettivo dall'altra parte, che sorgerà quando matureranno le condizioni per la sua liberazione. Il precetto protegge l'interesse del garante solo in via mediata rispetto a quello pubblico ed il fideiussore ha un'aspettativa nei confronti del creditore. La *ratio* nella norma va perciò individuata in codesto dovere

La buona fede, Barcellona, 1984 con ampi riferimenti anche di diritto comparato, pp. 216 ss., 226 ss., 281, 298 ss.; CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español comun y foral*, Madrid, 1982, I, II, pp. 22 ss.

⁽¹²⁾ In questo senso, tra gli altri, anche C.M. BIANCA, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 209 laddove scrive: «questo impegno di solidarietà trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto. Il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui, ma non al punto di subire un'apprezzabile sacrificio personale o economico».

⁽¹³⁾ G. VALCAVI, *op. cit.*

⁽¹⁴⁾ Anche il BENATTI, *op. e loc. cit.*, ammette che l'esigenza che ha indotto il legislatore a dettare l'art. 1957 c.c., è costituita da pubblico interesse sotteso al principio di buona fede. In particolare la norma appare finalizzata alla ragione di politica legislativa di proteggere il fideiussore.

CAPITOLO SECONDO

di salvaguardia dell'interesse del garante, tenuto conto che questi ha azioni di regresso e di surroga solo dopo aver pagato (artt. 1949 e 1950 c.c.)⁽¹⁵⁾.

Si può concludere che l'art. 1957 c.c. è norma di ordine pubblico ed inderogabile, come lo è in astratto il principio generale emergente dagli artt. 1175 e 1375 c.c.

Lo scritto è stato richiamato da:

M. JACUANIELLO BRUGGI, *Fideiussione omnibus, chi ha paura dell'art. 1956 c.c.?*, *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 469, nota 6; F. BENATTI, *La deroga degli artt. 1956 e 1957 c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, I, pp. 164, 172; F. BENATTI, *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, in *Fideiussioni omnibus e buona fede*, Milano, 1992, p. 114, nota 33.

⁽¹⁵⁾ Non appare adeguata la *ratio* in genere individuata nell'esigenza di evitare il protrarsi del vincolo fideiussorio, dato che il creditore può agire subito nei suoi confronti.

La *ratio* qui individuata nel dovere di salvaguardare l'interesse del fideiussore, appare invece soddisfacente.