

UNIVERSITÀ COMMERCIALE “LUIGI BOCCONI”

SCUOLA DI DOTTORATO

Dottorato di Ricerca in *Legal Studies*

Ciclo: XXXIII

Settore Disciplinare (codice): IUS/01

**Profili strutturali e funzionali della solidarietà fideiussoria.
Dalla tipicità alle tipologie dell’obbligazione solidale.**

Advisor: Pietro Sirena

Tesi di Dottorato di

Luigi Buonanno

Matricola: 3054857

Anno 2021

INTRODUZIONE

1. Il problema del collegamento tra la funzione della solidarietà e la sua disciplina.....	5
--------------------------------------------------------------------------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LIBERA ELECTIO E SOLIDARIETÀ

1. La natura costitutiva della <i>libera electio</i> tra solidarietà e fideiussione	9
2. <i>Libera electio</i> e solidarietà tra fondamento e struttura.....	17
3. <i>Libera electio</i> tra solidarietà (quale modalità dell'obbligazione parziaria), <i>mutua fideiussio</i> e regresso.....	26
3.1. <i>Segue. Libera electio</i> e regresso tra <i>obligation in solidum</i> e solidarietà risarcitoria.....	35
4. Dottrina della contitolarità e solidarietà quale modalità attuativa del rapporto.	44
5. Correalità e solidarietà: tentativo di sistematizzazione dogmatica tra <i>actio</i> ed <i>electio</i>	49
6. <i>Libera electio</i> e prospettiva funzionale della solidarietà tra diritto nazionale e diritto scientifico.	57
6.1. <i>Segue. Solidarietà, comunione di scopo e centralità dell'interesse creditorio.</i>	61
7. <i>Libera electio</i> , solidarietà e poteri assoluti del creditore; critica.	67
8. Funzione della solidarietà e affievolimento del <i>ius eligendi</i> : tradizione romanistica e codici civili europei.....	75
9. <i>Segue. Garanzie personali solidali e (progressiva) negazione della libera electio: diritto romano, ius commune e moderne codificazioni.</i>	82
10. Osservazioni di sintesi.....	95

CAPITOLO SECONDO

IL RAPPORTO OBBLIGATORIO NELLA FIDEIUSSIONE SOLIDALE

SEZIONE PRIMA

PARITÀ DI TRATTAMENTO E PROFILO DEGLI INTERESSI

1. Il principio di parità di trattamento nei fenomeni di <i>comunione</i>	97
2. ... nella solidarietà fideiussoria.....	102
3. Interessi dei condebitori solidali e (difetto della) <i>libera electio</i> del creditore.	109
4. Funzione della solidarietà tra fideiussione e figure funzionalmente affini. Rinvio.	113
4.1. <i>Segue. La fideiussione solidale assunta su mandato del debitore principale.</i>	122
4.2. <i>Segue. Solidarietà, favor debitoris e limiti della fideiussione.</i>	125
4.3. <i>Segue. La fideiussione solidale costituita a vantaggio del debitore principale.</i>	130

5. Osservazioni di sintesi.....	138
---------------------------------	-----

SEZIONE SECONDA

POSIZIONE DEI SOGGETTI E FUNZIONE DI GARANZIA

6. I rapporti interni:	140
6.1. <i>Segue</i> . Posizione del fideiussore e sussidiarietà dell'obbligazione (solidale) originaria nei negozi di assunzione del debito.....	146
6.2. <i>Segue</i> . Operatività comune della solidarietà unisoggettiva e adempimento del terzo. ...	153
6.3. <i>Segue</i> . Sussidiarietà dell'obbligazione di garanzia nella espromissione invertita (e nelle garanzie autonome).	157
6.4. <i>Segue</i> . Centralità del modello fideiussorio (anche) nella applicazione analogica della sua disciplina codicistica.	170
6.5. L'obbligazione sussidiaria <i>di regresso</i> nel sistema cambiario. Rifluenza sui rapporti esterni. Rinvio.	178
7. I rapporti esterni: Pari-ordinazione delle posizioni (con-)debitorie verso il creditore; critica.	182
8. Fideiussore-consumatore e l'emersione della solidarietà modulabile. Rinvio.....	188
9. Osservazioni di sintesi:.....	195

CAPITOLO TERZO

FATTO, EFFETTI E SOLIDARIETÀ MODULABILE

SEZIONE PRIMA

LA NATURA MODULABILE DEL REGIME DELLA SOLIDARIETÀ FIDEIUSSORIA

1. Europeizzazione degli ordinamenti giuridici tra regole modulabili e funzione della solidarietà.	197
2. Il disallineamento fra le vicende della fideiussione e della <i>comune</i> obbligazione solidale.	202
2.1. <i>Segue</i> ...e fra diritti (e poteri) del fideiussore e del comune debitore solidale.	210
3. Prime conclusioni sugli interessi individuati dal legislatore nella solidarietà fideiussoria.	220

SEZIONE SECONDA

LA FIGURA DELLA SOLIDARIETÀ MODULABILE

4. L'articolazione modulabile della solidarietà e la natura giuridica dell'adempimento	222
5. La buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio solidale.....	230

6. Solidarietà modulabile ed <i>effetto</i>	234
7. Le categorie dell'effetto solidale: <i>confermativo, rafforzativo e oppositivo</i>	236
<i>Bibliografia</i>	239

1. Il problema del collegamento tra la funzione della solidarietà e la sua disciplina.

La teoria generale del diritto sembra schiudersi a nuove prospettive d'indagine che pongono in discussione i temi tradizionali del diritto civile. Recenti studi testimoniano come uno degli àmbiti in cui più avvertito è il senso dell'invocato rinnovamento sia quello «dei vincoli che uniscono più debitori e/o più creditori nei reciproci rapporti»: «si tratta notoriamente di una delle aree che continuano a mostrarsi più sensibili alle divergenze fra giuristi e ai conflitti delle decisioni dei giudici»¹. Essi rintracciano, com'è evidente, la propria concettuale matrice nella *obligatio*, la quale costituisce «il grande *common core* della tradizione di *civil law*, dal diritto romano fino ai modelli codificati in Francia e Germania»².

Nonostante il ruolo cardinale assunto dalla obbligazione nella tradizione giuridica continentale, alcuni dei più rilevanti aspetti teorici, da cui discendono significativi risvolti applicativi, risultano ancora immersi in categorie storiche, le quali, sebbene abbiano consentito di erigere architetture sistematiche complesse, paiono oggi inconciliabili con la moderna conformazione dell'idea di relazione³ innervante i vincoli che astringono più soggetti verso altri.

Nella segnata prospettiva, si combinano due argomenti interrelati che rivestono un particolare significato se proiettati all'interno del rapporto obbligatorio: l'individuazione dei poteri creditorî nella solidarietà passiva e la natura giuridica dell'adempimento.

La necessità di schematizzare le conoscenze giuridiche mediante una dogmatica dei concetti, tendenza che ha caratterizzato a lungo la scienza del diritto, ha contribuito a una cristallizzazione dell'obbligazione solidale; la quale, collocata su una ideale linea di continuità con la tradizione di diritto romano, assurge a dispositivo di tutela del creditore, al quale, per tal via, devono conferirsi i più ampî poteri nell'àmbito della fase attuativa del rapporto. Da qui il costante riconoscimento della *libera electio* al creditore; il che riflette una concezione,

¹ U. BRECCIA, *Prefazione*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, a cura di U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI, Padova, 2015, IX.

² U. BRECCIA, *Prefazione*, cit., XI.

³ Cfr. U. BRECCIA, U. BRECCIA, *Relazione (Diritto delle obbligazioni)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, pp. 1479 ss.; ID., *L'«atto dovuto»*, in *Rosario Nicolò*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 2011, p. 97, secondo cui il richiamo all'atto di relazione sottende la rilevanza attribuita alla necessità di effettuare un controllo sullo sfruttamento delle forme di disparità nell'esercizio dei poteri effettivi, se questi risultino arbitrariamente diretti ad istituire vantaggi o svantaggi per i soggetti coinvolti.

storicamente radicata, secondo cui nelle obbligazioni solidali tale soggetto «*ist gewissermaßen ein juristischer Pascha*»⁴.

La centralità dell'interesse creditorio, obliterata dalla garanzia offerta dal vincolo di solidarietà, ha rinvigorito l'idea che la pertinente disciplina debba declinarsi in senso conforme alla sua *ratio*, la quale, per il mero tramite dell'ampliamento dei patrimoni aggredibili, risponderebbe solo a una esigenza di protezione della parte attiva del rapporto.

L'essenzialità di un'indagine accentrata sulla valorizzazione del dato di esperienza⁵ e del reale funzionamento degli istituti civilistici induce però a imprendere il tentativo di svolgere una riflessione rinnovata su un tema classico, provando a cogliere quell'invito a «un ripensamento delle categorie ordinanti, anche più tradizionali e quindi apparentemente più solide»⁶.

In quest'ottica, l'analisi del dato di diritto positivo e degli interessi che sospingono le parti a obbligarsi sollecita una rivalutazione critica della concettuale associazione fra solidarietà e *favor creditoris*⁷. Ciò non tanto nel senso di negare tale collegamento, ma nella prospettiva di esaminare la possibilità di ricondurre ulteriori interessi nell'alveo del dispositivo identificato dall'art. 1292 c.c. L'eterogeneità dei negozi sui cui la solidarietà è destinata a incidere pone, infatti, alcuni interrogativi sintomatici. Le ambiguità sottese al regime normativo presupposto dalla solidarietà impediscono una chiara delineazione dei poteri del creditore, ancorché la dottrina e la giurisprudenza, per solito, non dubitino che a questi debba in ogni caso assegnarsi

⁴ P. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, p. 234.

⁵ Così, in una prospettiva di metodo, C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, Vol. II, Pamplona, 1969, p. 61 ss., ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – Persone e famiglia. Garanzie e diritti reali*, t. 1, Milano, 2002, pp. 35 ss. (da cui le successive citazioni).

⁶ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 7-8.

⁷ È convincentemente storicamente radicato in dottrina che la ragione della solidarietà sia da rintracciare nel *favor creditoris*: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª ed. riv. agg., III, Milano, 1959, p. 537; A.M. BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, sez. III, *Delle obbligazioni in solido*, artt. 1277-1320, a cura di V. CUFFARO, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, rist. Torino 2016, p. 245; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, p. 695; A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, p. 86. Nella dottrina tedesca, cfr., tra molti, F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1851, p. 218; J. UNGER, *Passive Correalität und Solidarität im römischen und heutigen Rechte*, in *Jherings Jharb.*, Bd. 22, 1884, p. 212, e, in tempi successivi, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, § 37 I, pp. 634 ss.; A.-M. MOLLENHAUER, *Das gestörte Gesamtschuldverhältnis – Insbesondere die beschränkte Haftung der Eltern nach § 1664 Abs. 1 BGB*, in *Neue Justiz*, 2011, p. 2. Nella prospettiva del diritto privato europeo, cfr. S. MEIER, *Plurality of parties*, in *Commentaries on European Contract Laws*, edited by N. JANSEN and R. ZIMMERMANN, Oxford, 2018, p. 1559.

il *ius eligendi*; con corollarî applicativi di assoluto rilievo, i quali possono, a mo' di esempio, cogliersi nella prassi giudiziaria in tema di revocatoria, sequestro conservativo o, ed è questo il profilo su cui si snoda l'indagine, di fideiussione.

La sua disciplina, che integra l'archetipo delle garanzie personali a interesse unisoggettivo, costituisce terreno di verifica dell'integrale fondatezza della tesi che sempre colloca la solidarietà sul polo creditorio; nonché della correlata veduta per cui l'adempimento nelle obbligazioni solidali sia *integralmente* riducibile alla c.d. teoria dell'equivalenza⁸, in virtù della quale non rileva tanto l'identità fenomenica della prestazione, ma importa solo che essa sia idonea a soddisfare l'unitario interesse creditorio. La disamina sugli interessi che fondano il rapporto (sostanzialmente) trilatero della fideiussione solidale consente di vagliare la legittimità di una *solutio* imposta in via primaria al garante, sebbene egli si obblighi, ai sensi dell'art. 1936 c.c., per garantire l'adempimento di un debito *altrui*; e così di appurare se fideiussore e coobbligato principale siano effettivamente debitori di pari grado verso l'esterno. Da questa angolazione visuale, l'esigenza, più volte posta in luce dalla dottrina, di evitare una frattura fra teoria e pratica⁹ suggerisce un'attenta valutazione sulla *effettiva* posizione assunta dal debitore principale e dal fideiussore nel rapporto obbligatorio. La prassi dimostra, ad esempio, come il garante sovente risulti soggetto *debole*, in quanto in situazione di concreta disparità socio-economica rispetto al creditore o alle altre parti del rapporto¹⁰. Casi siffatti ingenerano dunque l'interrogativo circa la piena legittimità di un trattamento paritetico dei condebitori solidali, quando questi soggetti muovano da posizioni obiettivamente differenti. E, soprattutto,

⁸ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, p. 45; ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ. (Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale)*, Padova, 2006, pp. 179 ss.

⁹ Così già C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, cit., p. 38.

¹⁰ A tal riguardo, v. già E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, p. 131: «(...) è illecito per il debitore lasciare che il fideiussore sia aggredito dal creditore senza intervenire per pagare un suo debito che il fideiussore – nei suoi confronti – non si è obbligato – sic et simpliciter – a pagare, ma soltanto si è assoggettato a garantire e a pagare in funzione e per lo scopo della garanzia (...); e – soggiunge l'Autore – come lo stesso creditore non possa in alcun modo ignorare, esercitando una scelta arbitraria, la differente posizione del coobbligato principale rispetto a quella del fideiussore vincolato per un debito altrui. Il pensiero dell'Autore è, in tempi recenti, richiamato e condiviso da R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, a cura di G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI e M. WAELBROECK, Napoli, 2011, pp. 439 ss., spec. p. 451, il quale, sulla scorta delle riflessioni del Simonetto, pone in luce l'impretebile necessità di assicurare una forma di protezione al garante.

stimolano una riflessione sulla tipologia di interessi veicolati dalla solidarietà quando essa sia destinata a svolgere una funzione riequilibrante dell'atto di autonomia; funzione che, nella divisata ipotesi, possa eventualmente riflettere non soltanto una esigenza di parità *inter partes*, ma risultare giustificata da finalità meta-individuali¹¹.

Orbene, la dimensione strutturale della solidarietà, e la sua più recente declinazione funzionale, giungono a esiti analoghi con riguardo all'oggetto dell'indagine, in quanto l'individuazione dei margini caratterizzanti il potere del creditore si risolve nell'invariante riconoscimento di una sua sfera di ampia discrezionalità nell'ambito della attuazione del rapporto; sì da confinare la disamina sugli interessi di tutte le parti coinvolte alla fase iniziale di qualificazione – in cui è imposta una scelta fra parziarietà e solidarietà – delle obbligazioni che tengono insieme più soggetti.

Movendo da una prospettiva storica combinata con il dato di diritto comparato, il presente studio, nell'ottica di un vaglio critico delle modalità con cui la solidarietà può manifestarsi, propone di rivalutare il fenomeno solidale alla luce della effettiva dimensione degli interessi, e così della realtà oggettiva, che, per contro, tende a essere confinata, almeno in quest'ambito, nella zona della irrilevanza pratica. La prospettata impostazione sottende una riformulazione teorica della solidarietà, che, sul presupposto di un adempimento avviluppato intorno a una dinamica di cooperazione fra posizioni creditorie e debitorie, sorregga l'assunto di una disciplina modulabile in ragione degli interessi concreti delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

¹¹ V., per tutti, P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 787 ss., in part. pp. 792 ss.

CAPITOLO PRIMO

LIBERA ELECTIO E SOLIDARIETÀ

SOMMARIO: 1. La natura costitutiva della *libera electio* tra solidarietà e fideiussione. – 2. *Libera electio* e solidarietà tra fondamento e struttura. – 3. *Libera electio* tra solidarietà (quale modalità dell'obbligazione parziaria), *mutua fideiussio* e regresso; – 3.1. *Segue. Libera electio* e regresso tra *obligation in solidum* e solidarietà risarcitoria; – 4. Dottrina della contitolarità e solidarietà quale modalità attuativa del rapporto. – 5. Correalità e solidarietà: tentativo di sistematizzazione dogmatica tra *actio* ed *electio*. – 6. *Libera electio* e prospettiva funzionale della solidarietà tra diritto nazionale e diritto scientifico. – 6.1. *Segue. Solidarietà, comunione di scopo e centralità dell'interesse creditorio.* – 7. *Libera electio*, solidarietà e poteri assoluti del creditore; critica. – 8. Funzione della solidarietà e affievolimento del *ius eligendi*: tradizione romanistica e codici civili europei. – 9. *Segue. Garanzie personali solidali e (progressiva) negazione della libera electio: diritto romano, ius commune e moderne codificazioni.* – 10. Osservazioni di sintesi.

1. La natura costitutiva della *libera electio* tra solidarietà e fideiussione.

Il concetto di solidarietà passiva nell'ambito del diritto delle obbligazioni è tradizionalmente radicato sul presupposto assiomatico della facoltà in capo al creditore di scegliere discrezionalmente il condebitore cui richiedere l'adempimento¹. È regola considerata

¹ Tra molti, v. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, rist. 2^a ed., Milano, 1963, p. 223: «[i]l creditore può anzitutto rivolgersi a uno qualunque – a sua scelta – tra i condebitori per conseguire tutto quanto collettivamente gli spetta». F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9^a ed. riv. agg., III, Milano, 1959, pp. 541-543 offre una inequivoca definizione dell'istituto: «[s]i ha solidarietà passiva, quando più debitori siano obbligati tutti (*per la medesima prestazione*), in modo che *ciascuno* di essi è considerato *pari gradu* con gli altri e può essere *costretto* all'adempimento, per la totalità: *coobbligazione*, o *corresponsabilità*, o *condebito* (1292 primo comma)» (enfasi dell'Autore; p. 541). Egli chiarisce altresì che «[d]ove il creditore debba seguire un dato ordine nell'escussione dei condebitori (...), ivi non c'è solidarietà passiva» (p. 542). In tal senso anche D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, 2^a ed., Bologna-Roma, 1961, p. 165, e C. GANGI, *Le obbligazioni. Concetto – obbligazioni naturali – solidali – divisibili e indivisibili*, Milano, 1951, p. 165 e pp. 204-205. Più di recente, sul tema, A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, pp. 83-84: «(...) non sfugge come il senso stesso della solidarietà trovi consistenza nella c.d. “*libera electio*” che, nel caso di solidarietà passiva, consente al creditore di scegliere liberamente il debitore che gli appaia in grado di soddisfare più agevolmente il proprio interesse, evitando nel contempo di “parcellizzare” la propria richiesta di pagamento in plurime domande». Nel diritto tedesco, la *Gleichstufigkeit* designa la parità di grado delle obbligazioni dei condebitori, sicché, in ossequio a tale concetto, il creditore non sarebbe tenuto all'osservanza di alcun ordine nella richiesta di adempimento. Ricorda la tradizionale impostazione della dottrina tedesca U. HILLENKAMP, *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, Hamburg, 1966, p. 130: «[f]ür den Gläubiger bedeutet die Figur der Gesamtschuld eine starke Sicherung seiner Rechte, was darin zum Ausdruck kommt, daß er zum einen jeden der Schuldner auf den gesamten Betrag in Anspruch nehmen kann - es gibt also keine subsidiäre Haftung, vielmehr ist jeder Schuldner primär leistungspflichtig»; H. JÜRGENS, *Teilschuld – Gesamtschuld – Kumulation*, Baden-Baden, 1988, p. 19, il quale muove dall'assunto preliminare che «*die Gesamtschuld ist gegenüber der Teilschuld für der Gläubiger weitaus günstiger*», per affermare poi: «[d]a ihm jeder Schuldner auf

costitutiva della solidarietà² e che suole desumersi non tanto dal testo dell'art. 1292 c.c., il quale nulla dispone espressamente al riguardo, bensì, in via logica, da un principio posto da tale norma³. La quale sottende una libertà assoluta del creditore, sì che «ripugnerebbe una posizione

*die ganze Leistung haftet, kann er schon durch die Inanspruchnahme eines Schuldners sein Interesse vollständig befriedigen. Um das Innenverhältnis der Schuldner braucht er sich nicht zu kümmern. Er kann je nach seinem Belieben die Leistung von jedem Schuldner ganz oder teilweise fordern»; K. LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, Teil I, *Vertrag und Vertragsbruch*, Hamburg, 1936, p. 210; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000, pp. 340 ss. Sulla scorta del dato testuale del § 421 BGB, pur discorrendo di flessibilità degli effetti giuridici del debito solidale, rammenta la tradizionale libertà di scelta accordata al creditore anche A. KÜHN, *Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht. Am Beispiel einer Spaltung des Mehrpersonenverhältnisses zwischen deutschem und englischem Recht*, Tübingen, 2014, p. 15: «[e]rforderlich ist dafür zunächst, dass die verschiedenen Verpflichtungen der Schuldner nicht nur alternativ oder nachrangig hintereinander sondern gleichzeitig bestehen. Andernfalls stehen dem Gläubiger entweder nicht mehrere Schuldner gegenüber oder aber er kann nicht nach seinem Belieben jeden der Schuldner in Anspruch nehmen, sondern muss sich vielmehr an eine festgelegte Reihenfolge halten». Per un raffronto più generale, cfr. S. HEINEMEYER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München, 2019, § 421, Rn. 74, che pure ribadisce il concetto: «[d]er Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern (...). Er kann dabei frei wählen, gegen welchen Schuldner er vorgehen – und damit mit dem Regressrisiko belasten – und welchen er zunächst verschonen will. Die Wahl steht ihm dabei bis zur Erfüllung frei». È dato pacifico anche per la dottrina francese. Sulla *faculté d'élection*, che risulta assai favorevole per il creditore e, correlativamente, penalizzante per i condebitori, v. M. RANOUIL, *Le recours entre coobligés*, Paris, 2014, pp. 69 ss., spec. p. 69, p. 71. Più di recente, cfr. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12^e ed., Paris, 2018, p. 1464: «[l]a conséquence première et immédiate de l'idée de solidarité est que le créancier est en droit de réclamer la totalité de la créance à l'un quelconque des débiteurs (...). Il peut ainsi choisir discrétionnairement celui d'entre eux auquel il réclame paiement, au besoin par voie de justice (...) sans être tenu de mettre en cause les autres ou même seulement de les avertir».*

² Cfr. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 84-85, pp. 92-93, secondo cui la libertà di scelta del creditore rappresenta «elemento decisivo, e per così dire originario» (p. 84), o anche «consustanziale» (p. 85), della solidarietà. Il tenore dell'affermazione pare, tuttavia, mitigato dal successivo rilievo per cui «la libera electio "pura" ed assoluta non è presupposto minimo della solidarietà», costituendo, però, «il normale punto di partenza della disciplina dell'obbligo solidale»; sì che l'eventuale articolazione disuguale della solidarietà non è suscettibile di essere elevata a regola ordinaria (pp. 92-93). Su posizioni pressoché analoghe, U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contr. impr.*, 2014, pp. 267 ss., spec. p. 279, e prim'ancóra, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVIII, 3, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, 1998, p. 40. V. anche Cap. I, para. 1, nota 15.

³ G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 12: «(...) ove dal semplice tenore letterale si passi a una interpretazione logica più approfondita, sembrerebbe doversene inferire un risultato opposto, e cioè che la legge richieda la parità nei condebitori». Nello stesso senso parrebbe orientarsi F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, cit., p. 541, ove afferma che la disciplina della solidarietà passiva «è, in parte, simmetrica, a quella testé esposta, a proposito della solidarietà attiva». Secondo L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*², cit., p. 223, il potere discrezionale di scelta del creditore, per quanto «il codice non lo afferm[i] come invece lo proclamava il preced. art. 1189 (...) è implicito nello stesso concetto dell'obbligazione collettiva». Osserva D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 163, spec. p. 165: «quando la legge dice che il creditore può pretendere l'intero da ciascun debitore, in ciò è implicito anche che il creditore può scegliere liberamente il debitore a cui rivolgersi per primo». Più di recente, cfr. S. BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, Milano, 2016, p. 4: «(...) anche il potere del creditore di rivolgersi a uno qualsiasi dei debitori per pretendere l'adempimento è altrettanto chiaramente sancito dal legislatore, essendo senza dubbio desumibile dall'art. 1292 c.c.». Il meditato lavoro dell'Autore pare impregnato proprio sul preliminare assunto della facoltà di scelta libera

sussidiaria da parte di alcuni debitori»⁴. La regola ha acquisito definitivo vigore in dottrina mediante l'argomento analogico tratto dal suo correlato inverso⁵. L'art. 1296 c.c. contempla la c.d. *libera electio* del debitore, che può scegliere discrezionalmente il concreditore cui offrire l'adempimento. I riferimenti normativi parrebbero dunque coerenti con una delle funzioni che qualifica la solidarietà dell'obbligazione, relata – anche – al rafforzamento soggettivo della garanzia patrimoniale, almeno rispetto all'ipotesi nella quale il debitore sia unico⁶.

facente capo al creditore: «(...) è quasi superfluo affermare che la *libera electio* del creditore costituisce uno dei principi fondamentali dell'istituto della solidarietà debitoria: non sembra allora ammissibile che esso possa essere svuotato di contenuto nell'interpretazione della restante disciplina in materia». Qualifica la libera scelta del creditore come *diritto* facente capo a quest'ultimo, Cass., 21 settembre 2007, n. 19492, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 931: «[n]ella solidarietà passiva il creditore, che agisce ai sensi dell'art. 1292 c.c. contro uno qualsiasi dei condebitori solidali esercita un suo preciso diritto, che non comporta l'automatica rinuncia del credito nei confronti dell'altro o degli altri condebitori solidali, poiché diversamente verrebbero ad essere contraddetti sia la medesima facoltà di scelta che la citata norma gli assicura, sia il diritto del debitore escusso di rivalersi nei confronti degli altri obbligati in solido per la quota di rispettiva responsabilità».

⁴ Così G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 13 descrive il pensiero della prevalente dottrina. Egli riconosce, però, la compatibilità teorica tra solidarietà e sussidiarietà, ove quest'ultima sia convenzionalmente prevista (pp. 13-14). Prova di diritto positivo – argomenta l'Autore – è già l'art. 1944 c.c., ove il legislatore, pur qualificando come solidale il vincolo tra debitore principale e garante, conferisce alle parti del contratto la facoltà di introdurre il beneficio di preventiva escussione (p. 15). Nel senso della piena inconciliabilità, v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, cit., p. 543: «dall'obbligazione solidale passiva, differisce anche l'obbligazione sussidiaria, per il fatto che questa seconda non si pone come un'obbligazione *pari gradu*, rispetto a un'altra, sì che il creditore deve osservare un certo ordine»; A. GIAQUINTO, *Delle obbligazioni in solido*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'AMELIO ed E. FINZI, I, Firenze, 1948, p. 252. Nella dottrina tedesca v., di recente, A. KÜHN, *Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht*, cit., p. 23: «[i]st die Verpflichtung des einen Schuldners derart nachrangig, dass der Gläubiger ihn nicht nach seinem Belieben als Ersten in Anspruch nehmen kann, so liegt bereits nach den geschriebenen Voraussetzungen von § 421 BGB keine Gesamtschuld vor». Sui caratteri della scelta discrezionale del creditore, cfr. M. WOLF e W. NIEDENFÜHR, *Gesamtschuld und andere Schuldnermehrheiten*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, pp. 369 ss., spec. p. 375.

⁵ Lo rileva C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 165, secondo cui la regola posta dall'art. 1296 c.c. – il debitore ha la scelta di pagare all'uno o all'altro dei creditori in solido – è suscettibile di applicazione anche nel caso di solidarietà passiva: «(...) corrispondentemente è da ritenere, pur non essendo ciò espressamente stabilito, ed argomentando quindi dal detto articolo [1296 c.c.] e dall'art. 1292, che il creditore può richiedere il pagamento all'uno o all'altro dei condebitori a sua scelta». Ci sembra, tuttavia, che la ragione ispiratrice della solidarietà attiva (e, di conseguenza, anche della *libera electio* di cui beneficia il debitore ai sensi dell'art. 1296 c.c.) sia opposta rispetto a quella del suo corrispondente passivo. È, cioè, ispirata (anche) da un'esigenza di tutela del debitore diligente, il quale vuole prontamente liberarsi dal vincolo obbligatorio. Significativamente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, p. 696: «[l]a solidarietà attiva avvantaggia il debitore perché gli consente di liberarsi eseguendo l'intera prestazione ad uno dei concreditori quali che siano le quote di spettanza di ciascuno di essi». Sul punto v., altresì, R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, in A. GORASSINI e R. SICLARI, *Di alcune specie di obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2013, pp. 173-174.

⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 695: «[i]l vincolo solidale, precisamente, è diretto a rendere più sicura e più agevole la realizzazione del diritto del creditore»; ciò, tuttavia, non sottende l'idea che «(...) ciascuna obbligazione solidale sia costituita a causa di garanzia». La funzione di garanzia assolta dalla solidarietà è riconosciuta anche da S. MEIER, *Plurality of parties*, in *Commentaries on European Contract Laws*, edited by

L'atto solutorio di un coobbligato solidale libera così gli altri. Il debito è dunque estinto senza la necessità di ricorrere all'apporto cumulativo di tutti⁷. La rilevanza giuridica dei rapporti intercorrenti tra il gruppo debitorio e l'esterno (*Außenverhältnis*) – cioè il creditore – si esaurisce al momento dell'adempimento. L'interesse del creditore è nella realizzazione delle sue ragioni, senza che, per il relativo soddisfacimento, possano in alcun modo incidere le vicende giuridiche tra condebitori (*Innenverhältnis*). Logico corollario di tale concezione risiederebbe, pertanto, nella impossibilità di trasfondere verso l'esterno l'assetto di interessi interno al gruppo di debito. L'attività esattiva del credito non può soggiacere ad alcuna graduazione degli obblighi facenti capo ai condebitori solidali.

Come pure si vedrà⁸, la teoria classica fonda la solidarietà sulla ricorrenza di alcuni requisiti indispensabili per la sua configurazione. I quali sono tradizionalmente individuati nella pluralità dei soggetti, nell'unicità della prestazione e nell'identità causale⁹. Quest'ultimo è il presupposto che, più degli altri, ha dato luogo a problemi ricostruttivi in dottrina. Ha indotto taluni a escludere la solidarietà di vincoli debitori che, sebbene qualificati come tali dal legislatore,

N. JANSEN and R. ZIMMERMANN, Oxford, 2018, p. 1559: «[t]he practical function of solidary liability is to facilitate the bringing and enforcing of a claim and to provide a type of personal security, since the creditor need not to initiate proceedings against all debtors but can, instead, bring a claim against one of them». Cfr., ancora, S. MEIER, *Gesamtschulden: Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010, p. 231 (su cui v. H. EHMANN, *Gesamtschulden – Abschied von der Einheits-Gesamtschuld?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 211, 2011, pp. 491 ss.), la quale ricorda come la configurazione odierna della solidarietà, alla cui base vi sarebbe una funzione di garanzia, caratterizzi già le elaborazioni del Savigny: «[i]n Savignys bekannter Formulierung verschafft die Gesamtschuld dem Gläubiger den Vorteil der „Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung“. „Sicherheit“ bedeutet, dass die Schuldner das Insolvenzrisiko ihrer Mitschuldner tragen, so dass der Gläubiger auch dann befriedigt wird, wenn nur ein Gesamtschuldner zahlungsfähig ist». Significativa è l'osservazione di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, cit., p. 537: «da quest'aspetto, la solidarietà passiva fa gruppo con le garanzie reali e personali e con i mezzi di rafforzamento del diritto del creditore» (corsivo dell'Autore).

⁷ In proposito, S. MEIER, *Plurality of parties*, cit., p. 1568, la quale rammenta: «[i]nsofar as one of the debtors has performed, the creditor loses the right to demand performance from another debtor. A definition of solidarity must therefore contain both the full liability of each debtor and the exclusion of cumulation».

⁸ Cap. I, para. 2.

⁹ L'ultimo requisito è inteso, segnatamente, come identità di fonte. Così, esaminando il distinguo fra correalità e solidarietà, F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 77, 1891, p. 374 ss., spec. p. 436, il quale non ravvede però nella pluralità di soggetti un elemento connotante la correalità in via esclusiva. Sulla necessità della *eadem causa*, v. anche K. CZYHLARZ, *Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Österreich)*, Bd. 3, 1876, p. 113, il quale, tuttavia, reputa sussistente tale elemento in casi diversi da quelli cui l'Eisele si riferisce. Esemplificativa della divergente veduta è l'ipotesi della *fideiussio*. Secondo lo Eisele, in essa non vi è comunanza di causa, mentre lo Czyhlarz argomenta in senso opposto.

risultano caratterizzati da cause eterogenee¹⁰ (e, dunque, fonti diverse)¹¹ ovvero prevedono come tassativa l'osservanza di un ordine nella richiesta di adempimento¹².

La necessità di quell'elemento conformerebbe la solidarietà, la quale, come si dirà, non potrebbe dirsi tale ove, con riguardo all'adempimento, vi sia – non già pari-ordinazione, bensì – graduazione delle obbligazioni verso l'esterno¹³. La solidarietà debitoria, per queste ragioni, manterrebbe costantemente immutata la propria operatività¹⁴. Il creditore mai potrebbe reputarsi onerato di una richiesta preventiva di adempimento verso uno dei coobbligati; simile regime – è l'idea emersa e consolidatasi in tempi relativamente recenti in adesione a una differente impostazione che abbandona, in parte, la veduta strutturale della solidarietà – sarebbe

¹⁰ È, ad esempio, il caso dei vincoli fideiussorio e degli obbligati cambiari verso il portatore. È dubbio, secondo D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², pp. 141-142, che qui possa discorrersi di vera solidarietà. Esclude la natura solidale in caso di coobbligazione cambiaria anche C. GHINI, *Ancora sulla cosiddetta solidarietà delle obbligazioni cambiarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, pp. 86 ss.

¹¹ Nella accezione comune l'identità causale, traduzione dell'espressione latina *eadem causa obligandi*, designa l'unicità formale dell'atto costitutivo (la causa è, cioè, intesa quale *Grund* e non come *Zweck*). Sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 704, nota 36 (ivi riferimenti contrari, che propendono, cioè, per l'equivalenza tra identità causale e di scopo). È il convincimento anche di A.M. BENEDETTI, *sub art.* 1292, in *Delle obbligazioni*, sez. III, *Delle obbligazioni in solido*, artt. 1277-1320, a cura di V. CUFFARO, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, rist. Torino 2016, p. 258.

¹² Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 1444, il quale menziona a tal fine la delegazione cumulativa di debito, la delegazione passiva di pagamento, nonché la delegazione attiva, sia di debito sia di pagamento. Per più ampi riferimenti, v. Cap. I, para. 2.

¹³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 145, rispetto alla prima edizione dell'opera, in cui emergeva l'idea di una inconciliabilità strutturale e funzionale tra solidarietà e sussidiarietà, sembra mutare parzialmente la sua veduta: «[l]a possibilità che il creditore si rivolga liberamente all'uno o all'altro debitore per primo è un effetto di molta importanza pratica. Ma anche quando il creditore deve osservare un determinato ordine, conserva il diritto di pretendere l'intero da ciascun debitore, sia pure in quell'ordine, cioè anche ora l'obbligazione non si divide nei rapporti esterni, non diventa parziaria. Mi sembra quindi che ora la solidarietà si attenui ma non scompaia completamente». Egli, tuttavia, soggiunge che «quando tutto l'interesse all'obbligazione è di un solo debitore, mi sembra proprio che, se si rende una delle due obbligazioni sussidiaria rispetto all'altra, non rimane più nulla della solidarietà». Per una più recente riflessione che muove proprio dal pensiero del Rubino, v. M. ANGELONE, *Solidarietà passiva e sussidiarietà fra coobbligati*, in *Domenico Rubino*, I, *Interesse e rapporti giuridici*, a cura di P. PERLINGIERI e S. POLIDORI, Napoli, 2009, pp. 305 ss., p. 311, il quale rammenta la posizione «intermedia, o ad ogni modo, più sfumata» assunta dall'Autore rispetto alle teoriche rivendicanti una radicale e costante inconciliabilità tra solidarietà e sussidiarietà. Sulla possibilità che la sussidiarietà funga da «deroga convenzionale alla solidarietà», v. A. DE CUPIS, *L'obbligazione sussidiaria nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, pp. 1-3, spec. p. 2.

¹⁴ Così L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*², cit., p. 225: «[l]a libera scelta tra i condebitori spettante al creditore non può essere frustrata da un patto di previa escussione di uno dei condebitori se non con l'effetto di distruggere il carattere collettivo dell'obbligazione». V., altresì, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, cit., pp. 543-544, secondo cui il beneficio di escussione è da considerarsi «antitetico al principio di solidarietà passiva». Nella letteratura giuridica tedesca, la dimensione invariabile della solidarietà ha costituito oggetto di analisi critica per U. HILLENKAMP, *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, cit., pp. 51 ss., pp. 114 ss.

solo attenuabile per il tramite della previsione convenzionale, derogante alla disciplina dispositiva, di un onere di istanza stragiudiziale di adempimento all'obbligato principale¹⁵.

La particolare rilevanza storicamente assegnata al dato strutturale dell'obbligazione solidale¹⁶ ha proiettato il vincolo in una dimensione invariante e, per così dire, fissa. Simile configurazione ha spesso generato un diffuso scetticismo verso la teorica che rivendica la compatibilità di simile regime con quelle modalità diverse di adempimento, previste dall'art. 1293 c.c.; modalità, cioè, che (non) contemplerebbero la facoltà di scegliere discrezionalmente il coobbligato in solido cui rivolgere la richiesta di adempimento¹⁷. La valorizzazione dei cennati elementi costitutivi dell'obbligazione solidale ha spesso indotto a incentrare il dibattito scientifico sulla necessità o meno di una contestuale presenza di quegli elementi.

Una volta che la sussistenza di tali requisiti sia accertata, ne discenderebbe l'operatività della relativa disciplina. Quest'ultima – si osserva – è suscettibile di indistinta applicazione per qualsiasi tipologia di obbligazione solidale, sia essa connotata da un interesse comune dei condebitori, sia essa sorretta da un interesse unisoggettivo¹⁸.

¹⁵ Cfr. U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, cit., pp. 267 ss., spec. p. 279, secondo cui «[s]e la libera electio da parte del creditore è un elemento naturale ma non essenziale della solidarietà, e può essere quindi esclusa dalle parti o dalla legge con la previsione di un beneficio d'ordine, rimane invece effetto essenziale e qualificante dell'attuazione solidale il potere del creditore di chiedere a ciascun debitore l'intera prestazione». In tal senso anche A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 88 ss., spec. pp. 92-93; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980, pp. 60 ss., pp. 91 ss.; ID., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, 2ª rist. Napoli, 1999, p. 37: «(...) fideiussore e debitore principale, salvo patto contrario, sono obbligati di pari grado sicché il creditore, alla scadenza dell'obbligazione, ha il diritto di scegliere liberamente da chi pretendere l'adempimento». L'idea è condivisa anche da A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 42, il quale, riflettendo sulla solidarietà fideiussoria, rileva: «(...) il silenzio della legge nella configurazione tipica della fideiussione riguardo al *beneficium ordinis* non permette di supporre che esso sia considerato normale, senza disconoscere le esigenze economico-sociali che sottostanno alla pura solidarietà: la libera scelta tra debitore principale e fideiussore accentua il significato specifico della garanzia personale, che consente al creditore di esigere ed ottenere senza indugio il puntuale ed esatto adempimento, indifferentemente, dal garantito o dal garante, e ne valorizza l'aspetto strutturale (...)». Esclude l'operatività di un beneficio d'ordine a favore del fideiussore G. BOZZI, *I rapporti tra creditore e fideiussore*, in *La fideiussione*, a cura dello stesso, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIARI, diretta G. ALPA, G. BONILINI, U. BRECCIA, O. CAGNASSO, F. CARINCI, M. CONFORTINI, G. COTTINO, A. JANNARELLI e M. SESTA, Torino, 2013, pp. 281 ss., spec. pp. 282-284. Sulla operatività dei *beneficia excussionis* e *ordinis* in diritto romano, E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, pp. 205-209.

¹⁶ Secondo C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984, p. 66, «pluralità di debitori e medesima prestazione sono referenti strutturali della solidarietà», mentre «l'unicità della *causa debendi* (...) [ne] è elemento accidentale».

¹⁷ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², p. 145. In senso contrario, v. G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., pp. 12-13.

¹⁸ In tal senso, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 40.

La soluzione è generalmente supportata dalla letteratura comparatistica di quei paesi, in particolare, che risentono della tradizione di diritto romano¹⁹. Di là dalla controversa questione della possibile coesistenza tra sussidiarietà e solidarietà, è significativo che in Germania e Francia – le quali risultano, al pari dell’Italia, affratellate dalla unitaria matrice storica caratterizzante l’istituto solidarietà – le norme codicistiche (§ 421 BGB; art. 1313 del *Code civil*) attribuiscono al creditore la facoltà di scegliere, a propria discrezione, il debitore cui richiedere la prestazione. La scelta dei relativi legislatori di disciplinare la solidarietà passiva senza la previsione di oneri di preventiva richiesta (o escussivi), a carico del creditore precedente, pare inequivoca. Sulla base di tali premesse, la dottrina della pari-ordinazione (*Gleichstufigkeits-Lehre*) ha tendenzialmente prevalso²⁰. In ossequio a essa, all’obbligazione solidale, nella quale vi sarebbe “*wechselseitig Solutionskonkurrenz*”, si contrapporrebbe il rapporto connotato da una graduazione degli obblighi verso l’esterno, al cui interno si realizzerebbe invece una “*einseitig Solutionskonkurrenz*”²¹. Permangono, tuttavia, dubbî, pure sollevati dalla dottrina, relativi alla esatta qualificazione giuridica di quei rapporti, i quali, quantunque non solidali *ex lege*, parimenti assolvono a una funzione di garanzia nella realizzazione del credito. È la classica configurazione del vincolo tra garante e debitore principale nel BGB (§ 771)²² e nel *Code civil* (artt. 2288, 2298)²³. In essi ancora prevale, pure

¹⁹ Cfr. U. HILLENKAMP, *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, cit., p. 130. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 231, osserva che il creditore «(...) kann seine Klage gegen einen, gegen mehrere miteinander oder gegen mehrere nacheinander richten. Diese Paschastellung des Gläubigers ist heute selbstverständlich» e soggiunge, però: «[h]istorisch jedoch waren die Sicherheit und vor allem die Leichtigkeit der Rechtsverfolgung häufig Einschränkungen unterworfen». Ricordano il tradizionale funzionamento della solidarietà W. FIKENTSCHER und A. HEINEMANN, *Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11 Aufl., Berlin-Boston, 2017, p. 771: «[s]chulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist, so sind sie Gesamtschuldner. Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern».

²⁰ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, § 37, I, pp. 634 ss.

²¹ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., §§ 37 III, pp. 643 ss.; W. SELB, *Schadensbegriff und Regreßmethoden*, Heidelberg, 1963, pp. 16 ss.

²² È l’assunto da cui muove S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1232, per l’analisi dei rapporti tra *Gesamtschuld* e *Bürgschaft*: «[o]b eine Gesamtschuld zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen besteht, ist bekanntlich seit Inkrafttreten des BGB umstritten». L’Autrice soggiunge significativamente che «[i]m Laufe des 20 Jahrhunderts hat sich in Lehre und Rechtsprechung weitgehend die Meinung durchgesetzt, dass Bürgschaft und Gesamtschuld Rechtsinstitute sind, die sich gegenseitig ausschließen».

²³ L. AYNÈS et P. CROCQ (avec le concours d’A. AYNÈS), *Droit des sûretés*, 13^e ed., Issy-les-Moulineaux, 2019, pp. 39 ss., spec. pp. 49 ss., pp. 73-80, ove si rammenta il distinguo tra *cautionnement solidaire* e *cautionnement simple*, in cui non v’è scelta libera del creditore. Cfr., altresì, M. RANOUIL, *Le recours entre coobligés*, cit., pp. 72-74, spec. p. 74. V. altresì P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e ed., Paris, 2015, pp. 74 ss., pp. 555 ss., nonché F. ROUVIERE, *Le caractère subsidiaire du cautionnement*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, 2011, p. 689.

a seguito delle riforme che li hanno interessati, la configurazione sussidiaria del tipo fideiussione²⁴, affermatasi nel diritto giustiniano²⁵: nella dinamica del rapporto obbligatorio, v'è in via di principio difformità delle relative posizioni verso l'esterno. Nitida appare la divergente impostazione rispetto al modello fideiussorio italiano (art. 1944 c.c.), il quale si discosta dal suo correlato anteriore (art. 1898 c.c. 1865), ispirato a quello francese. In entrambe le discipline – tedesca e francese – non è menzione della solidarietà e l'obbligazione del garante presenta natura sussidiaria rispetto a quella del debitore principale. Il difetto testuale della solidarietà fra condebitori vincolati per un interesse unisoggettivo ha indotto a supporre, in quegli ordinamenti, che la disciplina dell'istituto sempre impedisca una rifluenza esterna, in via gradata, delle obbligazioni facenti capo ai membri del gruppo di debito. Diversamente dalla norma attributiva del regresso nelle solidali (§ 426 BGB), è significativo che il legislatore del BGB non contempli previsioni corrispondenti in favore del fideiussore, il quale beneficia soltanto della surrogazione legale (§ 774 BGB). Il che, nell'ambito del rapporto obbligatorio, troverebbe rispondenza nell'assenza della parità di grado tra fideiussore e debitore principale²⁶. L'architettura normativa delineata parrebbe altresì conciliarsi con il conferimento del diritto di regresso ai co-fideiussori, i quali rispondono solidalmente (§ 774, Abs. 2, BGB). In una opposta direzione muove, tuttavia, il *Code civil*, che appronta una disciplina di tutela del *caution* adempiente, vincolatosi per un'obbligazione rispondente a un altrui interesse. Si attribuisce al garante la facoltà di agire in regresso (artt. 2305) – quest'ultimo fondato su di un mandato espresso o tacito del debitore principale ovvero, se il pagamento effettuato dal fideiussore è avvenuto all'insaputa del primo, sull'istituto della gestione di affari²⁷ – e di surrogarsi nelle ragioni del creditore soddisfatto (art. 2306)²⁸.

²⁴ Scelta diversa è compiuta dal legislatore del codice civile del 1942, il quale ha, com'è noto, abbandonato il modello di fideiussione sussidiaria, sancito dall'art. 1898 del precedente codice del 1865. Sul punto v. *infra* in questo paragrafo.

²⁵ Sulla ricostruzione storica dell'istituto, v. Cap. I, para. 9.

²⁶ P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, pp. 174-175.

²⁷ R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. di F. FORAMITI, II, Venezia, 1834, pp. 216-217; G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, con addizioni dei Professori V. CAMPOGRANDE e G. PACCHIONI, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, di G. BAUDRY-LACANTINERIE, trad. it. sulla III edizione originale, a cura dei Professori P. BONFANTE, G. PACCHIONI e A. SRAFFA, Milano, s.d., p. 584; L. AYNÈS et P. CROCQ (avec le concours d'A. AYNÈS), *Droit des sûretés*¹³, cit., p. 88.

²⁸ L. AYNÈS et P. CROCQ (avec le concours d'A. AYNÈS), *Droit des sûretés*¹³, cit., p. 87.

Nonostante i dati testé evocati, non può sottacersi la prossimità funzionale della *Bürgschaft* e del *cautionnement* con l'operatività propria della solidarietà; circostanza che induce a riflettere sulla denunciata impossibilità di accomunare le discipline²⁹. La cennata contiguità di funzione, unitamente all'identità di interesse alla prestazione da parte del creditore la quale congiungerebbe solidarietà e fideiussione, ha anzi persuaso taluni studiosi che quella tipologia di garanzia personale sia conciliabile con la solidarietà³⁰; sì da ingenerare il dubbio che quest'ultima non scompaia ove vi sia sussidiarietà³¹, riaccostando così il nucleo funzionale dei relativi istituti alla nostra configurazione – solidale – della fideiussione.

2. Libera electio e solidarietà tra fondamento e struttura.

La questione circa la consustanzialità della *libera electio* rispetto alla solidarietà sembra apparentemente relegata ai margini dell'annoso dibattito intorno al fondamento e alla struttura di quelle obbligazioni. Il nucleo controverso della disputa, incentrato già sotto il vigore del codice civile del 1865 sulla ricostruzione dogmatica della solidarietà, non pare aver lambito il tema della libera scelta del creditore. La quale è stata ammessa, ancorché implicitamente, quale

²⁹ Cfr. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1232-1239. La cennata prossimità funzionale indirettamente emerge nelle riflessioni di G. CHANTEPIE e M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*², Paris, 2018, sub art. 1318, no° 844: «[l]'article 1318 propose ainsi une alternative au cautionnement, parfois appelé solidarité passive adjoint, qui ne fait pas l'unanimité in doctrine». L'art. 1318 ha abbandonato – almeno sul piano meramente letterale – la formulazione del previgente art. 1216 che, nel caso di solidarietà operante nell'interesse esclusivo di un debitore, assimilava espressamente la posizione dei restanti coobbligati a dei *cautions*: «[s]i l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions». Per uno studio della solidarietà connotata dall'unisoggettività dell'interesse del debitore, v. M. OURY-BRULE, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, Paris, 2002, pp. 13 ss.

³⁰ È l'opinione di F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzssystematik*, Berlin, 1990, pp. 134 ss., spec. p. 137. Notevoli, in tal senso, paiono anche le riflessioni di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1233: «[s]owohl bei der Gesamtschuld als auch bei der Bürgschaft stehen dem Gläubiger mehrere Schuldner gegenüber, die jeweils aus ihrer eigenen Verbindlichkeit die Befriedigung desselben Leistungsinteresses des Gläubigers schulden. Der Gedanke, der Hauptschuldner müsse leisten, der Bürge aber nur für die Verbindlichkeit des Schuldners einstehen, führt nicht weiter, weil auch der Bürge schuldet. Ob er den gleichen Leistungsgegenstand wie der Hauptschuldner oder nur eine Interesseleistung schuldet, ist unerheblich, weil auch im Gesamtschuldverhältnis eine Inhaltsgleichheit nicht erforderlich ist, solange es um dasselbe Leistungsinteresse des Gläubigers geht».

³¹ F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 137: «[a]us diesem Grunde ist es nur folgerichtig, daß die subsidiäre Haftung des „gewöhnlichen Bürgen“, die außerdem nur auf eine Einrede hin zu beachten ist (§ 771), in den Rahmen einer Gesamtschuld fällt».

tratto ontologico della relativa disciplina³², nonostante la nota eterogeneità delle aree di incidenza della solidarietà. Lo studio dei poteri creditorî è così parso in qualche modo impermeabile alle ricostruzioni fondate sulla necessaria compresenza dei presupposti della solidarietà e agli studi del suo fondamento. La operatività dell'istituto ha messo alla prova la concezione strutturale dell'istituto veicolata dalla dottrina civilistica. Quest'ultima si è a lungo impegnata a motivare la sussistenza di un tipo unitario, benché «l'obbligazione solidale ... [sia] usata per i fini più diversi»³³. La denunciata criticità risiede nel rinvenimento di una soluzione che si attagli adeguatamente a tutte le obbligazioni solidali³⁴. L'arduità del tentativo è ancor più accentuata se si considera il significato sotteso all'abbandono della regola stabilita dall'art. 1188 del codice civile del 1865 – la solidarietà doveva risultare da previsione espressa³⁵ – e il contestuale accoglimento della disposizione speciale dell'art. 40 del codice di commercio del 1882, confluita poi nel testo dell'odierno art. 1294 c.c.³⁶ Il cambiamento fu radicale. Segnò il distacco dal modello del *Code Napoléon*³⁷, il cui art. 1310 – reiterando, sia pure con diversa

³² Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2799, nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, pp. 257 ss., con nota di G. BARILLA, *Le Sezioni Unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, afferma che il «(...) meccanismo della solidarietà (...) nella fideiussione, attribuisce al creditore la *libera electio*, cioè la possibilità di chiedere l'adempimento così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile».

³³ Relazione al progetto del quarto libro del codice civile «Obbligazioni e contratti», Roma, 1936, p. 33: «(...) talvolta i due o più debitori sono soci tra loro e si tratta in tal caso di un affare al quale ciascuno di essi ha una parte di interesse; talaltra invece è in giuoco l'interesse di un solo debitore che forma la base dell'obbligazione, mentre gli altri non intervengono come garanti».

³⁴ Secondo D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 148, la risoluzione della questione relativa all'unità o pluralità dell'obbligazione solidale – oltre ad avere scarsa importanza pratica – è resa complessa «dai dati di diritto positivo, essendo contrastanti gli argomenti che se ne ricavano».

³⁵ Per un'analisi delle ragioni sottese alla scelta compiuta dal legislatore del 1865, v. P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, pp. 35 ss., spec. p. 36, secondo cui la necessità di una previsione espressa – legale o negoziale – per l'operatività della solidarietà passiva era giustificata dai vantaggi per il creditore derivanti dalla relativa disciplina («facilità dell'esazione del credito, ma anche la maggior garanzia di esso»); ciò costituiva anche il motivo della diversità di tali regole rispetto a quelle governanti la solidarietà attiva.

³⁶ Cfr. M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, Padova, 2012, pp. 7-9, pp. 9-14, il quale rileva che la recezione da parte del legislatore del 1942 della regola della presunzione di solidarietà, prevista dall'art. 1188 del codice civile del 1865, rappresenta «un ulteriore segno della commercializzazione dei rapporti privatistici».

³⁷ Di recente, rammenta che la redazione del previgente codice civile italiano del 1865 è stata, per larga parte, ispirata al *Code Napoléon*, sì «che poté svilupparsi una sorta di *koiné giuridica* tra i due paesi, almeno in materia di contratti e obbligazioni», P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, pp. 19 ss., spec. p. 22, ora in AA.VV., 'Liber Amicorum' P. Rescigno in occasione del novantesimo compleanno, II, Napoli, 2018, pp. 1887 ss., spec. p. 1890. Per un'approfondita disamina dell'influenza esercitata dal *Code Napoléon* già sui codici civili italiani della Restaurazione e, successivamente, su quello del 1865, v. G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, Torino, 2015, pp. 3 ss., in part. pp. 27 ss., pp. 65 ss.

formulazione, il contenuto del previgente art. 1202 che pure aveva ispirato le corrispondenti norme dei nostri codici pre-unitari³⁸ – conferisce alla parziarietà dignità di regola generale di natura dispositiva. Quella inversione pare esser stata motivata dalla esigenza di dar rilievo alla comunanza di interessi (*Interessengemeinschaft*)³⁹ di più soggetti «obbligati per un solo debito»⁴⁰. La norma non è, però, mai stata risolutiva nella individuazione dei tratti organici dell'istituto. La disciplina della solidarietà si estende, com'è noto, a casi in cui quella comunione di interessi manca. Tale assenza ha spesso riflessi sul versante dell'adempimento dell'obbligazione, con meccanismi che vulnerano la facoltà di libera scelta del creditore e, in parte, spingono l'analisi verso un ripensamento degli scopi perseguiti dal legislatore con la solidarietà.

L'indagine circa la natura di essa si presenta storicamente congiunta con l'individuazione della relativa struttura. Non è casuale che «il nodo teorico della solidarietà»⁴¹, avviluppato intorno al

³⁸ Si tratta dell'art. 1292 del Codice albertino, dell'art. 1255 del Codice estense, dell'art. 1155 del Codice napoletano e dell'art. 1179 del Codice parmense. Tutte le disposizioni imponevano, ai fini dell'operatività della disciplina solidale, una stipulazione tra le parti ovvero una previsione di legge. Sul punto v. M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., p. 4.

³⁹ I primi cenni di questa categoria compaiono in R. JHERING, *Reflexwirkungen oder Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 10, 1871, pp. 245 ss., p. 352, e risultano valorizzati nell'opera di H.O. DE BOOR, *Die Kollision von Forderungsrechten*, Berlin-Wien, 1928, pp. 20 ss. La compiuta elaborazione della figura si deve a H. WÜRDINGEN, *Theorie der schlichten Interessengemeinschaften*, Stuttgart, 1934, pp. 15 ss., il quale distingue le comunità di interesse stabilite per contratto, che si fondano su uno scopo comune dei membri, da quelle in cui, viceversa, tale medesimezza di scopo manca. In tal caso, l'Autore definisce la comunità di interesse come una «*schlichten Interessengemeinschaft*», e il principale tipo (*Hauptart*) di tale categoria sarebbe costituito dalla comunità parziaria (*Bruchteilsgemeinschaft*), stabilita dal § 771 BGB. Il tema è oggetto d'indagine anche per G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1958, pp. 23 ss., pp. 128 ss., p. 210, (su cui v. le recensioni di L. RAISER, in *Juristenzeitung*, 14. Jahrgang, 1959, pp. 421-422; P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1515 ss., ora in ID., *Per una biblioteca di diritto privato (la seconda metà del Novecento)*, testi riordinati da V. CUFFARO, Napoli, 2003, pp. 13 ss.); G. WÜST, *Die Interessengemeinschaft. Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1958, pp. 45 ss.

⁴⁰ Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, n. 597: «[l]a pluralità dei vincoli non esclude una comunione di interessi tra i coobbligati. Perciò non vi contrasta la presunzione *iuris tantum* di solidarietà tra condebitori posta dall'art. 1294 in estensione dell'art. 40, primo e secondo comma, cod. comm. Questa regola ha potuto prevalere su quella contraria dell'art. 1188, primo comma, cod. civ. del 1865 perché si è manifestata più congrua alla realtà della vita: assai di frequente, là dove più debitori sono obbligati per un solo debito, essi sono legati intimamente da una comunione di interessi». Riflette sul significato della comunanza di interessi, A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 298 ss., spec. pp. 306-307.

⁴¹ L'espressione è di A.M. BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, cit., p. 243.

dualismo concettuale tra unità e pluralità⁴², verta proprio sul puntuale significato da attribuire ai «requisiti» identificativi del fenomeno⁴³.

La tradizionale impostazione, sulla scorta degli studi della dottrina tedesca⁴⁴, esigerebbe, per la compiuta configurazione della solidarietà passiva, alcuni requisiti immancabili: la pluralità di soggetti, la medesima prestazione e l'identità causale⁴⁵ sottesa al rapporto di debito⁴⁶. L'essenzialità di simili elementi – reputata indispensabile da una parte della giurisprudenza⁴⁷ –

⁴² Il cennato dualismo è il riflesso della controversa divaricazione tra correalità e solidarietà. Sul punto P. BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà*, in *Scritti giuridici vari*, III, *Obbligazioni. Comunione e possesso*, rist. Torino, 1926, pp. 209 ss., p. 210, afferma: «[n]el tema delle obbligazioni *in solidum* il punto più discusso e reputato fondamentale è l'unità o la dualità del concetto, cioè se si debba distinguer la correalità dalla mera solidarietà».

⁴³ Il significato sotteso al termine “requisito” sembra intrinsecamente avvinto alla struttura della solidarietà; diversamente, il ricorso al concetto di “presupposto” della presunzione legale *ex art. 1294 c.c.* consente di svincolare, come si dirà, l'istituto dall'approccio strutturale, proiettandolo in una dimensione funzionale.

⁴⁴ Per tutti, cfr. F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, cit., pp. 374 ss.

⁴⁵ La menzione dei tre elementi è operata da gran parte della dottrina. V., tra molti, N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. BIGIAMI, Torino, 1970, pp. 953-954, nonché D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, 2ª ed. riv., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1961, pp. 133-147, il quale, con riguardo al requisito dell'identità causale, osserva che l'obbligazione deve necessariamente originare «dal medesimo fatto giuridico, o almeno da fatti collegati dalle parti con nessi tali che valgano a farli considerare come un complesso unitario all'effetto del vincolo che ne deriva» (p. 139). Così, già alla fine dell'Ottocento, F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, cit., p. 436. In una direzione parzialmente diversa muove, come pure si dirà, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, pp. 53 ss. Più di recente, sul tema A.M. BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, cit., pp. 251 ss., spec. p. 256, secondo cui l'*eadem causa obligandi* è requisito «forse, sfuggente o in declino, ma (...) rappresenta in verità il primo e più importante fondamento della solidarietà, la sua vera giustificazione». Nel diritto tedesco, la *Schuldgrundlehre* deve primariamente ascriversi all'opera di P. OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin, 1901, p. 124, pp. 291 ss., spec. p. 293, che sviluppa i precedenti studi condotti dallo Eisele (*Correalität und Solidarität*, cit., pp. 419 ss.). Per l'unitarietà di *Schuldgrund*, v., inoltre, H. TITZE, *Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg, 1948, § 38, p. 139.

⁴⁶ Come si dirà più approfonditamente, la compresenza dei tre requisiti pare non essere reputata indispensabile da altra parte della dottrina. È il convincimento di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 703-708, il quale discorre di presupposti necessari affinché il vincolo solidale sia costituito in base alla regola generale posta dall'art. 1294 c.c., «salvo che risulti diversamente dal titolo negoziale o dalla legge». Peraltro, l'identità della fonte è considerata dall'Autore non già condizione immancabile della solidarietà, bensì presupposto per l'operatività della rammentata presunzione di solidarietà, la quale può costituirsi pure per mezzo di una previsione negoziale (anche tacita) o legale (p. 705-706).

⁴⁷ V., tra molte, Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3255, la cui decisione, oltre a indicare l'esigenza della contestuale sussistenza dei cennati requisiti necessari – ad avviso della Cassazione – per la configurazione della solidarietà, ha assunto un peso decisivo nella definizione dell'odierna disciplina delle obbligazioni dei condòmini. I giudici di legittimità hanno optato per l'abbandono della tesi – sino a quel tempo assai consolidata – della solidarietà delle obbligazioni condominiali, accogliendo, di contro, l'orientamento minoritario, assoggettante queste ultime alla disciplina della parziarietà. La soluzione offerta dalla Suprema Corte – secondo taluni costituente l'esito di valutazioni connesse a ragioni di giustizia sostanziale più che a motivi di

ha talvolta indotto a escludere la natura solidale di vincoli, i quali pure risultano espressamente qualificati come tali dal legislatore. Nonostante la menzione compiuta dalla legge, si è a lungo considerato non davvero solidale, per assenza della *eadem causa obligandi*, il vincolo tra fideiubente e debitore⁴⁸, così come quello sussistente tra obbligati cambiari verso il portatore⁴⁹. Allo stesso modo – benché assente una qualificazione legislativa espressa – neppure la solidarietà ricorrerebbe nella delegazione cumulativa di debito, la quale difetterebbe dell'elemento principale di quel regime, «in quanto il creditore non può rivolgersi indifferentemente al delegante o al delegato, ma deve chiedere il pagamento anzitutto a quest'ultimo»⁵⁰. Più in generale, la sua operatività sarebbe esclusa in tutti quei casi contraddistinti da un funzionamento dell'istituto che imponga un ordine tassativo nelle richieste di adempimento nell'ambito dell'attività esattiva del credito⁵¹. Emerge, in questa impostazione, il fondamentale ruolo conferito alla libera scelta nella conformazione piena della solidarietà, da un lato, e la volontà di non alterare l'omogeneità del tipo, dall'altro⁵².

carattere strettamente tecnico – ha inteso, evidentemente, conferire rilievo all'interesse dei condòmini solvibili ad evitare l'anticipo di somme, spesso ingenti, in virtù del meccanismo operativo posto dal precedente meccanismo attuativo imposto dalla solidarietà. Con riguardo agli elementi costitutivi di quest'ultima, v. in senso contrario, Cass., 13 luglio 2010, n. 16391, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Obbligazioni in genere*, n. 76, secondo cui, ai fini dell'applicazione delle regole alla base della solidarietà di cui all'art. 1292 c.c., non è indispensabile la fonte dell'obbligazione, ma è invece necessario che più soggetti siano tenuti ad eseguire la medesima prestazione, sicché l'adempimento di uno per l'intero libera gli altri.

⁴⁸ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 141-142: «si allontana dalla vera e propria solidarietà (passiva) la fideiussione», in quanto «l'obbligazione principale e quella fideiussoria sono due obbligazioni distinte». Sotto l'impero del codice civile del 1865, il cui testo non menzionava la solidarietà del vincolo tra fideiussione e debitore principale, cfr. V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, Torino, 1902, p. 43: «[m]entre l'obbligazione principale occupa il primo posto riguardo allo scopo dell'adempimento della prestazione, l'obbligazione fideiussoria viene, per così dire, in seconda linea, in quanto tende soltanto allo scopo della sicurezza del creditore nell'eventualità di un mancato pagamento».

⁴⁹ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 143. V., però, sul tema G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, rist. 1^a ed. (1974) Napoli, 2013, pp. 87 ss. nonché pp. 145 ss.

⁵⁰ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 144, secondo cui alle medesime conclusioni – nel senso, cioè, della esclusione della solidarietà – deve pervenirsi con riguardo alla delegazione passiva di pagamento e alla delegazione attiva, sia di debito sia di pagamento.

⁵¹ Le ipotesi sono varie nella nostra legislazione. Si pensi, esemplificativamente, all'art. 2356 c.c., rubricato «responsabilità in caso di trasferimento di azioni non liberate», il quale, al 1° comma, stabilisce che coloro i quali «hanno trasferito azioni non liberate sono obbligati in solido con gli acquirenti per l'ammontare dei versamenti ancora dovuti, per il periodo di tre anni dall'annotazione del trasferimento nel libro dei soci», mentre il 2° comma stabilisce una graduazione nell'eventuale attività esattiva: «il pagamento non può essere ad essi domandato se non nel caso in cui la richiesta al possessore dell'azione sia rimasta infruttuosa».

⁵² Secondo L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*², cit., p. 217, «il codice cioè riconosce solo un tipo unico di solidarietà».

L'imprescindibilità del medesimo fatto generatore delle obbligazioni dei condebitori ha persuaso la dottrina a porre un distinguo fra solidarietà piena (o perfetta) e solidarietà spuria (o imperfetta)⁵³, ovvero, fra solidarietà propria e impropria⁵⁴. Ciò al precipuo scopo di individuare i casi in cui i tre elementi costitutivi ricorrano congiuntamente da altre ipotesi in cui, per contro, l'identità causale difetti⁵⁵.

A ciò si aggiungano le complessità ricostruttive generate da un istituto che compendia al suo interno dati a un tempo unitari e pluralistici⁵⁶. V'è chi ha contrapposto «l'unicità obiettiva della prestazione dedotta» ai «vari rapporti obbligatori»⁵⁷; sì che, per tal via, si giustificherebbe la liberazione dei condebitori a seguito dell'adempimento integrale di uno di essi, «in quanto è nel tempo stesso adempimento del debito proprio e raggiungimento dello scopo del debito altrui»⁵⁸. Nota è l'espressione designante l'obbligazione solidale come un «fascio di rapporti» confluenti in una prestazione unica, la quale tesi è l'esito del recepimento degli insegnamenti provenienti dalla dottrina francese del secolo decimonono⁵⁹. La profonda radicazione di tale

⁵³ È l'opinione di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², p. 140. Quando «contratta nell'interesse di uno» discorreva, invece, di «obbligazione disuguale», G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, cit., p. 62.

⁵⁴ Così A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 82; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 141-142. Con riguardo all'accollo, ricorre al medesimo attributo P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 93. Nella dottrina tedesca, il tema ha costituito oggetto di vari studi. Tra molti, v. U. HILLENKAMP, *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, cit., pp. 51 ss., pp. 195 ss., spec. p. 196. Più di recente, cfr. A. KÜHN, *Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht*, cit., pp. 6 ss.

⁵⁵ Come si dirà, in dottrina è discussa anche l'effettiva ricorrenza, in tutti i casi di solidarietà, dell'identità della prestazione. Si pensi, tra le varie, all'ipotesi della *fideiussio indemnitas*. Per una panoramica delle diverse posizioni, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 706-708.

⁵⁶ Lo rileva A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1355-1357, spec. p. 1356.

⁵⁷ Così M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 5^a ed., Torino, s.a., ma 1958, pp. 768 ss.; ID., *Delle obbligazioni (corso)*, Torino, 1939, p. 58. Pare orientarsi in tal senso anche G. BRANCA, *Unum debitum e plures obligationes*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, III, Milano, 1956, pp. 141 ss., spec. p. 145; ID., *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 150 ss., ora in *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento*, I, Milano, 1959, pp. 53 ss., spec. pp. 59-60. Analogamente, sotto la vigenza del codice civile abrogato, G. DE SEMO, *Le obbligazioni in materia di commercio*, Roma, 1916, p. 63; F. PEZZELLA, *L'obbligazione in solido nei riguardi dei creditori*, Milano, 1934, p. 26; R. TOSETTO, voce *Solidarietà*, in *Nuovo dig. it.*, XII, Torino, 1940, p. 553. La teoria della pluralità dei rapporti obbligatori e dell'unicità della prestazione, successivamente all'entrata in vigore del codice civile del 1942, è sostenuta, ancora, da G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 21. L'Autore reputa opportuno discorrere – non già di oggetto, «cioè la cosa», bensì – di prestazione, la quale «è il contenuto dell'obbligazione» che deve essere adempiuta da più debitori.

⁵⁸ Così M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., p. 769.

⁵⁹ La teoria è elaborata da R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. di F. FORAMITI, I, Venezia, 1833, pp. 260-262: «soprattutto bisogna che i debitori si sieno obbligati alla prestazione della medesima cosa», sì che «se due persone adunque si fossero obbligate verso di un'altra alla prestazione di cose diverse, ciò non costituirebbe una obbligazione solidaria di due persone, ma

impostazione si manifesta ancora oggi tra gli studiosi francesi della solidarietà, i quali ravvedono nella *même dette* e nei *plusieurs débiteurs* i requisiti di struttura su cui l'istituto è imperniato⁶⁰.

La teorica della pluralità di obbligazioni presenta, però, solidi fondamenti nel diritto positivo. L'art. 1306 c.c. esclude il litisconsorzio necessario tra condebitori o concreditori: la previsione è inconciliabile con la teorica prospettante un medesimo rapporto sostanziale fra più soggetti senza che tutti siano poi parte del rapporto processuale⁶¹. Il dato coesiste con isolate eccezioni previste dalla legislazione speciale. Esse paiono giustificate da una rigorosa interrelazione fra le posizioni dei condebitori⁶². Così nel giudizio promosso dal danneggiato in confronto dell'assicuratore della responsabilità civile – vi è azione diretta dell'uno verso l'altro (art. 144, comma 1; 149, comma 1, del D. lgs. 7 settembre 2005, n. 209) – è chiamato anche il responsabile del danno (art. 144, comma 3)⁶³.

Altra norma sintomatica della cennata pluralità è posta dall'art. 1297 c.c., che consente a ciascun debitore di opporre al creditore le eccezioni a lui personali, oltre a quelle comuni agli

due obbligazioni diverse» (p. 261). Pertanto – prosegue l'Autore – «la obbligazione è una riguardo all'oggetto, il quale è la cosa dovuta, ma riguardo alle persone che l'hanno contratta, si può dire ch'esistano tante obbligazioni, quante sono le persone obbligate». Analogamente, v. C. AUBRY e C. RAU, *Droit civil français*, 6^a ed., Paris, 1948, pp. 40 ss. La configurazione dell'obbligazione solidale «come rapporto di unità oggettiva dell'obbligazione con pluralità dei suoi rapporti soggettivi» è richiamata anche da C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. con note di A. ASCOLI e F. CAMMEO, Milano, 1908, pp. 216-217.

⁶⁰ P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e ed., Paris, 2018, pp. 752-756, spec. p. 754: «[e]n premier lieu, l'obligation solidaire comporte une unité d'objet, car elle porte sur une seule et même. Mais, en second lieu, il y a pluralité de liens obligatoires, le créancier étant lié à chaque débiteur par un lien distinct». Così anche F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*¹², cit., p. 1464, ove si afferma che l'*unicité de la dette* costituisce elemento essenziale dell'obbligazione solidale e si soggiunge: «[s]i la dette est unique, chaque codébiteur est cependant dans les liens d'une obligation distincte de celle des autres, ayant une existence propre et pouvant avoir des caractères et un sort particuliers». In tal senso anche B. FAGES, *Droit des obligations*, 9^e ed., Issy-les-Moulineaux, 2019, pp. 425 ss., spec. pp. 427-428.

⁶¹ F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2^a ed., Padova, 2010, p. 21. In giurisprudenza, v. Cass., 5 luglio 2019, n. 18069, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Locazione*, n. 21, secondo cui se in un contratto di locazione la parte locatrice sia costituita da più soggetti, ciascuno di essi è tenuto, dal lato passivo, alla medesima prestazione nei confronti del conduttore; correlativamente, dal lato attivo, ognuno degli stessi ha facoltà di agire verso il locatario per l'adempimento delle sue obbligazioni, trovando applicazione la disciplina della solidarietà di cui all'art. 1292 c.c., la quale non determina, tuttavia, l'insorgenza di un rapporto unico ed inscindibile e non dà luogo, pertanto, a litisconsorzio necessario tra i diversi obbligati o creditori.

⁶² Così Cass., 21 agosto 2018, n. 20860, in *Rep. Foro it.*, voce *Impugnazioni civili*, n. 71.

⁶³ Se il danneggiante non è citato in giudizio, deve integrarsi il contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. L'indirizzo è assolutamente consolidato in giurisprudenza: Cass., 8 aprile 2020, n. 7755, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 23; Cass., 20 settembre 2017, n. 21896, in *Foro it.*, 2018, I, c. 256; Cass., 3567 2013 in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 162.

altri condebitori. La previsione, in linea con quanto disposto dal corrispondente art. 1193 del codice civile del 1865, costituisce esito della integrale assimilazione del regime francese delle eccezioni opponibili stabilito dal previgente art. 1208 del *Code Napoléon*⁶⁴, quantunque poi la dottrina italiana tenda oggi a discostarsi dall'idea, elaborata dal Pothier, che la solidarietà sottenda l'unicità della prestazione dovuta. Può dirsi che il disposto dell'art. 1297 c.c., nell'attestare l'insensibilità reciproca delle vicende inerenti a ciascun vincolo, mal si concilierebbe con la tesi ravvisante la sussistenza di un'unica obbligazione in presenza di solidarietà⁶⁵; esso parrebbe, invece, non dar conto della asserita unitarietà della prestazione. Simile configurazione contravverrebbe, tuttavia, alla struttura costitutiva del rapporto obbligatorio, il quale, almeno di regola, non può concepirsi senza prestazione propria⁶⁶; sì che emerge l'inconciliabilità di più obbligazioni aventi tutte a oggetto un solo e unico debito⁶⁷. Da ciò si è argomentato nel senso della natura interamente pluralistica dell'obbligazione solidale, che investirebbe non soltanto i rapporti, ma anche le prestazioni. Queste ultime, ancorché

⁶⁴ Il precedente articolo 1208 del codice civile francese ha oggi, a seguito l'*Ordonnance* n. 131 del 10 febbraio 2016, il suo corrispondente nella disposizione dell'art. 1315 del *Code civil*. V. *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, entrata in vigore il 1° ottobre 2016. L'intervento normativo, ai sensi dell'art. 38, al. 2, della Costituzione francese, è stata ratificato con modificazioni dalla *Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*.

⁶⁵ L'argomento è già ampiamente sondato da C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 149, il quale, nell'intento di dimostrare la compresenza di plurime obbligazioni, pare attribuire rilevanza alla circostanza per cui «alcuni atti compiuti da uno dei debitori o da uno dei creditori e alcuni eventi verificatisi in confronto di uno di essi possono non avere effetto riguardo agli altri». Come, però, riconosce l'Autore, vi sono altri atti o fatti suscettibili di verificarsi in confronto di uno dei debitori o di uno dei creditori e che, contrariamente alla operatività testé descritta, spiegano efficacia verso gli altri. Ciò – argomenta il Gangi – «può spiegarsi e anzi si spiega benissimo coll'intimo legale che stringe tra loro le varie obbligazioni, ossia coll'identità del contenuto della prestazione che è oggetto delle singole obbligazioni, coll'identità della causa o dello scopo e colla comunione del debito o del credito esistente tra i vari condebitori o concreditori». Per la configurazione dell'obbligazione solidale come «rapporto unico fra la posizione debitoria e quella creditoria», v. C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, cit., p. 112, che sostiene l'improprietà della teoria inferente dall'elemento della pluralità dei debitori la sussistenza di «un fascio di rapporti distinti seppur convergenti sul medesimo interesse creditorio». Precedentemente, in tal senso, C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, I, 3ª ed., Napoli, 1950, p. 322; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 1, 3ª ed., Torino, 1982, pp. 658 ss., e, sia pure in una diversa prospettiva, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 331.

⁶⁶ Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 706, nota 44, «(...) la stessa prestazione si ripropone ad oggetto dei singoli rapporti obbligatori». Sulle medesime posizioni, nel diritto tedesco, v. già J. UNGER, *Passive correalität und solidarität im römischen und heutigen rechte*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 22, 1884, p. 233; J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899, rist. Whitefish, 2010, p. 38.

⁶⁷ E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 25. Prim'ancóra, v. F. FILOMUSI-GUELF, *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1904, p. 249, secondo cui «(...) in realtà l'oggetto non è unico», ma «c'è equivalenza nella prestazione, che è, come si è visto, l'oggetto della obbligazione».

identiche nel contenuto, sarebbero cioè pari al numero dei membri del gruppo debitorio⁶⁸. La tesi rinverrebbe conforto normativo in ciò, che la singola obbligazione – solidale – può sorgere separatamente dalle altre o distinguersi per talune modalità particolari (si pensi all’operatività della condizione o del termine). Senonché, il rilievo fondato sulle diverse modalità di adempimento ammesse dall’art. 1293 c.c. certo costituisce prova di diritto positivo – così anche sotto la vigenza del codice civile abrogato, il cui art. 1187 contemplava analoga previsione – della sussistenza di più obbligazioni⁶⁹, ma non è indice chiaro della pluralità delle prestazioni. Il problema, in realtà, è superato dalla positivizzazione di tale pluralità che già affiora nei casi ove la solidarietà disciplina per legge l’attuazione di rapporti obbligatori di soggetti tenuti a corrispondere prestazioni ontologicamente diverse⁷⁰. Può inoltre anticiparsi che l’identità delle prestazioni, mero presupposto della presunzione di solidarietà passiva posta dall’art. 1294 c.c., non impedisce la ricorrenza di modalità diverse previste dall’art. 1293 c.c. L’unico limite è che esse non alterino la sostanza della prestazione⁷¹. È dunque assai dubbio, come pure si ribadirà oltre, che la coincidenza materiale delle prestazioni sia carattere indefettibile della solidarietà e, quandanche lo fosse, non connoterebbe quest’ultima in via esclusiva, in quanto la cennata identità è altresì propria delle obbligazioni cumulative. In ogni caso, ove pure ricorrente, quell’elemento risulta inidoneo a spiegare l’effetto estintivo di tutte le prestazioni a seguito dell’adempimento di una sola di essa. Il che integra il reale profilo differenziale della solidarietà rispetto ad altri istituti⁷².

⁶⁸ È l’opinione di L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*², cit., p. 185, nonché di A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, cit. p. 1356.

⁶⁹ P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 169.

⁷⁰ Si pensi all’obbligo dell’assicuratore di garantire l’indennizzo al danneggiato, il quale può domandare al danneggiante anche il risarcimento in forma specifica. Una ulteriore ipotesi è data dalla fattispecie della *fideiussio indemnitas* che soggiace alla disciplina della solidarietà, nonostante l’eterogeneità naturalistica delle prestazioni dovute da debitore principale e garante. Così M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, in *Annali del Seminario Giuridico. Università di Catania*, VI-VII (1951-1953), Milano, 1953, pp. 136-137. V. *infra*, Cap. I, para. 3, nota 77; Cap. I, para. 6.1, nota 286.

⁷¹ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, cit., p. 706. Diversamente M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, p. 45, il quale, conferendo rilievo al concetto della equivalenza o fungibilità tra prestazioni e svalutando, correlativamente, il carattere della loro identità, reputa sussistente l’*idem debitum* quando vi sia «intreccio inscindibile ed unitario tra comportamento del debitore ed interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

⁷² Non a caso la dottrina romanistica suole distinguere l’obbligazione solidale cumulativa, nella quale il *solidum* è dovuto da ciascun debitore verso ogni creditore senza che vi sia l’effetto estintivo del vincolo a seguito dell’adempimento di uno, dalla obbligazione solidale elettiva, in cui, di contro, questo particolare effetto si realizza. Per tutti, v. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 32.

3. *Libera electio* tra solidarietà (quale modalità dell'obbligazione parziaria), *mutua fideiussio* e regresso.

Si è così tentato di rintracciare altrove la spiegazione del suo peculiare funzionamento. Il dogma della radicale antitesi tra solidarietà e parziarietà dell'obbligazione è stato posto in crisi da una concezione che ha, in qualche modo, conferito rinnovato vigore agli studi sul tema. La tesi che ravvede nella solidarietà «una modalità dell'obbligazione parziaria»⁷³, concepita nell'ottica di accordare più vincoli obbligatori aventi identica prestazione con il comune interesse tra condebitori, ha offerto una più moderna prospettiva, la quale dissoda le assolutistiche vedute strutturali⁷⁴. La divisione interna dell'obbligazione tra soggetti tenuti in solido, nonché la disciplina delle eccezioni personali e della particolare efficacia conferita a fatti o negozi limitatamente alla “parte” di ciascun debitore (o creditore) confermerebbe la compatibilità dell'istituto con la natura parziaria del vincolo, da cui differirebbe – non già per struttura, bensì – per una modalità attuativa avente rilievo nei rapporti esterni⁷⁵. Con la peculiarità che ogni debitore deve corrispondere «la somma delle varie prestazioni»⁷⁶ spettanti a ciascun consorte.

⁷³ M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., p. 130; ID., voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 675 ss., spec. pp. 675-678, ora (con l'omissione del cap. II dedicato alla disciplina dell'obbligazione solidale) in ID., *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Scritti minori*, 1988, pp. 595 ss., spec. p. 597.

⁷⁴ La teorica ha anche consentito di superare l'idea della necessaria coincidenza tra obbligazioni indivisibili e solidali. La solidarietà sarebbe così suscettibile di atteggiarsi quale modalità sia dell'obbligazione parziaria sia dell'obbligazione indivisibile. Ciò implica che può aversi obbligazione indivisibile senza che ricorra solidarietà. In tal caso, non è infrequente, però, che la natura dell'oggetto della prestazione indivisibile imponga alcuni effetti tipici della solidarietà (il creditore può richiedere l'intero a ciascun debitore), benché quest'ultima non qualifichi affatto la prima. Per uno studio circa la natura della obbligazione indivisibile e i criteri per la individuazione del relativo carattere, v. R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, rist. 1^a ed. (1953), Napoli, 2010, pp. 53 ss., pp. 81 ss., secondo cui la valutazione di divisibilità o indivisibilità deve operarsi in relazione alla cosa o al fatto oggetto della prestazione. Parzialmente diversa è, invece, l'opinione di M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 597, il quale reputa che il fatto o la cosa non esauriscano «i punti di vista dai quali occorre considerare l'obbligazione per scoprire se essa sia divisibile o indivisibile», attesa, per i predetti fini, l'esigenza di valutare anche il diritto costituente oggetto di prestazione. Conduce, in tempi più recenti, un'ampia indagine in proposito A.P. UGAS, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili. Indagine sui contenuti teorici e applicativi dell'immedesimazione soggettiva e della comunione di prestazione*, Napoli, 2018, pp. 70 ss., pp. 371 ss., pp. 523 ss. Sul tema, per un raffronto con il diritto romano, cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni con particolare riguardo alle obbligazioni alternative generiche indivisibili*, Milano, 1945, pp. 266 ss., spec. pp. 275 ss.

⁷⁵ M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., p. 130, ricorre, per questa ipotesi, all'espressione «obbligazione parziaria solidale». Discorre, con riguardo alla solidarietà, di «meccanismo di attuazione di vari tipi di obbligazioni», B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, in *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2001, p. 155.

⁷⁶ M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 597; ID., *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, p. 123.

La circostanza che costoro siano tenuti singolarmente a una prestazione non solo identica, ma anche comune varrebbe a spiegare l'estinzione del vincolo obbligatorio per tutti. La prospettazione postula che l'adempimento possa essere realizzato da ciascun debitore, alla luce dell'identità tra prestazioni cui allude l'art. 1294 c.c. in tema di presunzione di solidarietà. Il che non è, evidentemente, ove uno si obblighi a garantire la prestazione infungibile dovuta da altro soggetto⁷⁷; solo l'inadempimento di quest'ultimo consente al creditore di rivolgersi all'altro debitore per ottenere la prestazione di garanzia, naturalisticamente diversa da quella garantita. In una ipotesi del genere si afferma che la solidarietà non viene meno; è però insuscettibile di applicazione la norma posta dall'art. 1294 c.c., che, per converso, opera allorché tutte «le prestazioni dei vari debitori hanno l'attitudine ad essere adempiute da ciascuno di essi»⁷⁸. Complessivamente, siffatta costruzione accoglie e valorizza una precedente teoria – della c.d. «mutua fideiussione»⁷⁹ – (ri-)elaborata in Italia nel corso della prima metà del Novecento. Le varie obbligazioni risulterebbero così «unificate da una funzione di reciproca garanzia»⁸⁰, la quale fonda l'effetto estintivo per tutti ove vi sia adempimento di uno.

Il concetto di *mutua fideiussio* costituirebbe la traduzione latina del termine greco ἀλληλεγγύη; l'opinione condivisa ne afferma l'operatività già nel diritto babilonese ed egiziano⁸¹, ma è il riferimento a esso contenuto nella legislazione novellare giustiniana (Nov. 99) ad aver

⁷⁷ È il caso tipico di una fideiussione prestata a garanzia dell'obbligazione, di regola infungibile, di un appaltatore di costruire un edificio. In caso di inadempimento della prestazione garantita, il creditore potrà rivolgersi al garante per ottenere il risarcimento del danno. Si tratta della *fideiussio indemnitas*, in cui pure ricorre la solidarietà (ma l'assunto è controverso), ancorché declinata in senso sussidiario. V. *retro*, nota 70 e, *infra*, Cap. I, para. 6.1, nota 286.

⁷⁸ M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., p. 137.

⁷⁹ P. BONFANTE e A. SRAFFA, *Solidarietà o mutua fideiussione*, in *Scritti giuridici varii*, IV, *Studi generali*, Roma, 1925, pp. 568 ss., pp. 571-572. La teoria è sostanzialmente recepita da M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., pp. 135-136, con la precisazione che al termine fideiussione deve attribuirsi il generico significato di garanzia. Già sotto la vigenza del codice civile del 1865, cfr. P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., pp. 31-32: «non si deve perdere di vista, che atteso la compartecipazione d'interesse ciascuno di questi soggetti è innanzi tutto soggetto d'una obbligazione multipla congiunta, ed in tale qualità deve l'oggetto o ha il credito della propria obbligazione parziaria; ma essendo egli rappresentante dei soggetti di tutte le altre parziarie obbligazioni, deve anche l'oggetto o ha il credito delle medesime».

⁸⁰ Così M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., p. 136.

⁸¹ B. LANDSBERGER, *Solidarhaftung von Schuldner in babylonisch-assyrischen Urkunden*, in *Zeitschrift für Assyriologie und Vorderasiatische Archäologie*, n.F. I, Bd. 25, 1911, pp. 22 ss.; P. COLLINET, *Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident. Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, 1912, pp. 124 ss., spec. pp. 131 ss. Più di recente, v. M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Paris, 2002, pp. 76-78.

costituito il fondamento dei successivi studi nell'ambito del *ius commune*, poi delle opere scientifiche più o meno coeve al periodo delle grandi codificazioni e, infine, della letteratura giuridica moderna.

Il lemma ha sollevato interrogativi di non agevole risoluzione. Già tra i Glossatori si registrano divaricazioni interpretative in merito all'essenza della garanzia reciproca. V'è chi, come Irnerio e Martino, la reputava tratto costitutivo della obbligazione solidale passiva, sì che il debitore adempiente per l'intero avrebbe potuto agire, in qualità di fideiussore, con l'*actio mandati*⁸² per recuperare le somme versate⁸³. Altri, seguendo l'opinione di Bulgaro, concludevano che l'accostamento tra *mutua fideiussio* e solidarietà fosse contemplabile solo se i *correi debendi* avessero espresso la volontà di prestare reciproca garanzia; pertanto il regresso sarebbe stato giustificato in virtù di specifici motivi fondati sui rapporti fra le parti. La teoria è ulteriormente sviluppata da Giovanni Bassiano che associava la solidarietà del rapporto alla *mutua fideiussio* ove sussistesse una «*quandam societatem*»⁸⁴ tra condebitori⁸⁵. In tal caso, il soggetto adempiente avrebbe potuto esercitare l'*actio pro socio* (ovvero, se del caso, l'*actio mandati*); per contro, in assenza di *societas*, la *negotiorum gestorum actio*⁸⁶. In questa prospettiva, si è osservato che la divergenza di idee tra i Glossatori riflette un più profondo conflitto tra lo spirito nuovo del diritto giustiniano e l'approccio genuino della giurisprudenza romana⁸⁷.

L'inconfigurabilità del regresso nelle obbligazioni solidali del diritto classico si giustifica con il formalismo di quest'ultimo e, dunque, con l'idea che qualsiasi debitore si obbligasse soltanto

⁸² A.W.F. VON SCHRÖTER, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, in *Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, Bd. 6, 1833, p. 415: «[d]ie Glossatoren Irnerius und Martinus bejaten die Frage; die Fingehung einer Correalverbindlichkeit enthalte eine stillschweigende Bürgschaft jedes Correi für den anderen; der Zahlende habe daher gegen die Uebrigen die mandati actio».

⁸³ La concezione, rivendicata da una parte dei *doctores* del diritto comune, implicava una parificazione tra ἀλληλεγγύοι (Nov. 99: «*alterna fideiussione obligatos*») e *rei promittendi*, i quali rispondevano dunque *pro quota*, salva la loro responsabilità per la parte dovuta dagli altri condebitori insolventi.

⁸⁴ Il concetto di «*quaedam societas*» è stato introdotto per la prima volta dalla *lex Appuleia*, di cui è traccia nell'epitome di Gaio 3, 122, ove testualmente l'aggettivo indefinito e il sostantivo sono declinati all'accusativo come riportato nel corpo principale del testo («*quandam societatem*»).

⁸⁵ Cfr. E. CANTARELLA, *La fideiussione reciproca* («ALLHLEGGH» e «*mutua fideiussio*»). *Contributo allo studio delle obbligazioni solidali*, Milano, 1965, pp. 139-140.

⁸⁶ Così A.W.F. VON SCHRÖTER, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, cit., p. 415.

⁸⁷ In questi termini, E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 221, il quale riconduce la contrapposizione al differente approccio di Martino e Bulgaro.

per sé⁸⁸, integralmente assumendo il peso economico del debito⁸⁹; circostanza cui faceva, in qualche modo, da contrappeso l'effetto estintivo per tutti della *litis contestatio* (*Konsumptionskonkurrenz*)⁹⁰, a seguito dell'azione giudiziale intentata dal creditore verso un coobbligato solidale⁹¹. V'era, dunque, il pericolo che le ragioni di credito non fossero soddisfatte in caso di insolvenza del condebitore compulsato giudizialmente, in quanto la predetta azione determinava automaticamente l'estinzione delle altrui obbligazioni.

Il creditore può, almeno sino al diritto classico, realizzare dunque soltanto gli effetti tipici del regresso mediante il ricorso ad azioni diverse che dipendono da specifici rapporti contrattuali tra condebitori anche anteriori alla formale assunzione della qualità di correi⁹². In altri termini, il rimborso del debitore può conseguirsi, a seconda dei casi, con l'esercizio delle *actiones pro socio, mandati, utilis, communi dividundo, familiae erciscundae*⁹³ e *negotiorum gestorum contraria*, non derivanti in via diretta dalla solidarietà⁹⁴ ed esperibili solo al momento della cessazione dello specifico rapporto tra coobbligati⁹⁵. Neppure è casuale che, a quel tempo, l'assenza del regresso fosse colmata, in determinate situazioni, con il ricorso ai c.d. *beneficia* (*cedendarum actionum, divisionis, excussionis*)⁹⁶.

⁸⁸ Lo rammenta C.F. KOCH, *Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, historisch-dogmatisch dargestellt*, Bd. II, 2. Aufl., Breslau, 1859, p. 39. Sul punto v., altresì, J.R. BRAUN, *Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pandecten-System*, I, Stuttgart, 1831, § 227, pp. 245 ss.; J. KOHLER, *Die Menschenhülfe im Privatrecht*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 25, 1887, pp. 118 ss., spec. p. 121.

⁸⁹ Tale concezione muta significativamente con alcune *leges publicae* (v., in particolare, l'analisi sul contenuto *lex Furia* al paragrafo 9) e soprattutto con la costituzione di Adriano, in virtù della quale il fideiussore, convenuto per l'intero debito, poteva eccepire di dover pagare solo l'ammontare della sua quota e, dunque, che egli fosse da convenire solo limitatamente a tale parte. Sul tema, G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, Roma, 1942, pp. 59 ss., spec. p. 64. V. *infra* cap. I, para. 9.

⁹⁰ Per più ampi riferimenti sul punto, cfr. Cap. I, para. 5 e 9.

⁹¹ R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, rist. Oxford, 1996, pp. 125-126.

⁹² Così P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 212, il quale, fra le varie, ricorda le figure del mandato, della società, della mutua fideiussione come ipotesi di rapporti contrattuali intercedenti fra correi. Più di recente, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Aufl., München, 1971, p. 659.

⁹³ Per uno studio dell'*actio communi dividundo* e dell'*actio familiae erciscundae*, cfr. A. AUDIBERT, *L'évolution de la formule des actions Familiae erciscundae et Communi dividundo*, in *Étude d'histoire du droit dédiées M. Charles Appleton a l'occasion de son XXV^e anniversaire de professorat*, Lyon-Paris, 1903, rist. London, 2018, pp. 3-37.

⁹⁴ E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 224.

⁹⁵ F. WIEACKER, *Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 69, 1952, p. 302.

⁹⁶ E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., pp. 222-223.

Il punto di svolta è la mutata configurazione della solidarietà nel diritto giustiniano. Essa, coerentemente con il nuovo approccio tipico già dell'età burocratica⁹⁷, diviene istituto meno rigido, la cui fissità strutturale risulta senz'altro svigorita rispetto al passato. Prova ne è che la fideiussione giustiniana, archetipo della garanzia personale romana, imponga un vincolo di solidarietà – non già paritaria, ma – sussidiaria⁹⁸, inconcepibile in età repubblicana e al tempo del diritto classico.

L'ideale appressamento tra ἀλληλεγγύη e solidarietà (Nov. 99), senza risolversi in una integrale sovrapposizione tra istituti, avrebbe favorito l'emersione del regresso. Ciò non tanto perché esso divenga elemento costitutivo della solidarietà, bensì in quanto rappresenta tratto congenito della mutua fideiussione: il soggetto che paga il *solidum* necessariamente paga almeno in parte come garante e relativamente a tale parte gli spetta il tipico regresso del fideiussore verso il debitore principale⁹⁹. Il concetto è decisivo per comprendere il cennato studio dei Glossatori sul tema. È l'opinione di Giovanni Bassiano, allievo di Bulgaro, a consolidarsi con la glossa ordinaria¹⁰⁰ (in particolare, con l'opera di Alberico da Rosate e Baldo degli Ubaldi)¹⁰¹ e ad essere poi recepita da illustri esponenti della scuola di Orléans, come Pierre de Belleperche e Jacopo da Ravanis. I successivi studi di Bartolo sul tema, i quali risentono del pensiero di Azone¹⁰², negano la fondatezza della teorica imperniata sul rapporto organico tra *mutua fideiussio* e solidarietà¹⁰³ e, di conseguenza, individuano il titolo del regresso nell'*actio*

⁹⁷ Per un quadro d'insieme sui caratteri dell'età burocratica, v. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di G. NOCERA, Firenze, 1968, pp. 499 ss., il quale descrive l'inequivoca tendenza, propria di tale periodo, alla complessiva semplificazione (pp. 518 ss.) e al progressivo superamento del formalismo giuridico dell'epoca classica (pp. 525 ss.).

⁹⁸ P. BIRKS, *The roman law of obligations*, ed. by E. DESCHEEMAER, Oxford, 2014, p. 63; F. DE MARTINO, voce *Fideiussione (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, diretto da A. AZARA e E. EULA, VII, Torino, 1961, pp. 271 ss. spec. p. 274.

⁹⁹ In questi termini E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 228.

¹⁰⁰ Glossa *iuvare ad Cod. VIII, 39, (40), 2 de duobus rei stipulandi et promittendi, l. creditor*, Venetiis 1592: «*nos secundum Joannem diximus quod non videntur fideiubere, ut no. D. ad Velleianum l. vir uxori (...)*»; glossa *in solidum ad Dig. 46, 1, 71, pr. de fideiussoribus l. Uranius*, Venetiis, 1621: «*ex hoc noto quod duo rei non socii non videntur invicem fideiubere*»; Baldi, ad *Cod. VIII, 40 (41) 3 de duobus reis promittenti et stip., l. creditor*, Venetiis, 1599.

¹⁰¹ A.W.F. VON SCHRÖTER, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, cit., p. 416.

¹⁰² Sul punto, v. ancora A.W.F. VON SCHRÖTER, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, cit., p. 416, il quale, dopo aver ribadito l'influenza esercitata dalla teorica di Azone sull'opera di Bartolo, osserva che quest'ultimo «*unterscheidet zunächst, ob die Zahlung ex causa onerosa oder lucrativa geschah; dort hat der Zahlende Regreß gegen die Übrigen, wenn sie an der Leistung des Gläubigers Teil genommen, sonst nicht; hier hat er regelmäßig keinen Regreß, außer wenn sie Socii waren*».

¹⁰³ Il che trova rispondenza nello studio di P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 171, ove si riconosce che nel diritto comune si supera la teoria,

*negotiorum gestorum contraria*¹⁰⁴. Tali conclusioni costituiscono il perno concettuale su cui si struttura la seriore concezione della Pandettistica¹⁰⁵, nonostante le complessità dogmatiche date dalla ardua compenetrazione tra solidarietà, quale istituto che disciplinerebbe solo i rapporti tra creditore e debitori, e regresso, reputato elemento non organico della prima¹⁰⁶. Una difficoltà di conciliazione tra istituti acuita dall'emersione del noto distinguo dottrinale tra solidarietà e correalità, che ha idealmente posto l'esercizio del regresso sul crinale dell'assoluta eccezionalità, circoscritta alla sussistenza eventuale di un rapporto di provvista¹⁰⁷. La conclusione pareva avvalorata proprio dall'enfasi posta dal diritto romano sulla *societas* quale manifestazione di un particolare rapporto interno tra coobbligati, che costituirebbe prova della esperibilità del regresso nelle sole ipotesi di speciali vincoli fra i membri del gruppo di debito¹⁰⁸. In una direzione opposta muove una teoria minoritaria che, recependo gli insegnamenti di Innerio e Martino, ammette ordinariamente il regresso (salvo il caso del dolo dell'agente), attribuendo al condebitore adempiente *l'actio negotiorum gestorum utilis*¹⁰⁹. Altri autori ancora riconoscono l'operatività del regresso esclusivamente nelle obbligazioni solidali di fonte legale – valorizzando così il riferimento contenuto nelle fonti alle azioni di rimborso nei confronti

formulata da Innerio e Martino, la quale riconduce il titolo di regresso del condebitore adempiente a una tacita garanzia reciproca.

¹⁰⁴ V. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 171.

¹⁰⁵ G.J. RIBBENTROP, *Zur Lehre von den Correal-Obigationen*, Göttingen, 1831, rist. Orange, 2018, p. 116; K.A. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, 6. Aufl., Marburg-Leipzig, 1869, pp. 59 ss., pp. 61 ss., spec. p. 73.

¹⁰⁶ Sulla ricostruzione del problema (anche) in prospettiva storica, cfr. S. BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, cit., pp. 11 ss., pp. 47 ss.

¹⁰⁷ In questi termini P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., pp. 171-172 (ivi v. note 90-91 per ulteriori riferimenti bibliografici), il quale rammenta che, con il consolidarsi del distinguo dottrinale tra solidarietà e correalità, non vi fosse spazio alcuno per la *negotiorum gestio*: «l'unicità del rapporto obbligatorio e, perciò, dell'interesse debitorio ivi dedotto, escludeva fin dall'inizio che l'adempimento potesse qualificarsi, anche solo in parte, come un affare dell'altro condebitore» (p. 172).

¹⁰⁸ B. WINDSCHEID, *Zur Lehre von der Correalobligation*, in *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 6, 1859, pp. 209 ss., spec. pp. 231-232; H. FITTING, *Die Natur der Correalobligationen*, Erlangen, 1859, p. 103, nota 129; J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, cit., p. 284, nota 14; F. SAMHABER, *Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht*, Erlangen, 1861, pp. 194 ss.

¹⁰⁹ La teorica è descritta già da P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 172 (per i relativi riferimenti bibliografici, a favore e contro l'esposta tesi, v. la nota 92 dell'opera citata). Cfr., altresì, A.W.F. VON SCHRÖTER, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, cit., p. 433.

degli *habitatores (actio de effusis et deiectis)*¹¹⁰ o tra tutori – da distinguere rispetto a quelle correali, fondate di contro sulla negozialità¹¹¹.

Di là dalle cennate vedute di minoranza, l'idea della residualità del regresso non ha impedito alla dottrina tedesca del secolo decimonono di considerarlo un auspicabile strumento di equità¹¹²; il quale, utile a ripristinare la naturale conformazione parziaria del debito, risulta non esperibile in via diretta dalla solidarietà giacché ultroneo rispetto alla struttura di essa. L'indole equitativa del regresso si spiega proprio con la concezione della solidarietà, veicolata dalla Pandettistica, quale istituto non conforme a natura e che, per favorire il creditore, si traduce in un "gioco d'azzardo" («*Glücksspiel*»¹¹³) per i debitori. Il rischio che il regresso tende, cioè, a sventare è quello di un arricchimento ingiustificato (*ungerechtfertigte Bereicherung*) dei coobbligati in danno del soggetto adempiente¹¹⁴, il quale soggiace passivamente alla *libera electio* del creditore. È questa la ragione dell'assetto intrinsecamente parziario dell'obbligazione, sì che, rispetto a esso, la solidarietà assumerebbe carattere eccezionale¹¹⁵. Anche chi non ha espressamente ragionato sulla base del c.d. *Glücksspielargument*, concordava poi nel ritenere che correalità e solidarietà, disciplinando i rapporti esterni tra il gruppo di debito

¹¹⁰ Dà conto della tesi S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 573: «*Wer einen allgemeinen Gesamtschuldregress annahm, konnte die in den Quellen erwähnten Regressrechte der Vormünder und der Hausbewohner bei der actio de effusis als Anwendungsbeispiele heranziehen. Im Ergebnis kam es dann darauf an, inwieweit bestimmte Gesamtschuldgruppen gegen die allgemeine Regel vom Rückgriff ausgeschlossen werden sollten*» (ivi v. nota 102 per riferimenti bibliografici).

¹¹¹ Il distinguo basato sulla diversa fonte delle due tipologie di obbligazioni è unanimemente condiviso dalla dottrina del secolo decimonono. Cfr. F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1851, p. 144. Significativamente, A.W.F. VON SCHRÖTER, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, cit., p. 412, riflettendo sulle obbligazioni correali, osserva: «*Die sann von den verschiedenen Theilnehmern successio geschlossen werden, wenn nur ihre Ubsicht auf Fingehung einer einzigen gemeinsamen Obligatio gerichtet ist. Sie sann auch bloß accessorisch sein; so sind Hauptschuldner und Bürge, und mehrere Bürgen derselben Schuld correi promittendi*». Successivamente, v. J. KERR WYLIE, *Solidarity and correality*, Edinburgh, 1923, rist. London 2018, p. 27: «*It is universally admitted that the civil law institute of correality was developed within the sphere of obligations ex stipulatu*».

¹¹² F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, cit., p. 242.

¹¹³ F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, cit., pp. 215 ss., pp. 226 ss., p. 229.

¹¹⁴ F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, cit., p. 229: «*der Regreß soll verhüten, daß Einer auf Rosten der Andern ohne Grund sich bereichere, welche Regel ja auch wörtliche Anerkennung in unseren Rechtsquellen gefunden hat*». Così già F.A. SCHILLING, *Lehrbuch des Naturrechts oder der philosophischen Rechtswissenschaft mit vergleichender Berücksichtigung positiver Rechtsbestimmungen*, I, Leipzig, 1859, § 141, pp. 219-220. Più di recente, sul punto, v. H. EHMANN, *Die Gesamtschuld. Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen*, Berlin, 1972, p. 88; P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 172.

¹¹⁵ F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, cit., pp. 197 ss., pp. 209 ss.

e il creditore, fossero in ogni caso neutrali rispetto al regresso¹¹⁶. È noto che la positivizzazione di esso nel BGB (§ 426) ha in parte attenuato l'esigenza di rintracciare un titolo giustificativo della relativa azione. Già prima dell'introduzione di tale norma, si invocava il divieto di arricchimento senza causa quale titolo per un'azione diretta al rimborso delle somme versate ed è stata sovente riconosciuta (anche nell'ambito delle garanzie personali) l'operatività automatica del *beneficium cedendarum actionum* a favore del debitore adempiente, il quale ottiene la cessione delle azioni che il creditore ha nei confronti del debitore principale¹¹⁷.

Il motivo che, in séguito, ha indotto il legislatore del BGB a compiere una scelta opposta rispetto a quella generalmente accolta dalla tradizione romanistica classica può apparire oscuro se si considera che il codice sassone del 1863 (§ 1036) in via di principio escludeva il regresso del debitore adempiente, salva l'ipotesi di una comunione o di un rapporto contrattuale («*Gemeinschaft oder ein Auftragsverhältnis*»)¹¹⁸ tra condebitori (o concreditori)¹¹⁹. L'art. 16 del *Dresdener Entwurf* del 1866 ha sostanzialmente recepito l'impostazione del codice sassone: il regresso non poteva fondarsi sul vincolo solidale in quanto tale, risultando di contro esperibile soltanto in virtù di uno specifico rapporto tra coobbligati. Le previsioni dei due testi in materia di regresso divergevano con riguardo alla sola categoria delle prestazioni indivisibili (*Unteilbare Leistung*): il *Dresdener Entwurf* stabiliva l'esperibilità ordinaria del regresso all'art. 242; non così, invece, il codice sassone. Il successivo progetto preliminare del 1878 che precede il BGB¹²⁰ – la cui parte sul diritto delle obbligazioni (*Schuldrecht*) è stata redatta da Franz Philipp von Kübel – negava anch'esso il regresso (salva la sussistenza di particolari

¹¹⁶ B. WINDSCHEID, *Zur Lehre von der Correalobligation, Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 6, 1859, pp. 209 ss., spec. pp. 229 ss.; F. SAMHABER, *Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht*, cit., pp. 198 ss.

¹¹⁷ F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, cit., pp. 240 ss.; A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cession, nach römischem Recht dargestellt*, Bd. I, *Die Cessionsform*, Braunschweig, 1863, pp. 369 ss. L'operatività automatica della cessione di azioni in favore del debitore adempiente è negata da R. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, I, cit., pp. 290-291, secondo cui, a tal fine, è indispensabile che il predetto soggetto ne faccia espressa richiesta al creditore, il quale non può legittimamente rifiutare.

¹¹⁸ *Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch*, 1863, § 1036.

¹¹⁹ Sul punto, cfr. E. SIEBENHAAR, *Lehrbuch des sächsischen Privatrechts*, Leipzig, 1872, p. 577.

¹²⁰ Il progetto von Kübel del 1878 risulta largamente ispirato allo *Entwurf* elaborato dalla Commissione di Dresda (1866), di cui lo stesso von Kübel fece parte.

rapporti interni), sull'antico presupposto che il soggetto adempiente pagasse un debito proprio, così neppure considerandolo quale gestore di un affare altrui (*Fremdgeschäftsführer*)¹²¹.

Si è dunque posto l'interrogativo circa la ragione che ha ispirato l'introduzione nel BGB di un elemento di discontinuità rispetto al passato. Il dato di diritto comparato ha in quest'ottica svolto un ruolo di sicuro rilievo. Il *Code civil* (art. 1213), l'ABGB (§ 896), il codice civile italiano del 1865 (art. 1199) e il più recente *Obligationenrecht* svizzero del 1881 (§ 148) avevano già codificato la regola del regresso. Unitamente alle soluzioni adottate da tali ordinamenti giuridici, paiono poi essere stati decisivi gli studi del *ius commune* sino al menzionato problema posto da Savigny sulla natura eccezionale della solidarietà e sulla essenzialità di uno strumento che ripristinasse la conformazione parziaria del debito. Problema cui proprio la positivizzazione del regresso stesso ha posto fine¹²².

Le opere della dottrina tedesca hanno certamente influenzato il pensiero della letteratura giuridica italiana¹²³ e, in particolare, della moderna romanistica¹²⁴, sebbene la codificazione della (in gran parte diversa) teorica che equipara l'obbligato solidale al fideiussore sia da attribuire ai legislatori del *Code Napoléon* (prev. art. 1216) e dell'ABGB (§§ 1358-1359), che la circoscrivono però al caso in cui l'affare, per il quale il debito è stato contratto da più soggetti obbligati solidalmente, concerna soltanto uno di essi¹²⁵. Il modello francese ha, com'è noto, ispirato la disciplina italiana del regresso, e così anche l'espressa associazione tra la figura del

¹²¹ F.P. VON KÜBEL, *Vorlage* 1878, Bd. 4, *Gesamtschuldverhältniß*, in W. SCHUBERT, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse* (von Franz Philipp von Kübel u.a.), Bd. III, Berlin, 1980, pp. 1213 ss.

¹²² P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 173, pone in luce che l'accoglimento della regola del regresso ha determinato la tendenziale irrilevanza delle discussioni sul fondamento del rimedio; ciò sebbene una parte della dottrina tedesca abbia continuato a rivendicare l'importanza del riconoscimento, in favore del condebitore adempiente, anche di un'azione fondata sulla gestione di affari altrui (accanto alla, ormai codificata, esperibilità del regresso).

¹²³ Cfr. M. ALLARA, *L'eccesso di norme nel diritto vigente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 243, secondo cui la solidarietà «può essere, senza scrupolo, eliminata quale figura autonoma» in quanto i suoi scopi pratici ben possono realizzarsi attraverso «quell'altra figura, più chiara, del sistema, che è il complesso di obbligazioni parziarie con mutua fideiussione».

¹²⁴ P. BONFANTE e A. SRAFFA, *Solidarietà o mutua fideiussione*, cit., pp. 568 ss.; A. MASI, *Solidarietà (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, diretto da A. AZARA e E. EULA, XVII, 1970, pp. 830-835, spec. p. 834: «la solidarietà passiva giustiniana si risolve, per quanto concerne i rapporti fra i diversi debitori, in una *mutua fideiussio* (...). Si giustifica così il fatto che il regresso, connaturale alla *mutua fideiussio*, viene ammesso, in testi alterati dai compilatori, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di società fra i coobbligati».

¹²⁵ Così, discutendo la formulazione del previgente art. 1216 del *Code Napoléon*, R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, I, cit., pp. 301-302. Sul tema dell'unisoggettività dell'interesse sancito dal previgente art. 1216 del *Code civil*, cfr. M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, cit., pp. 13 ss.

debitore solidale non interessato all'affare e il fideiussore (art. 1201 c.c. del 1865)¹²⁶. A prescindere da tale più ristretta ipotesi, parte della moderna dottrina francese, alla luce di alcune norme poste dal codice civile transalpino¹²⁷, reputa che *mutua fideiussio* e solidarietà siano avvinte da un nesso di reciproca consustanzialità¹²⁸. Sulla scorta degli insegnamenti della dottrina romanistica, si afferma che ciascun condebitore è obbligato in virtù di due distinti rapporti. Nel primo, che può identificarsi come principale, ogni coobbligato è responsabile di una propria quota e di una parte dell'intero debito «à la manière d'un codébiteur conjoint»¹²⁹. Nel secondo, egli garantisce «la somme des obligations principales des autres codébiteurs solidaires»¹³⁰. L'ideale riunione di questi due obblighi permetterebbe al creditore di rivendicare da ciascuno l'integralità di ciò che gli spetta¹³¹. Il che importa, com'è evidente, l'operatività del *ius eligendi* del creditore, a questi espressamente conferito dall'odierno art. 1313 del *Code civil*.

3.1. Segue. Libera electio e regresso tra obligation in solidum e solidarietà risarcitoria.

Tale discrezionalità creditoria è tratto organico anche della c.d. *obligation in solidum*. Sorta dalla prassi applicativa della giurisprudenza francese¹³², essa si distingue, com'è noto, sia dalla

¹²⁶ S. BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, cit., pp. 40-41.

¹²⁷ Si tratta dei previgenti artt. 1203, 1209, 1210, 1211, 1213, 1214, 1251, 1285 del *Code Napoléon*, cui ricorre M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., pp. 89-94, per dimostrare la radicazione nel diritto positivo della tesi della *garantie mutuelle* nell'ambito delle obbligazioni solidali.

¹²⁸ Così già C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 222: «il rapporto di mandato o di rappresentanza dei più creditori o debitori solidali è fondato sulla natura della cosa, quando la solidarietà deriva da contratto». Le obbligazioni solidali *ex lege* non soggiacciono – soggiunge l'Autore – a una differente disciplina rispetto a quelle *ex contractu*, si che «sarebbe un disconoscere lo spirito della legge il pretendere un trattamento diverso per esse ed in specie la esclusione delle disposizioni che presuppongono il rapporto di rappresentanza». Su posizioni pressoché analoghe, di recente, M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., p. 84; B. FAGES, *Droit des obligations*⁹, cit., pp. 428-429. Scettici sulla possibilità di ricorrere alla teoria «*de la représentation réciproque*» per spiegare la natura della solidarietà passiva, A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, cit., p. 57; M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, cit., pp. 205-209.

¹²⁹ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., p. 84.

¹³⁰ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., p. 84.

¹³¹ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., p. 84: «*La réunion de ces deux obligations permet au créancier de réclamer à chacun la totalité de la dette*».

¹³² Per tutte, v. Cass. civ. 4 décembre 1939, in *Recueil Dalloz critique*, 1941, p. 124, obs. G. HOLLEAUX. Per uno studio della prassi applicativa francese in tema di *obligation in solidum*, cfr. J. VINCENT, *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, p. 601.

solidarietà risarcitoria italiana (art. 2055 c.c.)¹³³ sia dalla comune *obligation solidaire*¹³⁴ per alcuni ordini di ragioni, che complessivamente ne enfatizzano la natura imperfetta (*solidarité imparfaite*)¹³⁵. Il primo motivo di differenziazione attiene al relativo ambito di operatività, riferito prevalentemente – ma non limitato – al settore della responsabilità extracontrattuale¹³⁶ e, segnatamente, all’ipotesi di più fatti generatori del medesimo danno, laddove la classica *obligation solidaire* sarebbe sempre sorretta dall’unicità del fatto costitutivo¹³⁷. Non vi è infatti traccia della solidarietà tra soggetti responsabili dello stesso danno nel diritto positivo francese e, così, essa si porrebbe in contrasto con quanto stabilito dal *Code civil* in materia (prev. art. 1202; art. 1310 *Code civil*)¹³⁸: contrariamente all’art. 1294 del codice civile italiano, la solidarietà non si presume e, dunque, deve essere espressamente pattuita, a meno che essa risulti da una disposizione legislativa¹³⁹.

Il secondo motivo di diversità concerne il suo fondamento. La cui identificazione, investendo peraltro il problema del rinvenimento della base giuridica del regresso alla luce della natura (tendenzialmente) extracontrattuale del vincolo – sì da non essere invocabile né l’*actio mandati*

¹³³ Così P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, cit., p. 307, secondo cui la previsione espressa della solidarietà tra corresponsabili elimina qualsiasi tentativo di una doppia specie di solidarietà nel nostro ordinamento. L’argomento è fedelmente ripreso da F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 139-140, e successivamente da M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 277.

¹³⁴ Per tutti, P. LE TOURNEAU et J. JULIEN, *Solidarité*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, 2004, pp. 24 ss.

¹³⁵ V., tra molti, P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., p. 768; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*¹², cit., p. 1478.

¹³⁶ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., p. 201, rammenta che il campo applicativo della *obligation in solidum* si estende «à la responsabilité du fait des choses, à la responsabilité contractuelle, ainsi qu’aux régimes spéciaux d’indemnisation».

¹³⁷ L. MAZEAUD, *Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, p. 141; F. CHABAS, *Remarques sur l’obligation in solidum*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pp. 310-338. Per un quadro d’insieme, cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., pp. 763 ss.

¹³⁸ Di recente, rammenta come la mancanza di una presunzione di solidarietà abbia impedito l’applicazione delle relative regole nel settore dei fatti illeciti, C. GÓMEZ LIGUERRE, ‘Solidary’ liability and the Channeling of Liability, in *French Civil Liability in Comparative Perspective*, ed. by J-S. BORGHETTI and S. WHITTAKER, Oxford, 2019, p. 263. Si tratta di un concetto pacifico, come attestano F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*¹², cit., p. 1482.

¹³⁹ La solidarietà si presume, di contro, in materia commerciale. Il principio affermato già da Cass., *Chambre des requêtes*, 20 juin 1920, in *Dalloz périodique* 1920.1.161 è divenuto pacifico. Cfr. Cass., *Chambre commerciale*, 16 janvier 1990, in *Juris-classeur périodique, édition Générale*, 1991, II, p. 21748, note F. HAMON; Cass., *Chambre commerciale*, 11 mars 2003, *Bull. Joly* 2003.666, note T. MASSART. In dottrina, cfr. F. DERRIDA, *De la solidarité commerciale*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1953, p. 329; B. DONDERO, *La présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer*, in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1097.

né l'*actio pro socio*¹⁴⁰ – non sarebbe da rintracciare nel concetto della reciproca garanzia tra condebitori¹⁴¹, sebbene tale conclusione non sia affatto pacifica nella dottrina francese¹⁴². Corollario di tale configurazione è l'inoperatività dei c.d. effetti secondari della solidarietà (*effets secondaires de la solidarité*): l'atto interruttivo della prescrizione verso un coresponsabile non produce effetti nei confronti degli altri; l'opponibilità della cosa giudicata non produce effetti complessivi. Ad applicazioni simili soggiacciono le regole in tema di interessi moratori, transazione, esercizio del regresso e messa in mora¹⁴³. È riconosciuta, ancorché non unanimemente¹⁴⁴, la surrogazione legale in favore del condebitore adempiente (art. 1251, no° 3, *Code civil* 1804)¹⁴⁵, ma si discute – analogamente a quanto avviene in seno alla dottrina italiana¹⁴⁶ – sulla possibilità che questi avrebbe di agire anche in regresso. Diritto

¹⁴⁰ R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, I, cit., p. 303.

¹⁴¹ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., p. 199. In una prospettiva comparatistica, cfr. C. GÓMEZ LIGUERRE, 'Solidary' liability and the Channeling of Liability, cit., pp. 266-267

¹⁴² P. RAYNAUD, *La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage. Obligation in solidum ou solidarité?*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, 1981, pp. 323 ss.

¹⁴³ Per tutti, v. P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit. p. 767.

¹⁴⁴ F. CHABAS, *Remarques sur l'obligation in solidum*, cit., p. 320; ID., *Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal*, in *Recueil Dalloz*, 1970, p. 113; P. RAYNAUD, *L'obligation in solidum. Cours de droit civil approfondi*, Paris, 1970-1971, pp. 46 ss.

¹⁴⁵ P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., pp. 766-767, p. 782.

¹⁴⁶ Le posizioni assunte dalla dottrina italiana sul tema del concorso fra surrogazione e del regresso, anche al di là del settore della responsabilità solidale ex art. 2055 c.c., risultano assai diversificate. Di recente, per un'ampia analisi del problema, cfr. S. BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, cit., pp. 199-247, spec. pp. 199-204 (ivi, note 1-2-3, per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema), pp. 204-209, pp. 235-243, il quale reputa complementari regresso e surrogazione, senza che si configuri un concorso elettivo o alternativo tra le due pretese. Nel senso della cumulabilità, v. A. ALPINI, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014, pp. 156 ss., spec. pp. 166-168. Secondo G. AMORTH, *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 141 ss., l'art. 1299 c.c. preciserebbe solo le modalità con cui si realizza la surrogazione; ID., *L'obbligazione solidale*, cit., p. 243. A conclusioni simili perviene O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, I, Milano, 1958, pp. 14 ss. Nega, invece, che il condebitore solidale possa surrogarsi L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*², cit., pp. 231 ss. La teorica del Barassi è reputata fondata da F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 427-428, nella misura in cui essa consente di escludere l'applicabilità dell'art. 1203, n. 3, c.c. alle ipotesi di condebito solidale. In tal senso anche A. GNANI, *La responsabilità solidale, Art. 2055*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2005, pp. 194-200. Ancora sull'incompatibilità tra surrogazione e obbligazione solidale B. GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit., pp. 69 ss., spec. pp. 109-110, pp. 126 ss., secondo cui l'adempimento nella solidarietà postula l'estinzione delle obbligazioni di tutti, si da risultare inconciliabile con la surrogazione, fondata sul contrario presupposto della mancata liberazione dal vincolo. Propendono per il "concorso alternativo" tra rimedi, sia pur con diversità di accenti e vedute, D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 233, p. 236, sulle cui riflessioni v. G. RECINTO, *Obbligazioni solidali e rapporti interni fra i condebitori*, in *Domenico Rubino*, I, cit., pp. 349 ss., spec. pp. 363-364; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988,

che è sovente giustificato mercé il riferimento all'istituto dell'arricchimento ingiustificato¹⁴⁷, la cui azione svolge una funzione restitutoria¹⁴⁸. Senonché, alla ricostruzione si obietta che il *solvens* non si impoverirebbe senza causa in quanto paga quanto dovuto in virtù della propria obbligazione¹⁴⁹, sì che la cennata funzione, propria di tale azione, non potrebbe realizzarsi. Inoltre, il carattere sussidiario della *action de in rem verso*, del tutto assente nell'ordinamento giuridico tedesco e oggi relativizzato dalla *Cour de cassation*¹⁵⁰ anche alla luce della più generale transizione della sussidiarietà dalla sua tradizionale dimensione "in astratto" (o "in senso forte") a quella "in concreto" (o in "senso debole")¹⁵¹, ne impedirebbe l'esercizio qualora

p. 83; G.F. CAMPOBASSO, voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, pp. 3 ss.; G. SICCHIERO, voce *Regresso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 558; G. CORAPI, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010, spec. pp. 159 ss., spec. p. 165. V. altresì C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 724, che ravvede fra due rimedi una significativa differenza (sebbene essi risultino connessi) dalla quale discendono una serie di corollari applicativi: la surrogazione legale è vicenda successoria, mentre con il regresso sorge un nuovo e autonomo diritto successivamente al pagamento.

¹⁴⁷ J. COUCOUREX, *Des délits et quasi-délits civils imputables à plusieurs personnes*, Toulouse, 1903, p. 126; P. CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Paris, 1996, pp. 141-147. Nella giurisprudenza francese, la tesi è stata accolta – per poi subire diversi temperamenti e modificazioni – con la sentenza di Cass., *Chambre des requêtes*, 15 juin 1892, in *Recueil Dalloz périodique*, 1892, p. 596.

¹⁴⁸ P. SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 379 ss., spec. p. 393, ora con il titolo *Arricchimento senza causa (sussidiarietà)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, pp. 91 ss., spec. p. 106. Sul tema delle restituzioni, v. ancora ID., *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 657 ss., spec. pp. 662 ss.

¹⁴⁹ Così M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., p. 604, il quale condivide l'obiezione formulata da J. BORE, *Le recours entre coobligés in solidum*, in *Juris-Classeur Périodique, La semaine juridique*, 1967, I, p. 2126. In tal senso, più di recente, M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, cit., p. 186.

¹⁵⁰ Cass., 1^{ère} civ., 3 juin 1997, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 658, obs. J. MESTRE; Cass., 1^{ère} civ., 4 avril 2001, in *Recueil Dalloz*, p. 1824, note M. BILLIAU. Cfr., altresì, A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Paris, 2013, pp. 60 ss., spec. pp. 61-81, p. 69, ove si pone un distinguo tra *subsidiarité simple*, la quale opera in caso di *enrichissement indirect*, e *subsidiarité renforcée*, che viene in rilievo nell'ipotesi di *enrichissement indirect*. Nell'ordinamento giuridico italiano, sul tema v. P. SIRENA, *Arricchimento senza causa (sussidiarietà)*, cit., pp. 91 ss. (ivi per ulteriori riferimenti bibliografici).

¹⁵¹ P. SIRENA, *Arricchimento senza causa (sussidiarietà)*, cit., pp. 93-94 (ivi note 16-17 per i relativi riferimenti sulla giurisprudenza francese). Ancora con riferimento all'ordinamento giuridico francese, v. S. WHITTAKER, *Performance of another's obligation: French and English law contrasted*, in *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, edited by D. JOHNSTON and R. ZIMMERMANN, Cambridge, 2002, p. 444: «*Recovery by the third party on the basis of enrichment sans cause is possible where the conditions of neither mandat nor gestion d'affaires are fulfilled*». Per una diversa interpretazione del concetto di sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa, v. P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 105 ss., spec. pp. 115-117. Una peculiare declinazione del concetto di sussidiarietà è offerta anche da P. CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, cit., pp. 145-147, il quale, valorizzando il distinguo tra arricchimento senza causa e *action de in rem verso*, conclude che il coresponsabile adempiente, per recuperare le somme versate in eccedenza, può invocare sia la surrogazione sia il regresso fondato proprio sulla teoria dell'arricchimento (p. 147).

risultati esperibile altra azione tipica a tutela di chi lamenti il depauperamento¹⁵². La tesi imporrebbe la seguente articolazione: se la surrogazione personale fallisce, il coobbligato adempiente può esercitare il suo diritto di regresso. Il che non trova però rispondenza nel carattere cumulativo dei rimedi – regresso e surrogazione – esperibili dal *solvens*¹⁵³. Neppure la soluzione prospettata può dirsi in linea con la più recente impostazione adottata nei testi europei. Questi, oltre a recare una trattazione unitaria della solidarietà contrattuale e risarcitoria (art. 10:102(1, 2) PECL; III.-4:103(2) DCFR), risultano sul tema affini al modello tedesco, che, nell’ottica di salvaguardare le ragioni del condebitore adempiente¹⁵⁴, contempla il regresso *pro quota* o per l’intero (§ 426 BGB, abs. 1) e la surrogazione *pro quota* (§ 426 BGB, abs. 2). Non è casuale che i paragrafi 1 e 2 degli artt. 10:106 PECL e III.-4:107 DCFR, nonché gli artt. 11.1.10 e 11.1.11 dei principî Unidroit, approntino in favore del condebitore adempiente un’alternativa fra i due rimedi. Scelta rispondente alla già rilevata esigenza di tutelare il predetto soggetto. Egli, ove vi sia il rischio di insolvenza del condebitore non adempiente, surrogandosi – e così beneficiando anche delle garanzie reali e personali di cui godeva il creditore¹⁵⁵ – può più agevolmente recuperare¹⁵⁶ le somme versate in eccedenza¹⁵⁷. Più in generale, la ragione alla base del § 426 BGB è da rintracciarsi nella necessità di compensare proprio il *ius eligendi* del creditore (§ 421; artt. 10:101(1) PECL; III.-4:102 DCFR). Il quale, potendo arbitrariamente rivolgersi al condebitore che più preferisce, costantemente esporrebbe quest’ultimo, se tali disposizioni di tutela mancassero, al rischio di dover corrispondere l’intero¹⁵⁸.

Le suesposte obiezioni inducono allora la dottrina francese a ricondurre l’azione di regresso all’equità¹⁵⁹, il cui riferimento appare però a molti eccessivamente generico¹⁶⁰, ovvero alla

¹⁵² Il principio è ormai consolidato anche nella giurisprudenza italiana: Cass., Sez. Un., 25 novembre 2009, n. 28042, in *Foro it.*, 2010, I, c. 233; Cass., 27 novembre 2018, n. 30614, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Arricchimento senza causa*, n. 9.

¹⁵³ M. RANUIL, *Les recours entre coobligés*, cit., p. 135, pp. 184-187, spec. pp. 186-187. Sul tema, per riferimenti bibliografici relativi all’ordinamento giuridico italiano, v. *retro*, nota 146.

¹⁵⁴ P. BYDLINSKI, § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 7. Aufl., München, 2016, Rn. 44.

¹⁵⁵ Artt. 10:106(2) PECL, III.-4:107(2) DCFR, 11.1.11(2) principî Unidroit.

¹⁵⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, cit., p. 724: «la surrogazione ha (...) funzione essenzialmente recuperatoria».

¹⁵⁷ S. MEIER, *Plurality of parties*, cit., pp. 1580 ss., spec. pp. 1582-1583.

¹⁵⁸ S. HEINEMEYER, § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁸, cit., Rn. 1-2. Sul problema, v., tra molti, C. WENDEHORST, *Der Rückgriff*, in *Jura*, 2004, pp. 505 ss.

¹⁵⁹ F. CHABAS, *Remarques sur l’obligation in solidum*, cit., p. 320; G. HOLLEAUX, *note sous Cass. civ. 4 décembre 1939*, cit., p. 128; J. HUET, *L’obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs*, in *Revue de droit immobilier*, 1983, p. 11.

¹⁶⁰ M. RANUIL, *Les recours entre coobligés*, cit., p. 187.

gestione di affari altrui¹⁶¹. Tale istituto peraltro prescinde dal concetto di rappresentanza, che assumerebbe in questa prospettiva valore contingente: essa può o meno ricorrere senza che ciò impedisca la valida configurazione della gestione di affari¹⁶². Anche tale soluzione è stata tuttavia criticata sul presupposto che la figura giuridica evocata necessariamente esiga l'intenzione di gestire un affare altrui. Elemento da taluni rivendicato alla luce dell'argomento letterale fondato sull'avverbio «*volontairement*», adoperato dal previgente art. 1372 del *Code civil*. La sussistenza di un intento *egoistico* del condebitore adempiente (il quale, cioè, estingue anche un proprio debito), sarebbe incompatibile con la possibilità che l'istituto produca effetti. Siffatta concezione della gestione di affari altrui appare, in realtà, del tutto inadeguata. Giova preliminarmente rilevare che, a seguito della riforma del codice civile francese, l'articolo 1301 rimpiazza l'avverbio «*volontairement*» (art. 1372 *Code civil* 1804; 1141 c.c. 1865) – esso in ogni caso individuava nell'assenza di una preesistente obbligazione un presupposto per la produzione degli effetti della *gestion d'affaires* e non sottendeva alcun intento altruistico del *gérant*¹⁶³ – con «*sciemment*», compiendo una scelta analoga a quella del legislatore del codice civile italiano del 1942 (art. 2028 c.c.). A prescindere dalla circostanza per cui, nell'ambito delle *obligations in solidum* (e non solo in esse), il corresponsabile che adempie lo fa sì nel proprio interesse ma di riflesso anche nell'interesse del suo consorte¹⁶⁴, si è dimostrato come il comportamento *solidaristico* o *altruistico* non assurga a fattispecie costitutiva dell'istituto, il quale è del tutto conciliabile con – se non addirittura sistematicamente imperniato intorno a – un intento egoistico del soggetto agente¹⁶⁵. Neppure può condividersi l'obiezione fondata

¹⁶¹ R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, I, cit., pp. 303-304, ricorda che, a differenza dei principî dei giureconsulti romani, i quali negavano il regresso al debitore adempiente per la totalità, la pratica francese è stata assai più indulgente nei confronti del *solvens* (p. 303). Quest'ultimo ha «una specie di azione *utilis negotiorum gestorum*, fondata sopra le stesse ragioni di equità, su cui è fondata l'azione che noi accordiamo nella nostra giurisprudenza al fideiussore, che ha pagato, contro i suoi confideiussori» (p. 304). Invoca l'istituto della gestione di affari anche M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, cit., pp. 604-605.

¹⁶² M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, cit., p. 181.

¹⁶³ P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 66.

¹⁶⁴ M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, cit., p. 182 (ivi per ulteriori riferimenti bibliografici, spec. note 903-916).

¹⁶⁵ P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., pp. 65 ss., pp. 429 ss., spec. p. 67: «È proprio in quest'ultimo caso, infatti, che l'istituto di cui si tratta più evidentemente svolge la propria peculiare funzione sistematica, effettuando la restituzione al soggetto gerito di quei risultati utili che, a suo rischio ed eventualmente con l'impiego dei suoi mezzi, sono stati creati dall'attività del soggetto agente». V., ancora, ID., *La gestione di affari*, in *Diritto civile. Obbligazioni*, III, *Il rapporto*

sull'assenza del carattere spontaneo dell'intervento del gestore, su cui incombe il dovere di adempiere in quanto debitore¹⁶⁶. La più moderna impostazione del problema ha ulteriormente chiarito che la spontaneità dell'ingerenza nell'altrui sfera giuridica non è elemento necessario né sufficiente per l'operatività della disciplina della gestione di affari. Il dato di diritto positivo dimostra che essa trova applicazione anche in ipotesi ove l'attività del soggetto agente sia necessitata o dovuta¹⁶⁷.

Il motivo per cui, invece, deve dubitarsi della fondatezza del richiamo a tale istituto in assenza di disposizioni che disciplinino espressamente i rapporti interni tra coautori del fatto dannoso è da ricercare altrove¹⁶⁸. Il sistema della responsabilità civile francese (artt. 1240-1244 *Code civil*) non individua uno specifico criterio di ripartizione del peso economico del risarcimento tra obbligati *in solidum*; dunque la parte dovuta dai condebitori dovrebbe determinarsi in relazione al ruolo causale di ciascuno di essi nella realizzazione del danno, benché la prassi applicativa paia enfatizzare maggiormente la gravità delle rispettive colpe¹⁶⁹. In ciò vi è simiglianza con la norma posta dal 2° comma dell'art. 2055 del codice italiano, il quale individua nell'elemento della gravità della colpa e nell'entità delle conseguenze che ne sono derivate i parametri di determinazione della misura del regresso¹⁷⁰. La previsione diverge dalla generale regola dettata dall'art. 1298 c.c., che dispone la divisione *pro quota* dell'obbligazione nei rapporti interni¹⁷¹; in questo senso, è interrogativo ancora attuale quello della (controversa) adeguatezza del criterio dettato dal combinato disposto del 2° e 3° comma dell'art. 2055 c.c. rispetto ai casi di responsabilità per fatto altrui¹⁷². Si è osservato che, sebbene «la suggestione

obligatorio, t. 1, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, pp. 459 ss., spec. p. 462.

¹⁶⁶ L'obiezione è ribadita di recente da M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, cit., p. 182 e risulta già formulata da P. CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, cit., pp. 138-139.

¹⁶⁷ P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., pp. 151-156, spec. pp. 152-153 (ivi, nota 4, per riferimenti bibliografici favorevoli a individuare nella spontaneità del comportamento del soggetto agente un tratto necessario della gestione di affari).

¹⁶⁸ Con riferimento all'art. 2055 c.c., v. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., pp. 175-178.

¹⁶⁹ Cass., 2° civ., 13 janvier 2011, n° 09-71196, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, p. 359, obs. P. JOURDAIN. In dottrina, v. P. JOURDAIN, *Pour un réexamen du droit des recours en contribution*, in *Responsabilité civile et assurances*, 2009, dossier 3.

¹⁷⁰ A. GNANI, *La responsabilità solidale, Art. 2055*, cit., p. 189, pp. 201-213.

¹⁷¹ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 282.

¹⁷² Sul problema, di recente, A. GNANI, *La responsabilità solidale, Art. 2055*, cit., p. 189, pp. 215-222. Gli interrogativi sono già sollevati da P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., pp. 176-177, nella evocata ottica di una valutazione circa la correttezza o meno del richiamo all'istituto della gestione di affari per l'ipotesi in cui il responsabile sia obbligato per il fatto

dell'alienità dell'affare appa[ia] qui intensa proprio perché il responsabile è obbligato per il fatto illecito altrui e l'azione di rimborso fondata sulla gestione di affari altrui gli consentirebbe di rivalersi integralmente sull'autore del fatto illecito stesso», sarebbe preferibile, per queste ipotesi, ricorrere alla figura della solidarietà a interesse unisoggettivo (art. 1298, comma 1, c.c.)¹⁷³; sì che l'azione di regresso potrà esperirsi per l'intero nei confronti del soggetto su cui l'obbligazione grava integralmente¹⁷⁴.

La conclusione è da ritenersi accoglibile con alcune precisazioni. Le fattispecie che, di regola, prescindono dalla colpa (art. 2049 c.c.; art. 1242, comma 5, *Code civil*) non escludono automaticamente l'operatività dell'art. 2055 c.c.; esse non paiono, cioè, direttamente riferibili alla norma posta dall'art. 1298 c.c., in quanto le condotte dei responsabili indiretti sono sovente passibili di un giudizio di colposità. Orbene, se, a mo' di esempio, si accerta un loro contegno negligente, la predetta disposizione diviene recessiva rispetto al 2° comma dell'art. 2055 c.c., sì che esso solo governerà la misura del regresso. La previsione della solidarietà unisoggettiva (artt. 1298, 1299 c.c.) riacquista, di contro, la sua preminenza operativa ove la colpa difetti del tutto¹⁷⁵. In ipotesi del genere l'esercizio della *libera electio* del danneggiato può giustificarsi proprio perché l'applicazione della seconda parte del 1° comma dell'art. 1298 c.c. non è (im-)mediata, al pari di quanto invece avviene, come si dirà, per le classiche fattispecie di solidarietà a interesse unisoggettivo. Non è casuale che, nell'ordinamento giuridico francese, la tradizionale figura di responsabilità del *commettant* per il fatto dannoso del *préposé* non debba ricondursi a una forma di garanzia¹⁷⁶, in quanto, sebbene costoro siano tenuti *in solidum*¹⁷⁷, risultano poi inapplicabili le norme sul *cautionnement*. Queste ultime consentono al fideiussore,

illecito altrui (p. 177). Per la dottrina francese, v. P. CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, cit., pp. 86-87.

¹⁷³ Così P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 177 (il virgolettato nel testo è dell'Autore).

¹⁷⁴ Sull'esperibilità del regresso per l'intero nell'ipotesi di responsabilità per fatto altrui la dottrina pare in gran parte concordare: A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti, Artt. 2043-2059*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Milano, 1979, p. 181; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, pp. 692 ss., spec. p. 93; P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 177. In giurisprudenza, cfr. Cass., 5 luglio 2017, n. 16512, in *Foro it.*, I, c. 3034.

¹⁷⁵ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 289.

¹⁷⁶ P. CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, cit., p. 87. Il tema è però controverso nella dottrina francese. Per una panoramica delle varie teorie volte a motivare il fondamento di tale responsabilità, v. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., p. 90.

¹⁷⁷ Così R.E. CERCHIA, *Uno per tutti, tutti per uno. Itinerari della responsabilità solidale nel diritto comparato*, Milano, 2009, pp. 174-175, la quale reputa però che il *commettant* risponda come *garant* del *préposé*.

in virtù della natura sussidiaria dell'istituto (artt. 2288, 2298 *Code civil*), di opporre al creditore il *bénéfice de discussion*, sì da imporgli la primaria escussione del debitore principale.

Di là da tale rilievo, la colposità della condotta esige dunque un immancabile giudizio *ex post*, non potendo escludersi preventivamente¹⁷⁸. L'impossibilità di una valutazione *ex ante* di simile attributo della condotta – e dunque l'incertezza sull'operatività dell'art. 1298 c.c. – legittima la discrezionalità di scelta in favore del danneggiato. L'impostazione si concilia con l'idea per cui i diversi criteri di imputazione tipici delle figure speciali di responsabilità siano da riferire ai rapporti con il danneggiato¹⁷⁹, mentre essi non attengono alla distribuzione interna del danno¹⁸⁰, primariamente regolata dall'art. 2055 c.c. e in via solo mediata dall'art. 1298 c.c.

Orbene, nonostante il difetto nell'ordinamento giuridico francese di una norma corrispondente a quella dettata dall'art. 2055 c.c. (commi 2, 3) e dal § 840 (Abs. 1, 2) BGB, disponente una articolazione analitica fra la responsabilità dell'autore del fatto dannoso e il terzo corresponsabile (assente, di contro, nelle menzionate previsioni del c.c. italiano), è da dirsi che il criterio della colpa, rivendicato dalla giurisprudenza della *Cour de cassation*, orienti la misura del regresso¹⁸¹; sì che, accertata l'assenza della condotta negligente di un corresponsabile, nei rapporti interni esso risulterà esperibile per l'intero (artt. 1317-1318 *Code civil*)¹⁸².

¹⁷⁸ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 290: «non può *a priori* escludersi negligenza nel contegno del preponente (...) o del proprietario dell'auto».

¹⁷⁹ Ciò, pertanto, importa il seguente corollario operativo: il 1° comma dell'art. 2055 c.c. opera sempre nei confronti del danneggiato, mentre il 2° e 3° comma nei rapporti interni tra corresponsabili. Cfr. F.D. BUSNELLI, *Postfazione*, cit., pp. 184-185, il quale però auspica un ridimensionamento sul piano interpretativo del presupposto dell'unicità del fatto dannoso, sì da giustificare, alla luce del principio di proporzionalità, l'ipotesi del concorso di cause concorrenti.

¹⁸⁰ A. GNANI, *La responsabilità solidale, Art. 2055*, cit., p. 217.

¹⁸¹ Di contro, nei rapporti esterni, se, a mo' di esempio, la responsabilità di uno è oggettiva (art. 1242, comma 5, *Code civil*) il danneggiato potrà rivolgere la propria richiesta di risarcimento a tutti, a prescindere dall'effettivo apporto contributivo di ciascuno all'evento dannoso. Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., pp. 89-90.

¹⁸² M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, cit., p. 113. Nell'ambito degli studi giuridici compiuti in Italia sul regresso, quando esso è destinato a operare in caso di responsabilità solidale ex art. 2055 c.c., inducono una parte della dottrina a sostenere che la norma debba assurgere a modello di riferimento dell'intera disciplina dei rapporti interni in quanto «(...) si applica a tutte le ipotesi di responsabilità solidale, sia quando concorrono responsabilità extracontrattuali basate su titoli diversi, sia quando ci si trova di fronte a responsabilità contrattuali ed extracontrattuali basate su titoli diversi, aventi ad oggetto un danno patrimoniale e/o non patrimoniale». Così A. ALPINI, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, cit., p. 19.

4. Dottrina della contitolarità e solidarietà quale modalità attuativa del rapporto.

La complessiva impostazione fondata sulla garanzia reciproca non risulta accolta dal legislatore italiano del 1942¹⁸³ e, oltre ad apparire inconciliabile con il funzionamento della solidarietà attiva¹⁸⁴, si espone alla nota obiezione per cui, così argomentando, dovrebbe configurarsi una doppia pluralità di rapporti obbligatori, in quanto ognuno sarebbe debitore per sé e per il debito altrui¹⁸⁵. Ciò a meno che non si correli tale concezione con la celebre tesi di matrice tedesca, successivamente prospettata in Italia con diversità di accenti e vedute, la quale scinde il concetto di obbligazione nei due momenti della responsabilità (*Haftung*) e del debito (*Schuld*)¹⁸⁶. La tesi sarà più attentamente vagliata con riguardo alla fideiussione, ma è qui possibile anticipare che la sua (ormai) tradizionale negazione muove dall'idea della indissociabilità del fenomeno di diritto materiale dal fenomeno di diritto processuale: al creditore sempre compete un diritto

¹⁸³ Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile, n. 597: «è rimasta ripudiata la regola per cui ciascuno dei condebitori o dei concreditori deve considerarsi rappresentante degli altri».

¹⁸⁴ Per tutti, A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, cit., p. 147.

¹⁸⁵ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 53.

¹⁸⁶ La teoria, se accolta ai fini della configurazione teorica delle obbligazioni solidali, sottende che ciascun coobbligato solidale sia effettivo debitore per la sua parte e responsabile per l'adempimento delle prestazioni altrui. In tal senso, v. F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale. Processo di esecuzione*, I, Padova, 1932, pp. 82-87, il quale però reputa che il rapporto di responsabilità non sia compreso in quello obbligatorio, ma risieda al di fuori di questo in quanto rapporto di diritto processuale. La teoria che vuole distinti debito (*Schuld*) e responsabilità (*Haftung*) era stata propugnata in Italia, sia pur con diversità di accenti e vedute, da E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, pp. 137 ss.; G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il moderno diritto civile italiano. Introduzione*, Torino, 1927, pp. 9 ss.; C. GANGI, *Il concetto dell'obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilità*, in *Nuov. riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 22 ss.; ID., *Ancora sul concetto dell'obbligazione e sulla distinzione tra debito e responsabilità*, in *Nuov. riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 98 ss. V., altresì, gli scritti dell'Autore sul tema confluiti in C. GANGI, *Scritti giuridici vari*, I, *Il debito e la responsabilità – Le obbligazioni naturali*, Padova, 1933, pp. 3 ss., pp. 313 ss. La prima (e compiuta) formulazione dell'idea che individua, con riferimento al diritto romano, una divaricazione del concetto di obbligazione nei due elementi del debito e della responsabilità si deve ad A. BRINZ, *Der Begriff obligatio*, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart*, I, 1874, pp. 11 ss.; ID., *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 70, 1886, pp. 371 ss. La teoria fu ulteriormente sviluppata, sia pure in senso diverso da quello prospettato dal Brinz, con gli studi, incentrati sul diritto svedese e nordgermanico, di K. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationrecht*, vol. I, *Altschwedisches Obligationrecht*, Leipzig, 1882, pp. 22 ss. Fondamentale per la successiva evoluzione di tale concezione è l'opera di O. GIERKE, *Schuld Und Haftung im älteren deutschen Recht. Insbesondere Die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910, pp. 7-10. Movendo da un'indagine centrata sull'individuazione della forma dei negozi costitutivi di debito e di responsabilità, egli reputa che il rapporto di debito non possa risolversi tutto nel concetto di dovere giuridico (*rechtliches Sollen*). Al menzionato rapporto se ne affianca uno di responsabilità, che consente al creditore di costringere il debitore a eseguire la prestazione (cioè, al compimento di quel dovere). Senza il rapporto di responsabilità, non potrebbe, cioè, configurarsi il potere del creditore di imporre l'adempimento al debitore.

processuale (azione esecutiva) e un diritto sostanziale verso il garante¹⁸⁷. La disgiunzione di responsabilità e debito proverrebbe dagli studi compiuti su alcuni istituti di diritto romano – su cui ci intratterremo oltre – come la *sponsio*, ricostruita anche alla luce di specifici negozi di garanzia dell'antico diritto germanico¹⁸⁸. Si argomenta che se nella c.d. *coobbligazione* ciascuno fosse debitore del tutto, non si spiegherebbe la rivalsa di uno verso gli altri, la quale risulterebbe invece rispondente al fenomeno della «responsabilità oltre i limiti del debito e, così, [di] una responsabilità (pro parte) senza debito»¹⁸⁹.

Di là da tale prospettazione, si reputata desueta ma che qui costituisce argomento idoneo quantomeno a mitigare le incongruenze generate da una doppia pluralità di vincoli obbligatori sottesi alla garanzia reciproca, all'accoglimento della teorica fondata su quest'ultima figura si obietta ulteriormente la complessità data dall'ostica identificazione della causa del rapporto in virtù del quale ogni condebitore è tenuto ad adempiere un'obbligazione¹⁹⁰. Altro rilievo critico è nella difficoltà di giustificare – alla luce della asserita rispondenza di ciascun coobbligato in solido soltanto per la propria quota di debito – il motivo per cui, in caso di insolvenza di uno di essi, la perdita debba dividersi fra gli altri ai sensi del 2° e 3° comma dell'art. 1299 c.c.¹⁹¹; neppure, se la solidarietà si risolvesse nella somma di più obbligazioni parziarie, potrebbe giustificarsi la facoltà di un condebitore (o di un concreditore) di profittare degli accertamenti fatti da un altro o contro un altro¹⁹².

In una direzione diversa muove pertanto altra parte della dottrina, la quale, accantonato l'istituto della garanzia reciproca, configura una teorica unitaria della solidarietà, che rigetta l'idea di istituti spurî ovvero impropri. Il diverso atteggiarsi della solidarietà a interesse unisoggettivo, in cui domina una struttura pluralistica, rispetto alla solidarietà «ad interesse comune», nella quale il vincolo tende a convergere verso lo schema del «rapporto unico con più soggetti»,

¹⁸⁷ Così, in senso critico verso l'evocata inscindibilità dei due diritti, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale. Processo di esecuzione*, I, cit. p. 83.

¹⁸⁸ K. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationrecht*, I, cit., pp. 22 ss., pp. 32 ss.; F. BEYERLE, *Der Ursprung der Bürgschaft. Ein Deutungsversuch vom germanischen Rechte her*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germanistische Abteilung, Bd. 47, 1927, pp. 567 ss.

¹⁸⁹ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale. Processo di esecuzione*, I, cit., p. 84 (corsivo dell'Autore). Nella dottrina tedesca, accoglie l'idea della dissociazione tra i due elementi E. SCHWIND, *Schuld und Haftung in geltenden Rechte*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 68, 1919, pp. 1 ss. In senso contrario, J. BINDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 77, 1926, pp. 75 ss., spec. p. 123, secondo cui non può aver luogo il distinguo tra debito e responsabilità, in quanto elementi unificati.

¹⁹⁰ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 53.

¹⁹¹ G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, cit., pp. 62-63.

¹⁹² G. BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, cit., p. 63.

attesta «la (...) difficoltà di una soddisfacente *reductio ad unitatem*, sotto il profilo strutturale, dei due fondamentali settori di ipotesi in cui la legge parla di solidarietà»¹⁹³. L'impostazione abbandona ogni distinguo fondato su una più o meno intensa genuinità delle obbligazioni solidali, ma reputa ancora di assegnare all'*eadem causa obligandi* rilevanza strutturale¹⁹⁴, sia pure nella prospettiva di un vaglio critico della consolidata equiparazione tra obbligazioni solidali e obbligazioni soggettivamente complesse. Si delinea una divaricazione imperniata sull'identità causale, che, se sussistente, varrebbe a ricondurre il vincolo nell'alveo della seconda categoria; di contro, tale inclusione non sarebbe possibile ove quella unicità manchi, in quanto elemento costitutivo delle sole obbligazioni soggettivamente complesse¹⁹⁵. La presunzione di solidarietà, posta dall'art. 1294, viene così intesa in senso rigido. Essa importerebbe dunque la sussistenza di un'obbligazione soggettivamente complessa, avviluppata intorno a requisiti di struttura che astringono più creditori o debitori in un vincolo di comunione¹⁹⁶ e suscettibile di essere attuata in via parziaria (art. 1314 c.c.), solidale (artt. 1294, 1317 c.c.) o congiunta (artt. 1840, 1854 c.c.)¹⁹⁷. Il concetto appare di per sé innovativo almeno se correlato al tradizionale convincimento che rivendicava l'impossibilità di riferire a

¹⁹³ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 53.

¹⁹⁴ La causa, in tempi più recenti, assurge ad elemento strutturale anche nella ricostruzione di A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, Paris, 2004, p. 275: «l'unicité de cause se révèle être un élément structurel de l'obligation solidaire, ce au temps de la naissance de celle-ci comme à celui de son extinction».

¹⁹⁵ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 59, il quale reputa che i tre elementi costitutivi – pluralità di soggetti, *eadem res debita* ed *eadem causa obligandi* – siano propri delle sole obbligazioni soggettivamente complesse. Con riferimento alle obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo, l'Autore osserva: «mentre non si può fare a meno di riconoscere che si è in presenza di genuine obbligazioni solidali – giacché così le qualifica espressamente la legge –, si deve ammettere altresì che esse non rientrano nel novero delle obbligazioni soggettivamente complesse, perché di queste non posseggono tutti i necessari elementi costitutivi». La tesi perviene a configurare il vincolo solidale avente la medesima causa come unico e connotato da una comunione nel credito o nel debito (pp. 89-213, spec. pp. 133-136). V. anche ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 349 ss. Argomentano altresì nel senso della comunione C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 53, p. 149, R. LUZZATTO, *La comproprietà nel diritto privato*, Torino, 1909, p. 6, nota 3, e, con riguardo all'obbligazione solidale attiva, E. BETTI, *Risoluzione di affitto solidale per licenza di un solo affittuario*, in *Temi emiliana*, 1924, I, p. 324.

¹⁹⁶ La comunione è qui da intendersi in senso forte, quale contitolarità di diritti od obblighi. V. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 133-136. In senso critico verso la veduta rigida della regola di presunzione di solidarietà (la quale identificherebbe il collegamento sotteso all'art. 1294 c.c. con l'unicità dell'atto o del fatto costitutivo dell'obbligazione, che, in un'accezione ancor più restrittiva, è posto in essere da tutti i partecipanti), G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 156, il quale osserva che «una tale illazione è in contrasto con la realtà legislativa la quale contempla numerose figure di obbligazioni solidali in cui sono sicuramente carenti tali presupposti».

¹⁹⁷ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 85-86.

più soggetti lo stesso obbligo; esso, in ossequio alle sue primitive elaborazioni teoriche, era inteso quale dovere di condotta – dunque atteggiamento della volontà – che cambia se variano i soggetti¹⁹⁸. Una volta ammessa la scissione tra titolarità ed esercizio di qualsivoglia situazione giuridica¹⁹⁹, può di conseguenza ricondursi la manifestazione volontaristica al secondo elemento; sì da risultare superata l'infondatezza del richiamo alla contitolarità del debito²⁰⁰. La teorica che ravvede nella ricorrenza della unicità della causa la manifestazione di un vincolo di comunione è discussa in Germania, ove il § 741 riferisce la comunione (*Gemeinschaft*) ai diritti e non agli obblighi²⁰¹. Il rilievo appare formalistico alla dottrina della contitolarità, ma è significativo che, nell'ambito della comunione per parti (*Bruchteilsgemeinschaft*), le elaborazioni sviluppatasi intorno alla norma tedesca abbiano tracciato un primordiale viatico per l'affermazione del principio della parità di trattamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*)²⁰²

¹⁹⁸ La tesi è esposta da F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 210, e risulta confutata dallo stesso Autore, in ossequio alla tesi da egli sostenuta.

¹⁹⁹ Sulla nozione di esercizio del diritto, v. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, pp. 16-17.

²⁰⁰ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 211.

²⁰¹ Lo rileva ancora F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 135-136 (ivi note 134-135 per i riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca, orientata in senso contrario alla tesi sostenuta dall'Autore). Sul problema relativo all'eventuale riconducibilità della comunione a un rapporto obbligatorio (*Schuldverhältnis*), v. R. SCHNORR, *Die Gemeinschaft nach Bruchteilen*, Tübingen, 2004, pp. 153 ss.; T. BRACH, *Die Funktion der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Bruchteilsgemeinschaft*, 2001, pp. 133-134.

²⁰² L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Bd. 111, 1947, p. 75, p. 80; G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, cit., pp. 27 ss., p. 106, p. 127, pp. 281 ss. Per un'applicazione del principio della parità di trattamento nel diritto del lavoro, v. ID., *Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, in *Betrieb*, 1956, p. 352. Sul tema cfr., più di recente, M. GRÜNBERGER, *Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*, Baden-Baden, 2013, pp. 348 ss.

non solo nel diritto privato in generale²⁰³, ma anche, e più specificamente, nella teoria della comunione nel credito e nel debito²⁰⁴.

La dottrina della contitolarità sovverte così l'ordinario metodo d'indagine, il quale soleva muovere dallo studio delle obbligazioni solidali per esaminare poi l'obbligazione soggettivamente complessa. Il criterio proposto è rovesciato: prende le mosse dall'analisi dell'ultimo schema menzionato e da lì motiva «l'innesto, su di esso, del meccanismo della solidarietà»²⁰⁵.

Una simile veduta è oggetto di vaglio critico in dottrina. Può già rilevarsi che la frequente eccezione legislativa alla regola prevista dall'art. 1294 c.c. induce a dubitare, come si dirà, che l'attuazione solidale delle obbligazioni sia retta dai vincoli rigorosi tipici della comunione. L'assenza di dati normativi che impongano l'unicità della causa (*gleichartig Schuldgrund*), la quale, cioè, sottende la medesimezza della fonte²⁰⁶, costituirebbe prova dell'infondatezza di quella impostazione. Lo dimostrerebbe, altresì, la configurazione legislativa di ipotesi di solidarietà tra obbligazioni connotate da cause diverse, che risultino destinate al soddisfacimento della stessa prestazione. L'unitarietà di quell'elemento renderebbe, inoltre, ardua la coesistenza tra la solidarietà negoziale e aquiliana (art. 2055 c.c.), attesa l'impossibilità

²⁰³ G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, cit., p. 106, p. 127, correla il principio di parità di trattamento al concetto di giustizia (*Gerechtigkeit*) o, in alternativa, a quello di buona fede (p. 112), benché tale distinzione non consenta di per sé l'individuazione dei casi in cui la parità di trattamento si traduce in comando imperativo o giuridicamente rilevante, per la concretizzazione del quale è, invece, opportuno rintracciare un elemento di fatto o di diritto, coincidente con il vincolo comunitario (p. 127, p. 152). Su quest'ultimo punto, P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, cit., pp. 27-30; G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, pp. 24-25. Sul tema, in ambiente tedesco, v., ancora, J. SALZWEDEL, *Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung*, in *Festschrift für Hermann Jahrreiss: zu seinem siebzigsten Geburtstag – 19. August 1964*, hrsg. Von K. CARSTENS u. H. PETERS, Köln, 1964, p. 348. Nella dottrina italiana, P. RESCIGNO, *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato; Immunità e privilegio; Riassunzione dei lavoratori licenziati e parità di trattamento; Contribuzioni e sovvenzioni statali e parità di trattamento*, ora tutti in *Persona e comunità*, I, Padova, 1987, parte IV, pp. 335 ss. Per una riflessione che muove proprio da tali lavori, v. D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di P. Rescigno*, Napoli, 1998, pp. 5 ss (ivi v. note 2, 3, 4, per le indicazioni sulle precedenti sedi di pubblicazione delle succitate opere del Rescigno). Più di recente, G. TUCCI, *Il principio di eguaglianza nella post modernità*, in AA.VV., 'Liber Amicorum' P. Rescigno in occasione del novantesimo compleanno, II, cit., pp. 1951 ss.

²⁰⁴ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 360 ss. Nella dottrina tedesca, in senso favorevole, K. SCHMIDT, § 741, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl., München, 2017, Rn. 34-35.

²⁰⁵ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 61.

²⁰⁶ V. *retro*, Cap. I, para. 1, nota 11.

di rinvenire una fonte o un titolo²⁰⁷ che accomuni condotte illecite diverse ma generatrici del medesimo danno²⁰⁸.

Il che, al postutto, lascia insoluto il nodo aporetico della individuazione del meccanismo generatore dell'unicità dell'adempimento innanzi a una pluralità di rapporti.

5. Correalità e solidarietà: tentativo di sistematizzazione dogmatica tra *actio* ed *electio*.

Il tentativo di spiegare il meccanismo tipico della solidarietà deve senz'altro ascrivere agli sforzi compiuti da quella teoria, oggi superata, che valorizza il distinguo fra essa e la correalità. A differenza di quest'ultima, in cui l'effetto consuntivo della *litis contestatio*²⁰⁹ investirebbe l'obbligazione unica liberando tutti, nella prima vi sarebbe reciproca indipendenza fra i singoli rapporti rispetto ai fatti estintivi²¹⁰.

²⁰⁷ Più in generale, rammenta la necessità del concettuale distinguo fra "fonte" e "titolo" del rapporto obbligatorio già P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Artt. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, rist. 1^a ed. (1975) Napoli, 2019, pp. 73-76; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1995, pp. 118-120. La cennata distinzione, nella prospettiva delle obbligazioni solidali, è successivamente ripresa da A. ALPINI, *Il principio di solidarietà e le c.dd. obbligazioni solidali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 995 ss., in part. p. 1002.

²⁰⁸ Sul punto, di recente, A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 21. La critica è già sollevata da M. ORLANDI, *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ. (Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale)*, Padova, 2006, p. 182: «[s]e infatti la solidarietà è un modo di attuazione del condebito – inteso come comunione di un unico rapporto plurisoggettivo derivante da un unico titolo generatore – l'obbligo dell'assicurato di pagare il risarcimento in ragione del proprio fatto illecito e dell'assicuratore di pagare l'indennizzo in ragione dell'art 18 cit. [legge 24 dicembre 1969, n. 990] (ossia dell'esistenza di un rapporto assicurativo) sono per definizione diversi autonomi e insuscettibili di comunione». Cfr. ID., *La responsabilità solidale*, cit., pp. 78 ss., spec. pp. 79-81.

²⁰⁹ Cfr. M. WLISSAK, *Die Litiskontestation Im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doktor-Jubiläum des Geh. Rats Professor Dr. B. Windscheid*, Leipzig, 1889, rist. Delhi 2020, p. 59, pp. 81-86, ai cui studi si deve la dimostrazione della natura convenzionale della *litis contestatio*: «*Nach unserer Auffassung ist die Litiskontestation nichts „Fingiertes“, nichts Unsichtbares, sondern eine wirkliche Parteienhandlung, ein Formalgeschäft*» (p. 59). La negoziabilità di tale istituto, sia pure con diversità di vedute rispetto alle posizioni del Wlassak, è stata sostenuta da gran parte della dottrina successiva. Sul punto, O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, pp. 80 ss. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2^a ed., Padova, 1942, pp. 256-259, spec. p. 257, riflettendo sulla natura e funzione della *litis contestatio* nel processo romano di accertamento (per *legis actiones* e in quello formulare), definisce l'istituto come «l'atto con cui le parti esprimono un conflitto di apprezzamenti circa la sussistenza o lo stato di un rapporto giuridico – ossia impostano una lite – e d'accordo fissano i termini delle questioni insorgenti, per proporle al giudizio d'un arbitro di comune fiducia». Di recente, per un quadro d'insieme, S. SCHLINKER, *Litis Contestatio. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2008, pp. 15 ss.

²¹⁰ F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich, Zurigo, 1827, rist. 1^a ed., p. 412 ss., pp. 443 ss.; J. RIBBENTROP, *Zur Lehre von den Correal-obligationen*, Göttingen, 1831, pp. 12 ss., p. 27.

La ragione storica della partizione trova fondamento nell'esigenza di risolvere una presunta antinomia delle fonti. In varî testi attinenti a rapporti sorretti dalla solidarietà è menzione dell'effetto estintivo della contestazione della lite nell'età classica, operata dal creditore verso un condebitore o da uno dei creditori in confronto del comune debitore²¹¹. La *electio* compiuta dal creditore nelle forme dell'azione giudiziale, diretta contro uno fra più condebitori, estingueva, come si è detto, l'obbligazione di tutti (*Konsumptionskonkurrenz*)²¹². A queste fonti se ne contrappongono (o giustappongono) altre²¹³ in cui, all'opposto, emerge che le obbligazioni di più tutori per la medesima tutela, di più *mandatores eiusdem pecuniae credendae*, di più depositarî per il comune ufficio, di più condebitori in caso di *constitutum debiti alieni*, o di più responsabili del comune delitto non soggiacciono all'effetto estintivo allorché vi sia il promovimento dell'azione giudiziale in confronto di uno; in esse la liberazione di tutti consegue piuttosto al pagamento del *solidum* (*Solutionskonkurrenz*)²¹⁴. L'eterogeneità dei riferimenti ha agitato le dispute dottrinali già nel *ius commune* ove il giureconsulto Cujas offerse varie prospettazioni ma infine ha concepito quella divenuta dominante che riferiva la diversità fra le fonti a un contrasto tra il diritto classico e il diritto giustiniano²¹⁵. L'influenza esercitata dagli studî del diritto comune sulle opere successive può cogliersi ancorà nelle intuizioni del Doneau, il quale ravvisava una divaricazione nella categoria dei debiti in solido, che dovevano distinguersi per la sussistenza di una fonte unica ovvero di fonti plurime²¹⁶. Il concetto è stato poi recepito dal Ribbentrop, il quale però ha fondato quel distinguo sul concetto

²¹¹ D. 11, 1, 8 (*Paulus libro vicesimo secundo ad edictum*); D. 11, 1, 20 (*Paulus libro secundo quaestionum*); D. 14, 1, 1, 24 (*Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum*); D. 21, 2, 51, 4 (*Ulpianus libro octogesimo ad edictum*); D. 44, 2, 21, 4 (*Pomponius libro trigesimo primo ad Sabinum*); D. 45, 1, 116 (*Papinianus libro quarto quaestionum*); D. 46, 1, 5 (*Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum*); D. 45, 2, 2 (*Javolenus libro tertio ex Plautio*); D. 45, 2, 16 (*Gaius libro tertio de verborum obligationibus*); D. 46, 2, 31, 1 (*Venuleius libro tertio stipulationum*).

²¹² A. STEINER, *Die römischen solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München, 2009, p. 5: «Verliert der Gläubiger in einem solchen System den Prozeß gegen den Erstbeklagten, so bedeutet dies, daß er auch gegen die übrigen Schuldner nicht mehr mit Erfolg vorgehen kann». Per più ampi riferimenti, v. Cap. I, para. 9.

²¹³ D. 26, 7, 18, 1 (*Julianus libro vicesimo primo digestorum*); D. 26, 7, 38 (*Papinianus libro duodecimo quaestionum*); D. 30, 8, 1 (*Pomponius libro secundo ad Sabinum*); D. 13, 6, 5, 15 (*Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum*); D. 27, 3, 15 (*Ulpianus libro primo disputationum*); *Cost. 28 Cod. VIII. 40, Imp. Iustinianus A. Johanni pp.* Per ulteriori riferimenti, v. J. RIBBENTROP, *Zur Lehre von den Korrealobligationen*, cit. p. 1, nota 2.

²¹⁴ Sul distinguo tra *Konsumptionskonkurrenz* e *Solutionskonkurrenz* v. anche Cap. I, para. 9.

²¹⁵ J. CUJAS, *Comm. in lib. IV Quest. Pap., ad L. 116, de verb. obl.*, in *Opera omnia IV, Mutinae 1777*, col. 93-94. La veduta è oggi pacificamente accolta dalla moderna dottrina romanistica: P. BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà*, cit., p. 210; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 79.

²¹⁶ H. DONEAU, *Commentarii in codicem Iustiniani*, in *Opera omnia I*, Lucae, 1765, Col. 8, 39, Cap. 12, § 4.

della c.d. *Klagenkonkurrenz*²¹⁷. All'ulteriore opera del Fabro, manifestazione precorritrice del metodo critico e assai contigua tematicamente a quella del Doneau, si deve inoltre l'anticipazione della secolare problematica circa il dualismo tra unità e pluralità di obbligazioni nella solidarietà sulla base dell'analisi di alcune fonti romane, in cui sovente figurava una oscillazione tra le due alternative²¹⁸. Lo spunto è accolto fedelmente nelle teoriche del Keller e del Ribbentrop, alla luce delle nuove indicazioni tratte dal testo delle Istituzioni di Gaio scoperto nel 1816. L'intera architettura argomentativa su cui è retta la tesi della correalità (o solidarietà *ex stipulatione*) pare dunque avviluppata intorno all'elemento della scelta del creditore da compiersi con domanda giudiziale. Il descritto effetto della *litis contestatio*, che ipostatizza il *ius eligendi* del creditore, diviene tratto identificativo di un'obbligazione unica, ancorché distinta da una pluralità di relazioni soggettive²¹⁹. Requisito che la connota è senz'altro l'*idem debitum*²²⁰. In questa prospettiva, la *electio* assume valore financo dissuasivo per il creditore, sul quale incombeva il rischio di non realizzare le proprie ragioni ove la sua *scelta* fosse stata rivolta verso un debitore non solvibile²²¹. La veduta dominante che ravvisava nell'azione l'elemento decisivo per la consumazione della lite risulta, tuttavia, posta in discussione da una successiva teoria che ha grandemente influenzato il pensiero della seriore dottrina. Si è avanzata l'idea che determinante per la realizzazione dell'effetto consuntivo non

²¹⁷ Per uno studio di tale concetto, v. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, rist. Aalen, 1964, pp. 48 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonsumtion des römischen Rechts*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 86, 1969, pp. 169 ss.

²¹⁸ G. FABER, *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Colonia Allobrogum, 1626, p. 2024.

²¹⁹ F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation Und Urtheil Nach Classischem Romischem Recht*, cit., p. 446; J. RIBBENTROP, *Zur Lehre von den Correal-obligationen*, cit., p. 23, ove si accoglie espressamente la partizione del Keller, il quale distingue “zwischen dem objektiven Bestände der Obligation” e “der subjektiven Beziehung derselben”. Secondo il Ribbentrop, solo nel primo caso è possibile discorrere di correalità. Egli significativamente soggiunge: «dagegen ist die subjektive Beziehung der Obligation eine mehrfache».

²²⁰ F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, cit., p. 419, p. 423, pur argomentando contro la presunta difformità, nel diritto classico, fra correalità e solidarietà, riconosce l'esistenza di un'unica tipologia di obbligazione denominata correale, la quale si distingue per l'*idem debitum*, su cui si radicava la c.d. *Klagenkonkurrenz*. In tale impostazione, il rapporto correale sarebbe altresì connotato dalla *eadem causa*, irrilevante però ai fini della *Klagenkonkurrenz*, come attesterebbe l'operatività della *fideiussio*: «Die eadem causa ist nach dem Gesagten nicht etwas, was noch als Besonderes neben der eadem res in Betracht käme, sondern sie wird erfordert, damit eadem res im Sinne der Konsumptionsregel sei. Bei der fideiussio finden wir allerdings Konsumtion und zwar zweifellos wegen eadem res (wie denn ja die fideiussio regelmäßig auf idem lautete), und doch kann hier die Identität der causa fehlen, Gai. III, 119a. In diesem Falle wird die eadem causa ersetzt durch das Accessionsverhältniß der beiden Obligationen» (p. 423).

²²¹ R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 126.

fosse tanto l'*actio*, ma la *electio*²²²; in ciò si riscontra un'accentuata analogia con il fenomeno tipico delle obbligazioni alternative, con la sola differenza che in queste la scelta si riferisce agli oggetti, mentre in quelle essa ricade sui soggetti²²³. Per entrambe può dunque discorrersi di alternatività nel rapporto obbligatorio (*Wahlschuldverhältnis*); vi è così *electio unius rei*, ma nell'un caso il secondo sostantivo è da intendersi per *res*, nell'altro per *reus*. La scelta del creditore assume particolare valenza soprattutto nel momento in cui perde vigore, con l'opera della giurisprudenza romano-ellenica, la primitiva efficacia della *litis contestatio*. Il trapasso dall'*actio* alla *electio*, non più mediata dalla prima, parrebbe coerente con la mutata visione del diritto post-classico, incline a sopravanzare il formalismo giuridico dell'età repubblicana, il quale è in larga parte preservato dai classici²²⁴. Più in particolare, la prospettazione, ancorché controversa nelle opinioni della successiva dottrina, parte della quale nega che nel diritto romano l'interpello stragiudiziale o l'adempimento parziale impedissero al creditore di rivolgersi ad altro condebitore²²⁵, risulta d'interesse in quanto illumina approcci contrapposti caratterizzanti momenti storici diversi ma parimenti decisivi per l'intellezione del progressivo mutamento dell'idea di solidarietà. Da un lato, il carattere del diritto classico, incline, con il promovimento dell'azione, a identificare nella consumazione per *eadem res* la ragione dell'estinzione processuale; dall'altro, quello dei compilatori e della giurisprudenza post-classica, nel cui periodo si affievolisce – coerentemente con le esigenze di semplificazione del nuovo tempo²²⁶ – la forza consuntiva della *litis contestatio* e contestualmente affiora sempre più il valore sostanziale della scelta del creditore, direttamente rivolta a uno fra più *rei*. Tale

²²² H. FITTING, *Die Natur der Correalobligationen*, cit., pp. 136 ss, spec. p. 139. La teoria, come peraltro riconosce anche il Fitting, era già stata prospettata, ancorché in via solo embrionale, da W. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Bd. I/1, *Das römische Recht*, Jena, 1850, pp. 75 ss; in Bd. I/2, *Dogmengeschichte des Mittelalters und der neuen Zeit*, 1850, pp. 397 ss.; in Bd. II, *Das geltende gemeine Recht*, 1851, p. 568.

²²³ H. FITTING, *Die Natur der Correalobligationen*, cit., p. 140: «Denn juristisch betrachtet, besteht das Verhältniß eben auch in nichts Anderem, als darin, daß bei den f. g. alternativen Obligationen zwischen zwei Leistungen, bei der Correalität zwischen zwei Personen (zwei Gläubigern oder zwei Schuldnern) die Auswahl (*electio*) stattfindet».

²²⁴ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 525.

²²⁵ P. MELUCCI, *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, p. 26. La dottrina tedesca ha sollevato diverse verso critiche avverso tale ricostruzione, le quali hanno ribadito che l'effetto consuntivo della *litis contestatio* si realizzava con l'esercizio dell'azione. Tra molti, v. J.E. KUNTZE, *Die Obligationen im römischen und heutigen Recht und das jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit*, Leipzig, 1886, p. 164; L. MITTEIS, *Zur Lehre von den passiven Gesamtschuldverhältnissen*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Österreich)*, Bd. 14, 1887, p. 419.

²²⁶ Per uno studio approfondito delle modalità con cui simile tendenza alla semplificazione si manifesta nel nuovo tempo, v. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 518 ss.

facoltà del creditore sussisterebbe anche nel caso di *fideiussio*²²⁷. Le posizioni del garante e debitore principale non sarebbero contestualmente aggredibili dal creditore, il quale deve compiere una scelta fra i due. Se si rivolge al primo, il secondo è liberato, e viceversa²²⁸. Il che tuttavia pare confliggere con la conformazione sussidiaria di tale istituto, introdotta per prassi in età burocratica²²⁹, poi stabilita ufficialmente da Giustiniano con la Novella 4 del 16 marzo 535 e infine consolidatasi, con alterne vicende, nel *ius commune* sino a essere recepita dalle moderne codificazioni²³⁰. Diversamente da *sponsio* e *fidepromissio*, nell'ambito del rapporto obbligatorio il *fideiussor* è in posizione subordinata rispetto al debitore principale²³¹. Concezione, quest'ultima, non a caso, accolta successivamente dal BGB e prim'ancóra dal *Code civil*, nonché, sulla scia di questo, dal codice civile italiano del 1865.

Proprio intorno all'istituto della *fideiussio* è imperniata altra nota teorica che decompone l'obbligazione correa nei due elementi del debito e della responsabilità. Da un punto di vista "materiale", il primo elemento è da ricondurre al debitore principale (*Hauptschuldner*), mentre il garante (*Bürge*) è solo responsabile per il debito di quello²³². L'effetto generale e comune (*Gesamtwirkung*) di alcune vicende tipiche della correalità – adempimento, accettilazione, novazione, giuramento del debitore, interruzione del termine prescrizione e *litis contestatio*, sulle quali ci intratterremo oltre – risulterebbe fondato sul già evocato concetto della rappresentanza²³³. L'istituto viene qui accostato, diversamente dalle elaborazioni precedenti, a due elementi (debito e responsabilità) tradizionalmente reputati indissociabili e che, invece, per la prima volta si prospettano scissi²³⁴. Il debitore principale diviene rappresentante degli altri condebitori; ciò spiegherebbe anche la ragione per cui una vicenda (diversa da quelle testé elencate) come la confusione, riguardante un solo coobbligato, non determina la liberazione di

²²⁷ H. FITTING, *Die Natur der Correalobligationen*, cit., p. 144, nota 172.

²²⁸ H. FITTING, *Die Natur der Correalobligationen*, cit., p. 144, nota 172, riferendosi alla *electio* del creditore in caso di *fideiussio*, osserva: «Wählt er den fideiussor (*hauptsächlich indem er gegen ihn klagt*), so zeigt sich, daß bloss dieser verpflichtet ist; wählt er den Hauptschuldner, so ist es umgekehrt».

²²⁹ F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus succurri solet'*, Milano, 1999, p. 149.

²³⁰ Sul punto v. Cap. I, para. 9.

²³¹ F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus succurri solet'*, cit., pp. 1-5.

²³² A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., Bd. II/1, Erlangen, 1879, § 235, Nr. 4, pp. 80 ss., p. 82: «denn obligatio bedeutet nicht blos Schuld, sondern auch Haftung. Daß nun der Haftungen stets ebensoviele sind als haftende Personen, kann nicht bezweifelt werden, während eine Einheit der Schuld trotz Mehrheit der Personen und inmitten der mehreren Haftungen möglich erscheint». Per ulteriori riferimenti, v. *retro*, Cap. I, para. 4, nota 186.

²³³ Cap. I, para. 3.

²³⁴ Per una compiuta elaborazione della teoria, v. A. BRINZ, *Obligatio und Haftung*, cit., pp. 371 ss.

tutti, in quanto per tale ipotesi lo schema della rappresentanza non opera. La divisibilità interna dell'obbligazione costituirebbe peraltro prova dell'unità anche del vincolo solidale²³⁵; parimenti conciliabile con tale carattere sarebbe una etero-ordinazione delle richieste di adempimento (*Rangordnung*) – nelle forme del beneficio di escussione o d'ordine – consolidatasi per talune obbligazioni solidali e correali²³⁶.

La principale obiezione che si muove a tale impostazione – segnatamente al concetto di rappresentanza nella solidarietà – è stata già ricordata altrove²³⁷: si dovrebbe ammettere la sussistenza di due obbligazioni parziali da un punto di vista materiale. Conclusione difficilmente giustificabile sul piano teorico²³⁸. Si è poi già posto in luce come la teorica dell'unità del vincolo, che riveste grande rilevanza in prospettiva storiografica, oggi non trovi risponda nel diritto positivo, il quale tende a conformare la solidarietà su di un modello pluralistico²³⁹, sebbene, come si dirà, le recenti opere di diritto scientifico ricorrano a un linguaggio ambiguo sul tema²⁴⁰. Peraltro, l'idea che la solidarietà di diritto romano fosse strutturata sull'unicità dell'obbligazione è minoritaria in dottrina²⁴¹.

La solidarietà si collocherebbe dunque al polo opposto rispetto alla correalità, giacché caratterizzata da una pluralità di debitori (o creditori) ma difettante di una sostanziale unità. I vincoli sono pari al numero dei soggetti coinvolti e i singoli rapporti convergono, nell'ipotesi di prestazione consistente in un dare, in un oggetto identico ovvero in un *aliquid* fungibile per natura o per valutazione economica e sociale²⁴². La pluralità di obbligazioni dà conto dell'impossibilità di una loro consumazione a seguito dell'azione giudiziale verso un condebitore; effetto che invece si comprende se il vincolo è unico²⁴³.

²³⁵ In Italia riconduce la fideiussione allo schema dell'obbligazione unica con più condebitori, M. GALDI, *Trattato della fideiussione in diritto civile, commerciale ed amministrativo*, Napoli, 1901, p. 9.

²³⁶ A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. II/1, cit., p. 84.

²³⁷ Cap. I, para. 3.

²³⁸ Per una breve panoramica sulle ulteriori critiche rivolte a tale elaborazione, v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 56, nota 87.

²³⁹ V. Cap. I, para. 2.

²⁴⁰ V. Cap. I, para. 6.

²⁴¹ E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 80.

²⁴² G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973, p. 188, che evoca a tal fine il frammento D. 45, 2, 5, *Iul. 22 dig. V.*, altresì, E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 81: «nelle solidali, invece, questa identità dell'oggetto manca, ma non v'è neppure una pluralità di oggetti, ché altrimenti si avrebbe la obbligazione cumulativa: vi è dunque un fenomeno intermedio e questo consisterebbe nell'essere l'oggetto uguale, simile, per ciascun soggetto».

²⁴³ E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., pp. 80-81.

Diversamente da essa, la stipulazione correa presenta profili di accentuata singolarità, in quanto fenomeno strutturalmente misto se riguardato nell'ottica dell'evocato dualismo tra unità e pluralità. Il negozio unico si concilia, come rilevato, con più relazioni soggettive. Il requisito dell'*eadem res debita* costituisce inoltre elemento spesso discriminante le due categorie. Esso impedisce di ricondurre alcune delle obbligazioni testé elencate (v. l'obbligazione *ex constituto debiti alieni* e quella principale) – distinte da una diversità di *res*, oltre che di causa²⁴⁴ – alla categoria della correalità, che esige quella rigorosa identità. La quale è, all'opposto, carattere non indefettibile della solidarietà²⁴⁵.

È probabile che una ulteriore ragione fondante il regime normativo delle obbligazioni correali risieda, almeno nel diritto romano primordiale, nella nota inammissibilità di una doppia stipulazione su di un medesimo oggetto (*de eadem re ex stipulatione*)²⁴⁶. Il divieto risulta, come si dirà, superato pienamente nel diritto giustiniano²⁴⁷ e tale rilievo avvalorava le cennate conclusioni cui perviene il Cujas nel diritto comune.

Dalla eterogeneità strutturale di correalità e solidarietà discenderebbe una operatività differenziata di alcune vicende tipiche di tali obbligazioni. La prova di simile diversità sarebbe da rintracciare nella idoneità di tali vicende a incidere sul rapporto singolo ovvero sull'integralità del vincolo. In particolare, accettilazione, contestazione della lite, novazione e giuramento fra creditore e condebitore, senz'altro importavano liberazione degli altri dall'unico vincolo (correa)²⁴⁸; non così, di contro, confusione²⁴⁹, *pactum de non petendo*²⁵⁰ e *capitis deminutio*²⁵¹, che avevano effetto soltanto sulla posizione del debitore interessato²⁵². La rivendicata diversificazione tra le due figure risulta accolta dalla Pandettistica e, sia pur con

²⁴⁴ A. ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali. A proposito di uno scritto di F. Eisele*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 1890, pp. 287 ss., spec. p. 306.

²⁴⁵ A. ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali. A proposito di uno scritto di F. Eisele*, cit. p. 306; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 81.

²⁴⁶ D. 45, 1, 18, Pomponio, 10 *ad Sab.*: «*Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur*».

²⁴⁷ Emblematiche del cennato superamento sono le c.d. garanzie *ex intervallo*, che, peraltro, si reputa siano state ammesse già a partire dal I secolo d.C. Così, G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., p. 16. Sul tema, v. Cap. I, para. 9.

²⁴⁸ Quando, invece, un evento come quello della *litis contestatio* era privo di effetti rispetto agli altri condebitori, doveva considerarsi operante la solidarietà semplice.

²⁴⁹ Paulus D. 46,1,71.

²⁵⁰ Paulus D. 2, 14, 25, 1; Giuliano D. 46, 3, 34, 11; Ulpiano D. 34, 3, 3, 3.

²⁵¹ Pomponio D.45,2,19. Sul tema (anche per i riferimenti alle due note che precedono), v. S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 42, p. 57.

²⁵² F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, in ID., *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, *Diritto privato*, Napoli, 1995, pp. 418-419; S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 57;

diversità di accenti e vedute, da gran parte della successiva dottrina²⁵³, mentre suscita vivaci critiche nella moderna dottrina romanistica²⁵⁴. Oggi pare definitivamente abbandonata. Gli studi condotti dall'Ascoli e dallo Eisele²⁵⁵, valorizzando gli insegnamenti del Cujas, hanno dimostrato che la diversa operatività della *litis contestatio* è da attribuire all'interpolazione di alcuni passi della costituzione giustiniana del 531 (C. 8.40[41].28), la quale ha associato l'estinzione delle obbligazioni di tutti alla effettiva realizzazione delle ragioni creditorie²⁵⁶. Orbene, alla luce della comprovata inefficacia delle prospettive strutturali, le quali motivano con grandi difficoltà il peculiare effetto estintivo della solidarietà, dovendo peraltro necessariamente evocare l'operatività di fenomeni spurî, recanti elementi estranei alla vera

²⁵³ A.W.F. VON SCHRÖTER, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, cit., p. 409; F. LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Braunschweig, 1840, pp. 156-176; F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 5, Berlin, 1841, pp. 220-222; K.A. VANGEROW, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, Bd. III, Marburg, 1847, pp. 64 ss.; A. BRINKMANN, *Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander, insbesondere über die Zulässigkeit der einen oder der anderen Klage von Seiten der Teilnehmer einer Communion gegen einander*, Kiel, 1855, pp. 137 ss.; E. ZIMMERMANN, Rezension von T. L. VON HELMOLT, *Die Correal-Obligationen*, in *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*, Bd. 5, 1859, p. 146; F. SAMHABER, *Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht*, cit., pp. 83 ss.; G. WIENSTEIN, *Die passive Correalobligation nach Preussischem Rechte*, in *Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts durch Theorie und Praxis*, 6. Jahrgang, 1862, pp. 475 ss., spec. pp. 476-524. Negano l'ammissibilità del distinguo F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, cit., p. 479; J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, cit., p. 393. Nella dottrina italiana, reputa fondata la distinzione G. DE SEMO, *Le obbligazioni solidali in materia di commercio*, cit., pp. 13 ss. La rigettano, invece, A. ASCOLI, *Le obbligazioni solidali*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XI, Roma, 1890, pp. 121 ss.; ID., *Sulle obbligazioni solidali. A proposito di uno scritto di F. Eisele*, cit., pp. 287 ss.; G. PACCHIONI, *Degli effetti della litis contestatio sulle obbligazioni solidali passive. Estratto dagli Atti dell'I.R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti degli Agiati in Rovereto*, Serie III, VI, Rovereto, 1900, p. 3 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 75; P. BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà*, cit., pp. 209 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, Roma, 1925, rist. corretta a cura di P. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano, 1979, p. 86.

²⁵⁴ V. gli Autori citati alla precedente nota, al punto in cui si menziona la dottrina contraria alla distinzione tra correalità e solidarietà. In ambiente tedesco si era già espresso in senso critico verso l'impostazione del Keller e del Ribbentrop, a pochi anni di distanza dalla pubblicazione delle loro opere, T. BRACKENHOEFT, *Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse*, Göttingen, 1839, p. 4, p. 132.

²⁵⁵ Ai due Autori, citati alle note 243, 244, 245 e 253, deve aggiungersi l'opera di J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, p. 117, il quale ha accolto le interpolazioni già rilevate dall'Ascoli e dall'Eisele, ma, a differenza di questi, ha ricompreso nella categoria delle obbligazioni solidali anche le obbligazioni *adiecticiae qualitatis*. Il Binder negava inoltre che l'effetto estintivo della lite, a séguito della proposizione dell'azione, si realizzasse, nell'ambito del diritto classico, nel caso di *actio doli*, di *actio in factum* rivolta ai soggetti che avessero impedito al convenuto di presentarsi in giudizio, nonché dell'*actio metus causa* in confronto di più delinquenti.

²⁵⁶ C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 215, nota a), spec. p. 217, nota a).

solidarietà, si sono progressivamente affermate indagini del fenomeno condotte con metodi diversi, valorizzanti la funzione da esse svolta e l'effettività degli interessi da questo presidiati.

6. *Libera electio* e prospettiva funzionale della solidarietà tra diritto nazionale e diritto scientifico.

Si è avvertita dunque l'essenzialità di un'indagine rinnovata, espressiva del «trascorrere della solidarietà dalla zona della fattispecie a quella dell'effetto»²⁵⁷. Il graduale trapasso ha avuto un significato nell'ottica di schiudere una via verso l'affievolimento del *ius eligendi* del creditore e dissipare le ambiguità sottese all'integralità dell'effetto estintivo. Se, infatti, la concezione strutturale mal si conciliava con dispositivi di graduazione degli obblighi verso l'esterno, i quali contravvenivano a una fattispecie composta da tre elementi costitutivi, il successivo svolgimento dell'indagine sul piano degli effetti ha consentito di riconsiderare la tradizionale obiezione fondata sull'inconciliabilità tra sussidiarietà e sussistenza dell'unicità del titolo.

La dinamica effettuale della solidarietà ha proiettato il cennato elemento dell'*eadem causa obligandi* nella zona della fattispecie, ultronea rispetto alla «configurazione dogmatica del fenomeno»²⁵⁸. La relegazione dei dati strutturali di là dal recinto effettuale individuato dall'art. 1292 c.c. ha permesso di superare progressivamente le cennate divaricazioni tra solidarietà pura o spuria (o propria e impropria); ciò ha altresì indotto a sopravanzare l'irrigidimento teorico che voleva invariabile il potere esattivo del creditore nell'ambito delle obbligazioni solidali. La nuova concezione dell'istituto era già in parte emersa con l'accoglimento una prospettiva d'indagine di tipo funzionale²⁵⁹; la quale pure ha contribuito all'attenuazione del declamato principio dell'assoluta inconciliabilità tra la graduazione verso l'esterno di uno o più vincoli e il dato di struttura dell'istituto²⁶⁰, il cui tradizionale presupposto risiederebbe nella ontologica

²⁵⁷ Così, riflettendo sulle linee evolutive dell'istituto a più di trent'anni dalla pubblicazione della sua monografia sul tema, F.D. BUSNELLI, *Postfazione*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, a cura di U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI, Padova, 2015, p. 186.

²⁵⁸ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 82.

²⁵⁹ In questo senso, valorizzando il riferimento all'assetto di interessi tendenzialmente unitario della solidarietà, P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, p. 371, secondo cui essa costituisce «il riflesso sul piano funzionale della composizione di un conflitto di interessi che si manifesta soprattutto con riferimento al momento in cui si ha l'attuazione del rapporto».

²⁶⁰ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 343: «(...) secondo i risultati ormai comunemente accettati nell'ambiente giuridico italiano, l'imposizione al creditore dell'onere di rivolgersi in via primaria ad uno dei coobbligati per poter poi eventualmente esigere l'adempimento dall'altro non esclude di per sé la sussistenza del vincolo solidale, a meno che non si concreti in un vero e proprio beneficio di escussione».

equiparazione delle posizioni dei coobbligati nell'esecuzione della prestazione. Tratto, quest'ultimo, rispondente a una più generale logica di garanzia assoluta del credito che costituisce, secondo valutazione pressoché unanime, la funzione della solidarietà²⁶¹.

La stabile radicazione dell'esigenza di una rinnovata analisi del fenomeno reca, dunque, con sé un graduale mutamento dell'idea tradizionalmente fondata sull'imprescindibilità della *libera electio*. Quest'ultima è così oggetto di una simbolica transizione da elemento essenziale a elemento naturale della solidarietà, operante quale regola ordinaria, salve pattuizioni negoziali in deroga volte a prevedere dispositivi sussidiari²⁶².

La rimodulazione in chiave effettuale dell'indagine ha riflessi significativi anche per la risoluzione di interrogativi collegati al tema dei poteri creditorî. L'effetto estintivo per tutti a séguito dell'adempimento di uno è motivata mercé il concetto di «equivalenza delle prestazioni», che postula l'unità dell'interesse soddisfatto dall'integralità dell'atto solutorio²⁶³.

La conclusione deve però essere integrata da alcuni rilievi. Pare anzitutto delinearci nitidamente uno schema solidale che riflette una modalità attuativa del rapporto giuridico²⁶⁴. L'operatività della solidarietà, contrariamente a quanto ancora si sostiene²⁶⁵, è insensibile a dati strutturali, i

²⁶¹ In luogo di molti, cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 150.

²⁶² Così U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, cit., pp. 279-280. Su posizioni pressoché analoghe, A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 93. In una diversa prospettiva, G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 151, il quale conduce sì un'analisi del fenomeno in senso funzionale, valorizzando altresì l'eterogeneità degli interessi tra condebitori, ma giunge a soluzioni differenti. Egli, cioè, prospetta la possibilità che il beneficio d'ordine operi, in taluni casi, quale disciplina ordinaria di natura dispositiva.

²⁶³ V. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., pp. 57-67; ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, cit., pp. 191-192, il quale soggiunge: «il termine «solidarietà» esprime la coercibilità di ciascuno all'adempimento integrale, indipendentemente dalla fonte costitutiva delle obbligazioni suscettibili di tale vicenda estintiva complessa».

²⁶⁴ L'idea è già prospettata da M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., p. 130; ID., voce *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 676; ID., *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 597.

²⁶⁵ Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, cit. Il segno di tale impostazione, che si risolve in una divaricazione tra solidarietà propria o impropria (autentica o spuria, ecc.) può altresì cogliersi in Cass., 7 luglio 1999, n. 7019, in *Arch. circ.*, 1999, p. 882, ove si discorre di «solidarietà atipica ad interesse unisoggettivo», in virtù della «diversità dei titoli in base ai quali l'assicuratore ed il responsabile - assicurato sono rispettivamente tenuti nei confronti del danneggiato (il primo "ex lege" il secondo "ex delicto")». Il principio è già affermato da Cass., 26 gennaio 1990, n. 481, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 180, nonché da Cass., 29 luglio 1983, n. 5218 in *Foro it.*, 1983, I, 2389, con nota di R. PARDOLESI. Più di recente, discorrono di solidarietà atipica anche Cass., 10 giugno 2013, n. 14537, in *Danno e resp.*, 2014, pp. 799 ss.; Cass., 9 luglio 2019, n. 18325, in *Foro it.*, 2020, I, c. 292. In senso contrario, pare orientarsi Cass., 27 giugno 2018, n. 16922, in *Foro it.*, 2019, I, c. 577. Influenze, ancorché temperate, della concezione strutturale paiono manifestarsi nel recente lavoro monografico di M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., p. 24, ove emerge la sovrapposizione tra il concetto di *presupposto*

quali si risolvono invece solo nell'alternativa tra divisibilità e indivisibilità della prestazione²⁶⁶. L'obbligazione plurisoggettiva indivisibile può, pertanto, coesistere con l'attuazione congiunta o solidale del rapporto²⁶⁷. Ciò in quanto il carattere indivisibile qualifica la prestazione in senso naturalistico, mentre la solidarietà opererebbe quale modalità esecutiva volta alla realizzazione dell'interesse creditorio²⁶⁸. Sul medesimo piano della solidarietà è da collocarsi la parziarietà, sebbene incompatibile con la natura indivisibile della prestazione, attesa l'inconfigurabilità di una sua esecuzione frazionata. V'è, di contro, piena conciliabilità tra obbligazione divisibile e adempimento parziale ovvero solidale. L'adempimento integrale di uno libera gli altri membri del gruppo debitorio se l'obbligazione è solidale²⁶⁹; diversamente, ciascuno concorre per la parte di relativa spettanza.

La conclusione positivamente si raccorda con la configurazione della solidarietà che affiora nell'ambito del diritto privato europeo. Nelle opere di «diritto scientifico»²⁷⁰, è significativo che le obbligazioni plurisoggettive siano concepite in una dimensione soltanto effettuale. Il diritto privato europeo, tendenzialmente sospinto da scopi di armonizzazione, non annovera cioè disposizioni che correlino requisiti invariabili alla solidarietà, la quale in tutte le previsioni che la contemplano è riguardata come fenomeno operante esclusivamente sul piano degli

della solidarietà e quello di *requisito*; in questa prospettiva, si argomenta circa l'imprescindibilità dell'identità naturalistica delle prestazioni (pp. 28-34), la quale pare il segno della summenzionata concezione.

²⁶⁶ M. GIORGIANNI., voce *Obbligazione solidale e parziaria*, cit., p. 676.

²⁶⁷ Per più ampî riferimenti sul tema, v. *retro*, Cap. I, para. 3, nota 74.

²⁶⁸ È il caso classico di un debitore solidale obbligato alla consegna di un bene insuscettibile di divisione. Il suo adempimento libera necessariamente gli altri coobbligati in solido. Diversa è, invece, l'ipotesi dell'attuazione congiunta di una prestazione indivisibile: all'esecuzione della prestazione concorre ciascun condebitore limitatamente alla frazione di prestazione gravante su ciascuno, sì da realizzare congiuntamente l'interesse creditorio. Si pensi al noto esempio dell'esecuzione – necessariamente congiunta per la sua corretta riuscita – di un brano musicale da parte di un'orchestra. L'adempimento della prestazione esige una cooperazione da parte di tutti, la quale, evidentemente, impedisce una attuazione solidale ovvero parziaria. Sul punto, v. U. LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido*, Artt. 1292-1313, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, pp. 5-8, spec. p. 7.

²⁶⁹ In senso opposto, Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, cit., la quale esclude l'operatività della presunzione di solidarietà ove l'obbligazione sia divisibile.

²⁷⁰ L'espressione «diritto scientifico» è di P. SIRENA, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 608 (ivi nota 1 per riferimenti bibliografici sulla provenienza di tale formulazione), il quale pone in luce come al virtuoso processo di europeizzazione e modernizzazione degli ordinamenti giuridici abbiano certamente contribuito opere come i PECL e il DCFR (p. 613). Sul tema v., altresì, ID., *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 2018, pp. 838 ss., e già ID., *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, pp. 3 ss.

effetti²⁷¹. Paradigmatici, in tal senso, paiono gli artt. 10:101 (1) dei PECL e III.-4:102 (1) del DCFR, disposizioni dal «carattere denominativo»²⁷² dato dalla mera rappresentazione delle conseguenze giuridiche sottese all'operatività della solidarietà. Entrambe le previsioni individuano i poteri del creditore, il quale può chiedere a ciascun condebitore l'adempimento «*until full performance has been received*»; il che vale senz'altro a escludere la sovrapposizione tra effetto solidale e cumulativo. Correlativamente, è menzione del contenuto del vincolo cui ciascun condebitore è astretto, benché vi sia poi una (apparentemente) minima divaricazione tra i due progetti in merito al tema della pluralità o unitarietà dei vincoli obbligatori. Analogamente all'art. 11.1.1 dei Principi Unidroit²⁷³, nella cennata disposizione dei PECL il riferimento è alle “*solidary obligations*”, mentre nella corrispondente previsione del DCFR il sostantivo compare al singolare. L'ambiguità è persino accentuata dalla formulazione dell'art. 11.1.1. dei PICC, il quale ricorre più volte al termine *obligation* attribuendogli, per ciascuna di esse, diversi significati²⁷⁴. È discusso se ciò rifletta una volontà precipua di concepire la solidarietà quale fenomeno pluralistico ovvero unitario. La risoluzione del problema, che comunque «non assume un significato dogmaticamente impegnativo»²⁷⁵ alla luce della indubitabile dimensione europea della solidarietà, sembra ostacolata proprio dalla plurivocità del sostantivo *obligation*, come attestano le vivaci riflessioni intorno all'interpretazione della richiamata previsione dei PICC²⁷⁶. Pare tuttavia risolutiva (ancóra una volta) nel senso della pluralità la norma che regola gli effetti della sentenza pronunciata in confronto di un condebitore solidale: la decisione giudiziale non pregiudica le ragioni degli altri obbligati in solido (artt. 10:109 PECL; III.-4:110 DCFR; 11.1.8 PICC; 11.1.8 principî Unidroit). La presunta unità del rapporto sostanziale che terrebbe insieme più soggetti confligge dunque con

²⁷¹ Rammenta la concezione destrutturata della solidarietà nell'ambito del diritto privato europeo già F.D. BUSNELLI, *Postfazione*, cit., p. 187, che pone in luce come essa sia considerata solo dal punto di vista degli effetti.

²⁷² L'espressione, riferita però all'art. 1292 c.c., è di M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 71.

²⁷³ Cfr. M. FONTAINE, *The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010*, in *Unif. L. Rev.*, 16, 2011, pp. 549 ss., spec. pp. 551 ss.

²⁷⁴ Art. 11.1.1. PICC: «*When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee: (a) the obligations are jointly and several when each obligor is bound for the whole obligation*». Non è casuale che sul problema interpretativo il PICC Working Group non sia addivenuto a una soluzione condivisa, come attestano le discussioni riportate in Unidroit (2007) Study L-Mise 27, pp. [11]-[25], ove, più in generale, emerge il seguente ammonimento: «*the use in the Principles of terms of art peculiar to particular domestic laws did not mean that these terms should necessarily have the same meaning within the system of the Principles*».

²⁷⁵ Così F.D. BUSNELLI, *Postfazione*, cit., p. 187.

²⁷⁶ V. Cap. I, para. 6, nota 274.

la sussistenza di più posizioni processuali²⁷⁷. Di là da tale (presunto) nodo aporetico, la configurazione effettuale della solidarietà trova ulteriore riscontro negli artt. 10:102 dei PECL²⁷⁸ e III.-4:103 (3) DCFR (su cui ci intratterremo oltre) i quali, collocandosi in una ideale linea di continuità con l'art. 1293 c.c. e, prim'ancóra, con il previgente art. 1201 del *Code Napoléon*, sanciscono la piena compatibilità della solidarietà con «*the fact that debtors are not liable on the same terms or grounds*»²⁷⁹. Decisivo, infine, per cogliere l'incidenza della solidarietà sul momento attuativo del rapporto giuridico è il 1° comma dell'art. III.-4:103 del DCFR, che a tal fine equipara “*solidary, divided and joint obligations*”. Significativamente, la ricorrenza di una fra le tre possibili modalità attuative, di volta in volta, «*depends on the terms regulating the obligation*». Formulazione che sottende l'idea di una solidarietà irrelata da elementi fissi di struttura.

6.1. Segue. Solidarietà, comunione di scopo e centralità dell'interesse creditorio.

La stagione degli studî animati da un approccio funzionale al tema della solidarietà ha promosso, con vigore crescente, la sussistenza di un nesso teleologico, centrato sulla c.d. comunione di scopo (*Zweckgemeinschaft*)²⁸⁰; la quale valorizza il collegamento interno (*innerer Zusammenhang*) degli obblighi verso l'esterno e, dunque, verso il creditore. Il concetto dell'unità di scopo prescinde da profili volontaristici tra condebitori²⁸¹ e designa, di là dalla sussistenza di un titolo formale, un impegno congiunto e unitario per la realizzazione dell'interesse creditorio²⁸². Il più moderno sviluppo della teoria, assai controversa in Germania,

²⁷⁷ V. Cap. I, para. 2.

²⁷⁸ Per uno studio del contenuto di tale previsione, nonché per le problematiche che il relativo testo solleva, cfr. S. WHITTAKER, *A few observations on the «plurality of debtors», and on the effects of release*, in A. VAQUER (ed), *La tercera parte de los Principios de derecho contractual Europeo. The Principles of European Contract Law Part III*, Valencia, 2005, pp. 23 ss., spec. pp. 30-38.

²⁷⁹ Art. III-4:103 DCFR.

²⁸⁰ Cfr. L. ENNECERUS e H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch*, in *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, begr. L. ENNECERUS, T. KIPP und M. WOLF, Bd. II, 15. Aufl., Tübingen, 1958, p. 360, che conferiscono alla comunione di scopo carattere oggettivo, il quale è caratterizzato da un collegamento tra prestazioni e prescinde dalla volontà dei condebitori solidali di soddisfare unitariamente l'interesse del creditore all'adempimento.

²⁸¹ Si orienta, invece, in tal senso F. KLINGMÜLLER, *Unechte Gesamtschuldverhältnisse*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 64, 1914, p. 31, in cui il riferimento è alla «*subjektive Zweckgemeinschaft*».

²⁸² La comunione di scopo è associata alla «*echte Gesamtschuld*» da L. ENNECERUS e H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., § 313, II, 2. Anche Oertmann e Crome avevano adottato la formula della “comunione di scopo” per riferirla, però, alla «*unechte Gesamtschuld*». Cfr. P. OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, cit., p. 124, p. 277, pp. 288 ss.; C. CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen und Leipzig,

enfaticamente il comune scopo di protezione proprio dei debiti solidali e correlativamente svaluta il ruolo del § 421 BGB nella misura in cui esso non appronterebbe elementi utili a individuare tutti i casi di solidarietà²⁸³ (ma che, al pari del suo corrispondente italiano, sarebbe espressiva di una modalità attuativa dell'obbligazione). È significativo che il concetto di comunione di scopo trovi altresì riscontro nel *common law* inglese, in cui si discorre di *concerted actions*. L'espressione, ricorrente nel settore dei *joint torts*²⁸⁴, sottende la cooperazione oggettiva tra più soggetti sospinta da uno scopo, anche involontariamente, condiviso²⁸⁵. La complessiva impostazione è di rilievo in quanto dischiude una prospettiva di analisi volta a superare le complessità poste dalla concezione strutturale, la quale aveva indotto a dubitare che potessero considerarsi solidali vincoli aventi fonti diverse. Proprio simile teorica, riconducendo nell'alveo della solidarietà obblighi eterogenei sul piano causale, ha fornito rinnovati argomenti per riflettere sulla natura dell'istituto. Essa, sopravanzando il dato testuale, ingenera interrogativi circa l'incompatibilità ontologica, più volte denunciata, tra solidarietà, nella sua versione ortodossa della *Gleichstufigkeit*, e sussidiarietà. Quest'ultima è, come già rilevato, il riflesso, sul versante dell'adempimento, della graduazione degli obblighi verso l'esterno e, così, dell'indebolimento del *ius eligendi* del creditore. Il vero è che l'identità causale – al pari della «medesima prestazione» (*Identität der Leistung*) intesa in senso materiale – deve considerarsi mero presupposto della regola di presunzione legale di solidarietà, prevista dall'art. 1294 c.c.,

1902, §§ 206, p. 376. La formulazione, risalente al diritto comune, della teoria fondata sulla c.d. “comunione di scopo” si deve a F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, cit., pp. 464 ss., p. 481. Egli, considerando il debito solidale quale derivazione diretta dell'obbligazione correa, reputava che il fattore decisivo per la sussistenza della solidarietà fosse il carattere – congiunto o separato – dell'azione compiuta dai danneggiati. Più precisamente, era sufficiente una consapevole collaborazione (non necessariamente materiale) alla realizzazione dell'illecito. Sembra, tuttavia, che tale concezione non sia stata accolta dal legislatore tedesco del BGB, in quanto all'interno del codice civile tedesco ricorrono fattispecie di solidarietà non connotate dalla cennata tipologia di comunione. Lo rileva S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 832-833. Una variante di tale elaborazione è costituita dalla c.d. “dottrina dello scopo in senso lato” (*Zwecklehre im weiteren Sinne*), che, estende l'operatività della *Zweckgemeinschaft* anche al di là del settore della “vera” solidarietà. La concezione è esposta in G. PLANCK, H. SIBER, Bd. II, 1, *Schuldverhältnisse Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Berlin, 1914, § 255 Anm. 1-2, ove il riferimento è, in particolare all'unità dello scopo giuridico (*Einheit des rechtlichen Zwecks*).

²⁸³ H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, cit., pp. 56 ss., spec. p. 116.

²⁸⁴ Nel *common law* le regole di responsabilità dei *joint tortfeasors*, in gran parte elaborate dalle c.d. *equity courts*, risultano assai diverse rispetto a quelle dei *joint contractors*. Per un approfondimento sul tema, T. WEIR, *Complex liabilities*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chief ed. A. TUNC, XI: *Torts*, Part 2, ch. 12, Tübingen, 1986, pp. 3 ss., spec. p. 41.

²⁸⁵ *Smith v Amaca Pty Ltd & Anor* [2009] VSC 318: «*Otherwise to constitute joint tortfeasors two or more persons must act in concert in committing the tort*». V., in tempi più remoti, *The Koursk*: CA 1924, 140, 159.

come dimostrano le frequenti deviazioni legislative dal modello strutturale²⁸⁶. Più fatti costitutivi non impediscono la configurazione della solidarietà, che ben può risultare da una previsione negoziale o legale²⁸⁷.

Orbene, se l'unicità della fonte fosse davvero requisito immanente della solidarietà, non potrebbe giustificarsene il difetto anche ove ricorra una disposizione negoziale o legale che imponga l'operatività del meccanismo solidale. Né valga argomentare in senso contrario che la volontà della legge o dei privati, i quali optino per lo schema solidale, compensa in taluni casi il difetto dell'identità causale. Non appare, invero, conciliabile il carattere costitutivo di quest'ultimo elemento con l'applicazione, quando quell'identità manchi, delle regole fondanti la solidarietà. L'eventuale assenza della *eadem causa obligandi* – se intesa quale «vera giustificazione»²⁸⁸ della solidarietà – altererebbe necessariamente la natura dell'istituto, escludendo l'applicazione della relativa disciplina²⁸⁹. In questo senso le numerosissime ipotesi di solidarietà in ambito risarcitorio (art. 2055 c.c.), che quasi sempre prescindono da una rigorosa identità causale, costituiscono prova della fondatezza di tale impostazione. Esse non a caso ravvisano nella lesione unica il tratto unificante tra più obbligazioni (solidali)²⁹⁰. L'intervento compensativo del legislatore o dei privati non può pertanto supplire all'assenza di un requisito organico, a meno che la nozione di identità causale sia concepita in senso elastico sino a ricomprendere un collegamento qualificato di scopo tra più obbligazioni tutte idonee a

²⁸⁶ Figure come la fideiussione, l'espromissione, l'accollo e la delegazione cumulativa di debito comprovano che la solidarietà non necessariamente esige la identità causale, né la medesimezza materialistica dell'oggetto della prestazione. Sul punto, v. Cap. II, para. 6.1, 6.2, 6.3, 6.4. La *fideiussio indemnitis* costituisce uno dei classici esempi di obbligazione solidale in cui la prestazione di garanzia è diversa da quella garantita. La dottrina maggioritaria nega, però, la natura solidale dell'istituto in virtù della sua inconciliabilità con l'escussione automatica alla base della fideiussione di indennità (oltre al difetto di identità delle prestazioni che caratterizzano la figura). Per tutti, v. G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, Milano, 2010, p. 13. Si dirà, però, che l'escussione non contraddice la natura solidale dell'obbligazione (v. Cap. II, para. 4). Lo sostiene già M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., pp. 136-137. V. *retro*, Cap. I, para. 2, nota 70.

²⁸⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 703-706. Secondo P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 351, il convincimento circa l'assoluta necessità di ricondurre tutte le relazioni soggettive al medesimo titolo formale «si mostra senz'altro eccessivamente rigoroso, ed inidoneo ad esprimere il vero criterio individuatore della solidarietà». L'impostazione è condivisa da D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, in *La fideiussione e le altre garanzie personali*, opera diretta da V. CUFFARO, Bologna, 2014, pp. 117 ss., spec. p. 120.

²⁸⁸ A.M. BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, cit., p. 256.

²⁸⁹ Significativo è l'orientamento consolidato della Corte di cassazione che configura una pluralità di rapporti implicante l'impossibilità di un litisconsorzio necessario in tal senso. Di recente, v. Cass., 5 luglio 2019, n. 18069, cit. Cfr. *retro*, Cap. I, para. 2, nota 61.

²⁹⁰ Il principio è assolutamente consolidato in giurisprudenza. Per tutte, v. Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2147.

soddisfare il medesimo interesse creditorio²⁹¹. La tesi opposta implicherebbe una inaccettabile inversione logica: una regola generale (art. 2055 c.c.), contemplante una solidarietà svincolata dalla sussistenza di un solo titolo formale, diverrebbe eccezionale; sicché, in maniera assai singolare, una intercessione legislativa legittimerebbe una costante deviazione dal modello tipico che esige quella rigorosa identità.

La conclusione cui siamo giunti circa la natura teleologica della solidarietà trova ulteriore conferma nel rilievo per cui il suo tratto presupposto risiede (semmai) nella pluralità di soggetti, che, a differenza dell'identità di causa e di prestazione, ricorre costantemente. Ciò, tuttavia, non sottende l'illusione che l'essenzialità di più vincoli costituisca elemento esclusivo della solidarietà; lo schema che prevede la presenza più debitori tenuti verso un creditore, invero, sussiste anche altrove²⁹².

L'unicità della causa può così dirsi irrelata dalla ragione intima alla base della solidarietà²⁹³: la sua disciplina, per quanto mutevole²⁹⁴, è infatti suscettibile di applicazione per altre vie. La veduta è significativamente condivisa dalla più recente giurisprudenza, orientata a relegare quell'elemento in posizione secondaria e, contestualmente, a valorizzare i nessi tra fattispecie diverse che realizzino, però, un complesso unitario retto, in tal modo, proprio dalla solidarietà²⁹⁵. Il concetto di «complesso unitario» non è di agevole definizione. Esso è da

²⁹¹ Così C. GANGI, *Le obbligazioni*, cit., p. 149, p. 150, il quale sembra prospettare una concezione ampia di *eadem causa obligandi* allorquando accomuna «identità di causa e di scopo». Sul punto, v. Cap. I, para. 1, nota 11; Cap. I, para. 2, nota 45; Cap. I, para. 6.1, nota 281.

²⁹² G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 8, nota 7. L'Autore osserva che la pluralità di soggetti può aversi in tutte le obbligazioni e, a tal fine, egli evoca la nozione di contratto posta dall'art. 1321 c.c. ("due o più parti ..."). Alla medesima conclusione deve – soggiunge l'A. – pervenirsi con riguardo all'identità (materiale) dell'oggetto. In via esemplificativa, più persone possono aver promesso la stessa cosa sebbene le relative obbligazioni siano distinte.

²⁹³ Così P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit. p. 351.

²⁹⁴ Si pensi alle diverse regole in tema di eccezioni opponibili dal condebitore in caso di solidarietà ad interesse comune e unisoggettivo. È, in particolare, la disciplina dettata rispettivamente dagli artt. 1297 («eccezioni personali») e 1945 («eccezioni opponibili dal fideiussore») c.c.

²⁹⁵ Così, in luogo di molte, Cass., 11 dicembre 2019, n. 32402, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Contratto in genere*, n. 346, che riconduce al lemma della *eadem causa obligandi* non solo la medesima fonte o lo stesso titolo, ma anche il concetto di unità di scopo intercorrente tra fattispecie diverse. È una concezione più ampia ed elastica di quella tradizionalmente inferita dalla traduzione letterale dell'espressione latina. Si tratta, a nostro avviso, di una mera opzione terminologica. Si preserva semplicemente una locuzione latina che, per tal via, ricomprenderebbe tratti eterogenei. Il concetto di unità di scopo è, infatti, assai diverso da quello di medesimezza formale della fonte. Il che, peraltro, è implicitamente riconosciuto dagli stessi giudici di legittimità della sentenza citata. Riflette sul punto A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 17, p. 35. Pare, invece, non condivisibile il convincimento espresso dalla Corte di cassazione con la sentenza testé citata circa l'identità della prestazione – essa dovrebbe, cioè, avere il medesimo contenuto per tutti i coobbligati – che qualificerebbe la solidarietà. In realtà, come già rilevato, anche tale carattere costituisce un mero presupposto per l'operatività della regola generale

sempre tenuto in considerazione dalla dottrina ma ne è controverso il significato. A nostro avviso, lungi dall'essere intimamente connesso a elementi unificanti di natura formale²⁹⁶, esso designa una funzionalizzazione dei rapporti verso il soddisfacimento integrale dell'interesse creditorio. Ciò a prescindere dalla medesimezza della fonte, che in realtà a poco rileva nelle relazioni tra il gruppo debitorio e il creditore. Il che è, peraltro, coerente con l'effetto solidale, che offre maggiori garanzie di adempimento al creditore rispetto all'ipotesi in cui il debitore sia unico.

Emerge la centralità dell'unitario interesse creditorio: se soddisfatto integralmente, esso dà luogo alla realizzazione dell'effetto descritto dall'art. 1292 c.c. La ricorrenza di tale effetto, per tal via, non è neppure impedita dalla eterogeneità materiale delle prestazioni oggetto di ciascun vincolo²⁹⁷. La loro identità naturalistica costituisce, pertanto, mero presupposto della regola di presunzione di solidarietà²⁹⁸. Non a caso l'eventuale azione diretta del creditore in confronto del sub-debitore, la cui posizione può accostarsi funzionalmente a quella di un garante del diritto del primo debitore senza che ciò implichi sovrapposizioni di discipline²⁹⁹, non sottende la medesimezza fenomenica delle prestazioni, pur realizzando essa l'interesse unitario del creditore all'adempimento. L'idea trova piena rispondenza nel diritto positivo, oltre che nella prossimità fra solidarietà e azione diretta³⁰⁰. Nella fattispecie della purgazione coattiva delle

di presunzione di solidarietà passiva. Non è casuale che la disciplina della solidarietà sia suscettibile di operare anche ove quell'identità difetti. Cfr., in tal senso, Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

²⁹⁶ D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 139: «[o]nde aversi obbligazione solidale occorre che per i più debitori o creditori l'obbligazione sorga dal medesimo fatto giuridico, o almeno da fatti collegati con nessi tali che valgano a farli considerare come un complesso unitario all'effetto del vincolo che ne deriva». L'impostazione disvela l'adesione dell'Autore ad un'impostazione che concepisce la causa come *Grund*, mercé l'identificazione tra *eadem causa obligandi* e fonte dell'obbligazione.

²⁹⁷ Propendono per l'idea fondata – non già sulla identità materiale, bensì – sulla identità giuridica delle prestazioni, funzionali al soddisfacimento dell'interesse creditorio, P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 385, e, più di recente, D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, cit., p. 120. Di contrario avviso è M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, cit., pp. 28-34.

²⁹⁸ Così già M. GIORGIANNI, *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, cit., p. 136-137. Più di recente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 704; P. GALLO, *L'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile*, IV, Torino, 2019, p. 24.

²⁹⁹ V. P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., pp. 183-184, il quale precisa che l'affinità funzionale tra azione diretta e fideiussione non sottende l'illazione per cui esse siano poi interamente sovrapponibili, in quanto alcune delle norme disciplinanti la seconda non risultano applicabili alla prima. L'azione diretta può però inquadrarsi – osserva l'Autore – nell'ambito delle garanzie personali alla luce del rafforzamento, da essa determinato, della situazione creditoria (p. 187).

³⁰⁰ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 386 (ivi anche per riferimenti bibliografici contrari all'accostamento tra azione diretta e solidarietà).

ipoteche (art. 2867 c.c.), il terzo acquirente, che non è sostituto del debitore principale³⁰¹, può essere costretto a pagare la somma in base al titolo ipotecario, a prescindere dalla individuazione dell'oggetto del credito garantito³⁰². Se tale garanzia è data poi per un'obbligazione non pecuniaria, l'equivalenza funzionale tra la prestazione cui è tenuto il debitore principale e la somma di denaro dovuta dal terzo è già individuata al momento iniziale della costituzione del diritto, in quanto occorre stabilire il valore dell'iscrizione ipotecaria (art. 2809, comma 1, c.c.)³⁰³. L'adempimento dell'acquirente, in virtù del riconoscimento di una pretesa diretta in favore del creditore ipotecario, sancisce senz'altro l'estinzione soddisfattiva del rapporto obbligatorio garantito³⁰⁴. L'alterità naturalistica fra prestazioni sussiste altresì nella fattispecie dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile. Essa si appalesa in tutta evidenza ove al danneggiante si richieda anche di risarcire il danno in forma specifica, laddove l'assicuratore è tenuto a corrispondere una somma a titolo di indennizzo³⁰⁵.

Pertanto, una volta venuto meno l'interesse del creditore, cessa di conseguenza la ragione che tiene insieme più debitori. Si comprende così perché avrebbe poco senso escludere la disciplina della solidarietà quando le prestazioni presentino un diverso contenuto o i singoli rapporti obbligatori non germinino dalla stessa fonte. La tendenziale prevalenza del profilo pluralistico delle obbligazioni solidali è ulteriormente dimostrata, ma essa sempre più si conforma a un istituto che tende a rifuggire da dati di struttura.

È dubbio, tuttavia, che la valorizzazione del momento soddisfattivo del rapporto, il quale determina l'effetto estintivo tipico della solidarietà, implichi o renda ancor più salda la posizione di libertà assoluta del creditore. La particolare rilevanza dell'interesse creditorio, suscettibile di soddisfacimento mediante prestazioni naturalisticamente eterogenee, postula a monte una disamina circa la natura giuridica dell'adempimento, invero scarsamente indagata dalla dottrina che studia la solidarietà. Il che, oltre a essere circostanza singolare, pone – come vedremo oltre³⁰⁶ – seri ostacoli al corretto intendimento del funzionamento dell'effetto solidale,

³⁰¹ C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, p. 150.

³⁰² C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., pp. 148-151; P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 247.

³⁰³ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 250, p. 373.

³⁰⁴ Così C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, cit., p. 150, ad avviso del quale l'incidenza dell'adempimento del terzo acquirente anche sull'esistenza della obbligazione del primo debitore non si spiega, però, con l'identità dell'interesse soddisfatto, bensì con la «formale assunzione dell'una prestazione come sostitutiva dell'altra» (pp. 150-151).

³⁰⁵ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 374.

³⁰⁶ A tal riguardo, v. Cap. III, para. 4, 5.

il quale presuppone, per la sua realizzazione, l'adempimento di almeno un condebitore. Varie sono le concezioni prospettate dalla dottrina sull'adempimento³⁰⁷ e l'adesione all'una o all'altra ha ripercussioni assai significative sulla configurazione dei poteri creditorî nell'ambito della solidarietà. Facoltà e poteri neppure lambiti dalle teorie che pongono in luce l'ineludibilità di un esame degli interessi in seno ai membri del gruppo debitorio ai fini di una più corretta delineazione dell'area della solidarietà³⁰⁸.

7. *Libera electio*, solidarietà e poteri assoluti del creditore; critica.

La diffusa concezione della solidarietà nelle obbligazioni risulta, com'è noto, intimamente connessa con il principio del *favor creditoris*, che innerva e orienta l'interpretazione della relativa disciplina.

La manifestazione di tale principio suole rintracciarsi nei tratti identificativi della solidarietà e, primariamente, nella sua funzione, associata a una più ampia garanzia di soddisfacimento del credito. Quale che sia la veduta – strutturalista ovvero funzionale – della solidarietà, il tema è quasi mai posto in discussione³⁰⁹. Il segno di un istituto marcatamente orientato verso il polo creditorio può già desumersi dalla previsione dell'art. 1294 c.c., la quale pone la nota regola

³⁰⁷ Possono sin d'ora anticiparsi alcuni fondamentali lavori sul tema della natura giuridica dell'adempimento: R. NICOLÒ, voce *Adempimento*. b) *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 554-567, sul quale v. le riflessioni di U. BRECCIA, *L'atto dovuto*, in *Rosario Nicolò*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 2011, pp. 91-102; A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, rist. 1^a ed (1947) Milano, 2011, pp. 8 ss., sul quale v. il conciso commento di A. ASQUINI, *Falzea A., L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 90; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, pp. 9 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, vol. XVI, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974, pp. 1 ss., spec. pp. 76 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1984, p. 1 ss., spec. pp. 42 ss.

³⁰⁸ Sulla necessità di una disamina degli interessi, v. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 25-33, spec. pp. 26-28. Sul problema v. più ampiamente Cap. I, para. 7.

³⁰⁹ Significativo della profonda radicazione di tale concezione è il rilievo di A.M. BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, cit., p. 245: «andando alla ricerca del senso del meccanismo solidale, ci si imbatte in una prima risposta, la cui correttezza è pari soltanto alla sua ovvietà: esso serve a rafforzare la garanzia creditoria». S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 231, che illustra la matrice storica sulla quale si è poi nel tempo consolidata l'idea secondo cui la funzione tipica della solidarietà risiede nel rafforzamento della garanzia del credito. Per una interessante critica alla funzione tradizionalmente assegnata alla solidarietà, v. R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, cit., p. 175. Egli disancora la previsione di cui all'art. 1294 c.c. dallo «(...) equivoco di una solidarietà passiva improntata sulla funzione di garanzia e [dai] limiti della dialettica *favor debitoris-favor creditoris* che contribuisce a consolidarlo». L'Autore enfatizza, di contro, il nesso comunitario che correla gli interessi dei debitori assuntori del medesimo debito, sì che il *favor creditoris* (e, dunque, il rafforzamento del credito) non costituirebbe funzione qualificante della solidarietà, bensì *effetto normale* di quest'ultima.

della presunzione di solidarietà, che sottenderebbe una scelta politica chiara³¹⁰. Benché essa non costituisca la soluzione diffusa nell'ambito del diritto comune, in cui dominava semmai la concezione opposta (non a caso accolta all'art. 1202 del *Code civil* del 1804)³¹¹, la sua primigenia formulazione si deve al § 424 del codice prussiano del 1794; fu successivamente recepita da altri ordinamenti giuridici, come quello italiano nel 1942 o tedesco (§ 427 BGB), e, più di recente, anche dai principali progetti europei di diritto uniforme. Gli artt. 10.102 dei PECL, III.4-103 del DFCR, 11.1.2 dei Principi Unidroit e 11.1.2 dei PICC – quest'ultimo limitatamente a obblighi comuni di fonte contrattuale – contemplano l'operatività di quella presunzione, indice di un approccio regolatorio di favore per il creditore.

La scelta del legislatore italiano, sospinta da un'esigenza di tutela del credito, pare altresì coordinarsi con la presunzione di parziarietà che domina la solidarietà attiva. Per tal via, si impedisce che il (con-)creditore sopporti il rischio di non incamerare le somme dovute a seguito di un'infruttuosa azione di regresso esperita nei confronti dell'*accipiens*, il quale ha evidentemente ricevuto dal debitore l'intera prestazione³¹².

La complessiva funzione della solidarietà nelle obbligazioni è, come si è anticipato, unanimemente condivisa: il rafforzamento dell'aspettativa di soddisfacimento del creditore mercé l'ampliamento dei patrimoni aggredibili. La funzione assolta dall'istituto giustificerebbe un corollario applicativo che opera costantemente sul piano della disciplina: il conferimento al creditore dei più ampî poteri (*Paschastellung*³¹³ o *Willkür des Gläubigers*³¹⁴)

³¹⁰ Ampi riferimenti in A.M. BENEDETTI, *Alle fonti della solidarietà: la ragion d'essere dell'art. 1294 c.c.*, in *Contratti*, 2013, pp. 9 ss. Le ragioni che hanno indotto il legislatore del 1942 a rovesciare la precedente regola posta dall'art. 1188 del codice civile del 1865 emergono già dal testo della Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile, n. 597. Per una giustificazione di tale scelta nella redazione dei Principi Unidroit, v. M. FONTAINE, *The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010*, cit., pp. 552 ss.

³¹¹ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 534.

³¹² Il rilievo è, di recente, posto in luce da A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 4, nonché da R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, cit., pp. 173-174. V., tuttavia, Cap. I, para. 1, nota 5, ove si pone in luce che la *libera electio* nella solidarietà attiva riflette un'esigenza di tutela anche del debitore di liberarsi dal vincolo obbligatorio.

³¹³ Nota è l'espressione di P. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, p. 234 per designare la posizione del creditore nelle obbligazioni solidali: «[d]er Gläubiger ist gewissermaßen ein juristischer Pascha». Sul punto v., però, S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 231, la quale osserva che, diversamente dalla concezione odierna, in cui il creditore gode di una posizione di chiaro vantaggio sia dal punto di vista della sicurezza o garanzia (*Sicherheit*) di realizzazione del dovuto sia da quello della facoltà – e, così, delle “facilità” ad essa sottese – di agire (*Bequemlichkeit* o *Leichtigkeit der Rechtsverfolgung*) verso uno o più condebitori per il soddisfacimento del suo interesse, storicamente i cennati poteri sono stati soggetti a restrizioni.

³¹⁴ B. KREBE, in BECKOGK, *GesamtHrsg*: B. GSELL, W. KRÜGER, S. LORENZ, C. REYMANN, Hrsg. D. LOOSCHELDERS, 2020, § 421 BGB, Rn. 56.

in sede di esecuzione della prestazione. I quali, coerenti con la cennata funzione, si risolvono proprio nella sua facoltà di scelta libera tra più debitori³¹⁵, in ciò prescindendo dalla valutazione della posizione di questi ultimi verso l'esterno³¹⁶. L'apposizione di una condizione esecutiva³¹⁷ limitante le sue facoltà nella fase attuativa della obbligazione non risulterebbe coerente con gli scopi che la solidarietà persegue.

La funzione dell'istituto vale a correlare la consolidata veduta di esso in Italia con quella veicolata da gran parte della letteratura giuridica sviluppatasi nell'ambito di ordinamenti che, in misura più o meno marcata, hanno recepito il modello solidale di diritto romano; in particolare, di quello classico imperniato sull'*unitas actus* e, così, sulla parità di grado tra condebitori³¹⁸. Significativo riscontro di ciò è nella concezione della solidarietà comunemente rivendicata dalla dottrina francese, restia ad abbandonare la veduta strutturale dell'istituto e, in particolare, *l'unicité de cause*³¹⁹ o della *même dette*³²⁰ che emergerebbe dall'attuale art. 1313 del *Code civil*, esito dell'integrale recepimento degli artt. 49-50 dell'*Avant-projet* Terré, nonché delle anteriori disposizioni di cui agli artt. 1200, 1203 e 1204.

Il rapporto obbligatorio solidale risultava, già nel mondo romano, connotato da una certa fissità di disciplina, la quale rifletteva la funzione unitaria dell'istituto³²¹. Come si dirà, tale rigidità pare gradualmente attenuarsi con l'opera della giurisprudenza classica. Essa ha favorito, con

³¹⁵ A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 86: «in armonia con la *ratio* di *favor creditoris*, anche le modalità formali della scelta del debitore sono libere; e (...) al creditore è accordata la facoltà di modificare, fino al pagamento, le proprie strategie». V., altresì, L. BOUGEROL, *La réforme de la solidarité passive: illusions perdues et incertitudes*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 2016, p. 25, che però discorre – non già di *ratio* o funzione, bensì – di effetto di garanzia sotteso alla scelta libera del creditore: «[i]l est certain que le fait pour le créancier de pouvoir poursuivre, à son choix et pour le tout, l'un quelconque de ses codébiteurs produit un effet de garantie».

³¹⁶ B. KREBE, in BECKOGK, § 421 BGB, Rn. 56: «[d]as Innenverhältnis ist allein das Problem der Gesamtschuldner; dies macht ja auch letztlich den „Charme“ der Gesamtschuld für den Gläubiger aus». Nel medesimo senso si orienta la maggioranza della dottrina italiana. Per tutti, v. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e “decadenza”*, cit., pp. 57-58. Rare sono le opinioni che invocano la possibile incidenza dell'assetto dei rapporti interni fra condebitori solidali nei confronti del creditore. Fra queste, v. G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, Napoli, 1953, p. 85.

³¹⁷ Sul tema dei fatti che concernono la esecuzione del rapporto giuridico, v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, rist. Napoli 1979, pp. 226-235.

³¹⁸ Per tutti, F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, cit., p. 436.

³¹⁹ Così A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, cit., p. 275. Cfr. Cap. I, para. 4, nota 194; Cap. I, para. 7, nota 334 per un più ampio riferimento al pensiero dell'Autore sul tema.

³²⁰ P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*¹⁰, cit., pp. 752 ss., spec. pp. 754-755: «(...) l'unité de objet est alors une création de la solidarité» e «[l]a première conséquence de l'unité d'objet est que le créancier peut demander le paiement de toute la dette à l'un quelconque des débiteurs».

³²¹ G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1942, pp. 197 ss., spec. pp. 204-205, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato*, I, Milano, 1981, pp. 371 ss., spec. pp. 379-380.

interpretazioni estensive della costituzione adrianea, l'emersione di una nuova concezione della solidarietà – affrancata dalla unicità dell'atto costitutivo – che giunge poi a piena maturazione nel diritto giustiniano. Risulta invertita, almeno nell'ambito della solidarietà fideiussoria, la tradizionale impostazione (avviluppata intorno alla scelta discrezionale del creditore) mercé la valorizzazione – in parte già stimolata dal contenuto di talune *leges publicae* del diritto classico – della diversità di posizioni che nella dinamica del rapporto obbligatorio assumono debitore principale e garante; il che ha determinato l'introduzione del *beneficium excussionis seu ordinis* quale disciplina ordinaria della solidarietà fideiussoria e, correlativamente, una significativa compressione della *libera electio*.

Il dato non era estensibile a tutte le ipotesi di solidarietà, la quale pur sempre si caratterizzava per uno schema tipico postulante la ricorrenza dei tre elementi costitutivi. Simile configurazione, fondata sulla *Paschastellung* creditoria, è recepita dal § 32 del *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756 e dall'art. 1203 del *Code Napoléon*. Successivamente, tali previsioni sono refluite in varie disposizioni, le quali anticipano la seriore norma posta dal § 421 BGB, che di esse costituisce la risultante contenutistica. Il riferimento è, in particolare, agli artt. 7 e 223 rispettivamente dello *hessische* (1853) e *bayerische Entwurf* (1861), al § 1024 del codice sassone del 1863, nonché all'art. 234 del *Dresdener Entwurf* del 1866, già contemplanti la regola della *libera electio* in materia di solidarietà passiva sul presupposto che l'istituto fosse congegnato per la salvaguardia delle ragioni creditorie³²².

L'idea della parità di grado, rinvigorita dalla nota declamazione dottrinale circa la necessità dell'*eadem causa obligandi*, è dunque codificata oggi dal § 421 BGB. Neppure è casuale che l'interpretazione giurisprudenziale della disposizione conferisca al creditore il diritto di rivolgersi, a propria discrezione, a uno dei più debitori anche ove, in concreto, la scelta compiuta risulti contraria agli interessi di costoro³²³. L'intransigenza della regola pare tuttavia

³²² Per più ampî riferimenti, cfr. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), IV, 1, § 32; *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794), I, 5, § 430; *Code Civil* Art. 1203 (*version en vigueur du 17 février 1804 au 1 octobre 2016*; cfr. art. 1313 *Code Civil, version en vigueur au 1 octobre 2016*); ABGB § 891; *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen* (1852), § 600; *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen* (1845/53), IV, 1, Art. 7; *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern* (1861), II, Art. 223; *Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch* (1863), § 1024; *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* (1866), Art. 234; *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (1853/55) § 940; *Bundesgesetz über das Obligationenrecht* (1881), Art. 163 (*Obligationenrecht*, 1911, Art. 144).

³²³ Così una parte della giurisprudenza tedesca: BGH WM 1967, 397 (30 Januar 1967); BGH WM 1984, 906 (22 Mai 1984); BGH ZIP 2007, 1705, § 15 (18 Juni 2007); BGH NJW-RR 2008, 176, § 25 (26 Juli 2007).

mitigata dall'individuazione di una serie di limiti, rintracciabili nelle disposizioni dei §§ 226, 242 e 826 BGB³²⁴. In vario modo, essi censurano il comportamento abusivo del creditore, il quale, senza giustificato motivo, esiga l'adempimento da uno specifico debitore al fine di arrecargli danno. Peraltro, la dottrina ammette che il debitore non "scelto" possa comunque realizzare l'interesse del creditore, senza che ciò valga quale adempimento del terzo ai sensi del § 267 BGB³²⁵. Di là dai cennati divieti e dalla loro piena operatività nell'ambito delle obbligazioni, non vi sarebbe alcun obbligo per il creditore di modulare il suo diritto di scelta in funzione dei condebitori³²⁶. L'assolutezza dell'affermazione, in realtà, deve essere ulteriormente smorzata in quanto una parte della dottrina tedesca rileva che il diritto di scelta del creditore («*Wahlrecht" des Gläubigers*»³²⁷) sussiste solo se nessuno dei condebitori solidali sia disposto ad adempiere³²⁸; dato che svigorisce il potere del creditore sancito dal § 421 del BGB, benché poi il rilievo non valga a porre in discussione la tradizionale funzione della solidarietà rivendicata dalla dottrina tedesca.

In una direzione solo parzialmente diversa muove il codice civile italiano, che, al pari di quello francese, non contempla una espressa disciplina dell'abuso del diritto³²⁹, figura, invece, desunta

³²⁴ Uno studio di tali norme, nonché del loro vicendevole coordinamento, è condotto da F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1216 ss., ora in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, VII, *L'abuso di diritto*, Padova, 1979, pp. 363 ss.

³²⁵ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 233.

³²⁶ Così B. KREBE, in BECKOGK, § 421 BGB, Rn. 56: «[j]enseits der Grenze des Schikaneverbots, des Rechtsmissbrauchs und der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung besteht keine Pflicht des Gläubigers zur Rücksichtnahme bei der Ausübung seines Wahlrechts».

³²⁷ L'espressione è di S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 233.

³²⁸ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 233: «[d]as „Wahlrecht“ des Gläubigers besteht also nur dann, wenn keiner der Gesamtschuldner leistungsbereit ist. Sind sich die Schuldner einig und leistungsbereit, dann bestimmen sie und nicht der Gläubiger die Person des Leistenden».

³²⁹ La letteratura sviluppata intorno alla figura dell'abuso del diritto è assai vasta. Senza pretesa di esaustività, cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 ss.; ID., *L'abuso del diritto*, "aemulatio", Padova, 1979, pp. 36 ss.; M. D'AMELIO, voce *Abuso del diritto*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, pp. 49-50, ora, nella voce (pubblicata postuma) *Abuso del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 95-96; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18; SALV. ROMANO, voce *Abuso del diritto*. C) *Diritto attuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 166 ss.; A. SCIALOJA, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 256-258; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 205 ss., del quale v. la ripubblicazione in volume, con postfazione: ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 11 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. dir. civ.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 1-9; A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.* I, Roma, 1988, pp. 1 ss.; ID., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, VIII, Milano, 1995, pp. 472 ss.; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, pp. 1 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, pp. 11 ss., ora in ID., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, pp. 227 ss.; R.

da norme riferite a casi particolari³³⁰ e nel tempo delineatasi con maggiore nitidezza mediante l'ausilio del dato comparatistico³³¹. Il rilievo, unitamente al linguaggio omissivo adottato dal legislatore all'art. 1292 c.c. in tema di *libera electio* – significativo è che la previsione, da un lato, riproduca la formulazione dell'art. 1186 del codice civile del 1865 sull'effetto tipico della solidarietà³³², ma non accolga, di contro, la regola posta dal previgente art. 1189 (attributiva della facoltà di scelta libera), la quale, a propria volta, rifletteva la previsione del vecchio art. 1203 del *Code Napoléon* – sembra avere, se non impedito, quantomeno ostacolato lo sviluppo di una riflessione intorno alla possibile modulazione del potere creditorio nella solidarietà; sì che l'idea per cui la sua funzione sia posta a presidio esclusivo delle ragioni della parte attiva del rapporto obbligatorio ha potuto progressivamente stabilizzarsi e consolidarsi. Anche la graduale valorizzazione che, soprattutto a partire dagli anni '60 in poi, ha interessato il principio di buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio e, per quanto qui rileva, nella relativa attuazione³³³, non ha sinora importato – diversamente dalla nota rielaborazione concettuale, da esso indotta, di alcuni istituti del diritto privato – un significativo ripensamento della funzione della solidarietà. Come si dirà, tale principio assume invece un ruolo decisivo nella dinamica delle obbligazioni solidali.

SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001, pp. 279 ss.; ID., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, pp. 1 ss. In tempi più recenti, v. F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 75 ss.; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 467 ss.; G. CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 559 ss.

³³⁰ A mo' di esempio, si pensi alle norme poste dagli artt. 833 e 1015 c.c., rispettivamente in tema di atti emulativi e abuso del diritto da parte dell'usufruttuario.

³³¹ Oltre ai lavori citati alla precedente nota 329, v., per una trattazione organica in prospettiva comparatistica, M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, VII, *L'abuso di diritto*, cit. (ivi scritti di vari Autori). Cfr. altresì R. O'SULLIVAN, *Abuse of rights*, 8 *Current Legal problems*, 1955, pp. 61 ss.; J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, *Abuse of rights in comparative law*, in *Abuse of rights and equivalent concepts: the principle and its present day application. Proceedings of the nineteenth Colloquy on European Law*, Strasbourg, 1990, pp. 23 ss.; H.C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, 5 *Cambridge Law Journal* 22, 1933-1935, pp. 22 ss.; V. BOLGÀR, *Abuse of rights in France, Germany and Switzerland: a survey of a recent chapter in Legal doctrine*, 35 *Louisiana Law Rev.*, 1975, pp. 1015 ss.; D.J. DEVINE, *Some comparative aspects of the doctrine of abuse of rights*, in *Acta Juridica*, 1964, pp. 148 ss.; A. DI ROBILANT, *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, 61 *Hastings Law Journal*, 2010, pp. 687 ss.; R. DE LA FERIA and S. VOGENAUER (edited by), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Oxford and Portland, 2011 (ivi scritti di vari Autori).

³³² Si tratta, cioè, dell'effetto estintivo della obbligazione di tutti a seguito dell'adempimento di uno.

³³³ Sul punto si tornerà al cap. II, para. 1, 8; cap. III, para. 5. Cfr., in luogo di molti, U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp. 97 ss.

Orbene, la reiterata declamazione che vuole irrilevante la difforme posizione dei coobbligati verso il creditore – oltre a non avere fondato riscontro nel diritto positivo³³⁴ – appare già di per sé contraddire la conclusione cui sovente si giunge circa l'esigenza di una disamina concreta degli interessi delle contrapposte parti nella delineazione della solidarietà³³⁵. È certo che, nella primaria fase di qualificazione, la valutazione di quegli interessi determini una scelta tra parziarietà e solidarietà: questa, a differenza di quella, ricorre ove l'impegno dei debitori sia vicendevolmente collegato verso la realizzazione del medesimo fine³³⁶. Sul versante della disciplina, però, se si ammette che la posizione di ciascun membro del gruppo debitorio permane sempre invariata e, correlativamente, i poteri del creditore nell'esazione del dovuto sono immutabili (salva una previsione convenzionale in deroga), v'è da domandarsi come la denunciata necessità di un'analisi sugli interessi delle parti possa mai influire sulla conformazione, di volta in volta, della disciplina della solidarietà. Ci sembra infatti che, negando la possibilità di concepire una articolazione modulabile della solidarietà in relazione ai rapporti tra il gruppo di debito e il creditore³³⁷, l'incidenza dei rispettivi interessi si risolva tutta internamente al primo; in particolare, sul diritto del coobbligato adempiente di esperire verso uno o più consorti l'azione di regresso per l'intero o per una quota in ragione dell'interesse – comune o unisoggettivo – a egli facente capo. Esito, tuttavia, al quale già perviene la legge agli artt. 1298 e 1299 c.c. e che, pertanto, svuoterebbe di significato ogni ulteriore indagine condotta su quegli interessi.

Più in generale, la circostanza che la funzione della solidarietà influenzi la relativa disciplina orientandola costantemente verso il creditore, oltre a difettare di riscontro di diritto positivo, non sempre riflette il reale dato economico alla base dell'obbligazione e pare incompatibile,

³³⁴ V. Cap. II, para. 6, 6.1, 6.3, 6.5, 7, 8.

³³⁵ Sulla necessità di un'analisi degli interessi delle parti nelle obbligazioni solidali, cfr. A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1334 ss. Di recente, v. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 25-33, spec. pp. 26-28. Scettico, invece, sull'essenzialità di tale indagine è A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, cit., pp. 227 ss., pp. 268-274, il quale osserva come «*l'obligation solidaire est indépendant de l'intérêt que peut y avoir le codébiteur solidaire*» (p. 227), e, correlativamente, reputa indispensabile la *unicité de cause* intesa come «*l'élément qui justifie l'obligation et, in fine, le mouvement de valeur d'un patrimoine à un autre que le paiement de celle-ci doit consacrer*» (p. 275).

³³⁶ In luogo di molti, cfr. P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 351, secondo cui l'opinione che considera assolutamente necessaria la ricorrenza di un titolo formale è eccessivamente rigorosa e inadeguata ai fini dell'identificazione del criterio individuatore della solidarietà. L'Autore significativamente soggiunge che l'interesse costituisce «il parametro sul quale si misura la tutela offerta dall'ordinamento al creditore».

³³⁷ Salvo che, come si è rilevato, le parti la prevedano convenzionalmente.

come si dirà³³⁸, con la variabile attività di cooperazione imposta legislativamente a ciascun debitore per assicurare la realizzazione dell'interesse creditorio. La frequente difformità fra le posizioni facenti capo a ciascun debitore solidale palesa, cioè, l'inconciliabilità dell'idea fondata su di una costante parificazione del «fatto di cooperazione»³³⁹ dei coobbligati con la concezione, ormai ampiamente condivisa, la quale ravvede nel dispositivo disciplinato dagli artt. 1292 ss. «un riflesso sul piano funzionale della composizione di un conflitto di interessi che si manifesta soprattutto con riferimento al momento in cui si ha l'attuazione del rapporto»³⁴⁰. La configurazione di una solidarietà quale «strumento di mediazione di interessi»³⁴¹ ontologicamente contrapposti suggerisce, cioè, un ripensamento della funzione tipica del fenomeno, il quale, tradizionalmente imperniato tutto sul *favor creditoris*, tende a contemplare, di contro, anche esigenze e interessi riconducibili al gruppo di debito. Chi, in via di principio, aderisce a tale impostazione senza però riconoscere, per logica necessariamente illativa, che il componimento di diversi interessi assicurato dalla solidarietà possa influenzare la pratica attuazione delle obbligazioni da essa sorrette, contraddice il (corretto) presupposto teorico da cui muove. In altri termini, se la *libera electio* fosse sempre e ordinariamente operante e si relegasse solo all'autonomia dei privati ogni possibilità di introdurre dispositivi sussidiari nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio, perderebbe rilevanza giuridica la premessa teorica su cui la solidarietà è ancorata.

Tale affermazione esige di essere suffragata mediante un'indagine volta a porre in luce l'effettivo fatto di cooperazione legislativamente richiesto a ciascun condebitore nell'ambito della fase attuativa della obbligazione. Attuazione che, in quanto governata dagli effetti tipici della solidarietà, implica, per l'individuazione dell'attività richiesta a ciascun coobbligato e, correlativamente, per la delineazione dell'estensione del potere creditorio, una riflessione sulla natura giuridica dell'adempimento. Tema, com'è noto, assai complesso, oggetto di ampie indagini in dottrina ma che è solo sporadicamente analizzato nell'ambito degli studi sulla solidarietà; a nostro avviso, esso assume, invece, rilievo cruciale per la risoluzione del problema sotteso all'estensione dei poteri creditori nell'ambito della solidarietà.

³³⁸ V. Cap. II, para. 1, 2, 6.

³³⁹ L'espressione è di A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, rist. 1^a ed (1947) Milano, 2011, p. 10.

³⁴⁰ Così P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 371.

³⁴¹ In tempi relativamente recenti, proprio movendo da una indagine sulla solidarietà fideiussoria, v. D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, cit., p. 124, ad avviso del quale deve, tuttavia, riconoscersi la libera electio al creditore la *libera electio*, salvo quanto diversamente disposto dalle parti. Cfr. già

Prima di volgere, dunque, lo studio verso l'analisi della dinamica relazionale sottesa alla fase attuativa del vincolo solidale, conviene identificare la funzione che la solidarietà ha svolto nel tempo e come essa sia conformata (o mutata) nel diritto moderno. L'individuazione di tale funzione appare decisiva per determinare e chiarire la disciplina odierna della solidarietà e così l'effettiva estensione dei poteri creditorî.

8. Funzione della solidarietà e affievolimento del *ius eligendi*: tradizione romanistica e codici civili europei.

Le radici storiche della solidarietà contribuiscono a smentire l'idea che l'istituto sia sempre posto a presidio esclusivo dell'interesse del creditore³⁴².

Nel diritto romano dell'età repubblicana, le *leges publicae* inerenti ai rapporti tra privati di cui è oggi traccia – 1. *Publilia de sponsu*, *Appuleia*, *Furia de sponsu*, *Cicereia*, e *Cornelia de sponsoribus et fideprommissoribus*³⁴³ – regolano l'istituto della garanzia personale, coordinandola con la disciplina della solidarietà. Le cennate leggi, su cui ci intratterremo oltre³⁴⁴, paiono in varia misura tutte affratellate dallo scopo di compensare il classico potere del creditore di rivolgersi discrezionalmente a uno fra più debitori con la contestuale esigenza di dar conto della difforme posizione assunta dal debitore principale e dallo *sponsor* (o dal

³⁴² Il dato sarà poi ricordato con le indicazioni emergenti dall'indagine di diritto positivo. Cfr. Cap. II, para. 4, 4.1, 4.2., 4.3.

³⁴³ Alla *lex Publilia* si riferiscono due passi delle Istituzioni di Gaio (3.127; 4.22). Della *lex Appuleia* è menzione nel passo di Gaio 3.122. I passi delle Istituzioni del giurista antoniniano 3.121, 3.121, 3.122, 4.22, nonché un frammento di Ulpiano (Frag. Arg. 3.IIa), pubblicato dal Lenel nel 1904, contengono vari riferimenti alla *lex Furia de sponsu*. Il passo 3.123 delle Istituzioni di Gaio costituisce la fonte pervenutaci della *lex Cicereia*. Infine, la *lex Cornelia de sponsoribus et fideprommissoribus* è citata nel passo delle Istituzioni 3.124-125. È noto che intorno alla collocazione cronologica di tali leggi vi sia incertezza. Ad avviso di M. VOIGT, *Das Ius Naturale, Aequum Et Bonum Und Ius Gentium Der Romer*, IV, Leipzig 1876, rist. Aalen 1966, p. 423, nota 76, la *lex Publilia* risalirebbe al 327 a.C. Successivamente ad essa, secondo l'opinione maggioritaria, ancorché non unanime, sarebbero state emanate, nell'ordine, le *leges Appuleia*, *Furia de sponsu*, *Cicereia*, e *Cornelia de sponsoribus et fideprommissoribus*. Così L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012, pp. 164 ss. (ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

³⁴⁴ V. Cap. I, para. 9.

fidepromissor)³⁴⁵; il quale senz'altro si obbligava in proprio³⁴⁶ quantunque la circostanza non abbia poi impedito di valutare l'effettiva funzione sottesa al negozio di garanzia.

Giova premettere che la dottrina ravvede nella solidarietà (o correalità) del diritto classico uno schema utile alla risoluzione di problemi pratici. Schema o rapporto obbligatorio che, prescindendo da una funzione tipica, non reagirebbe né sulla struttura né sulla disciplina della solidarietà³⁴⁷. Tale concezione è stata definita *unitaria* per contrapposizione a quella *atomistica* propria del diritto moderno. Quest'ultimo non consente l'identificazione di una funzione fissa della solidarietà. Il dato emergerebbe proprio dallo studio della solidarietà attiva e di quella passiva (oltre che dell'obbligazione indivisibile), innervate – si argomenta – da una distinta funzione ravvisabile nella tutela, rispettivamente, del debitore (maggior facilità di adempiere la prestazione) e dei creditori (maggior garanzia del credito)³⁴⁸. Ciò costituirebbe la ragione della diversità di disciplina preveduta dal codice civile – già del 1865 e poi – del 1942 per i due àmbiti della solidarietà. Distinguo analogo è compiuto dal BGB, il quale disciplina la solidarietà passiva dal § 421 al § 427, e quella attiva ai §§ 428-432. La struttura del *Code civil*, rispetto all'assetto normativo anteriore all'intervento riformatore del 2016, reca una differenziazione assai meno marcata tra *solidarité active* (1311-1312) e *passive* (1313)³⁴⁹. Entrambe soggiacciono a regole in gran parte analoghe; le accomuna, in particolare, l'assenza della presunzione di solidarietà e la relativa fonte, di natura legale o convenzionale.

L'unica deroga nel diritto romano all'unitarietà del cennato schema sarebbe da rintracciare proprio nella solidarietà tra garante (o più garanti) e reo principale. La rilevanza della causa di

³⁴⁵ *Sponsio* e *fidepromissio* furono progressivamente soppiantate dalla *fideiussio*, la quale si affermò definitivamente nel diritto giustiniano e, a differenza delle prime due forme di garanzia invocabili solo per obbligazioni verbali, poteva riferirsi, secondo una parte della dottrina, anche alle obbligazioni naturali. In tal senso, V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, cit., p. 14. Diversamente P. COLLINET, *La garanzia solidale in diritto romano. Memoria presentata alla Classe di Scienze Morali della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna nella Sessione del 9 marzo 1931*, Bologna, 1931, pp. 10-11, secondo cui la *fideiussio* non avrebbe potuto garantire obbligazioni naturali (in quanto al tempo sconosciute), sebbene l'istituto avesse un campo applicativo assai più ampio rispetto alla *sponsio* e alla *fidepromissio*, giacché suscettibile di «(...) aggiungersi a tutte le obbligazioni contratte *verbis, litteris, re, consensu*». Per un più generale quadro d'insieme sul tema, v. M. TALAMANCA, voce *Fideiussione. a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 322 ss., spec. pp. 330-332.

³⁴⁶ F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, cit., p. 417.

³⁴⁷ G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, cit., pp. 379-380.

³⁴⁸ G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, cit., p. 379-380. In senso contrario pare orientarsi L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*², cit., p. 217, ad avviso del quale dal codice civile del 1942 può desumersi un tipo unico di solidarietà.

³⁴⁹ G. CHANTEPIE e M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*², cit., no° 830-831.

garanzia – e dunque della sua funzione – importa l’adeguamento a essa dei principî della solidarietà, sì che, in tal caso, questa devierebbe dal suo tradizionale regolamento normativo; o, in termini più efficaci, vi sarebbe «un’opera di differenziazione in seno ad una unità di origine»³⁵⁰.

Si discorre pertanto di *solidarietà accessoria*, locuzione infelice ad avviso di taluni³⁵¹, addirittura antinomica per altri³⁵², alla luce di due ordini di ragioni. Il primo è di natura storico-ricostruttiva. È dubbio che l’accessorietà costituisca un dogma nel diritto romano delle garanzie³⁵³. Sembra che la frequente divaricazione – sul tema ci soffermeremo anche oltre³⁵⁴ alla luce dei significativi riflessi di tale concezione sul modello fideiussorio odierno – tra la posizione del debitore principale e del garante non fosse radicata sul concetto di accessorietà come inteso nel diritto contemporaneo³⁵⁵. Al tempo quella differenziazione non riposava sulla dipendenza funzionale della stipulazione accessoria da quella principale³⁵⁶; ciò in quanto il sostantivo latino *accessio*, riferito alla *sponsio* e alla *fidepromissio*, indicava solo la collocazione della garanzia accanto alla *verborum obligatio* tra creditore e debitore

³⁵⁰ Così G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, cit., p. 380.

³⁵¹ G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, cit., p. 379; ID., *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell’anno 1939 a ricordo di Guglielmo Castelli*, Milano, 1940, pp. 243 ss., spec. pp. 259-263 ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, cit., pp. 281 ss., spec. pp. 295-299.

³⁵² Il problema della piena compatibilità tra accessorietà e solidarietà (diverso è il tema della sua conciliabilità con la sussidiarietà) è discusso soprattutto nella dottrina tedesca. Com’è noto, il vincolo tra *Bürge* e *Hauptschuldner* non è qualificato espressamente come solidale dal legislatore tedesco; ciò, unitamente all’accessorietà della garanzia personale, induce gran parte degli studiosi tedeschi della fideiussione a negare che essa sia riconducibile al modello solidale di cui ai §§ 421 BGB. In tal senso, E. BECKER-EBERHARD, *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld, 1993, pp. 232 ss., che considera la natura accessoria della responsabilità del garante contraria alle caratteristiche strutturali della responsabilità solidale. Su posizioni pressoché analoghe, J. SCHÜRNBAND, *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät*, Berlin, 2003, pp. 29-30, secondo cui il principio dell’effetto individuale (*Grundsatz der Einzelwirkung*), al quale soggiacciono alcuni fatti che si verificano in relazione ad un singolo debitore (§ 425, Abs. 1, BGB) o creditore solidale (§ 429, Abs. 3, BGB; § 432, Abs. 2, BGB), risulterebbe inconciliabile con l’accessorietà. Di contro, nel senso della solidarietà del vincolo fideiussorio, v. F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld*, cit., pp. 134 ss.

³⁵³ Cfr. G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 42, 1934, pp. 497 ss., ora in ID., *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, pp. 477 ss., spec. pp. 482-485.

³⁵⁴ Cap. I, para. 9.

³⁵⁵ Per un quadro d’insieme sul tema, cfr. M. CEOLIN, *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino, 2017, p. 10 ss.

³⁵⁶ W. BUCKLAND, *Principal and fideiussor. Consumptio litis*, in *Juridical Review*, 53, 1941, pp. 281 ss., rammenta l’indipendenza della *sponsio* dal negozio principale. Non così per la disciplina della successiva *fideiussio*, la quale poteva, di regola, costituirsi solo se l’obbligazione principale era valida. Su quest’ultimo punto, v. F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell’obbligazione*, Roma, 1940, pp. 71 ss.; ID., voce *Fideiussione (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, diretto da A. AZARA e E. EULA, VII, Torino, 1961, pp. 271 ss., spec. p. 272.

principale³⁵⁷. Simile concezione, per così dire, attenuata dell'accessorietà pare originare dal diritto greco, ove la fideiussione (*ἐγγύη*) costituiva elemento essenziale per la creazione del vincolo giuridico principale³⁵⁸; rispetto a esso si reputa che la *ἐγγύη* fosse connotata da marcata indipendenza – ancor più accentuata rispetto al corrispondente istituto di diritto romano³⁵⁹ in cui le prestazioni dovute dal garante e dal debitore principale dovevano di regola coincidere – la quale poteva eventualmente tradursi, sul piano degli obblighi, in una maggiore onerosità del vincolo fideiussorio rispetto a quella garantito³⁶⁰. L'autosufficienza delle relative obbligazioni implicava un corollario applicativo di rilievo: il creditore godeva della libera scelta³⁶¹. L'autonomia della fideiussione greca sembra significativamente attenuarsi nel diritto romano, benché – lo si è osservato – non significasse subordinazione funzionale, tipica invece del suo correlato moderno. Prova della graduale attenuazione di quella autonomia è nel divieto – che emerge dalla lettura del passo di Gai., III, 126 – di stipulare una garanzia *in duriores causas* (o *in duriores condiciones*)³⁶²; la regola, destinata a impedire che la stipulazione accessoria recasse condizioni più gravose rispetto a quelle dell'obbligazione principale, diviene strutturale

³⁵⁷ In questi termini M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria. Dall'esperienza romana alle codificazioni moderne*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica* (Salisburgo, 13-15 settembre 2001), a cura di L. VACCA, Torino, 2003, pp. 147 ss., spec. p. 152.

³⁵⁸ Così V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, cit., p. 5. In una direzione opposta, G. BORTOLUCCI, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1905, pp. 265 ss., spec. p. 266: «[l]'obbligazione del garante aveva carattere accessorio, dacché è sicura l'opinione che l'*ἐγγυητής* non fu parte essenziale all'esistenza giuridica del contratto, nel quale interveniva». Per un più ampio studio della garanzia personale nel diritto greco, C. LÉCRIVAIN, *Le cautionnement dans le droit grec classique*, in *Mémoires de l'Académie des sciences, inscriptions et belles lettres de Toulouse*, 1894, pp. 200 ss.; L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, IV, Paris, 1897, pp. 460-486; T.W. BEASLEY, *Le cautionnement dans l'ancien droit grec*, Paris, 1902, rist. Roma, 1978, pp. 2 ss., spec. pp. 6 ss.

³⁵⁹ Nel diritto romano il concetto di accessorietà è controverso. Sul problema generato dalla distinzione tra negozio di garanzia che accede al negozio principale e obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione principale, cfr. W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar, 1932, pp. 13 ss.

³⁶⁰ G. BORTOLUCCI, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, cit., p. 268, osserva che la misura della garanzia era stabilita dai termini del contratto. Essa poteva, cioè, «essere *pro parte e in solidum*; e, quando più garanti vi accedessero, le loro rispettive responsabilità erano fissate o *in solidum* o *pro rata* o ancora per alcuni *pro rata* e per gli altri *in solidum* per il resto».

³⁶¹ G. BORTOLUCCI, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, cit., p. 271, ove tale affermazione riguarda la *ἐγγύη* greco-egizia, la cui disciplina seguiva i principî del diritto romano. È, però, da considerare – osserva l'Autore – che tale garanzia (greco-egizia) presentava similitudini accentuate con i tratti della anteriore *ἐγγύη* greca, la quale era connotata da una particolare autonomia rispetto al negozio principale.

³⁶² Sul tema, M. TALAMANCA, «*Alia causa*» e «*durior condicio*» come limite all'obbligazione dell'«adpromissor», in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1969, pp. 117 ss. Cfr., altresì, G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, cit., pp. 482-483.

per la *fideiussio* di epoca giustiniana³⁶³, modello di disciplina delle codificazioni moderne³⁶⁴ (art. 1941 c.c., art. 2290 *Code civil*).

La seconda ragione alla base dello scetticismo verso la formula della *solidarietà accessoria* è di natura dogmatica. Essa recherebbe due concetti discordanti, «a meno che non si soggiunga subito che il primo termine vuole individuare il modo dei rapporti fra creditore e debitori, e il secondo un criterio discretivo per determinare gli effetti di certi atti o fatti sulla vita del rapporto»³⁶⁵. L'ultima intuizione, ancorché formulata in una prospettiva critica, assume a nostro avviso particolare importanza; schiude la via a una futura indagine sulla solidarietà, che permetterà di svincolarla progressivamente dalla morsa strutturale.

Il rilievo stimola due considerazioni congiunte che paiono d'interesse in un'ottica diacronica. Nel diritto classico la frequente operatività della solidarietà nell'ambito delle garanzie personali importerebbe, come si è detto, una deviazione dalla sua funzione tipica, che si riflette poi sul relativo regolamento normativo. Il che già suggerisce l'interrogativo circa l'opportunità di considerare quella devianza una eccezione ovvero una regola nel diritto romano. Interrogativo, peraltro, ancor più fondato alla luce del rilievo, posto in luce dalla dottrina romanistica, per cui tutto il credito romano poggia sull'istituto della garanzia, la cui richiesta doveva essere anche superiore a quella odierna³⁶⁶. La consolidata opinione che ravvede nella solidarietà accessoria una deroga all'ordinario funzionamento dell'istituto³⁶⁷ parrebbe delinearci quale primigenia formulazione di quelle più recenti teorie le quali distinguono tra solidarietà propria e impropria (o spuria)³⁶⁸. Con l'odierna emersione di una prospettiva funzionale si è ampiamente dimostrato

³⁶³ V. GIUFFRÈ, *Commerci a distanza e garanzie personali*, in ID., *Divagazioni intorno al diritto romano*, Napoli, 2014, pp. 271 ss., spec. p. 287.

³⁶⁴ M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria. Dall'esperienza romana alle codificazioni moderne*, cit., p. 156.

³⁶⁵ G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, cit., p. 205, reputa non accoglibile questa soluzione in quanto «con ciò si viene a perdere il pregio della brevità».

³⁶⁶ G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., p. 73.

³⁶⁷ S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 6: «Gegenüber gewöhnlichen Gesamtschulden ist die Bürgschaft in der europäischen Rechtstradition stets entweder als Sonderfall oder als aliud angesehen worden».

³⁶⁸ Cfr., tra molti, D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., pp. 141-142; A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 82. Per la dottrina tedesca, cfr. H. WINTER, *Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld. Zur Konzeption der §§ 420 ff. BGB – Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Frankfurt am Maine, 1985, pp. 74 ss., pp. 81 ss. U. HILLENKAMP, *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, cit., pp. 54 ss. Sul tema, già G. FROTZ, *Dogmatische Fortschritte im Verständnis der Regreßmethoden bei Schuldnermehrheit? Zugleich eine Besprechung von Walter Selb, Schadensbegriff und Regreßmethoden*, in *JZ*, 19. Jahrgang, 1964, pp. 665 ss., spec. pp. 667 ss., il quale, movendo dal presupposto che al § 421 BGB il legislatore tedesco abbia voluto disciplinare insieme solidarietà autentica e correalità, sostiene, per conseguenza, l'accoglimento implicito di una

che la differenziazione non ha ragion d'essere. La solidarietà moderna è insensibile a dati di struttura, che attengono solo alla qualificazione – divisibile o indivisibile – della prestazione. Sorge così il dubbio, ingenerato dalla significativa ricorrenza di quella devianza, che nel diritto romano fosse configurabile una solidarietà affrancata da dati strutturali³⁶⁹. L'ipotesi è ulteriormente avvalorata ove si consideri la sussistenza inalterata della solidarietà anche in presenza di obbligazioni *ex intervallo*, assunte cioè dai *rei promittendi* in momenti diversi, sebbene sia discussa l'idoneità del cennato lasso temporale ad alterare l'*unitas actus*³⁷⁰.

La tradizionale forma di stipulazione, tipica del diritto romano primordiale, prevedeva un'interrogazione del *reus stipulandi* cui seguiva la simultanea risposta dei *rei promittendi* (*Verschränkung von Fragen und Antworten*), i quali solo in tal modo avrebbero potuto obbligarsi *in solidum*. È noto, tuttavia, come tale rigidità fosse giustificata dal dubbio che la *promissio* del secondo debitore avesse natura novativa³⁷¹. Il carattere intransigente della regola che imponeva la nascita contestuale delle obbligazioni dei *rei promittendi* risulta progressivamente attenuato con l'opera della giurisprudenza romana³⁷². La quale, da un lato, ha aggirato il rischio di un effetto novativo della seconda stipulazione ponendo l'accento sulla necessità, a tal fine, dell'*animus novandi*; dall'altro, ha, a mo' di esempio, ravvisato nell'obbligazione insorgente dalla costituzione della garanzia *ex intervallo* un vincolo solidale tra condebitori³⁷³. Se così è³⁷⁴, ciò importa, in via illativa, una constatazione: la solidarietà

“Erfüllungsgemeinschaft”. In direzione opposta muove J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, cit., p. 28, pp. 31 ss., pp. 351 ss., p. 393.

³⁶⁹ Sulla struttura della solidarietà (semplice), v. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 82: «[I]’essere, pertanto, le prestazioni tra loro simili e uguali, produce un effetto economico che non differisce da quello prodotto dalla obbligazione correa, ma all’uguaglianza dell’effetto non corrisponde una uguaglianza nella struttura giuridica dei rapporti obbligatori che sono sostanzialmente differenti».

³⁷⁰ G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., pp. 2-3, p. 16.

³⁷¹ A. STEINER, *Die römischen solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, cit., p. 80: «[d]ie Verschränkung ist für die Begründung einer Solidarstipulation vorausgesetzt; ihr Zweck ist darin zu sehen, die subjektive Novation durch einen zweiten, unabhängigen Stipulationsakt zu verhindern».

³⁷² Per uno studio sull'evoluzione della scienza giuridica romana, v., per tutti, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., pp. 7 ss.

³⁷³ È incerta la data a partire dalla quale la c.d. garanzia *ex intervallo* è stata ammessa nel diritto romano. Cfr. G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., p. 16, secondo cui la possibilità della stipulazione di una garanzia successiva all'insorgenza dell'obbligazione principale risulta introdotta solo nel I secolo d.C.

³⁷⁴ G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, cit., p. 2, rileva come il giurista Giuliano (D. 45, 2, 6, 3, Iul. 52 dig.), discorrendo della stipulazione correa, riconosca la sua conciliabilità con un intervallo di tempo tra le risposte date dai due *rei promittendi*. In questa prospettiva, assai significativa è la circostanza per cui «la costituzione di un garante, avvenuta tra le due risposte, non impedisce che venga in essere un'obbligazione solidale». Inoltre, anche una testimonianza di Ulpiano (D. 45, 2, 3 pr., Ulp. 47 ad Sab.)

poteva operare a prescindere dal tradizionale elemento della *unitas actus*³⁷⁵, primigenia manifestazione dell'odierna *eadem causa obligandi*³⁷⁶ su cui è eretta la regola della *libera electio* del creditore³⁷⁷.

La conclusione pare avvalorata da un'ulteriore circostanza. Nella stipulazione correa l'*idem debitum* significa medesimezza dell'oggetto in senso stretto e non già perfetta coincidenza di contenuto tra obbligazioni, sì che esso poteva anche variare quantitativamente³⁷⁸. Da una testimonianza del giurista Fiorentino (D. 45, 2, 7), si è altresì appreso della possibilità di modulare l'attuazione del singolo rapporto obbligatorio mediante la fissazione di un particolare *locus solutionis* ovvero di termini e condizioni riferiti alla prestazione, senza che ciò impedisse la solidarietà del relativo vincolo³⁷⁹. Non è casuale che la legittimità dell'apposizione di termini o condizioni alla prestazione, consolidatasi a partire dalla fine dell'epoca classica, sia poi divenuta regola del *ius commune*³⁸⁰, la quale risulta accolta nei principali codici civili europei e nelle più recenti opere di diritto scientifico³⁸¹. È l'embrionale concetto di una solidarietà

confermerebbe – soggiunge l'A. – «che si può avere obbligazione solidale anche in presenza di due debitori che si obbligano *ex intervallo*» (p. 3).

³⁷⁵ È certo che l'unicità dell'atto non sia requisito essenziale della solidarietà nell'ambito del diritto giustiniano. Così E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 39, il quale rammenta, tuttavia, come, nel diritto classico, la costituzione della solidarietà contrattuale passiva esigesse l'*unitas actus*, con l'eccezione della fideiussione, per la cui costituzione tale elemento non era necessario (p. 37). Del tutto diverso è il problema della c.d. *alia causa*, la cui ricorrenza – analogamente alla *durior causa* – determinava l'invalidità della garanzia prestata. Su quest'ultimo tema, cfr. V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 64-65.

³⁷⁶ G. ROSSETTI, *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale*, Napoli, 2013, p. 9: «la c.d. *unitas actus* (...) precorre, storicamente, il moderno presupposto della c.d. *eadem causa obligandi*».

³⁷⁷ Sull'esigenza di riflettere sulla solidarietà di romano quale modello necessariamente ancorato ad alcuni elementi tipici e invarianti, v. le riflessioni – condotte a mo' di premessa di una parte del suo lavoro – da cui muove A. STEINER, *Die römischen solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, cit., p. 92, per interrogarsi sulla natura del vincolo (sì solidale ma anche diverso dal paradigma comune di tale istituto) che astringe debitore principale e garante: «[d]aß zwischen Hauptschuldner und Bürgen, sei es sponsor, fidepromissor oder fideiussor, ein Verhältnis der Solidarität besteht, ist weitgehend unbestritten. Trotz aller Überzeugung müssen allerdings auch die Befürworter dieser These einräumen, daß die Quellen einige Unterschiede zwischen dem Verhältnis von Solidarschuldnern untereinander und demjenigen zwischen Hauptschuldner und Bürgen belegen. So erfordert beispielsweise die wirksame verbale Verpflichtung eines Bürgen keine Verschränkung der Stipulationsakte und kann der Bürge sich auch auf weniger verpflichten als der Hauptschuldner. Unversehens wird zur Rettung der Solidaritätsthese also auf zwei der drei Voraussetzungen verzichtet, die für eine Solidarstipulation in klassischer Zeit sonst unabdingbar sind, nämlich auf die Verschränkung der Stipulationsakte und auf einen Teil der Leistungsidentität, idem debitum».

³⁷⁸ M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (Storia)*. a) *Diritto romano*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 54.

³⁷⁹ M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (Storia)*. a) *Diritto romano*, cit., pp. 54-55, p. 55, nota 377.

³⁸⁰ Così già S. MEIER, *Plurality of parties*, cit., p. 1574.

³⁸¹ V. *retro*, Cap. I, para. 6.

svincolata da requisiti fissi, il quale correla la regola del diritto intermedio con la più moderna veduta dell'istituto che pone in discussione il tradizionale approccio fondazionalista di matrice strutturale. La disposizione del previgente art. 1201 del *Code Napoléon* stabiliva che «*l'obligation peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose*». La norma ha, com'è noto, ispirato la formulazione del già rammentato art. 1187 del c.c. del 1865 e, così, quella dell'odierno art. 1293 c.c., su cui si radica la teorica della solidarietà sussidiaria nel diritto moderno³⁸². Indicazioni analoghe si rinvencono nel *Código civil* portoghese e spagnolo, rispettivamente agli artt. 512, comma 2, e 1140. Quest'ultima disposizione, al pari della prima, stabilisce che la solidarietà sussiste «*aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones*»³⁸³. Muove in tale direzione anche la norma posta dall'art. III.-4.103(3) DFCR che prevede: «*the fact that the debtors are not liable on the same terms or grounds does not prevent solidarity*». La formulazione – simile peraltro a quella adottata all'art. 10.102 dei PECL, che però, non senza qualche ambiguità, omette di menzionare i “*grounds*” – assume un particolare significato se rapportata alle altre previsioni che, come si è già osservato, delineano la dimensione effettuale della solidarietà nell'ambito del diritto privato europeo.

9. Segue. Garanzie personali solidali e (progressiva) negazione della *libera electio*: diritto romano, *ius commune* e moderne codificazioni.

Il tratto caratteristico della solidarietà accessoria³⁸⁴ del diritto classico implica così una indipendenza tra le singole obbligazioni assunte dal debitore principale e dal garante, sì da giustificare, almeno sul piano teorico, l'equiparazione delle rispettive posizioni verso l'esterno. Tale è la diffusa concezione della solidarietà nel diritto romano primordiale e classico. Siffatta

³⁸² Per tutti, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 68: «[l]’art. 1293 allude proprio ai casi di responsabilità sussidiaria, e dimostra quindi che la sussidiarietà della responsabilità è compatibile con la nozione di obbligazione in solido». Così anche R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 289.

³⁸³ La corrispondente formulazione portoghese del 2° comma dell'art. 512 del *Código civil* prevede: «*[a] obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias, ou de ser diferente o conteúdo das prestações de cada um deles*».

³⁸⁴ L'espressione “solidarietà accessoria” è qui utilizzata per fini meramente descrittivi alla luce dell'analisi compiuta al Cap. I, para. 8. Giova, a tal fine, ribadire che il diritto romano classico considerava correa e non accessoria (in senso moderno) l'obbligazione dello *sponsor*. Così F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*. II. *Intorno alla storia della «sponsio»*, Napoli, 1938, ora in ID., *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, p. 274.

configurazione viene progressivamente scalfita dagli interventi normativi testé menzionati³⁸⁵, i quali, incidendo sui rapporti interni ed esterni al gruppo di debiti, hanno progressivamente spezzato l'ipostasi della costante uguaglianza delle posizioni di ciascun condebitore nella dinamica del rapporto obbligatorio. Il cambiamento del tradizionale paradigma, favorito dalle disposizioni che si sono succedute dal IV al I secolo a.C., è stato definitivamente obliterato dalla piena affermazione in epoca giustiniana della *fideiussio* – in luogo della *sponsio* e della *fidepromissio* del diritto classico – quale garanzia a un tempo solidale e sussidiaria. Con essa, diversamente dai suoi correlati anteriori, non si promette più la medesima prestazione (o parte di essa) oggetto dell'obbligazione principale, ma il garante assume (solo) la responsabilità per un debito altrui³⁸⁶. La radicazione di simile impostazione ha peraltro importato una transizione del concetto di accessorialità, intesa non più in senso strutturale ma funzionale. L'evoluzione storica della garanzia personale, da un lato, e la solidarietà, dall'altro, dimostrano che oggi non ha granché senso discorrere di solidarietà accessoria se non in una ottica meramente descrittiva di una categoria. L'attributo designa una dipendenza genetica del negozio di garanzia rispetto a quello garantito, mentre alla solidarietà può ordinariamente accompagnarsi il concetto di sussidiarietà. Esso refluisce, come si dirà, nella più ampia categoria della solidarietà modulabile³⁸⁷.

Prima di vagliare i motivi della graduale consolidazione della etero-ordinazione nell'adempimento quale principio del *ius commune*, pare opportuno ripercorrere alcuni momenti storici che ne hanno preceduto la relativa diffusione sino ai giorni nostri. Di là infatti dalla circostanza per cui l'istituto della garanzia costituisca elemento centrale del credito romano³⁸⁸, è utile cogliere quelle tendenze già allora orientate verso un temperamento del sistema della responsabilità solidale. Tendenze che hanno poi contribuito progressivamente a

³⁸⁵ V. Cap. I, para. 8.

³⁸⁶ W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgerschaftstipulationen*, cit., pp. 5-8, p. 63, sostiene che la *fideiussio*, diversamente dalla *sponsio* e *fidepromissio* (nelle quali il soggetto promette in proprio), avesse natura accessoria; natura desumibile già dal verbo *iubere*, che sottende l'idea per cui l'obbligazione principale avrebbe potuto essere fatta valere anche contro il *iubens*. Da qui la ricostruzione della fideiussione come una stipulazione che consente l'assunzione di responsabilità di un soggetto diverso dal debitore principale. In ciò essa si differenzerebbe dalla *sponsio* e dalla *fidepromissio* che costituivano impegni del tutto autonomi rispetto alla obbligazione del debitore. Scettico in confronto di tale ricostruzione è G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, cit., pp. 477 ss., spec. pp. 478-479, pp. 487-491, p. 521, il quale riconosce che la *fideiussio* consentisse di assumere verso il creditore la responsabilità che altri deve, ma reputa la differenza non così rilevante rispetto alle due forme di garanzie a essa precedenti (pp. 490-491).

³⁸⁷ V. Cap. II, para. 8.

³⁸⁸ G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., p. 73.

conformare, in via di prassi, il modello sussidiario della fideiussione, successivamente accolto, dopo alcune incertezze nell'ambito dell'età intermedia, nei principali codici civili europei³⁸⁹. Orbene, il primo intervento normativo di grande significato è da ravvisare nella introduzione della *lex Publilia*, sospinta dall'esigenza di tutelare il garante³⁹⁰ o, comunque, il gruppo di debito³⁹¹. Nel IV secolo a.C. lo *sponsor* – non già il *fidepromissor*, il quale era un *peregrinus* cui la predetta legge non si applicava³⁹² – può sì essere compulsato in via primaria dal creditore³⁹³ ma con quella normativa si appronta uno strumento di riequilibrio dei rapporti interni tra l'effettivo debitore principale e il garante tenuto in via solidale³⁹⁴. Si distinguono, cioè, le relative posizioni mercé l'attribuzione a quest'ultimo soggetto della *manus iniectio depensi*³⁹⁵: vale a dire una specifica azione di regresso esperibile nei confronti del debitore principale in caso di mancato rimborso entro sei mesi della prestazione dallo *sponsor* corrisposta al creditore³⁹⁶. La soluzione pare significativa in quanto è segno dell'esigenza di

³⁸⁹ V. *infra*, Cap. I, para. 9.

³⁹⁰ F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali. II. Intorno alla storia della «sponsio»*, cit., pp. 255-256.

³⁹¹ In tal senso, L. MITTEIS, RZ. A. H. STEINER, *Datio in solutum*, Berlin, München, 1914, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 37, 1916, p. 361, il quale reputa che la legge sia stata sospinta dall'esigenza di agevolare il debitore con la concessione di un termine di sei mesi per il pagamento, consentendo, così, a quest'ultimo di non essere compulsato in via immediata dallo *sponsor*. Di recente, v. R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, I, a cura di I. PIRO, Tricase, 2016, pp. 543 ss., spec. p. 553: «La legge Publilia rompe per la prima volta l'esclusiva soddisfazione del creditore in chiave di solidarietà tra debitore principale e garante»

³⁹² Così, P. COLLINET, *La garanzia solidale in diritto romano*, cit., p. 8, secondo cui la *lex Publilia* non risulta poi neppure estesa ai *fidepromissores* in quanto il relativo istituto – ne è peraltro discussa l'esistenza al tempo della emanazione di questa legge – si applicava solo ai c.d. *peregrini*, che, diversamente dai cittadini romani, non avrebbero potuto ricorrere alla *manus iniectio*. Sulla mancata applicazione della *lex Publilia* alla *fidepromissio*, cfr., altresì, G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, rist. Hildesheim-Zürich-New York, 1990, p. 473.

³⁹³ V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 616: «l'obbligazione dell'*adpromissor* conserva durante l'età classica un carattere solidale rispetto a quella dell'obbligato principale in riferimento al persistere dell'inapplicabilità del *beneficium excussionis*». In tempi più remoti, v. F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto di obligatio*, cit., p. 417, secondo cui «correalità significa che lo *sponsor* è obbligato precisamente come il debitore, onde il creditore può agire per l'intera prestazione per il *solidum*, contro l'uno o contro l'altro a sua scelta. Egli non è tenuto a rivolgersi prima al debitore»

³⁹⁴ Così L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., p. 181, che, oltre a rilevare come la *lex Publilia* si prefiggesse «di incentivare l'uso dei mezzi di garanzia personale (la *sponsio*), rendendoli meno rischiosi per i garanti, al fine, presuntivamente, di introdurre un surrogato valido alla *nexi datio*», osserva come a partire dalla sua emanazione si sia creata «una differenziazione della posizione del debitore principale e del garante».

³⁹⁵ P. BIRKS, *The roman law of obligations*, cit., p. 63.

³⁹⁶ M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria. Dall'esperienza romana alle codificazioni moderne*, cit., spec. p. 152. V., altresì, R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, cit., pp. 543 ss., spec. p.

dar conto sul piano della disciplina della difforme posizione del garante e debitore principale nella dinamica del rapporto obbligatorio; diversità che, come si è posto in luce, non è la risultante di una mera dipendenza funzionale tra il negozio di garanzia e quello garantito. La legge *Publilia* rappresenta dunque uno dei primi interventi normativi recanti una disciplina differenziata per i condebitori in solido³⁹⁷. Le relative obbligazioni risultavano indipendenti benché, di regola, *sponsor* e *fidepromissor* promettessero l'*id quod Maevius mihi debet*³⁹⁸. Ciò importava peraltro un corollario, già indagato³⁹⁹, non di favore per il creditore. L'azione giudiziale da lui intentata verso un condebitore – dunque la *electio* da egli compiuta mediante prestabilite forme – estingueva l'obbligazione dell'altro (*Konsumptionskonkurrenz*), sì che il rischio dell'efficacia estintiva della *litis contestatio* avrebbe indotto il creditore medesimo a ponderare la sua scelta⁴⁰⁰.

La regola, conosciuta sin dall'età repubblicana, sarebbe stata più tardi sostituita – lo si è rilevato⁴⁰¹ – dal principio dell'integrale soddisfacimento delle ragioni creditorie (*Solutionskonkurrenz*). Accolto oggi nei codici civili europei, esso enfatizza l'interesse del creditore all'integralità dell'adempimento; le sue peculiarità hanno contribuito, ancorché solo in epoca recente, a svigorire l'idea che la solidarietà esiga sempre l'*eadem res debita* intesa in senso naturalistico⁴⁰².

551, il quale muove dalla premessa per cui la *lex Publilia* ha inteso conferire «rilevanza giuridica alla vera natura della seconda promessa solenne in funzione di garanzia dell'obbligazione principale». L'Autore soggiunge come «la soluzione trovata per dare veste di rapporto giuridico azionabile (e non meramente confinato ai rapporti di amicizia e parentela tra garante e debitore principale) tra i due qualora quello principale non restituisca il debito pagato dal 'garante' entro sei mesi dal pagamento effettuato da quest'ultimo al creditore, non [sia] quella di creare tra i due un'obbligazione di restituzione esprimente un diritto di credito per il regresso del pagato, ma di assoggettare il debitore principale direttamente (cioè senza previa condanna giudiziale) ad un potere di aggressione sulla sua persona (*manus iniectio*), come se al riguardo fosse stato veramente condannato a favore del garante». Secondo S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., p. 1089, l'*actio depensi* poteva essere esperita dal garante per il doppio dell'originario importo se il debitore principale non lo avesse rimborsato entro sei mesi.

³⁹⁷ E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, rist. Aalen, 1964, pp. 190 ss., riconduce nell'alveo della solidarietà il vincolo del debitore principale dapprima con lo *sponsor*, successivamente con il *fidepromissor* e, infine, con il *fideiussor*. Non così, invece, F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford 1951, rist. Aalen 1992, pp. 497 ss., spec. p. 501, il quale nega che vi fosse solidarietà tra debitore principale e garante.

³⁹⁸ R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 125.

³⁹⁹ V. Cap. I, para. 5.

⁴⁰⁰ R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 126. Più di recente, cfr. A. STEINER, *Die römischen solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, cit., pp. 155 ss. Per ulteriori riferimenti, v. cap. I, para. 5.

⁴⁰¹ V. Cap. I, para. 5.

⁴⁰² Per tutti, v. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 45.

A prescindere dalla indipendenza strutturale delle obbligazioni dei condebitori, emerge, al tempo del processo per *legis actiones* e di quello formulare, la volontà legislativa di trasfondere nel diritto una istanza di giustizia sostanziale volta a rendere ragione dell'effettiva titolarità del peso economico del debito. La notazione non è affatto superflua se si considera che quella esigenza è, sin da allora, costantemente presente nel diritto; ancor di più in quello moderno, ove pure la eterogeneità delle posizioni dei coobbligati può giustificarsi non tanto in virtù del carattere accessorio del negozio di garanzia, bensì per la specifica configurazione legislativa della fideiussione, le cui regole paiono conformate sul modello della unisoggettività dell'interesse facente capo al debitore principale⁴⁰³.

Con la successiva emanazione della *lex Appuleia* si introduce una «*quandam societatem*» tra più *sponsores* o *fidepromissores*, sì che l'adempimento effettuato da uno di essi per una quota superiore a quella virile gli avrebbe consentito di rivolgersi ai condebitori per l'eccedenza⁴⁰⁴. La legge preserva la configurazione solidale del vincolo fra condebitori (esteso ai garanti collaterali), ancorché mitigato dalla possibilità di ripetere verso ciascuno la quota che sarebbe stata pagata se l'obbligazione fosse stata divisa⁴⁰⁵. Il relativo scopo non pare così dissimile da quello della *lex Publilia*, se si considera che quest'ultima era insuscettibile di applicazione per i *fidepromissores*, in quanto *peregrini*. Solo a partire dall'introduzione della *lex Appuleia*, si conferisce dunque a questi ultimi il diritto di agire, ricorrendo le condizioni descritte, per recuperare le somme versate al creditore. È convincimento diffuso che le norme poste da questa legge non abbiano inciso sui rapporti esterni tra debitori e garanti⁴⁰⁶, i quali invece sono significativamente rimodulati dalle previsioni della successiva *lex Furia*. Le sue disposizioni risultano ispirate a una *ratio* di salvaguardia delle ragioni degli *sponsores* e *fidepromissores* che, divenendo obbligati *pro quota*, possono così garantire il debito altrui con minori rischi. Non è certo, però, che la divisione interna del debito operasse in via automatica. Il creditore conserva la facoltà di esigere il *solidum*, ma difficilmente si sarebbe a ciò determinato atteso l'effetto deterrente dato dal pericolo di subire la *manus iniectio pro iudicato* azionata dal

⁴⁰³ Sul tema torneremo oltre: cap. II, para. 6, 7.

⁴⁰⁴ La natura dell'azione concessa al garante è discussa in dottrina, la quale si divide sulla sua riconducibilità all'istituto della *manus iniectio* ovvero alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Sul punto, cfr. L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., pp. 185-186.

⁴⁰⁵ G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., p. 63.

⁴⁰⁶ Per tutti, v. J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Lex Apuleia de sponso*, in *Aegyptus. Rivista italiana di egittologia e di papirologia*, 1969, pp. 129, spec. pp. 131-132.

garante che avesse corrisposto più della sua quota virile⁴⁰⁷. Circostanza che, da un lato, induce sponsori e fidepromissori a obbligarsi con maggiore frequenza rispetto al passato, sì da agevolare, sebbene indirettamente, la concessione del credito; dall'altro lato, stimola il creditore a rivolgersi al debitore principale. Solo se la insolvenza di quest'ultimo fosse stata acclarata anteriormente alla *electio* del creditore, egli avrebbe primariamente agito in confronto di un garante, il quale peraltro restava obbligato per due anni. L'osservanza di un ordine, quantunque non imperativo, nelle richieste di adempimento avrebbe dunque sottratto il creditore al rischio di soggiacere alla sanzione della *manus iniectio pro iudicato*. Nella tracciata prospettiva, è discusso se la compressione della *libera electio* del creditore e l'introduzione, sia pure mediata, di un ordine nelle richieste di adempimento abbia determinato l'integrale cessazione della solidarietà ovvero l'abbia soltanto affievolita⁴⁰⁸.

La materia delle garanzie personali è oggetto di nuova regolamentazione con l'emanazione della legge *Cicereia*. La sua introduzione, analogamente ai precedenti interventi normativi, appare sospinta dalla necessità di alleggerire ulteriormente la posizione dei garanti, ciascuno obbligato solidalmente verso il debitore principale. Il creditore rende una dichiarazione pubblica (*praedictio*) – ulteriore formalità da osservare per evitare che la garanzia si estinguesse – indicando l'oggetto della stipulazione, nonché il numero di sponsori e fidepromissori intervenienti. A questi ultimi, in caso di mancata osservanza del predetto onere da parte del creditore, spetta il diritto di far valere un *praeiudicium* implicante l'accertamento della circostanza che la dichiarazione fosse stata effettivamente resa; se tale riscontro avesse dato esito negativo, attestando così il difetto della *praedictio* del creditore, i garanti sarebbero stati liberati dal vincolo solidale che li astringeva vicendevolmente e verso il debitore principale⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Così R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, cit., pp. 556-557: «La 'doverosità' per il creditore di rispettare la divisione in parti *pro capite* del debito garantito è perseguita *ex lege Furia* solo in via indiretta, prevedendo la soggezione del creditore che abbia ottenuto l'intera somma ad una *manus iniectio pro iudicato* del garante. Ciò indica, altresì, che la legge non era in grado di produrre *ipso iure* la parziarietà della prestazione dei cogaranti».

⁴⁰⁸ Sul punto, v. L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., p. 215, il quale reputa che la nuova disciplina, qualificando il garante quale obbligato *pro quota*, abbia assestato «un duro colpo alla solidarietà», la quale «venne fortemente ridimensionata», ma «non (...) del tutto eliminata» (p. 218). Più radicale è la conclusione di P. COLLINET, *La garanzia solidale in diritto romano*, cit., p. 9, secondo cui la *lex Furia* ha determinato la liberazione dei garanti dal vincolo solidale. Secondo G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., p. 65, «la legge Furia fa del frazionamento del debito tra sponsori una vera e propria norma dell'azione del creditore, tanto da comminargli la gravissima sanzione della *manus iniectio pro iudicato* se esiga dal singolo sponse più della quota virile».

⁴⁰⁹ Sul problema del coordinamento tra l'eventuale sanzione per falsità della *praedictio* – non già per sua mancanza, in quanto in tal caso la liberazione dei garanti non è dubbia – del creditore e le garanzie *ex intervallo*,

Giova aggiungere che, sebbene il passo 3, 123 delle Istituzioni di Gaio non recasse alcun riferimento alla *fideiussio* (cronologicamente successiva alla *sponsio* e alla *fidepromissio*), con riguardo a essa la legge *Cicereia* trovò applicazione per prassi⁴¹⁰. Come attesta l'epitome di Gaio 3, 124, agli sponsor, fidepromissori e fideiussori congiuntamente si riferisce la successiva legge *Cornelia de sponsu*, emanata tra l'anno 88⁴¹¹ e 81 a.C.⁴¹². Essa attribuisce a costoro un peculiare beneficio, consistente nel divieto di impegnarsi in uno stesso anno per una somma superiore a 20.000 sesterzi⁴¹³. Non è chiaro se la legge operasse sin dall'origine un riferimento alla fideiussione oppure se questa sia stata solo successivamente ricompresa nel campo applicativo della prima⁴¹⁴; in ogni caso, la circostanza che la *lex Cicereia* abbia disciplinato la *fideiussio* costituisce riprova implicita della collocazione cronologica della nuova garanzia, che a partire dal I secolo d.C. progressivamente soppianta *sponsio* e *fidepromissio*⁴¹⁵. Lo scopo delle disposizioni normative introdotte dalla legge *Cicereia* riflette senz'altro un'ottica di salvaguardia dei garanti, ancora vincolati solidalmente; correlativamente, traduce un aggravamento della posizione dei creditori, le cui somme non risultano garantite se eccedenti il limite di 20.000 sesterzi stabilito dalla legge. La natura *imperfecta* della legge non impedisce, per quel che qui interessa, la solidarietà delle obbligazioni: se l'ammontare del credito avesse superato i 20.000 sesterzi, il creditore avrebbe potuto domandare l'adempimento del *solidum* al garante obbligatosi in violazione delle disposizioni di legge.

Complessivamente, tali previsioni – unitamente alla successiva *epistula Hadriani*, la quale, riprendendo le prescrizioni contenute nelle leggi *Appuleia* e *Furia* (applicabili solo alla *sponsio*

cfr. L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., pp. 220 ss., spec. pp. 223-231, ove è pure una dettagliata analisi del contenuto della legge.

⁴¹⁰ P. COLLINET, *La garanzia solidale in diritto romano*, cit., p. 12.

⁴¹¹ P. PINNA PARPAGLIA, *Per una interpretazione della Lex Cornelia de edictis praetorum del 67 A.C.*, Sassari, 1987, p. 79.

⁴¹² C. APPLETON, *Les lois romaines sur le cautionnement*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 26, 1902, p. 42, e ristampato con il titolo *Les lois romaines sur le cautionnement*, rist. Whitefish, 2010. Secondo P. COLLINET, *La garanzia solidale in diritto romano*, cit., p. 10, anche alla *fideiussio* ha trovato applicazione la legge *Cornelia*, la quale dunque è stata emanata dopo la nascita della predetta garanzia, da collocare «tra il principio dell'VIII° secolo di Roma e l'avvento d'Augusto (54-27 av. C.)».

⁴¹³ È discusso se in presenza di più garanti il limite dei 20.000 sesterzi fosse da riferire all'interezza del credito garantito ovvero alla singola quota cui ciascuno di essi si obbligava. Sul problema L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., pp. 258-259.

⁴¹⁴ Ricostruisce il dibattito sul problema L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., pp. 246 ss. (ivi per ulteriori riferimenti bibliografici).

⁴¹⁵ Si è posto già in luce, però, che la *fideiussio* appare per la prima volta nel I secolo a.C. Cfr. W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, cit., p. 41, nota 2, il quale ipotizza che le sue prime manifestazioni risalgano al periodo successivo alla morte di Cicerone.

e alla *fidepromissio*), conferisce al *fideiussor* convenuto la facoltà di domandare la divisione dell'azione per ciascun fideiussore solvibile al tempo della *litis contestatio*⁴¹⁶ – non alterano l'operatività della *libera electio*, che resta ancora tratto immanente della solidarietà dell'epoca classica. D'altronde, la sua negazione (nelle forme dell'*actio*) avrebbe contraddetto il primitivo principio della efficacia consuntiva della *litis contestatio*⁴¹⁷, sebbene poi vari temperamenti processuali abbiano attenuato l'assolutezza di tale inconciliabilità⁴¹⁸.

Giova soggiungere, tuttavia, come la rigorosa concezione delle garanzie personali nel diritto romano primordiale e classico fosse in qualche modo temperata da istanze di giustizia sostanziale, come attestano i passi dello Pseudo-Quintiliano (*Declamationes*, 273) e di Cicerone (*Epistulae ad Atticum* 16, 15 § 2). A ciò si aggiunga che l'opera dei giureconsulti romani ha offerto una prima rappresentazione dei moderni caratteri della *fideiussio indemnitas*, la cui operatività limitava la responsabilità del garante a quanto il creditore non avesse realizzato dal *reus* (D. 116, 15, 1)⁴¹⁹. Anche di là da tale figura, segno di una pratica rivolta all'aggiramento degli effetti generati dalla contestazione della lite, emerge lo scetticismo della società romana verso un ricorso scorretto e abusivo del creditore al *ius eligendi*; egli avrebbe cioè dovuto rivolgersi al garante soltanto se il debitore principale fosse stato insolvente. Non è casuale che nella prassi fosse diffusa l'operatività del c.d. *beneficium ordinis*, implicante un primario interpellato stragiudiziale al titolare del peso economico del debito⁴²⁰. Il suo intendimento resta, com'è noto, immutato nel diritto moderno. Nella segnata ottica, è interessante notare come proprio la pratica romana abbia ipostatizzato il principio di buona fede e correttezza

⁴¹⁶ In questi termini, v. G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit. p. 64, p. 67, ove una più ampia trattazione del tema.

⁴¹⁷ G. BORTOLUCCI, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, cit., p. 271.

⁴¹⁸ L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., p. 307.

⁴¹⁹ G. BORTOLUCCI, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, cit., p. 270, reputa, però, conciliabile la descritta operatività della *fideiussio indemnitas* con la *libera electio* del creditore (p. 303). Di contrario avviso, C. APPLETON, *Étude sur les sponsores fidepromissores et fideiussores*, in *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, VI, 1876, pp. 575 ss., secondo cui la struttura della *fideiussio indemnitas* esige la preventiva escussione del debitore principale.

⁴²⁰ Così F. BRIGUGLIO, *Il plurisecolare conflitto creditore-garante: tra «Face to Face Society» e «Verrechtlichung»*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Milano, 2008, pp. 139 ss., spec. p. 149. Sul tema, v. già G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., p. 212, che pone in luce le affermazioni dell'imperatore Giustiniano, il quale giustifica l'introduzione del dispositivo sussidiario proprio in virtù di una pratica fondata sul frequente ricorso a patti tendenti a eliminare l'efficacia estintiva della *electio* nelle obbligazioni dei fideiussori.

nell'attuazione del rapporto obbligatorio⁴²¹, oggi significativamente valorizzato dalla prassi applicativa in ambito bancario e finanziario⁴²². Al tempo era considerato inelegante e offensivo domandare il pagamento al fideiussore prima di avere effettuato analoga richiesta al debitore principale, in quanto sintomo di sfiducia personale nei confronti di quest'ultimo. La circostanza, pertanto, avrebbe senz'altro determinato la condanna del creditore se contro di lui fosse stata esperita la c.d. *actio iniuriarum*⁴²³.

La sussidiarietà della *fideiussio* viene definitivamente positivizzata dalla Novella 4 dell'anno 535⁴²⁴. Con essa Giustiniano, ristabilendo il contenuto di una precedente norma⁴²⁵, concede ai *fideiussores*, *mandatores* e costituenti di debito altrui (*ἀντιφωνηταί*)⁴²⁶ il diritto di essere escussi successivamente rispetto al debitore principale, il quale se adempie libera anche gli altri⁴²⁷. Nell'ambito della consueta raffigurazione antiformalistica dell'età giustiniana, largamente dominata da istanze semplificatorie, si innesta coerentemente il mutamento del ruolo conferito alla *electio* del creditore. Essa, dovendosi un tempo manifestare in forme assai rigorose, smarrisce quella attitudine tutta processuale a determinare la consumazione della lite che essa aveva nel periodo repubblicano e classico; correlativamente, si accoglie in via espressa il moderno principio della efficacia consuntiva della *solutio*⁴²⁸. La obbligazione del garante diviene nuovamente pari-ordinata solo nella ipotesi di accertata insolvenza del debitore

⁴²¹ Per un'analisi delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza romana per limitare la *libera electio*, v. G. GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, 1894, pp. 14 ss.

⁴²² A.B.F. ROMA, 5 febbraio 2018, n. 3040, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, pp. 1559-1561.

⁴²³ R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., pp. 129-130. L'Autore, a tal fine, rammenta il noto passo di Gaio (D. 47, 10, 19): «*Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarium tenetur*».

⁴²⁴ Tale intervento normativo è successivamente integrato dalla Novella 99, che introduce il principio della divisione del debito fra tutti i debitori solidali. Per una indagine intorno al relativo contenuto, v. H. HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, Düsseldorf, 1870, pp. 519 ss.; G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., pp. 216-226.

⁴²⁵ Giustiniano, nella *praefatio* della Novella 4, pur riferendosi a una normativa anteriore, non offre riferimenti precisi su di essa. Sul punto, G. BORTOLUCCI, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, cit., p. 284, p. 301, p. 304, ove una indagine sulle diverse soluzioni ricostruttive formulate nel corso del tempo (pp. 301-303). A seguito di un ampio studio del problema, F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus succurri solet*', cit., pp. 126-128, p. 178, p. 194, afferma che potrebbe trattarsi di una mera prassi limitante la *libera electio* (p. 194). Scettico in merito a tale conclusione è L. PARENTI, «*In solidum obligari*». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, cit., pp. 297.

⁴²⁶ F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus succurri solet*', cit., p. 99, nota 6, il quale reputa che il termine greco *ἀντιφωνηταί* non identificasse lo *sponsor*, così come invece indurrebbe a ritenere l'*Authenticum 4 Coll. 1 tit. 4*.

⁴²⁷ G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., p. 212; P. BIRKS, *The roman law of obligations*, cit., p. 63.

⁴²⁸ La letteratura sul tema è assai vasta. Per tutti, v. G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, cit., p. 212.

principale, mentre l'escussione preventiva del debitore principale permane inalterata ove questi abbia concluso con il creditore un *pactum de non petendo in personam*, in quanto il dispositivo sussidiario è ultroneo rispetto alla loro autonomia negoziale e operante per legge a favore del fideiussore⁴²⁹. Le tendenze alla semplificazione giuridica conducono altresì al progressivo soppiantamento del *mandatum pecuniae credendae*. Si tratta di una garanzia personale diffusa nel mondo romano, la quale perde, almeno nell'Occidente, la sua autonomia concettuale, uniformandosi così alla disciplina della *fideiussio*⁴³⁰. Quest'ultima si consolida sino ad assurgere, com'è noto, ad archetipo del moderno istituto conformante la disciplina dei principali codici civili europei⁴³¹.

La caduta dell'impero romano d'Occidente e gli influssi del diritto longobardo rappresentano, però, un momento di discontinuità storica che si riflette sulla complessiva configurazione delle garanzie personali. Si diffondono i negozi di pura responsabilità, come la *Geiselschaft*, la *Treugelöbnis* e il *Wettvertrag*. La loro incidenza sul sistema delle garanzie assume particolare rilevanza per cogliere il temporaneo isolamento del diritto romano e, segnatamente, il rifiuto del carattere sussidiario della *fideiussio* giustiniana. Nell'ambito delle ipotesi strutturate intorno alla responsabilità personale (*persönliche Haftung*), può rammentarsi il seguente schema: il debitore consegna la *wadia (festuca)* al creditore (*wadium dare*)⁴³², obbligandosi a riscattarla entro tre giorni mediante un *fideiussor* o *mediator*, il quale riceve poi la *wadia* stessa dal creditore (*wadium liberare*)⁴³³. Si realizzava cioè una costituzione ideale di ostaggio nella persona del fideiussore⁴³⁴, il quale poteva quasi dirsi in pegno del creditore in luogo della *wadia*⁴³⁵. Il materiale pignoramento della persona avveniva mediante la *Geiselschaft*, di cui l'odierna *Bürgschaft* costituirebbe una spiritualizzazione concretantesi nella istituzione di un vincolo ideale che sostituisce la materiale prigionia⁴³⁶. Nonostante la primitiva configurazione

⁴²⁹ F. BRIGUGLIO, 'Fideiussoribus succurri solet', cit., p. 105.

⁴³⁰ M. TALAMANCA, voce *Fideiussione*. a) *Parte storica*, cit., p. 338.

⁴³¹ M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria. Dall'esperienza romana alle codificazioni moderne*, cit., p. 156: «(...) sui dati delle fonti giustiniane la scienza giuridica dell'età di mezzo ha elaborato il modello di *fideiussio*, da cui deriva la disciplina delle garanzie tipiche dei nostri codici».

⁴³² O. GIERKE, *Schuld Und Haftung im älteren deutschen Recht*, cit., p. 130.

⁴³³ M. TALAMANCA, voce *Fideiussione*. a) *Parte storica*, cit., p. 339.

⁴³⁴ F. PASTORI, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1968-1969, p. 4, nota 4.

⁴³⁵ V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, cit., p. 60.

⁴³⁶ F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*. II. *Intorno alla storia della «sponsio»*, cit., p. 236 ricorda che questa è l'impostazione della dottrina dominante (per i relativi riferimenti bibliografici, v. p. 236, nota 56), contro la quale insorge poi il F. BEYERLE, *Der Ursprung der Bürgschaft. Ein Deutungsversuch vom germanischen Rechte her*, cit., pp. 567 ss.

della *wadiatio* longobarda generi incertezze e ambiguità, date dalla facoltà in capo al fideiussore di pignorare i beni del debitore, sì da instillare il dubbio che il primo fosse un mero esecutore fiduciario del secondo, nella sua recenziore conformazione la funzione di garanzia è senz'altro presente⁴³⁷. Il creditore beneficia della c.d. concorrenza elettiva fra debitore principale e fideiussore, il quale è tenuto *in solidum*⁴³⁸ alla stregua dell'*adpromissor* del diritto romano classico⁴³⁹. Egli non può dunque profittare del *beneficium excussionis*⁴⁴⁰.

Le successive legislazioni statutarie, in virtù di esigenze veicolate in via di prassi o consuetudine, approntano una disciplina variegata, che è il segno di un ritorno, sebbene graduale e ancora non inequivoco, al diritto romano. L'orientamento generale del tempo si radica su di una concezione che ravvede nel fideiussore il soggetto obbligato a soddisfare un debito altrui qualora il debitore principale non paghi alla scadenza⁴⁴¹. Si riafferma, prim'ancora dell'emersione di istanze positivizzanti, la necessarietà di un interpello stragiudiziale rivolto al debitore principale, come attestano l'*Ancienne coutume de Toulouse* (artt. 75, 76), *de Montpellier* (art. 72), nonché le più recenti *coutumes* di Lille (art. 143) e del Ducato di Borgogna (cap. V, art. 3)⁴⁴².

Gli statuti di Cori, Gubbio, Nizza, Velletri, tra i varî, riconoscono poi al garante la possibilità di obbligarsi *in solidum uti principalis* ovvero *uti simplicem fideiussorem*, distinguo peraltro già presente nelle Assise di Gerusalemme (*plège sans plus* e *plège de dette*); gli statuti di Roma, Cesena, San Genesio e il già citato Gubbio inoltre contemplavano financo la c.d. *expromissio*⁴⁴³, mentre quelli di Bergamo e Brescia, sia pure con alcune differenze, imponevano espressamente

⁴³⁷ M. TALAMANCA, voce *Fideiussione*. a) *Parte storica*, cit., p. 340.

⁴³⁸ V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, cit., p. 73.

⁴³⁹ M. TALAMANCA, voce *Fideiussione*. a) *Parte storica*, cit., p. 340.

⁴⁴⁰ V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, cit., p. 60; F. SCHUPFER, *Il debito e la responsabilità: studio critico sulla guadia longobarda*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1915, pp. 229 ss., spec. pp. 315-316.

⁴⁴¹ Cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 184, il quale rammenta che i modi erano due: «sia per l'intero – i Romani avean detto *in omnem causam* – sia soltanto per quella porzione che non si fosse potuta ricavare dal debitore, cioè per l'*indennità*».

⁴⁴² V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, cit., p. 60-61, pone in luce, però, che tali *coutumes* non contemplavano il beneficio di escussione.

⁴⁴³ F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, cit., p. 184. Sul punto, v. Cap. II, para. 5.2.

l'operatività del beneficio di escussione⁴⁴⁴. Città come Pisa e Venezia, dopo averlo accolto, lo disconoscono, conferendo nuovamente al creditore la libera scelta, salvo casi particolari⁴⁴⁵.

Si delinea così una notevole differenza rispetto al diritto longobardo, che diviene ancor più accentuata se si considera, in continuità con il diritto romano giustiniano, la natura ereditaria della obbligazione del fideiussore. Tratto assente, di contro, nel diritto barbarico ove la posizione del fideiussore risulta pressoché parificata a quella dell'oggetto del pegno. La obbligazione di garanzia era strettamente relata alla persona fisica del fideiussore; il che giustifica la cessazione del vincolo in caso di morte di quest'ultimo similmente a quanto accade nella ipotesi del pegno, ove vi sia la distruzione del suo oggetto⁴⁴⁶.

La rinnovata qualificazione del garante quale debitore solidale consente dunque a questi di riacquisire determinati benefici, ai quali, sebbene in maniera non geograficamente uniforme, si aggiungono, rispetto al passato, il regresso *ipso iure* in confronto del debitore e la rilevazione della indennità; concetti sconosciuti al diritto romano⁴⁴⁷ ma che costituiranno perni dell'architettura normativa del moderno istituto. Circostanza assai sintomatica della configurazione della fideiussione feudale quale manifestazione di una responsabilità altrui è nel seguente dato: quandanche il garante si fosse obbligato *in solidum uti principalis*, egli avrebbe comunque potuto avvalersi del beneficio di escussione, opponendolo al creditore, in parziale continuità con quanto già precedentemente disposto da Giustiniano. Facoltà, quest'ultima, discendente dalla qualifica solidale del rapporto⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, cit., p. 62 (ivi note 2, 3, 4 per ulteriori riferimenti bibliografici). Con specifico riguardo agli statuti di Brescia, A. LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano, 1899, p. 200, rammenta che essi, oltre ad accettare la regola del diritto romano, «aggiungono che la rinuncia al beneficio dev'essere espressa e non s'intende compresa nella rinuncia al 'beneficium novae constitutionis', se insieme con questa non si fa menzione anche degli statuti municipali».

⁴⁴⁵ V. F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, p. 187, il quale precisa che, in queste due città, il creditore non beneficiava della scelta libera solo se l'obbligazione di garanzia era stata assunta *pro tutela vel cura*, sì che il tutore sarebbe stato escusso prima del fideiussore. A Milano, secondo A. LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, cit., p. 200, non operava un vero e proprio beneficio di escussione. I fideiussori infatti non potevano essere obbligati a pagare il creditore in danaro (salvo che si trattasse di somme minime), qualora fossero stati disponibili a soddisfarlo con i beni del debitore, ma – osserva l'Autore – «questa formula, se impone al creditore l'obbligo di ricevere una dazione in soluto, non costituisce un vero beneficio d'escussione a vantaggio dei mallevadori».

⁴⁴⁶ F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, p. 184.

⁴⁴⁷ F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, p. 185, pp. 188-191.

⁴⁴⁸ Secondo F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, p. 185, era necessario che il fideiussore opponesse il beneficio di escussione «perché infine egli si era obbligato in solido, e nulla ostava a che il creditore lo potesse escutere, anche prima del debitore principale».

Più in generale, il principio dell'escussione preventiva del debitore tende a essere recuperato dal diritto romano sia che il fideiussore si obbligasse solidalmente sia che lo facesse *uti simplicem fideiussorem*⁴⁴⁹. I *doctores* del *ius commune* si interrogano sul conflitto tra le esigenze di tutela del credito, da un lato, e la necessità di salvaguardia del gruppo di debito, dall'altro. I risultati della normativa giustiniana restano, però, in gran parte inalterati. Per quel che qui rileva, la sussidiarietà – nelle forme dell'escussione preventiva – continua a operare in via ordinaria a favore del fideiussore, il quale è però tenuto a eccepirla, anticipando così il moderno funzionamento dell'istituto⁴⁵⁰. L'interpretazione tradizionale, riconducibile all'opinione di Guido Papa, vede nell'escussione preventiva del debitore principale una eccezione dilatoria, in quanto essa mira non tanto a impedire in via definitiva l'azione del creditore in confronto del fideiussore ma solo a prostrarla nei tempi se il debitore principale è del tutto o parzialmente inadempiente. Ove il garante, cioè, contesti nel merito senza opporre l'eccezione, quest'ultima diviene inammissibile giacché tale contegno tradurrebbe una sua rinuncia tacita⁴⁵¹.

La sussidiarietà diviene, di contro, recessiva al ricorrere di specifiche circostanze che rappresentano il segno di quella ipostatizzazione giustiniana del principio di buona fede e correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio⁴⁵². Secondo le testimonianze di Giasone del Maino, l'operatività del *beneficium excussionis* era da escludersi innanzi a un debitore principale riconosciuto quale persona litigiosa o spesso inadempiente al di fuori del processo⁴⁵³. La medesima condizione esecutiva risultava, secondo Bartolo, parimenti insuscettibile di applicazione se il debitore principale fosse stato difficilmente aggredibile alla luce della sua posizione sociale; neppure tale dispositivo sussidiario ricorreva – come rammentano Ippolito

⁴⁴⁹ L'operatività dell'escussione preventiva risultava subordinata solo all'accertamento della presenza del debitore e della sua solvibilità.

⁴⁵⁰ La differenza è che nel codice civile il beneficio di escussione opera solo se pattuito fra le parti (art. 1944, comma 2, c.c.), ma il fideiussore è in ogni caso tenuto a eccepirlo al creditore, indicando i beni del debitore principale da sottoporre a esecuzione. Cfr. A. GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, pp. 57 ss.

⁴⁵¹ R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, II, cit., p. 193.

⁴⁵² Discorre di ragioni equitative R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, II, cit., p. 197, il quale richiama il pensiero dello Pseudo-Quintiliano: «[b]isogna dunque indagare un altro motivo del beneficio di escussione, e altro non vi è fuorché il seguente, cioè l'essere più conforme all'equità che un debito sia pagato, sino a tanto che può esserlo, da quelli che ne sono i veri debitori e che hanno approfittato del contratto, anzi che da coloro che sono debitori peggli altri».

⁴⁵³ W. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Bd. I/2, *Dogmengeschichte des Mittelalters und der neuen Zeit*, cit., p. 207-208.

Marsili e lo stesso Giasone del Maino – in presenza di una garanzia data in ambito commerciale o nell'ipotesi di *infitiatio*⁴⁵⁴.

La configurazione sussidiaria della fideiussione, veicolata con gli studi del *ius commune*, è senz'altro presente nel diritto anteriore alla codificazione francese. Essa è poi definitivamente positivizzata dal *Code civil* del 1804, che influenza e orienta le legislazioni successive. Prevedevano il beneficio di escussione i codici del Regno delle due Sicilie (art. 1893 della Parte prima, Leggi civili), sardo (art. 2057), parmense (art. 2050) ed estense (art. 2037). La sostanziale congruenza di tali disposizioni importa l'accoglimento del delineato modello fideiussorio da parte del codice civile del 1865 (art. 1898). Quest'ultimo lo declinava ancora nelle forme del cennato beneficio (art. 1907 c.c. 1865), il quale è tratto comune (e inalterato) della fideiussione di altri paesi europei⁴⁵⁵.

10. Osservazioni di sintesi.

La ragione del tradizionale intendimento del concetto di solidarietà fideiussoria è stata indagata al fine di valutare la fondatezza del presupposto assiomatico fondato sulla costante pari-ordinazione tra con-debitori, il quale si si radica, com'è noto, intorno al riconoscimento al creditore del *ius eligendi*.

La prima parte del lavoro ha dimostrato che la invariabile compenetrazione tra *libera electio* e solidarietà, comunemente rivendicata dalla dottrina, non trova rispondenza nei dati del diritto positivo (oggetto di più approfondita analisi nel prosieguo).

Il prospettato studio del fondamento storico e sistematico della solidarietà costituisce premessa e dimostrazione utili per cogliere i tratti immanenti del fenomeno, i quali si manifestano oggi nei codici civili nazionali e nel diritto privato europeo. Gli esiti della cennata ricerca avvalorano la fondatezza delle teorie funzionaliste, che, sebbene non traggano poi corollari coerenti rispetto alle premesse da cui muovono, permettono – come si dirà – di sviluppare una più adeguata rappresentazione della solidarietà, la quale risulti confacente all'eterogeneità di negozi da essa disciplinati. La sua conformazione si presenta irrelata da dati strutturali, che dunque pertengono ad altre categorie di obbligazioni. La conclusione consente di sopravanzare definitivamente le elaborazioni rivendicanti, più o meno esplicitamente, l'esistenza di fenomeni spurî, che invece

⁴⁵⁴ W. GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Bd. I/2, *Dogmengeschichte des Mittelalters und der neuen Zeit*, cit., p. 208.

⁴⁵⁵ Così il codice civile austriaco (§1355), portoghese (art. 830), spagnolo (art. 1830), olandese (art. 1868), tedesco (§ 771) e federale svizzero delle obbligazioni (art. 493).

mal si attagliano alle frequenti fattispecie legislative in cui l'istituto opera in assenza di quegli elementi tradizionalmente reputati costitutivi di esso.

Si dischiude così, a séguito dell'indagine sinora compiuta, una via per una rinnovata configurazione della solidarietà. Movendo dall'analisi del fenomeno fideiussorio, il quale è il modello archetipico che ha posto in crisi la veduta strutturale della solidarietà, si delinea una concezione volta ad attenuare l'idea per cui essa necessariamente soddisfi esigenze esclusive di tutela del creditore.

Devono pertanto individuarsi i dati che sorreggono il nostro preliminare assunto di una solidarietà modulabile in funzione delle effettive posizioni dei condebitori nel rapporto obbligatorio. Non è dubbio che lo schema generale dell'istituto, delineato dagli artt. 1292 ss., contempra regole di favore per il creditore; quelle regole – lo si è anticipato – non esauriscono la disciplina della solidarietà, la quale invece presenta natura variabile in ragione dei negozi che a essa soggiacciono nella fase attuativa dell'obbligazione.

CAPITOLO SECONDO

IL RAPPORTO OBBLIGATORIO NELLA FIDEIUSSIONE SOLIDALE

SEZIONE PRIMA.

PARITÀ DI TRATTAMENTO E PROFILO DEGLI INTERESSI

SOMMARIO: 1. Il principio di parità di trattamento nei fenomeni di *comunione*. – 2. ...e nella solidarietà fideiussoria. – 3. Interessi dei condebitori solidali e (difetto della) *libera electio* del creditore. – 3. Interessi dei condebitori solidali e (difetto della) *libera electio* del creditore. – 4. Funzione della solidarietà tra fideiussione e figure funzionalmente affini. Rinvio. – 4.1. *Segue*. La fideiussione solidale assunta su mandato del debitore principale. – 4.2. *Segue*. Solidarietà, *favor debitoris* e limiti della fideiussione. – 4.3. *Segue*. La fideiussione solidale stipulata a vantaggio del debitore principale. – 5. Osservazioni di sintesi.

1. Il principio di parità di trattamento nei fenomeni di *comunione*.

La tracciata evoluzione del pensiero giuridico conferma il nostro preliminare assunto: è dubbio che il modello della pari-ordinazione fra condebitori sia sempre invocabile per la integrale delineazione delle regole proprie della garanzia fideiussoria. La quale, analogamente a istituti a essa affini sul piano funzionale, pare smentire l'illusione della invariabile uguaglianza dei membri del gruppo di debito verso l'esterno.

Si delinea nitidamente il nucleo dell'indagine, che ha dunque lo scopo di accertare: a) se nel diritto positivo la disciplina della solidarietà esiga quale regola ordinaria la facoltà di scelta libera del creditore; b) quali siano le regole suscettibili di applicarsi la fideiussione (nonché per i suoi correlati funzionalmente analoghi o assimilabili), e per la comune obbligazione solidale passiva. Lo studio impone di vagliare l'incidenza del modello fideiussorio sulla disciplina dei poteri creditorî nella solidarietà. Nell'opinione comune, la cennata garanzia devierebbe infatti dal tipo della comune obbligazione solidale passiva. Gli schemi dogmatici (criticamente) vagliati rivendicano la ricorrenza di fenomeni spurî, atipici o impropri di solidarietà, giacché innervati da elementi di disciplina diversi dal tradizionale modello¹; ovvero reiterano l'idea che l'istituto individuato dagli artt. 1292 c.c. sia immancabilmente ancorato alla parità di grado fra condebitori, salve previsioni convenzionali orientate in senso diverso. Anche quando la manifestazione di fenomeni atipici è (correttamente) negata, si giunge comunque a prospettare una disciplina fissa della solidarietà nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Riservandoci di approfondire ulteriormente il tema, può già dirsi che l'impostazione tradizionale risulta

¹ Per l'idea che la solidarietà rechi (o possa recare) l'attributo della atipicità, cfr. E. BATTELLI, *La fideiussione*, in *I contratti bancari*, a cura di F. PIRAINO e S. CHERTI, Torino, 2016, pp. 349 ss., p. 380. Per ulteriori riferimenti sul fenomeno della c.d. solidarietà impropria, v. Cap. I, para. 2, nota 54, nonché Cap. I, para. 8, nota 368.

scarsamente convincente. Anzitutto perché inferisce da un dato normativo neutro – la previsione posta dall’art. 1292 c.c. – l’invariante necessità di un trattamento paritetico dei condebitori nei rapporti esterni. Nei rapporti interni invece opera solo una presunzione di uguaglianza delle parti in cui l’obbligazione risulta divisa (1298, commi 1 e 2, c.c.). Presunzione analoga è presente nell’ordinamento giuridico tedesco, ma qui essa ha un più esteso ambito applicativo: è infatti preveduta con riguardo alla solidarietà (§ 426 BGB) e alla parziarietà nelle obbligazioni (§ 420 BGB)². Al mancato riferimento del legislatore italiano alla presunzione di uguaglianza nell’ambito delle obbligazioni parziarie suole supplire la dottrina, che a queste estende il 2° comma dell’art. 1298 c.c.³. La norma assicura, com’è noto, un trattamento conforme alla parte di ciascun condebitore (o concreditore) in solido. Si discorre in proposito di parità di trattamento di posizioni giuridicamente acquisite, giustapposta alla parità di trattamento volta a eliminare differenze originarie di fatto⁴.

Orbene, il tema dell’estensione dei poteri creditorî è senz’altro relato al principio di parità di trattamento nel diritto privato⁵. L’indagine sulla posizione del soggetto che detiene potere (*Machtposition*) è anzi quasi integralmente dipendente dal tradizionale intendimento di tale principio. Il creditore non dovrebbe esercitarlo arbitrariamente, in ossequio al principio invocato⁶. Ove le posizioni siano giuridicamente acquisite⁷, la parità – in senso opposto a quanto esemplificativamente accade nelle ipotesi in cui essa opera quale garanzia di giustizia contrattuale⁸ – sarebbe da declinarsi in maniera affatto diversa. Qui essa tange il momento

² L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Bd. 111, 1947, p. 80.

³ D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, 2^a ed. riv., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1961, p. 335.

⁴ G. PASETTI, G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, p. 35; L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, cit., p. 93. Ma, con riguardo al tema delle obbligazioni solidali, P. RESCIGNO, P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1515 ss., ora in ID., *Per una biblioteca di diritto privato (la seconda metà del Novecento)*, testi riordinati da V. CUFFARO, Napoli, 2003, p. 22, osserva che il principio di parità «(...) vige all’interno, mentre nessun obbligo di uguale trattamento dei condebitori grava sul creditore». Pare orientarsi in tal senso anche F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 364: «(...) detto principio, se viene talvolta invocato a fondamento della disciplina dei c.d. rapporti interni fra concreditori o condebitori solidali, conseguenti all’avvenuto adempimento (...), è per il resto solitamente ignorato».

⁵ L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, cit., pp. 75 ss.

⁶ L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, cit., pp. 75 ss., pp. 86 ss.

⁷ È, tra i varî, il già rammentato caso delle obbligazioni soggettivamente complesse.

⁸ La letteratura giuridica sviluppatasi sul tema della giustizia contrattuale è assai vasta. Cfr., da diverse prospettive metodologiche, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 335, ora in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, pp. 446 ss.; ID., *Il diritto*

genetico del rapporto e si combina spesso con la sussistenza di una “comunità” (società, comunione, fallimento⁹, ecc.). Il principio invocato tende, in questi casi, ad assicurare il mantenimento delle posizioni di partenza, senza che a esso si demandi l’ufficio di un intervento correttivo o integrativo. Funzioni – correttiva e integrativa – identificabili, di contro, nel lemma della c.d. “parità volontaria”. Essa si manifesta allorché si tratti non già di preservare le primitive posizioni, bensì di eliminare disuguaglianze¹⁰.

Nella categoria di ipotesi strutturate sulla conservazione delle originarie posizioni giuridiche è da operare un distinguo. Se in varî rapporti di partecipazione si danno delibere maggioritarie suscettibili di modificare le reciproche posizioni dei singoli, non è così nelle obbligazioni solidali. È questo un aspetto che, nell’ambito della cennata categoria, accomuna solidarietà e fallimento, nel quale, anche ove siano previste deliberazioni a maggioranza (si pensi al comitato dei creditori), queste giammai intaccano il principio del soddisfacimento proporzionale. Vi è però una significativa differenza tra i due fenomeni con riguardo al tema della parità di trattamento. Nel fallimento il trattamento conforme alle primitive posizioni costituisce dato positivo inequivoco, laddove riscontro analogo non è rinvenibile nella

civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, 4^a ed., IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, pp. 115 ss.; V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Atti del Convegno di Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano 2007, p. 253 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pp. 599 ss.; R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, pp. 534 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 797 ss.; U. BRECCIA, *Che cosa è “giusto” nella prospettiva del diritto privato?*, in *Interrogativi sul diritto giusto*, a cura di E. RIPEPE, Pisa, 2001, pp. 93 ss., ora in *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, pp. 291 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 547 ss.; ID., *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1262 ss.; G. VETTORI, *Il contratto giusto nell’ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, pp. 149 ss.; V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, 2014, pp. 447 ss.; N. LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Napoli, 2016, pp. 7 ss.; P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 348 ss.; G. D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 1 ss.; A. MORACE PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 663 ss.

⁹ A séguito dell’introduzione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (“Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”), il termine fallimento è sostituito dalla locuzione “liquidazione giudiziale” (artt. 121-283). Il reiterato utilizzo nel testo della parola fallimento, oltre a giustificarsi per ragioni di immediatezza concettuale, è motivato dal successivo art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. “Decreto Liquidità”) – convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40 – il quale differisce al 1° settembre 2021 la data di entrata in vigore del Codice della crisi d’impresa, originariamente individuata nel giorno 15 agosto 2020 (fatta eccezione per alcune singole previsioni del d.lgs. n. 14 del 2019, già in vigore dal 16 marzo 2019: artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387, 388).

¹⁰ G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, cit., p. 35.

solidarietà: qui l'eterogeneità degli schemi che a essa soggiacciono nella pertinente fase attuativa sovente esige una differenziazione delle posizioni dei coobbligati.

Da tempo, dunque, la dottrina indaga sul fenomeno che ordinariamente correla l'operatività del principio di parità di trattamento alla sussistenza di una comunità. Concetto, quest'ultimo, da intendersi non già in senso rigido – quale comunione di diritto privato – ma flessibile, sì da includere anche una comunanza di interessi fra soggetti. Gran parte degli studi compiuti sui fenomeni comunitari si sono distinti proprio per il tentativo di delineare il concreto atteggiarsi del principio di parità fra soggetti che muovono sin dall'inizio da una situazione eguale, in quanto agenti all'interno di una comunità – di interessi o di diritti – che per definizione tende a evitare disparità fra i suoi membri. È però da rilevare che le più moderne applicazioni del principio sembrano ancora per certi versi trascurate in quella parte del diritto privato caratterizzata da fenomeni associativi¹¹; laddove, con il progressivo affermarsi del diritto europeo, contorni più nitidi ha assunto il rapporto tra libertà contrattuale e divieto di discriminazione¹².

La ragione di una simile dicotomia applicativa può forse rintracciarsi negli inappaganti esiti talvolta recati dalla sua concreta operatività. Il principio è stato spesso invocato quale perno su cui si struttura la disciplina dei rapporti interni tra concreditori o condebitori in solido all'esito dell'adempimento (artt. 1298, comma 1; 1299, comma 1 e 2). La parità di trattamento inciderebbe altresì sulla interpretazione estensiva della norma posta dall'art. 1296 c.c. Al criterio della prevenzione, funzionale alla individuazione del soggetto legittimato a ricevere il pagamento, si è conferita particolare valenza, tale da giustificare financo la facoltà del creditore, che per primo notifici domanda giudiziale, di optare fra risoluzione, adempimento o

¹¹ V. *retro*, Cap. I, para. 4, note 202-203. Denunciava la scarsa sensibilità della dottrina italiana verso il tema della parità di trattamento nel diritto privato, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 364-365.

¹² A tal riguardo, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, a cura dello stesso, Napoli 2002, pp. 23 ss. C.M. BIANCA, *Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione*, in *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno di Napoli del 22 marzo 2006*, Roma, 2006, pp. 64 ss.; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, pp. 44 ss.; ID., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 161.; M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008, pp. 7 ss., spec. pp. 55 ss.; ID., *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2014, pp. 439 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 228 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 87 ss., pp. 93 ss. Nell'ottica del diritto privato europeo, v. i contributi pubblicati nel volume *Non-Discrimination in European Private Law*, edited by R. SCHULZE, Tübingen, 2011.

risarcimento del danno¹³. La scelta di una fra le opzioni vincola gli altri concreditori. Si osserva, in tal caso, che se non può reputarsi contraria al principio di parità la scelta di esigere l'adempimento, giacché sussiste per chi la compie l'obbligo (riequilibrante) di corrispondere la quota di spettanza ai consorti (arg. ex art. 1299 c.c.), la preferenza espressa verso altra azione proposta per prima introdurrebbe un chiaro elemento di disparità¹⁴. Ciò sottende una ulteriore conseguenza: il concreditore che prevenga giudizialmente il debitore avrebbe la possibilità, agendo per primo, di disporre dell'intero diritto, mentre la concretizzazione dell'invocato principio necessariamente esige il coinvolgimento di tutti¹⁵. Il rilievo coglie senz'altro nel segno, almeno nella misura in cui attesta l'intima radicazione del principio di parità di trattamento nell'indagato fenomeno. Quando, però, tale parità è stata concretamente invocata quale espressione di un principio generale innervante la comunione (declinata qui in senso "rigido" o "forte"), il quale riflette il proporzionale riparto fra i consorti dei vantaggi o dei pesi nella esecuzione della prestazione¹⁶, si è forse trascurato di considerare che il trattamento di costoro assai di frequente esige una differenziazione, ove risulti unilaterale (o *prevalentemente unilaterale*) la distribuzione del peso economico del debito.

La dominante veduta, rivendicante il trattamento paritetico dei condebitori, costituisce il portato di una risalente concezione dottrinale che ravvisa nella solidarietà passiva un dispositivo di tutela del creditore avverso le complessità date dalla obbligazione parziaria in sede di riscossione del credito¹⁷.

In senso contrario, deve dirsi che la parità non può intendersi soltanto come uniformità di posizioni a sostegno della più immediata realizzazione dell'interesse creditorio. Essa assume ancor più significato quando legittima difformità fra le condotte dei soggetti al fine di assicurare, sulla scia di elaborazioni giuspubblicistiche ormai note, una uguaglianza sostanziale radicata sulla effettiva titolarità del peso del debito¹⁸. In questi casi, l'eterogeneità del trattamento, atteso il diverso apporto cooperativo dei condebitori, risulta motivata in virtù della

¹³ È la prospettazione di D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², cit., p. 211, che risulta esposta e analizzata criticamente da F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 365.

¹⁴ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 365-366.

¹⁵ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 366.

¹⁶ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 369.

¹⁷ Il rilievo è già posto in luce da G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, rist. 1^a ed. (1974) Napoli, 2013, p. 47.

¹⁸ Sul rapporto fra uguaglianza (sostanziale) e parità di trattamento, cfr. P. PERLINGIERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, pp. 179-182.

ontologica conformazione di specifici negozi, dell'assetto di interessi delle parti, nonché dalla diretta incidenza delle qualità soggettive dei contraenti, le quali sovente impongono una modulazione della disciplina applicabile. Si tratta, in concreto, del variabile «fatto di cooperazione» dei condebitori, ciascuno dei quali può diversamente concorrere alla realizzazione dell'unitario interesse creditorio¹⁹. Sintomatico, in tal senso, appare il tentativo compiuto dalla dottrina tedesca di modulare la concreta operatività del § 421 BGB, che assegna la libera scelta al creditore, con l'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG – legge generale sulla parità di trattamento) e, segnatamente, con il suo § 19, il cui ambito di operatività afferisce espressamente al diritto civile²⁰; o, comunque, di avviare una riflessione sul tema dell'estensione dei poteri creditorî, i quali, sul presupposto di una rinnovata interpretazione del § 421 BGB, potrebbero essere più correttamente delineati alla luce delle Direttive europee (2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE e 2004/113/CE) cui l'AGG ha dato attuazione in Germania²¹.

2. ... nella solidarietà fideiussoria.

L'archetipo del negozio a un tempo solidale e sussidiario può, come si è in parte già visto²², individuarsi nella fideiussione²³. Qui la solidarietà governa rapporti giuridici (di regola)

¹⁹ Sul tema del c.d. «fatto di cooperazione» del debitore nel rapporto obbligatorio, v. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, rist. 1^a ed (1947) Milano, 2011, p. 10.

²⁰ W.B. SCHÜNEMANN u. M. BETHGE, „Allgemeine Gleichbehandlung“ von Gesamtschuldern? § 421 BGB im Lichte des AGG und der einschlägigen europäischen Richtlinien, in *JZ*, 64. Jahrgang, 2009 pp. 448 ss., spec. p. 449.

²¹ W.B. SCHÜNEMANN u. M. BETHGE, „Allgemeine Gleichbehandlung“ von Gesamtschuldern?, cit., p. 449.

²² V. Cap. I, para. 8-9.

²³ G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, in *Le operazioni bancarie*, II, a cura dello stesso, Milano, 1978 pp. 1045 ss., spec. p. 1056. L'Autore, nell'ambito di una indagine condotta sul contratto autonomo di garanzia, osserva che la funzione di garanzia «per il fatto di avere rilevanza esterna, da una parte presuppone che il contratto sia sempre «appoggiato» ad un rapporto esterno, dal quale resta però indipendente; dall'altra attribuisce all'autonoma obbligazione del garante quel carattere di sussidiarietà, che – presente in tutti i rapporti di garanzia (compresa la fideiussione solidale e l'avallo ...) – costituisce la nota di differenziazione nei confronti dei negozi di assunzione dei debiti altrui» (corsivo dell'Autore). Nel diritto francese, la solidarietà, per quanto immersa ancora in una dimensione strutturale (v. Cap. I, para. 2) che importa la *libera electio* del creditore e dunque la parità formale di trattamento, non impedisce, quando stipulata nell'ambito di una fideiussione, la propagazione unilaterale delle vicende relative all'obbligazione di garanzia e a quella garantita. Cfr. A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, cit., p. 374: «La caution est par essence un débiteur accessoire, la stipulation de solidarité ne pouvant faire échec à ce caractère fondamental».

permeati da un interesse unisoggettivo, il quale onera il relativo titolare del peso economico del debito (art. 1298, comma 2, c.c.).

La seconda parte della previsione posta dal 2° comma dell'art. 1298 c.c. non ha – lo si è rilevato – carattere eccezionale e il precipuo scopo da essa perseguito è quello di assicurare la parità di trattamento fra soggetti le cui posizioni di partenza differiscano. La parità risulterebbe infatti compromessa se tutti i condebitori fossero trattati ugualmente nella attuazione del rapporto obbligatorio²⁴.

La previsione di una *presunzione* di uguaglianza nelle obbligazioni con pluralità di soggetti è coerente con tale assunto preliminare e, dunque, con la effettiva concretizzazione del principio di parità di trattamento. È infatti contemplabile un diverso (o disuguale) assetto della solidarietà e che tale articolazione, rovesciante la richiamata presunzione, sia imposta da esigenze fondate su istanze di giustizia sostanziale²⁵ ovvero dalla clausola di buona fede, di cui quel principio costituirebbe peculiare manifestazione²⁶. Non è casuale che in altri ambiti del diritto privato l'osservanza di quel principio, associato al concetto di “comunità”²⁷, non contempli l'operatività della presunzione e la parità di trattamento sia univocamente declinata solo come parificazione delle posizioni fra soggetti, la quale tende a essere preservata nel successivo svolgimento del rapporto. Per contro, nella solidarietà la difformità di trattamento – si indagherà più approfonditamente sul punto – risponde proprio alla necessità di garantire una forma di parità, quando vi è il rischio che i cennati “vantaggi” derivanti dall'attuazione dell'obbligazione si riflettano sulla sfera giuridica dell'unico consorte interessato, mentre i “pesi” risultino immotivatamente distribuiti anche sugli altri soggetti. In altri termini, il trattamento è *giustamente* disuguale ove ricorrano due condizioni congiuntive: a) la difformità delle posizioni di partenza; b) la coerenza con siffatta difformità dell'assetto di interessi che si innesta sul *nomen iuris* legislativo²⁸. In difetto di una reciproca coincidenza tra le due condizioni, il piano

²⁴ Rammenta, in una prospettiva critica, il (costante) «trattamento paritetico» dei condebitori nella solidarietà passiva G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 47.

²⁵ G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, cit., p. 106.

²⁶ G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, cit., p. 112.

²⁷ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, cit., pp. 13 ss. Scettico su tale impostazione è G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, cit., p. 35.

²⁸ Come si è già detto, alle due condizioni individuate deve aggiungersi la potenziale influenza esercitata dalla qualità soggettiva delle parti sulla concreta disciplina applicabile. A tal riguardo, cfr. Cap. II, para. 8.

dell'interesse *successivo* delle parti può prevalere, in certi casi, sull'obiettivo legislativo iniziale²⁹.

Emblematica è, ai fini del tema sondato, la posizione della giurisprudenza tedesca, la quale valorizzando, da un lato, le clausole generali individuate dai §§ 138 e 242 BGB e prescindendo, dall'altro, dal sillogismo formalistico che parifica fideiussore e debitore comune³⁰, appronta sempre una forma di tutela in favore dei garanti soggetti *deboli*³¹. La soluzione, nella prospettiva del diritto europeo, trova rispondenza nel discusso tema del dovere di correttezza (“*fairness*”) nell'ambito dei rapporti obbligatori di garanzia³²; il quale, nella formula correlata della *proportionnalité* (oltre che della *bonne foi*), diffusa già in via pretoria³³, risulta

²⁹ A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 5 ss., spec. pp. 11-12.

³⁰ Sul punto, v. Cap. II, para. 7.

³¹ Celebre è la decisione del BVerfG, 19 ottobre 1993, in *Neue jur. Wochenschr. (NJW)*, 1994, pp. 36 ss., in relazione al caso di una fideiussione prestata da un familiare, privo di un interesse economico diretto, in favore del debitore principale, il quale non disponendo dei mezzi sufficienti per adempiere, esponeva il suo garante, inconsapevole del peso economico dell'obbligazione, a una posizione debitoria permanente. La sentenza, che ha affermato la nullità del contratto stipulato per violazione della libertà di autodeterminazione (nella cui ambito refluisce la libertà contrattuale), riconosciuta dal § 2 del *Grundgesetz*, è stata oggetto di plurime riflessioni nella dottrina italiana. Cfr. A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, pp. 202 ss.; ID., *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, pp. 101 ss. Più di recente, L. DI NELLA, *La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la Mithaftung von Nahbereichpersonen*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 1191 ss., ora in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. PENNASILICO, Napoli, 2012, pp. 411 ss., il quale ricostruisce nel dettaglio anche le vicende giurisprudenziali anteriori all'emanazione della cennata sentenza. Il principio affermato dalla Corte costituzionale tedesca è ormai stabilmente recepito dalla giurisprudenza. Cfr. BVerfG, 5 agosto 1994, in *NJW*, 1994, p. 2749; BVerfG, 6 dicembre 2005, in *WM*, 2006, p. 23.

³² Al tema della *fairness* nei rapporti fideiussori è significativamente dedicata la gran parte del fascicolo 3 della *European Review of Private Law* dell'anno 2005. Fra i cennati contributi possono qui menzionarsi per rilevanza rispetto alla presente indagine: A. COLOMBI CIACCHI, *Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships*, in *ERPL*, 2005, pp. 285 ss.; S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, ivi, pp. 309 ss.; L. KÄHLER, *Decision-Making about Suretyships under Empirical Uncertainty – How Consequences of Decisions about Suretyships Might Influence the Law*, ivi, pp. 333 ss.; R. PARRY, *The Position of Family Sureties within the Framework of Protection for Consumer Debtors in European Union Member States*, ivi, pp. 357 ss. Cfr., altresì, i saggi raccolti nei seguenti volumi: *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, edited by A. COLOMBI CIACCHI, Baden-Baden, 2007; *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, edited by A. COLOMBI CIACCHI e S. WEATHERILL, Oxford, 2010. Nella dottrina di *common law*, v. B. FEHLBERG, *The Husband, the Bank, the Wife and her Signature*, in *The Modern Law Review*, 57, 1994, pp. 467 ss.; ID., *The Husband, the Bank, the Wife and her Signature. The Sequel*, ivi, 59, 1996, pp. 675 ss.

³³ Cass. com., 17 juin 1997, n° 94-14.105, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 100, obs. J. MESTRE (p. 101) e P. CROCQ (p. 157).

positivizzato dall'art. L. 314-18 del *Code de la consommation*³⁴. La dottrina ha ravvisato (almeno) nella embrionale manifestazione della sondata fenomenologia applicativa, che ha accomunato più esperienze giuridiche, la concreta operatività della teoria dei c.d. «crittotipi»³⁵: si è rintracciata una soluzione al problema in via anteriore e comunque su un terreno *altro* dal (successivo e) formale riconoscimento legislativo³⁶.

Il recepimento di siffatte istanze nel nostro diritto delle garanzie, tuttavia, è parso disagiavo proprio a causa delle resistenze opposte dalla solidarietà (assente nelle garanzie personali degli ordinamenti giuridici continentali) e dal suo tradizionale intendimento. Alla luce dei cennati impulsi e in combinazione con l'auspicato abbandono di una iper-dogmatica concezione della solidarietà, si rende necessario verificare se le maglie del diritto positivo consentano di schiudere la via per una transizione del fenomeno solidale che, svincolato da una dimensione immutabile, possa dirsi più coerente con una declinazione sostanziale del principio di parità³⁷. In passato è stata affermata l'improprietà di una concezione identificante nella prospettiva pubblicistica, la quale, da un punto di vista storico, ha favorito l'emersione del cennato principio, un paradigma utile a intendere il modo di operare della parità: il precetto costituzionale non sarebbe direttamente invocabile³⁸. Il riconoscimento di una relazione diretta fra il principio costituzionale di uguaglianza e la parità di trattamento avrebbe reso arduo il coordinamento di questa con l'autonomia privata. Era cioè diffusa l'idea che il principio di parità dominasse settori diversi rispetto a quelli proprî del principio di autonomia³⁹.

³⁴ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement. Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, Paris, 2017, pp. 159 ss.

³⁵ Com'è noto, la formulazione del termine "crittotipo", intimamente collegato al concetto di "conoscenza tacita", si deve all'opera di R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 1 ss.; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, ivi, pp. 343 ss. V. già ID., voce *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 39.

³⁶ Il riferimento alla teoria dei crittotipi con riguardo al problema della (*un-*)*fairness* nell'ambito di un raffronto comparatistico in tema di «*law of suretyships*» è di A. COLOMBI CIACCHI, *Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships*, cit., p. 303.

³⁷ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., pp. 364-365. Nell'ambito di uno studio intorno alle fattispecie codicistiche contemplanti un obbligo a contrarre, anche M. LIBERTINI e P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 501, rammentano la necessaria operatività del principio di parità di trattamento in senso sostanziale.

³⁸ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, cit., p. 17. Uno studio del pensiero dell'Autore proprio in merito alla radicazione del principio di parità nel diritto privato è condotto da D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di P. Rescigno*, Napoli, 1998, pp. 5 ss., spec. p. 13 ss.

³⁹ A tal riguardo, v. D. CARUSI, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di P. Rescigno*, cit., pp. 13-14.

Prescindendo qui da una indagine circa la denunciata incompatibilità tra i due principi, oggi sempre più interrelati come testimonia la frequenza degli interventi giudiziali (in funzione riequilibrante) negli atti di autonomia⁴⁰, può senz'altro dirsi che la parità nel diritto privato ordinariamente ricorre quando la conformazione di un istituto, la sua disciplina e i concreti interessi delle parti esigano il trattamento (sostanzialmente) uguale di due o più soggetti.

Come si è osservato, i primordiali studi sul tema rivendicavano, invece, l'inscindibilità del nesso fra "comunità" e principio di parità di trattamento⁴¹. L'impostazione può, com'è noto, dirsi superata. Le sperequazioni cui dà luogo l'autonomia privata, alla luce delle (eventuali) posizioni di forza di una delle parti del rapporto, hanno reso necessitata l'estensione a tale ambito dell'operatività della parità di trattamento⁴² e, segnatamente, del principio di non discriminazione⁴³. La *ratio* che sorregge, ad esempio, la disciplina in tema di clausole vessatorie⁴⁴, abuso di dipendenza economica o ritardi di pagamento è infatti dettata dalla necessità di garantire quella parità, ancorché non sia ravvisabile alcuna comunità. Si è sintomaticamente osservato che «il principio della parità di trattamento nel diritto privato

⁴⁰ A tal riguardo, v. D. MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Köln, 1994, pp. 7 ss. In una diversa prospettiva, cfr. M. HABERSACK and R. ZIMMERMANN, *Recent developments in German Suretyships Law: Legal Change in a Codified System*, in *Edinburgh Law Review*, 3, 1999, pp. 272 ss.

⁴¹ L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, cit., p. 93.

⁴² G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München, 1982, pp. 9 ss., pp. 15 ss. 158 ss., distingue tra parità formale e parità contrattuale materiale, declinata come una «*Ausgewogenheit des Kräfteverhältnisses zwischen den Vertragsbeteiligten, eine Art Waffengleichheit*» (p. 15).

⁴³ Riflette sulla influenza esercitata dal diritto europeo sull'odierno intendimento del principio di non discriminazione Cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di discriminazione e contratto*, cit., pp. 547 ss.: «(...) l'obiettivo di rimuovere ogni impedimento al mercato interno e di promuovere le libertà fondamentali ha posto in risalto l'esigenza di avversare ogni trattamento discriminatorio fra contraenti di diverse nazionalità, dando origine ad un processo di progressiva incidenza del principio di non discriminazione sul contratto». Siffatto principio «affrancandosi via via dalla genesi mercantile, e venendosi a colorare di una valenza più propriamente assiologica, è divenuto quasi il paradigma dei nuovi obiettivi costituzionali dell'Europa». In tempi (relativamente) recenti la dottrina riflette anche sul nesso che intercorre tra ragionevolezza e divieto di discriminazione. Sul tema, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., pp. 56 ss., spec. pp. 65-67.

⁴⁴ Ma, a tal riguardo, v. la Relazione alla Commissione sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE, COM(2000) 248 def., 27 aprile 2000, p. 13: «(...) l'utilizzo delle clausole che squilibrano significativamente i rapporti contrattuali tra le parti non solo lede gli interessi della parte che lo subisce, ma danneggia anche l'ordine giuridico ed economico».

denuncia la crisi della libera concorrenza, e la crisi della libertà contrattuale che costituisce lo strumento giuridico della concorrenza»⁴⁵.

Orbene, superata oggi l'ambiguità sottesa alla dubbia delineazione del criterio individuatore dei margini di operatività della parità di trattamento nel diritto privato⁴⁶, nella più circoscritta prospettiva caratterizzante la presente indagine preme porre in luce – e in qualche modo avvalorare – l'idea della naturale flessibilità del principio di parità, il cui riconoscimento, se può dirsi definitivo nello studio del contratto (ma in una prospettiva di *conformità* al mercato)⁴⁷, appare maggiormente incerto in altri ambiti, come quello della solidarietà nel debito.

Sembra che il concetto di comunità, intorno al quale tradizionalmente si avviluppa la parità di trattamento, abbia quasi rinvigorito, ancorché implicitamente, l'equivoco della costante parità di grado fra condebitori⁴⁸. È infatti singolare il mancato richiamo di essa in fattispecie che paiono, ormai da tempo, recare ingiustificate discriminazioni fra le posizioni dei soggetti.

È questo il caso della fideiussione, ove la costante pari-ordinazione tra fideiussore *privato* e debitore principale⁴⁹ innanzi al disinteresse strutturale del primo rispetto all'operazione garantita dalla quale solo il secondo trae una utilità diretta ha suggerito alla dottrina

⁴⁵ P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, cit., p. 16. Più di recente, dall'angolazione visuale della categoria del contratto fra imprese e della disciplina concorrenziale, v. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pp. 515 ss.

⁴⁶ Per alcuni significativi spunti che muovono dal consolidarsi della contrattazione d'impresa, cfr. G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2001, pp. 62 ss., pp. 68 ss. Sulla moderna conformazione del diritto contrattuale, nonché sulle interazioni tra disciplina europea e consumeristica, v. P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 787 ss.

⁴⁷ È la condivisa impostazione di P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., pp. 792 ss., il quale rammenta come anche «la tutela del consumatore secondo il modello di politica del diritto adottato dal legislatore comunitario, non [sia] quindi complementare, ma conforme al mercato, e anzi, rovesciando la prospettiva generalmente adottata, costituisc[a] un presupposto necessario per l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico» (p. 794).

⁴⁸ A ciò pare alludere, in senso critico, G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 47, ove alla nota 126 richiama proprio il lavoro monografico del G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, cit.

⁴⁹ Giova ribadire che la parità di grado non è espressamente preveduta dall'art. 1944 c.c., che solo si limita a qualificare il rapporto tra condebitori come solidale. In senso contrario, v. E. BATTELLI, *La fideiussione*, cit., p. 379: «[l]'art. 1944 c.c. ha attribuito al creditore la facoltà della *libera electio* e cioè la possibilità di pretendere, a propria scelta, l'adempimento, indifferentemente, dal debitore principale o dal fideiussore». L'affermazione pare mitigata dal successivo rilievo (forse contraddittorio se correlato a quello precedente che rivendica la piena operatività della libera scelta in favore del creditore) per cui «una richiesta di pagamento effettuata al fideiussore senza aver prima interpellato il debitore, sarebbe contraria ai principi di correttezza oltre che di buona fede» (p. 381).

l'opportunità dell'accostamento di tale forma di garanzia a una condizione vessatoria⁵⁰. Si è parlato di *asservimento* del garante «all'interesse e volontà altrui per la realizzazione di un contratto rispetto al quale egli è e rimane terzo e del cui buon risultato egli risponde nonostante che si tratti di *res inter alios*»⁵¹. La vessatorietà sarebbe dunque nella delineata sopraffazione cui soggiace il terzo⁵². Segnatamente, si è osservato che dovrebbe discorrersi non tanto di clausola vessatoria, bensì di contratto vessatorio, in quanto si offre in favore di altri una garanzia personale. La prossimità con la clausola vessatoria può forse cogliersi nel rapporto di strumentalità con la causa principale e con l'interesse delle parti del contratto cui il garante non partecipa⁵³. Si invocano così (anche) ragioni di giustizia e di equilibrio a sostegno del superamento di quella concezione radicata sul trattamento paritetico fra fideiussore e debitore principale, atteso che la posizione del secondo costituirebbe financo un peso per il primo⁵⁴. Se, da un lato, l'idea del parassitismo del debitore, la cui posizione determinerebbe un aggravio a carico del fideiussore, non sempre sia aderente al vero, dall'altro lato può però dirsi che neppure una impostazione fondata sulla parità (formale o fissa) di trattamento fra i due soggetti sia coerente con il fine economico della fideiussione solidale, specialmente ove il garante sia un privato. Intuitivo è il seguente dato: la commercializzazione della garanzia fideiussoria operata dal legislatore del 1942, rovesciando la radice storica dell'istituto, per tradizione costituente una via sussidiaria di soddisfacimento rispetto al debito principale, collide in molti casi con la natura non commerciale del negozio⁵⁵.

⁵⁰ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, pp. 3-4, il quale significativamente rammenta il tema oggetto di un convegno padovano del 1984 incentrato sull'analisi delle relazioni intercorrenti tra fideiussione e clausole vessatorie.

⁵¹ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., pp. 3-4.

⁵² Sintomatica appare l'osservazione formulata da R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, a cura di G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI e M. WAELBROECK, Napoli, 2011, pp. 439 ss., spec. p. 451: «(...) l'interprete si accanisce contro il garante, e tuttavia questo garante meriterebbe protezione perché la sua volontà potrebbe essere viziata dalla ingenua certezza di non dover mai pagare, e poi perché si può sospettare che (che non già il creditore, ma il debitore principale) lo abbia lavorato con arte, per convincerlo che non varrà mai disturbato affinché paghi».

⁵³ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 4.

⁵⁴ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 6: «(...) il principale parassita dell'operazione, aiutato dai giuristi in base a concetti superati e ormai abbandonati – in altri settori – da tutti, è soprattutto e in primo luogo il debitore».

⁵⁵ Torneremo più approfonditamente sul tema: Cap. II, para. 8.

3. Interessi dei condebitori solidali e (difetto della) *libera electio* del creditore.

La solidarietà che qualifica i rapporti interni fra fideiussore e debitore, pur deviando dal modello della comune obbligazione solidale passiva⁵⁶, si presenterebbe sempre sospinta da una funzione tipica la quale si risolve nel rafforzamento della possibilità di realizzazione dell'interesse creditorio⁵⁷. Il problema è già stato in parte vagliato⁵⁸. Si è dunque rilevato come la cennata funzione imponga, per opinione comune, conseguenze invariabili sul versante della concreta disciplina. Essa necessariamente sottende il conferimento al creditore dei più ampî poteri nella fase esecutiva delle obbligazioni solidali⁵⁹. Si motiva, per tal via, la naturale operatività della libera scelta del creditore, senza che siffatta discrezionalità sia comprimibile a causa dell'assetto di interessi interno al gruppo di debito⁶⁰. Il principio di parità si riflette dunque nel trattamento uguale dei condebitori anche ove essi siano vincolati per interessi diversi e soprattutto allorquando la solidarietà domini la fase attuativa di negozi che – alla luce dei dati di diritto positivo su cui ci intratterremo oltre⁶¹ – paiono legislativamente conformati sul modello della c.d. unisoggettività.

È però di intuitiva evidenza l'ideale collisione fra la necessità di considerare gli interessi dei soggetti coinvolti – che tendenzialmente implica regole modulari di qualsivoglia fenomeno – e

⁵⁶ V. Cap. III, para. 1, 2, 2.1, 2.2.

⁵⁷ Oltre ai riferimenti già offerti al Cap. I, para. 1, nota 6, e para. 7, v. G. BISCONTINI, G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza,,*, Napoli, 1980, p. 55: «la funzione della solidarietà (...) consiste nel rendere il più agevole possibile la soddisfazione del credito».

⁵⁸ V. Cap. I, para. 1, 2, 7.

⁵⁹ A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, p. 86; U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 275. Nella dottrina tedesca, propende per la teoria della pari-ordinazione (*Gleichstufigkeit*) K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, § 37, I, pp. 635 ss. Più di recente, v. sul punto A.-M. MOLLENHAUER, *Das gestörte Gesamtschuldverhältnis – Insbesondere die beschränkte Haftung der Eltern nach § 1664 Abs. 1 BGB*, in *Neue Justiz*, 2011, pp. 1-8, spec. p. 2. Per più dettagliati riferimenti bibliografici sul tema della pari-ordinazione, v. Cap. I, para. 1, note 1, 2, 3.

⁶⁰ G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza,,*, cit., pp. 57-58. Secondo U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, cit., p. 275, gli interessi sottesi al vincolo solidale possono indurre a variare la relativa disciplina applicabile, ma non nel senso di comprimere la *libera electio* del creditore; ciò in quanto – osserva l'Autore – la solidarietà «è un meccanismo che nasce per tutelare il creditore, assicurandogli la possibilità di andare da uno qualsiasi dei debitori, a sua discrezione, a pretendere l'adempimento per l'intero: pertanto qualsiasi deroga a questo meccanismo, nel senso di individuare un rapporto di sussidiarietà tra obbligazioni, non può certo derivare da semplici esigenze di tutela del debitore che assume la veste di garante, ma semmai da precise scelte del legislatore o delle parti contraenti, che consentano di ridimensionare il descritto *favor creditoris*».

⁶¹ Il discorso è sviluppato con maggiore dettaglio al Cap. III, para. 1, 2, 4.

la comune rivendicazione di una disciplina fissa della solidarietà⁶². Quando si invoca l'essenzialità di una indagine sugli interessi nell'ambito della solidarietà e contestualmente si afferma la stabile operatività del *ius eligendi* quale manifestazione di una regola invariante⁶³, nitidamente si staglia una contraddizione. Di là dalla preliminare qualificazione del fenomeno, ove l'analisi sugli interessi sovente rileva per l'individuazione della natura – parziaria o solidale – che contraddistingue più vincoli, la fissità dei poteri creditorî (ancorati alla previsione posta dall'art. 1292 c.c.) risulta inconciliabile con la denunciata esigenza di un esame degli interessi di quei soggetti che formano parte del rapporto obbligatorio. Già risolutiva nel senso di obliterare la contraddittorietà di una simile conclusione è l'affermazione di metodo per cui «se la direzione all'interesse viene assunta al rango di intento tipico qualificante lo schema negoziale (...), esiste una diversa correlazione fra quell'intento e il modo di prodursi del negozio»⁶⁴. La quale, in altri termini, descrive la incidenza degli interessi sul concreto e variabile atteggiarsi del negozio⁶⁵.

A suffragare la critica formulata soccorre il dato di diritto positivo, riguardato alla luce della sua radicazione storica. Deve preliminarmente ribadirsi che la disposizione invocata (art. 1292 c.c.) non reca alcuna indicazione risolutiva in merito alla *libera electio* del creditore⁶⁶. È qui solo descritta la tipica vicenda estintiva della solidarietà: il creditore può esigere l'integrale adempimento da ciascun condebitore, sicché mercé l'atto solutorio di uno vi è liberazione di tutti. Non è dunque menzione della discrezionalità di scelta del creditore. La apparente neutralità della disposizione acquisisce tuttavia un più chiaro significato se si considera il

⁶² Così A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1357-1358. Più di recente, cfr. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 24, p. 33: «è (...) cruciale una valutazione *in concreto* degli interessi in gioco, con particolare riguardo all'interesse del creditore, ed alle "cointeressenze" che legano debitori i quali abbiano tutti assunto il medesimo debito nei riguardi di quel comune debitore» (corsivo dell'Autore).

⁶³ Si è altrove ribadito che la maggior parte della dottrina sostiene che la *libera electio* del creditore sia comprimibile soltanto mediante una previsione convenzionale delle parti con la quale si stabilisca la degradazione a sussidiaria della obbligazione di un condebitore solidale. V. Cap., I, para. 1, spec. note 2 e 15.

⁶⁴ N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 138.

⁶⁵ N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 138: «[a]nche a voler prescindere dalla considerazione, a mio modo di vedere senza dubbio esatta, che per una precisa individuazione degli effetti dell'atto non è affatto significativo un esclusivo riferimento al valore formale della scelta del tipo, rimane comunque indiscutibile il rapporto fra la direzione della volontà del dichiarante alla soddisfazione di un determinato ordine di interessi e l'ambito di efficacia che il negozio produce, ove appunto quell'intento non risulti contrario ad un preciso limite segnato dall'ordinamento».

⁶⁶ V. Cap. I, para. 1.

contesto in cui essa si è affermata⁶⁷. È nota la scelta compiuta dal legislatore del vigente codice civile: si recepisce, da un lato, la precedente formulazione del codice civile del 1865 in tema di effetti imposti dal vincolo di solidarietà (art. 1186 c.c. 1865)⁶⁸; dall'altro lato, si abbandona definitivamente la norma attributiva del *ius eligendi* in materia di solidarietà passiva (art. 1189 c.c. 1865). Volgendo, peraltro, lo sguardo a ordinamenti giuridici assai vicini al nostro, ci si avvede che, quando si è intesa attribuire la *libera electio* al creditore, essa non risulta mai implicitamente inferibile dai dati del diritto positivo. La tecnica legislativa dei principali codici civili europei, per contro, pare sempre affidarsi a previsioni puntuali e specifiche, le quali espressamente assegnano tale potere al creditore (§§ 421 BGB; 891 ABGB; artt. 1313 *Code civil*; 1144 *Código Civil español*)⁶⁹. Se, su questa scia, si vuol ulteriormente avvalorare la tecnica normativa, può rilevarsi che il *ius eligendi* del debitore in tema di solidarietà attiva (art. 1296 c.c.) costituisce esito della fedele reiterazione di una norma contenuta nel codice civile anteriore (art. 1185 c.c. 1865). Il dato, rapportato al difetto di recepimento del suo correlato inverso nell'ambito della solidarietà passiva, rappresenta il segno di una volontà legislativa tutt'altro che equivoca⁷⁰.

Sotto la vigenza del codice civile abrogato la dottrina ha però dimostrato che nella più classica delle fattispecie di solidarietà a interesse unisoggettivo, la obbligazione del fideiussore non può considerarsi eventuale; si è giunti così al rovesciamento dell'impostazione sussidiaria della fideiussione⁷¹. Alcuni indici normativi paiono tuttavia trascurati dalla moderna dottrina. Essi

⁶⁷ Per una disamina storica e comparatistica della norma posta dall'art. 1292 c.c., v. Cap. I, para. 7.

⁶⁸ Il codice civile del 1865 stabiliva una netta divaricazione di disciplina fra solidarietà passiva e attiva. In particolare, l'articolo 1186 c.c. del 1865 descriveva gli effetti della solidarietà passiva, mentre l'art. 1184 c.c. quelli della solidarietà attiva. Nel trapasso al codice civile vigente, la nettezza del distinguo si è perduta e gli effetti della solidarietà risultano unitariamente descritti.

⁶⁹ Cfr. Cap. I, para. 7.

⁷⁰ La scelta legislativa è tuttavia diversamente interpretata da U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, cit., p. 277, nota 28, secondo cui la *libera electio* del creditore è da considerarsi sottesa alla previsione dell'art. 1292 c.c. («ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità»). Deve però obiettarsi che la formulazione non reca alcuna indicazione – esplicita o implicita – sulla parità di grado fra condebitori ma si limita solo a richiamare il funzionamento tipico della solidarietà, in virtù del quale al coobbligato può senz'altro domandarsi il *solidum*. È agevole intuire che la richiesta dell'integrale pagamento può anche seguire a una preventiva richiesta di adempimento rivolta ad altro condebitore solidale. Neppure sembra condivisibile l'assunto per cui il legislatore del codice civile del 1942, abbandonando l'impostazione fondata sulla naturale operatività del beneficio di escussione (contemplata dal codice civile del 1865), abbia inteso rendere pari-ordinata la posizione del fideiussore rispetto a quella del debitore principale. L'art. 1944 c.c. appronta solo una qualificazione – solidale – del vincolo fra fideiussore e debitore principale. Nel senso della *libera electio* anche G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, 2ª rist. Napoli, 1999, pp. 35-36.

⁷¹ G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934, pp. 53 ss., spec. p. 62. Egli, negando che l'obbligazione del fideiussore possa configurarsi come eventuale, osserva: «[d]a ciò consegue che

smentiscono, come vedremo oltre, la presunzione di uguaglianza all'interno dei gruppi di debito. Il problema è – lo si è notato altrove – l'individuazione del fondamento della rifluenza e verso il creditore dell'assetto (in alcuni casi) disuguale della solidarietà⁷².

La ricorrenza di un interesse unisoggettivo o l'accertamento della eterogeneità causale fra l'obbligazione garantita e quella di garanzia risultano dati utili ma non sufficienti, se isolatamente considerati, per giustificare la trasposizione al di fuori del gruppo di debito (cioè in confronto del creditore) di un assetto di interessi che è tutto interno ai rapporti fra coobbligati in solido. La teorica della solidarietà disuguale ha invece sempre rivendicato la (sola) diversità di interessi tra condebitori quale elemento fondante la propria legittimazione. È proprio questa la principale obiezione che si muove alla cennata elaborazione⁷³. Essa lascerebbe cioè insoluto il problema teorico della individuazione dei motivi fondanti l'imposizione di una condizione esecutiva a carico del creditore⁷⁴. In termini più efficaci, la teoria non offrirebbe una soluzione adeguata al quesito relativo alla possibilità (o meno) di trasfondere una caratterizzazione di interessi propria del gruppo di debito sul piano dei rapporti esterni, onerando il creditore di un ordine da lui non voluto. L'interrogativo non trova appagante risposta nella dottrina della solidarietà disuguale. Ciò ha conferito rinnovato vigore a quelle prospettazioni le quali negano che la solidarietà possa ordinariamente presentare una graduazione delle obbligazioni fra condebitori sospinti da interessi diversi.

Il tentativo di chiarire l'incidenza della diversità di interessi sul profilo relazionale pretesa-obbligo esige dunque la preliminare individuazione della posizione dei soggetti (e così dei rispettivi interessi) nella solidarietà fideiussoria. L'essenzialità di tale identificazione è presupposto necessario per smentire il postulato che vuole la solidarietà posta a esclusivo

(...) convenga sostituire la proposizione che la fideiussione importa la promessa di pagare *se il debitore principale non paga*, con l'altra che effetto precipuo e caratteristico del vincolo fideiussorio è semplicemente *l'obbligo di pagare invece del debitore principale*» (corsivo dell'Autore). L'impostazione è accolta negli studi della dottrina successiva: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, cit., pp. 165 ss., spec. pp. 166-167.

⁷² Per tutti, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 63.

⁷³ In senso critico verso la teorica che argomenta nel senso della solidarietà disuguale, A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 308: «non si crede ad una solidarietà di serie A e ad una di serie B, essendo il vincolo di solidarietà il medesimo in entrambe le specie e, ponendosi per entrambe le specie, la presunzione di solidarietà *ex art. 1294*»; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, cit., pp. 57-58. In giurisprudenza, v., per tutte, Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

⁷⁴ Sul tema della c.d. condizione esecutiva, v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, rist. Napoli 1979, pp. 226-235.

presidio della tutela del credito⁷⁵; funzione che giustificherebbe, per opinione consolidata, l'attribuzione di poteri assoluti del creditore nella fase attuativa delle obbligazioni solidali.

4. Funzione della solidarietà tra fideiussione e figure funzionalmente affini.

Rinvio.

Coerentemente con la qualificazione operata dal legislatore, anche la natura del vincolo intercorrente fra debitore principale e fideiussore (art. 1944 c.c.) è comunemente radicata su di una prioritaria esigenza di rafforzamento del credito⁷⁶.

Affiorano, però, alcuni dubbî sulla tradizionale configurazione della solidarietà, i quali tendono a emergere dallo studio sia dei rapporti interni al gruppo di debito sia dei rapporti esterni fra questo e il creditore.

La stessa pretesa di far discendere da una figura destinata alla tutela della posizione e degli interessi del creditore una disciplina accordante a quest'ultimo i più ampî poteri nella fase attuativa del rapporto obbligatorio risulta assai discutibile. La infondatezza di tale assunto emerge dall'analisi della struttura e funzione di varî istituti, i quali, ancorché non disciplinati dalla solidarietà e pur presidiando interessi riconducibili al creditore, limitano i poteri di tale soggetto nella realizzazione del suo interesse.

Nella segnata ottica, può preliminarmente constatarsi che la garanzia del credito mostra una operatività trasversale: essa è assicurata tanto da una varietà di negozi giuridici quanto da un dispositivo, rilevante sul piano degli effetti, che regola la fase attuativa dei primi; sì che il criterio di distinzione tra le figure recanti tale funzione non risulta sempre di agevole

⁷⁵ V. Cap. I, para. 7.

⁷⁶ L'affermazione trova riscontri unanimi nella dottrina italiana. Cfr., per tutti, G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, Milano, 2010, p. 402: «[l]a fideiussione per legge solidale fa risaltare il principio per cui tale garanzia consente al creditore un più largo potere di aggressione per il soddisfacimento del suo credito (...)». Anche nella dottrina tedesca il riferimento all'idoneità della fideiussione, ancorché non solidale, a rafforzare la garanzia del credito costituisce dato incontrovertito. Così, nell'ambito di una indagine sulla garanzia a prima richiesta, posta in correlazione con la fideiussione accessoria, S. ARNOLD, *Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, p. 24, il quale osserva: «[b]eide Institute bieten dem Gläubiger dadurch Sicherheit, dass sie ihm einen zusätzlichen Anspruch gegen einen Dritten verschaffen». Considerazioni analoghe sono svolte dalla dottrina francese. Cfr., ancora con riferimento alla fideiussione solidale, P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*⁵, cit., p. 578: «[c]omme en toute matière, la solidarité entre plusieurs coobligés accroît la sécurité du créancier». Per più ampî riferimenti sul tema, v. Cap. I, para. 7.

individuazione⁷⁷. Orbene, quandanche la garanzia del credito fosse funzione primaria della solidarietà, non ne costituirebbe un suo tratto esclusivo. Analoga funzione è svolta perseguendo numerose altre vie⁷⁸. Una di queste è, a modo d'esempio, costituita dalla c.d. assicurazione del credito, che è funzionalmente attigua alla fideiussione solidale⁷⁹. Il contratto è qui concluso dal creditore interessato all'affare da cui promana il credito ma la relativa stipulazione è dettata dalla volontà di costui di tutelarsi contro determinati rischi. Egli, a tal fine, remunera l'assicuratore (una Banca o altro soggetto) rinunciando a quei vantaggi che avrebbe ottenuto senza il cennato corrispettivo. Si coglie la differenza con la fideiussione solidale, che è sì, di regola, contratto concluso tra fideiussore e creditore ma è nella prassi garanzia procurata dal debitore su sollecitazione del creditore. Questi infatti, oltre a non offrire (di regola) alcuna remunerazione quando la fideiussione sia onerosa, se un garante non intervenisse, il più delle volte non concederebbe credito. Si spiega così come alla corresponsione dell'eventuale corrispettivo al fideiussore ordinariamente provveda il debitore, sebbene non possa escludersi, in date ipotesi, che sia proprio quest'ultimo il destinatario dell'attribuzione patrimoniale⁸⁰. Il che è complessivamente coerente con la conformazione legislativa della solidarietà

⁷⁷ F. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, pp. 490 ss., spec. p. 491, riflettendo sui criteri distintivi della fideiussione, osserva: «(...) appare chiaro che la funzione che comunemente viene assegnata a quest'ultima figura – di attuare cioè «un allargamento del potere di aggressione del creditore», ovvero di «porre un nuovo debitore accanto a quello principale» – non risulta idonea ad assegnare alla fideiussione un posto, nel nostro ordinamento, che valga a differenziarla da altre figure analoghe». Una più recente indagine sul problema è condotta da S. LANDINI, *Polizze fideiussorie, assicurazione e fideiussione ordinaria nella polisemia del termine garanzia del credito*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, pp. 83 ss.

⁷⁸ F. DENOZZA, *Le garanzie fideiussorie*, in *Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, a cura di A. NIGROE VOLPE PUTZOLU, Milano, 1985, pp. 159 ss. Sul tema, v., altresì, P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, pp. 263 ss. Proprio lo studio della funzione di garanzia (*Sicherungsfunktion*) svolta dalla *Bürgschaft* induce una parte della dottrina tedesca ad accostare l'istituto a quello della *Garantie*, la quale, diversamente dalla prima, non reca l'attributo della accessorialità. È il punto di avvio dell'indagine condotta da C. FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010, pp. 2-3: «[w]egen der wirtschaftlich ähnlichen Sicherungsfunktion von Bürgschaft und Garantie ergeben sich immer wieder schwer zu lösende Abgrenzungsschwierigkeiten, die nicht nur dogmatisch bedeutsam sind, sondern wegen unterschiedlicher Voraussetzungen und Rechtsfolgen auch praktisch erhebliche Konsequenzen haben». Per un più dettagliato raffronto tra fideiussione e garanzie autonome, cfr. Cap. II, para. 6.3, 6.4.

⁷⁹ C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, pp. 103-104. Sul punto, v. altresì A. DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 37; M. FRAGALI, voce *Assicurazione del credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 528; N. LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 138 ss.

⁸⁰ F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2009, pp. 153-156, spec. p. 154. V. Cap. II, para. 4.3.

fideiussoria, la quale è di regola sorretta dallo esclusivo interesse del debitore principale (1298, comma 2, c.c.).

Alla eterogeneità strutturale e causale fra assicurazione del credito e fideiussione, che si appalesa massimamente nella componente di rischio connotante l'una e non l'altra⁸¹, pare tuttavia contrapporsi la marcata prossimità funzionale che esse concretamente dimostrano⁸². Oltre al creditore, il quale senz'altro vede rafforzata la probabilità di realizzazione del proprio interesse, anche il debitore trae significativi benefici dalla stipulazione dei due negozi. È infatti verosimile che, in mancanza della loro costituzione, al debitore resti precluso l'accesso al credito. I due schemi dell'assicurazione e della fideiussione, oltre a eliminare il rischio rispettivamente dell'insolvenza ovvero dell'inadempimento⁸³, agevolano cioè la concessione del credito⁸⁴. Alla luce di tale rilievo può ulteriormente chiarirsi il senso dell'accostamento fra il cennato negozio e la fideiussione. Invero, si è correttamente osservato che l'assicurazione del credito, avviluppata intorno all'eventualità dell'insolvenza del debitore, sia figura più simile alla fideiussione d'indennità⁸⁵, i cui tratti essenziali non sarebbero conciliabili con la solidarietà: non vi è identità empirica tra prestazioni (garantita e di garanzia), né il creditore beneficia della *libera electio*.

La solidarietà, tuttavia, si presenta svincolata da requisiti di struttura. La sua dimensione (prevalentemente) effettuale la disancora necessariamente da elementi invariati e valorizza, di contro, la proiezione teleologica che correla più obbligazioni, le quali risultano tutte rivolte al soddisfacimento dell'unitario interesse del creditore⁸⁶. Questi, accettando la proposta del fideiussore di obbligarsi a pagare una somma a titolo d'indennizzo per l'inadempienza del

⁸¹ B. SALEMI, *L'assicurazione del credito. Polizze fideiussorie – cauzioni*, Milano, 1959, p. 86: «il rischio coperto dalle polizze, nell'assicurazione del credito, è la perdita definitiva (totale o parziale) del valore del credito per insolvenza del debitore».

⁸² E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 47.

⁸³ A. GAMBINO, *Fideiussione, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, pp. 57 ss., spec. pp. 58-59. Più di recente, sulla eliminazione del rischio di insolvenza mediante la stipulazione dell'assicurazione del credito, v. D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano, 2003, p. 51.

⁸⁴ B. SALEMI, *L'assicurazione del credito. Polizze fideiussorie – cauzioni*, cit., p. 85. Peraltro, l'unicità dell'interesse creditorio, realizzabile mediante l'una o l'altra prestazione, ancorché i contegni da esse imposti risultino empiricamente divergenti, suggerisce l'interrogativo sulla operatività della solidarietà anche nella assicurazione del credito. Su quest'ultimo tema, v. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, p. 58: «[p]restazione è sinonimo di comportamento, sicché al mutare di questo muta anche quella».

⁸⁵ C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, cit. p. 104.

⁸⁶ Cap. I, para. 6.1.

debitore ovvero un importo dovuto a saldo nel caso di mancato adempimento del *facere* infungibile a carico del soggetto garantito⁸⁷, stima per lui equivalenti le prestazioni, benché esse siano naturalisticamente divergenti e l'una possa essere adempiuta subordinatamente (o condizionatamente) all'altra. Tali caratteri segnerebbero una ulteriore differenza: la *fideiussio indemnitis* è da distinguere rispetto alla garanzia dell'obbligazione a contenuto infungibile, in cui il fideiussore si obbliga direttamente al risarcimento del danno e risulta vincolato sin dal momento della costituzione della garanzia⁸⁸; diversamente l'obbligazione del garante dell'indennità diverrebbe attuale con il mancato soddisfacimento del creditore sui beni del debitore principale⁸⁹. È, a ben vedere, proprio quest'ultimo carattere – e non già la preventiva escussione del debitore – a ostacolare la configurabilità della solidarietà, giacché essa è insuscettibile di operare ove l'obbligazione (d'indennità) non risulti perfezionata o comunque attuale: la sostanziale assenza di un gruppo di debito impedisce la ricorrenza del dato pluralistico alla base della figura disciplinata dagli artt. 1292 c.c. ss.

Può soggiungersi, seguendo la tracciata direttrice concettuale, che il difetto di concorso fra più obbligazioni, ove l'irrealizzabilità dell'una integra un elemento perfezionativo della fattispecie costitutiva dell'altra, parimenti si oppone alla riconduzione del vincolo di garanzia nell'alveo della sussidiarietà. La quale, analogamente al modo di operare della solidarietà, qualifica un rapporto tra obbligazioni attuali, (co-)esistenti e integralmente valide⁹⁰.

⁸⁷ G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, cit., pp. 84-85. L'impostazione dell'Autore è ripresa da E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, pp. 72-74, il quale distingue la *fideiussio indemnitis*, i cui caratteri sono stati tratteggiati nel testo, dalla garanzia dell'obbligazione a contenuto infungibile, «perché in quest'ultima il fideiussore si obbliga direttamente al risarcimento del danno (...); di contro, nella prima, «il cosiddetto fideiussore, anche quando l'indennità si estende all'integrale reintegrazione dei danni conseguenti all'inadempimento, non è vincolato *ab initio* al pagamento di una somma di denaro, essendo la sua obbligazione sospensivamente condizionata alla mancata soddisfazione, totale o parziale, sui beni del debitore» (p. 74). Sul punto, cfr., altresì, G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 12-16. Sui caratteri della *fideiussio indemnitis*, v. Cap. I, para. 2, nota 70; Cap. I, para. 3, nota 77; Cap. I, para. 7.1, nota 286.

⁸⁸ Nel caso dell'obbligazione a contenuto infungibile non è dubbia la ricorrenza del fenomeno solidale, in quanto l'interesse del creditore, che si combina con il contegno debitorio, può dirsi pienamente realizzato con una delle due prestazioni (oggetto di obbligazioni *attuali* e *co-esistenti*), ancorché esse risultino eterogenee da un punto di vista fenomenico.

⁸⁹ E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit., p. 74.

⁹⁰ Così, già sotto la vigenza del codice civile abrogato, G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, cit., pp. 53 ss., il quale nega che la obbligazione del fideiussore possa dirsi eventuale (p. 62). In senso contrario, v. F. CARNELUTTI, *I possessori di cambiali non scadute nella procedura di concordato preventivo del girante*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917, p. 342, secondo cui il carattere "eventuale" del diritto o dell'obbligo non impedisce di assegnare ai soggetti titolari della situazione giuridica soggettiva la qualifica, rispettivamente, di creditore e debitore. Sul problema della garanzia legale di un'obbligazione incerta, che parrebbe, ad esempio, ricorrere nel caso disciplinato dal 2° comma dell'art. 2331 c.c., v. P. SIRENA, *Falsa*

Riguardata da tale angolazione visuale, la *fideiussio indemnitas*, ancorché destinata al rafforzamento del credito, si struttura sulla responsabilità condizionata (o ipotetica) del garante, ponendo un significativo limite al potere esattivo del creditore. Risulta così confermata la infondatezza di quella veduta che associa alla (presunta) *ratio* di un istituto⁹¹ una invariante disciplina, da interpretarsi in totale armonia con la prima. La preventiva escussione del debitore principale costituisce infatti un onere per il creditore e, correlativamente, uno strumento di tutela del garante.

Sul piano sistematico, è però dubbia l'incompatibilità tra escussione preventiva e solidarietà⁹². Preliminarmente può anzitutto rilevarsi il pacifico orientamento che consente il contestuale accertamento giudiziale del debito verso l'intero gruppo dei coobbligati, anche ove, in confronto di uno o più di essi, sia pattuita la preventiva azione esecutiva⁹³. Simile statuizione, in altri termini, testimonia l'*attualità* del debito, il quale soggiace solo a modalità esattive differenti. Inoltre, a prescindere dal fondato rilievo per cui la momentanea inesigibilità di un credito (determinata dall'onere della preventiva escussione) non mina la validità della pertinente obbligazione, incidendo al più sulla sua temporanea (in-)efficacia⁹⁴, l'elemento decisivo su cui si fonda il modo d'operare della solidarietà risiede nella individuazione degli interessi delle parti nella struttura della obbligazione. Il tema risulterà scriminante nella presente indagine, ma può già qui porsi in luce un dato significativo: l'interesse del creditore rileva non

rappresentanza e gestione di affari altrui nel procedimento di costituzione di una società di capitali, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, pp. 879 ss.

⁹¹ Come si è già osservato, la cennata *ratio* coinciderebbe, in tal caso, con il rafforzamento del credito.

⁹² Nel senso della incompatibilità, v. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, cit., pp. 131 ss., sul presupposto per cui la sussistenza del *beneficium excussionis* sin dall'inizio impedisce al creditore di agire nei confronti del garante. In tempi recenti, la giurisprudenza sembra, tuttavia, accogliere la tesi opposta che concilia beneficio di escussione e solidarietà: Cass., 13 febbraio 2019, n. 4237, in *Rep. Foro. it.*, 2020, voce *Appalto*, n. 430.

⁹³ Cass., 16 ottobre 2020, n. 22629, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Società*, n. 540. In dottrina, a tal riguardo, v. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 88 ss., spec. 90, sebbene l'Autore reputi tale rilievo non decisivo per obliterare la teorica, qui rivendicata, che non ravvede una necessaria fra solidarietà e beneficio di escussione.

⁹⁴ Il dato di per sé già consente di affermare la compatibilità tra preventiva escussione e solidarietà, la cui operatività è soltanto impedita dal difetto di validità e (contestuale) esistenza delle più obbligazioni. Rilievo, quest'ultimo, inferibile già dall'osservazione del C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2^a ed., rist. agg., Milano, 2019, pp. 501-502, ad avviso del quale il beneficio di escussione, attribuendo al fideiussore una posizione sussidiaria senza che ciò escluda il carattere solidale della sua obbligazione, «consente solo di sospendere temporaneamente l'esigibilità del credito»; in tale ipotesi, infatti, «il fideiussore è pur sempre tenuto col debitore principale al pagamento del debito». Sul necessario distinguo tra (in-)esigibilità e (in-)esistenza, v. P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 506; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., pp. 130 ss., spec., con riguardo alle obbligazioni condizionali, pp. 134-136.

solo nel momento genetico della obbligazione, ma anche nella sua attuazione⁹⁵. Il predetto interesse integra un indefettibile parametro per la valutazione del contegno debitorio al momento dell'adempimento. I due poli dell'interesse del creditore, da un lato, e del debitore, dall'altro – (e della loro concreta attività) – si combinano per la valutazione dell'esattezza dell'adempimento e dunque per la corretta esecuzione del programma obbligatorio⁹⁶. Significativamente «l'interesse tipico del rapporto di credito è che si compia un particolare tipo di cooperazione economica tra le parti, rimessa per la sua attuazione alla volontà delle parti stesse»⁹⁷. Il che spiega come, ai fini della realizzazione del proprio interesse, il creditore, accettando la prestazione dal fideiussore (art. 1333, comma 2, c.c.), compulsato a séguito della infruttuosa escussione del debitore, sia necessariamente sospinto dalla volontà di rendere equivalenti per lui la prestazione di garanzia e quella garantita: ove quest'ultima, avente a oggetto un *facere* infungibile, non sia adempiuta, il fideiussore corrisponderà una somma di denaro (pattuita al momento della concessione della garanzia) che estingue l'interesse del creditore e libera così il debitore principale. Si tratta dell'effetto tipico della solidarietà, la quale – lo si ribadisce – non esige dunque una rigorosa omogeneità materiale fra prestazioni, bensì una identità giuridica⁹⁸ parametrata sull'interesse del creditore.

Ulteriore dimostrazione di siffatta tipologia di identità, derivante dalla considerazione unitaria delle prestazioni⁹⁹, ancorché l'adempimento dell'una sia preveduto come sussidiario rispetto all'esecuzione dell'altra, è nella scelta compiuta dallo stesso creditore. Se le prestazioni non risultassero idonee a soddisfare il suo interesse, egli non accetterebbe la prestazione indennitaria e agirebbe, ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c., per ottenere un provvedimento di condanna avente

⁹⁵ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 43 (ivi per ulteriori riferimenti bibliografici).

⁹⁶ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 5.

⁹⁷ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 5. Sul tema della cooperazione del creditore, v. G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, pp. 111 ss., spec. pp. 113-114, ove si delineano i casi in cui il contegno del creditore assume il carattere della necessità.

⁹⁸ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, pp. 364-365. Più di recente, v. D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, in *La fideiussione e le altre garanzie personali*, opera diretta da V. CUFFARO, Bologna, 2014, p. 120, il quale reputa decisivo il concetto di identità giuridica tra prestazioni; si da doversi necessariamente attenuare la rilevanza del riferimento all'identità materiale per la configurazione della solidarietà.

⁹⁹ A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali*, cit., p. 310, pone in luce la necessità di collegare all'elemento della “medesima prestazione” «e cioè al risultato di «unificazione» (normativa) delle diverse posizioni (prestazioni) debitorie «in una medesima prestazione», l'effetto ulteriore consistente nel fatto che ciascun condebitore «può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri» (art. 1292)».

a oggetto l'esecuzione coattiva dell'obbligo di fare¹⁰⁰. Una simile scelta del creditore costituirebbe prova inequivoca che quell'interesse è suscettibile di realizzazione soltanto con lo specifico adempimento del debitore principale.

Orbene, nella *fideiussio indemnitis*, la solidarietà, se deve escludersi per il carattere inattuale della obbligazione del garante, non è in astratto impedita dal difetto della *libera electio*¹⁰¹. Giova, in tal senso, ribadire che il *ius eligendi* del creditore non assurge a tratto organico della figura disciplinata dagli artt. 1292 c.c. ss. La dottrina ha ormai chiarito che l'art. 1293 c.c. oblitera la piena compatibilità tra sussidiarietà e solidarietà nel nostro sistema¹⁰².

Il dato di diritto positivo conferma le conclusioni tratte. Si pensi alle ipotesi legislative di solidarietà disuguale, la quale governa i rapporti del sistema cambiario (strutturato per gradi) e quelli dei negozi di assunzione del debito¹⁰³: l'effetto naturale di questi ultimi, allorché essi siano cumulativi, consente al creditore di rivolgersi – non già più a uno, ma – a due coobbligati in solido (artt. 1268, comma 2°, 1272, co. 1°, 1273, co. 3°), vincolati nonostante l'unisoggettività dell'interesse¹⁰⁴. Certo potrebbe obiettarsi che la preventiva escussione del debitore principale, tipica della *fideiussio indemnitis*, non caratterizzi il funzionamento dei cennati negozi assuntorî, sì da opporsi inesorabilmente alla solidarietà. Invero, sebbene il tema sia controverso, deve dirsi che la procedura esecutiva sui beni del debitore principale non impedisce l'operatività del meccanismo solidale: qualora tale dispositivo sussidiario risulti

¹⁰⁰ Con la norma posta dall'art. 614 bis c.p.c. il legislatore – sulla scorta delle *Zwangsstrafen* di cui ai §§ 888 ZPO e §§ 354-355 della EO austriaca, delle *astreintes* francesi e dei *contempt of Court* della *common law*, misure le quali pure si differenziano l'una dall'altra per la concezione privatistica (il modello franco-belga prevede la condanna a favore dell'avente diritto) o pubblicistica (il modello tedesco impone il pagamento a favore dell'erario) che le innerva – ha, com'è noto, introdotto nell'ordinamento italiano uno strumento coercitivo del provvedimento avente ad oggetto l'esecuzione coattiva degli obblighi di fare o non fare. Pur essendo, secondo taluni, una norma insoddisfacente sotto vari profili, essa è segno della volontà di superare un problema che pure aveva destato gravi tensioni concettuali in dottrina. Sul punto v. già S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, pp. 52 ss., pp. 179 ss.; ID., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di P. RESCIGNO, vol. 20, *Tutela dei diritti*, Torino, 1998, pp. 352 ss. Più di recente, cfr., tra molti, A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI e S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino 2009, pp. 155 ss., nonché A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, V, 2010, pp. 257-266, spec. pp. 263-266.

¹⁰¹ Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit., adduce anche il cennato difetto a motivo dell'esclusione della solidarietà nella *fideiussio indemnitis*. In chiave adesiva, v. G. TRAVAGLINO, *Natura giuridica della polizza fideiussoria stipulata dall'appaltatore a garanzia delle obbligazioni verso la p.a.*, in *Corr. mer.*, 2010, pp. 516 ss., spec. p. 520.

¹⁰² In questi termini, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 68.

¹⁰³ Per una specifica indagine sulla simiglianza funzionale tra fideiussione e negozi di assunzione del debito, v. Cap. II, para. 6.1, 6.2, 6.3

¹⁰⁴ Cap. II, para. 6.1, 6.2, 6.3.

effettivamente preveduto, l'unitario interesse creditorio ben potrà realizzarsi dopo il tentativo infruttuoso di soddisfacimento sul predetto patrimonio. La conclusione primariamente si concilia con la disposizione dell'art. 1292 c.c., in quanto il creditore preserva il potere di rivolgersi a ciascuno per l'integrale l'adempimento, quantunque la sua libertà di scelta risulti compressa dall'onere escussivo. Non vi è dunque una limitazione della garanzia dal punto di vista soggettivo, circostanza che confliggerebbe con il disposto dell'art. 1292 c.c., ma solo la previsione di una *diversa modalità* regolante l'esazione del credito (art. 1293 c.c.). Ciò trova riscontro nel difetto di autonomia della *fideiussio indemnitatis*, la quale suole pur sempre ricondursi alla comune fideiussione¹⁰⁵, sì da soggiacere, per la gran parte, alla disciplina di quest'ultima.

Il chiarimento consente dunque di cogliere la simiglianza fra la prestazione dovuta dall'assicuratore e quella cui è tenuto il fideiussore¹⁰⁶. Il primo, remunerato dal creditore, si obbliga a rivalere quest'ultimo (assicurato) dei danni da lui subiti a causa dell'inadempimento del debitore. Tale prestazione (di garanzia) è quasi del tutto analoga a quella del fideiussore. L'evocata contiguità è ancor più evidente ove si consideri la prestazione oggetto di determinate tipologie di assicurazione, come quelle fideiussorie o stabilite su cauzione¹⁰⁷: queste, garantendo l'esatto adempimento del credito alla sua scadenza, impongono con varie modalità al terzo assicuratore l'obbligo di pagare entro il cennato termine¹⁰⁸.

Se la garanzia fideiussoria è riguardata da tale angolazione visuale, rivolta pertanto alla valorizzazione degli interessi del debitore principale o del fideiussore (o, complessivamente, dell'intero gruppo di debito), può già constatarsi l'indebolimento di quella veduta che sempre correla la solidarietà a una funzione di (esclusiva) protezione delle ragioni creditorie. Nella segnata ottica, emerge la genericità del riferimento al concetto di rafforzamento della garanzia

¹⁰⁵ Così G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 39, il quale però reputa inconciliabili beneficio di escussione e solidarietà; U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, cit., p. 279. Riconduce la *fideiussio indemnitatis* alla fideiussione di diritto comune anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*², cit., pp. 495-496, secondo cui, però, onere escussivo e solidarietà risultano del tutto compatibili. Per la più analitica esposizione del pensiero di quest'ultimo Autore, v. Cap. II, para. 4.1, nota 94.

¹⁰⁶ B. SALEMI, *L'assicurazione del credito. Polizze fideiussorie – cauzioni*, cit., p. 5.

¹⁰⁷ Sulla linea di confine fra assicurazione del credito e assicurazione fideiussoria, v. C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, pp. 103 ss.

¹⁰⁸ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 128. Più di recente, v. S. LANDINI, *Polizze fideiussorie, assicurazione e fideiussione ordinaria nella polisemia del termine garanzia del credito*, cit., p. 111, la quale propone di rintracciare il criterio differenziale tra fideiussione, polizza fideiussoria e assicurazione del credito nella concreta «dinamica del rapporto avuto riguardo al suo momento costitutivo, esecutivo e alle conseguenze in caso di mancata soddisfazione».

del credito; locuzione insoddisfacente poiché, come si è dimostrato¹⁰⁹, non individua l'elemento caratterizzante la solidarietà. Essa coglie piuttosto un singolo aspetto della sua concreta operatività, che si risolve in una maggiore consistenza patrimoniale a sostegno delle ragioni creditorie. Il rafforzamento del credito è dunque effetto fisiologico che connota certo la solidarietà ma anche istituti i quali ordinariamente (e non)¹¹⁰ producono questo particolare risultato.

L'inquadramento della funzione svolta dalla solidarietà esige l'identificazione degli interessi delle parti del rapporto obbligatorio, i quali, già desumibili dalla norma posta art. 1292 c.c., non risultano esclusivamente proiettati alla tutela della posizione del creditore. Alla facoltà di quest'ultimo di domandare l'integrale adempimento ai condebitori si accompagna il vantaggio di costoro, che mediante l'atto solutorio di uno, sono tutti liberati verso l'esterno¹¹¹. La volontà del debitore di estinguere l'obbligazione mediante l'adempimento è segno, da un lato, di un suo contegno diligente e, dall'altro lato, di un interesse a liberarsi dal vincolo che lo astringe verso il creditore. Riguardata da simile angolazione visuale, inizia a delinearsi la (reale) funzione della solidarietà, che contempera interessi contrapposti. Il che legittima qualche interrogativo sulla consolidata veduta che fa immancabilmente discendere dal (presunto) *favor creditoris*, innervante la solidarietà¹¹², regole di assoluto vantaggio per la parte attiva del rapporto obbligatorio nella pertinente fase attuativa¹¹³.

¹⁰⁹ V. Cap. I, para. 7.1.

¹¹⁰ Si discorre, nella segnata prospettiva, di polifunzionalità di strumenti idonei a svolgere anche una funzione di garanzia. Così G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, p. 24. Fra gli strumenti distinti dalla cennata polifunzionalità, l'Autore significativamente menziona la clausola penale e la caparra confirmatoria «che hanno natura accessoria in quanto seguono le vicende del negozio principale». Si osserva che «dalla natura sostanzialmente sanzionatoria della liquidazione preventiva del danno deriva una indubbia coercizione sul debitore all'adempimento e quindi un rafforzamento dell'obbligazione principale» (p. 25). V., però, per una approfondita disamina della funzione svolta dalla clausola penale, F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, pp. 117 ss., il quale rammenta come la cennata funzione non sia determinabile a priori: «(...) sembra corretta la tesi secondo cui le funzioni della clausola penale sono plurime e dipendono principalmente dallo scopo che le parti intendono perseguire (p. 121). Sulla differenza tra la funzione (o le funzioni) della clausola penale e quella della caparra confirmatoria («non (...) connesse soltanto all'inadempimento»), cfr., ancora, ID., *op. cit.*, cit., pp. 149 ss., pp. 151 ss.

¹¹¹ R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, in A. GORASSINI e R. SICLARI, *Di alcune specie di obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2013, p. 176, il quale rammenta in chiave adesiva il pensiero già espresso da A. DI MAJO, *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, p. 168.

¹¹² P. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, p. 234; K. LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, Teil I, *Vertrag und Vertragsbruch*, Hamburg, 1936, p. 210.

¹¹³ Si rammenta nuovamente il pensiero di A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 86: «in armonia con la *ratio* di *favor creditoris*, anche le modalità formali della scelta del debitore sono libere; e (...) al creditore

4.1. *Segue. La fideiussione solidale assunta su mandato del debitore principale.*

Si scorgono così i primi segnali di una diversa funzione della solidarietà. I quali trovano ulteriore riscontro ove si indaghi sugli interessi che motivano la concessione della garanzia fideiussoria.

Nella gran parte dei casi essa non segue affatto all'iniziativa individuale del garante, ancorché egli, obbligandosi personalmente e sempre se il creditore non rifiuti la offerta (art. 1333, comma 2, c.c.), stipula con questi un contratto da cui derivano obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333, comma 1, c.c.)¹¹⁴. La promessa individuale del fideiussore, che produce effetti obbligatori vincolanti (1987 c.c.)¹¹⁵, è ipotesi certo contemplabile ma essa non esaurisce il novero delle fattispecie costitutive della fideiussione e soprattutto non è segno della inconsapevolezza del debitore in merito alla concessione della garanzia. Egli è il più delle volte il soggetto che procura al creditore un garante affidabile, il quale sovente si obbliga in via unilaterale¹¹⁶. D'altronde, l'art. 1936 c.c. non ancora la fideiussione (solo) a un contratto,

è accordata la facoltà di modificare, fino al pagamento, le proprie strategie». Nella dottrina francese a conclusioni pressoché analoghe pervengono, tra molti, F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12^e ed., Paris, 2018, p. 1464.

¹¹⁴ Sulla unilateralità del negozio fideiussorio, v., per tutti, M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, pp. 24-25; E. BATTELLI, *La fideiussione*, cit., pp. 349 ss., p. 351. Nella dottrina francese, v. L. AYNÈS et P. CROCCQ (avec le concours d'A. AYNÈS), *Droit des sûretés*, 13^e ed., Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 39: «[L]e cautionnement est un contrat unilatéral par lequel la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation au cas où le débiteur ne le ferait pas», nonché M. SÉJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, Paris, 2011, pp. 25 ss., dalla cui indagine trae rinnovato vigore l'impostazione che assegna a tale garanzia natura essenzialmente unilaterale. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr., tra molte, Cass., 19 dicembre 2017, n. 30409, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 11. In quella di merito, v. App. 8 giugno 2020, n. 2032, in *Red. Giuffrè* 2020. Diverso è invece il problema relativo alla natura contrattuale o meno della fattispecie preveduta dall'art. 1333 c.c. Nel primo senso, v. R. SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto, Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 3^a ed., Torino, 2004, pp. 245 ss. Discorre, per contro, di negozio unilaterale a rilievo bilaterale, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. anast., 2007, pp. 121 ss., pp. 191 ss.

¹¹⁵ Sul tema, v., per tutti, A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Ciccumessineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO e F. ANELLI, Milano, 2019, pp. 71 ss.

¹¹⁶ In proposito, v. già F. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui*, cit., p. 493: «(...) nella grande maggioranza dei casi l'osservazione della realtà sociale rivela che la ragione giustificatrice, sul piano economico, dell'assunzione fideiussoria del debito si trova fuori del negozio stipulato [dal garante] con il creditore, in un altro rapporto esistente tra fideiussore e debitore principale».

potendo essa costituirsi in virtù di una determinazione volontaria, legale o giudiziale¹¹⁷. La norma non offre cioè una definizione della fideiussione ma solo delinea la posizione del garante. In ciò la soluzione legislativa diverge da quella, a mo' di esempio, operata all'art. 1960 c.c. in tema di anticresi, ove l'istituto è individuato nei suoi elementi essenziali e se ne chiarisce espressamente la natura contrattuale. La flessibilità sostanziale del modello fideiussorio sottende una eterogeneità di interessi che risultano variamente tutelati mediante l'operatività della solidarietà.

Non è infrequente che la fideiussione solidale sia concessa all'esito del conferimento di un incarico dato dal debitore principale. Si configura, in tal caso, un contratto concluso in esecuzione di un mandato (anche tacito) almeno ove non sia preveduta remunerazione alcuna¹¹⁸. Si discorre, in proposito, di «trilateralità sostanziale della vicenda fideiussoria»¹¹⁹ per designare il coinvolgimento attivo del debitore principale in un rapporto al quale egli è solo formalmente estraneo. Emerge così l'interesse del predetto soggetto all'instaurazione di un vincolo di solidarietà; interesse che è almeno pari a quello del creditore, e, in molti casi, financo prevalente rispetto a quest'ultimo. Ove poi un corrispettivo sia preveduto¹²⁰, si configurerebbe non già un mandato ma un negozio plurilaterale di fideiussione¹²¹ (o un contratto a favore di terzo)¹²², giacché il soggetto assuntore di quest'ultima si obbliga proprio in virtù della prestazione monetaria stabilita al momento della costituzione della garanzia¹²³. Si è osservato, con riguardo alla divisata ipotesi, che la obbligazione fideiussoria sorge indipendentemente dalla stipulazione di un secondo contratto (tra garante e creditore)¹²⁴, e ciò inequivocabilmente attesta la sussistenza di un interesse tutelato del debitore principale. Orbene, tale obbligazione – insorgente dalla conclusione di un contratto fra debitore principale e garante, il quale accetta

¹¹⁷ La peculiare possibilità di costituire la fideiussione per atto unilaterale a causa di morte è vagliata da V. BARBA, *Il legato di fideiussione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, pp. 416 ss., ora in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, cit., pp. 137 ss. (da cui le successive citazioni).

¹¹⁸ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 147.

¹¹⁹ L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Torino, 2020, pp. 26 ss., spec. pp. 28-29.

¹²⁰ P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e ed., Paris, 2015, p. 597: «[I] accord entre la caution et le débiteur, généralement antérieur au contrat de cautionnement proprement dit, peut stipuler une rémunération au profit de la caution qui prête son crédit au débiteur. Tel est évidemment le cas surtout si la caution est un établissement financier».

¹²¹ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., pp. 148-151.

¹²² G. DEIANA, *Attribuzioni indirette e attribuzioni onerose nel contratto di fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, I, pp. 441 ss., spec. pp. 442-443.

¹²³ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 148.

¹²⁴ Così G. DEIANA, *Attribuzioni indirette e attribuzioni onerose nel contratto di fideiussione*, cit., p. 442.

di vincolarsi verso un corrispettivo –, in quanto costituita anteriormente alla accettazione del creditore, è segno della rilevanza dell'interesse del debitore: egli remunera l'altro contraente affinché presti fideiussione a un terzo.

Il dato accomunante le due figure – fideiussione costituita su mandato del debitore principale e negozio plurilaterale di garanzia (o contratto a favore di terzo) – è da rintracciare proprio nella sussistenza di un interesse del debitore principale: egli mira al rafforzamento della sua posizione verso l'esterno mediante l'aggiunta del patrimonio di un terzo soggetto. È ovviamente anche possibile che, per le suindicate finalità, il debitore sia obbligato a dare un fideiussore (artt. 1943, 1179 c.c.) all'esito di un comando dell'autorità giudiziaria (artt. 639, 640 c.c.) o dopo essere stato compulsato dal creditore (artt. 491, 1186 c.c.).

Può dunque dirsi che la previsione legislativa della solidarietà, così intesa, consente al debitore di accedere al credito. A tal fine, non appare decisiva la mera concessione della garanzia, in quanto se il patrimonio che la costituisce fosse per ipotesi aggredibile dopo l'infruttuosa escussione del debitore principale, essa rappresenterebbe quasi un ostacolo per il raggiungimento dell'intesa alla base del rapporto principale fra debitore e creditore. È invece il meccanismo solidale, in combinazione con il negozio da disciplinare, che dispiega benefici *immediati* per il debitore e *mediati* per il creditore: consente al primo di ottenere un istantaneo vantaggio grazie al credito concesso; permette al secondo di avere poi maggiori possibilità di recuperare le somme versate in tempi rapidi. Ciò proprio mediante l'ampliamento dei patrimoni aggredibili e l'ordinaria inoperatività del beneficio di escussione. Inoperatività dell'onere escussivo non significa però esclusione di altre forme di etero-ordinazione fra obbligazioni, le quali, meno onerose per il creditore, adeguatamente compongono due contrapposte esigenze: da un lato, quella di osservare il dato economico – relato alla effettiva titolarità del peso economico del debito – sottostante alla complessiva operazione, sì da aumentare la probabilità che l'obbligazione del garante, non compulsabile prima dell'inadempimento del debitore principale, risulti estinta (in virtù del meccanismo preveduto dall'art. 1292 c.c.) a séguito della primaria richiesta di pagamento a quest'ultimo rivolta; dall'altro lato, di permettere al creditore di recuperare quanto precedentemente versato in tempi ragionevoli e senza eccessive formalità. Il fondamento nel diritto positivo di altre forme di graduazione delle obbligazioni sarà indagato oltre, ma è qui necessario svigorire quella idea che tende ad associare la solidarietà alla sola funzione di tutela della posizione del creditore. La dimostrazione della reale funzione innervante la solidarietà giustifica poi la rinnovata interpretazione di un complesso assetto di

regole (artt. 1292 c.c. ss.; 1936 c.c. ss.), sì da renderle coerenti con il suo reale funzionamento. Il quale – lo si ribadisce – funge da «strumento di mediazione di interessi»¹²⁵ ontologicamente contrapposti¹²⁶. La teorica ulteriormente si raccorda con una veduta «complessa» del rapporto obbligatorio¹²⁷. Quest'ultimo, come vedremo, esige l'adempimento di obblighi primari e secondari a carico dei condebitori o del creditore, il cui potere esattivo può, proprio in virtù di tali obblighi, risultare limitato e compresso¹²⁸.

4.2. Segue. Solidarietà, favor debitoris e limiti della fideiussione.

Il dato di diritto positivo dimostra dunque che la concezione assegnante alla solidarietà una funzione (tipica) di tutela delle ragioni creditorie è infondata. Si è detto che già l'art. 1292 c.c. è norma che soddisfa interessi riconducibili (anche) ai condebitori diligenti, i quali senz'altro vogliono liberarsi dal vincolo che li astringe in confronto del creditore. L'integralità dell'adempimento di uno, determinando l'estinzione delle obbligazioni di tutti, realizza il primario interesse di ciascun membro del gruppo di debito¹²⁹. Ulteriore riscontro di una volontà legislativa orientata verso la protezione dell'interesse dei condebitori solidali alla liberazione dal vincolo è nella norma posta dall'art. 1296 c.c.: è conferito al debitore, mercé il riconoscimento del *ius eligendi*, un ampio potere di estinguere l'obbligazione nella maniera più immediata possibile, agevolandone il tempestivo adempimento. Ciò attesta, ancora una volta, come la funzione della solidarietà reagisca sulla relativa disciplina, significativamente

¹²⁵ Così, movendo da una indagine sulla solidarietà fideiussoria, D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, cit., p. 124, ad avviso del quale deve, tuttavia, riconoscersi la *libera electio* al creditore, salvo quanto diversamente disposto dalle parti

¹²⁶ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 79: «[p]er vero, è notorio (...) come nel nostro ordinamento, l'obbligazione solidale risulti dalla fusione dei cosiddetti rapporti esterni e dei rapporti interni: è chiaro, d'altra parte, come la regolamentazione stessa della solidarietà abbia risentito e sia stata improntata da questa sua duplice natura. Infatti, se si prescinde dalla nozione generale di solidarietà, quale enunciata dal nostro legislatore all'art. 1292, tutta la regolamentazione è fatta in vista di un contemperamento degli interessi originanti dall'uno e dall'altro rapporto».

¹²⁷ P. SIRENA, voce *Obbligazione (in generale) (Dir. civ.)*, in *Enc. giur. Sole 24 Ore*, Milano, 2008, pp. 157 ss., spec. p. 158, ove il rapporto obbligatorio è definito quale «organismo complesso». Su quest'ultimo concetto e sul superamento della tradizionale concezione che configurava il rapporto obbligatorio quale «rapporto semplice», v. G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, pp. 723 ss., spec. pp. 735-737. In tempi recenti, v. D. ACHILLE, *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione*, in *Ann. del contratto*, Torino, 2017, pp. 129 ss., spec. p. 146.

¹²⁸ Cap. II, para. 7; Cap. III, para. 4, 5.

¹²⁹ V. Cap. II, para. 4.

orientandola nel senso di proteggere l'interesse del debitore diligente a liberarsi mediante adempimento. Qui la positivizzazione della *libera electio* è giustificata proprio dal *favor debitoris*, giacché con essa si intende favorire la realizzazione dell'interesse del titolare di simile facoltà di scelta assicurandogli uno strumento per una più immediata estinzione della sua obbligazione.

Non così, per contro, nella solidarietà passiva. Di là dalla eterogenea formulazione del testo dell'art. 1292 c.c., assai divergente rispetto a quello dell'art. 1296 c.c., l'interesse del creditore a recuperare prontamente le somme di propria spettanza risulta legislativamente mitigato dalla rilevanza dell'assetto economico alla base dei rapporti di debito. Benché il dato letterale non sia risolutivo, il testuale difetto di analoga previsione all'art. 1292 c.c. induce a ritenere che la ragione di tale norma non sia affatto riducibile al *favor creditoris*. Il mancato riferimento alla *libera electio* nella solidarietà passiva corrobora cioè la conclusione tratta. La solidarietà contempera interessi divergenti e in reciproco conflitto: il creditore, pur non beneficiando (sempre) del *ius eligendi*, può costringere ciascun condebitore all'adempimento per la totalità (art. 1292 c.c.), osservando in varî casi un determinato ordine nelle relative richieste (art. 1293 c.c.); ogni condebitore profitta della integralità dell'effetto estintivo dato dall'adempimento del consorte (art. 1292 c.c.). La disciplina generale della solidarietà non esclude evidentemente che il creditore possa beneficiare della *libera electio*, ma quando essa si combina con determinati negozi rispondenti a certe funzioni quel potere risulta compresso.

È quanto avviene nella fideiussione, la cui disciplina reca previsioni caratterizzate da una trasversale incidenza sulle posizioni dei soggetti che profittano della solidarietà o che, di converso, rispondono a tale titolo. Non è certo dubbio che, in via mediata, il creditore tragga vantaggio dall'ampliamento dei patrimoni da lui aggredibili, ma l'art. 1941 c.c. pone alcuni significativi limiti che bilanciano le relative posizioni. La fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può prestarsi a condizioni più onerose (art. 1941, 1° comma, c.c.)

¹³⁰. La norma, costituente una nota espressione del carattere accessorio di tale garanzia, non è

¹³⁰ È necessario solo rammentare che lo schema della fideiussione *omnibus*, inciso, com'è noto, dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154 (*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*), il cui art. 10 ha modificato (oltre all'art. 1956) l'art. 1938 c.c., imponendo l'obbligo di indicare l'importo massimo garantito, è pur sempre ancorato al principio di accessorialità di cui è espressione l'art. 1941 c.c. Al di là della fideiussione *omnibus*, se l'ammontare dell'obbligazione garantita non risulti determinato, il cennato principio reagisce nel senso di preservare la validità del rapporto di garanzia, sì da determinare *per relationem* il suo contenuto, che sarà rapportato all'obbligazione principale. Pertanto, la entità dell'esposizione dell'obbligazione di garanzia e di quella garantita coincideranno per sorte capitale e accessori. Per una più ampia disamina, cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 160 ss., spec. pp. 166 ss., p.

congegnata per la tutela del creditore, il quale semmai ha un interesse opposto a quello positivizzato con il predetto limite. Significativa conferma può trarsi da una ulteriore disposizione legislativa la quale espressamente circoscrive la validità della fideiussione, quando essa ecceda il debito o risulti contratta a condizioni più gravose, ai limiti dell'obbligazione principale (art. 1941, comma 3, c.c.). Si tratta di una ipotesi di nullità parziale che sembra posta a tutela della posizione del fideiussore¹³¹: per tal via, egli non risulta mai esposto in misura maggiore rispetto a quanto garantito. La norma non è affatto sconosciuta alla nostra tradizione giuridica, giacché, come si è veduto, rappresenta la positivizzazione di una regola del diritto romano classico, consolidatasi nel periodo giustiniano e poi nel diritto comune, la quale impediva la stipulazione di una *fideiussio in durio rem causam* ovvero *in durio rem condicionem*¹³². La radicazione storica di tale divieto nitidamente emerge nei codici civili europei¹³³. Il *Code civil* reca una disposizione (art. 2290) in gran parte analoga a quella italiana e al correlato anteriore della prima (art. 2013 *Code napol.*) si rifà la previgente formulazione dell'art. 1900 del codice civile italiano del 1865. Vi è però una differenza tra i due ordinamenti giuridici: in quello francese la disciplina del *cautionnement*, di regola, non è solidale e ravvede nel garante un obbligato in via sussidiaria; in quello italiano, i rapporti tra debitore, fideiussore e creditore sono, per contro, governati dalla solidarietà. La divergenza è di rilievo, in quanto nella normativa italiana sulla fideiussione il limite preveduto dall'art. 1941 c.c. è immancabilmente associato alla solidarietà¹³⁴: l'effetto prodotto da tale accostamento si risolve

¹³¹ Il riferimento del 3° comma dell'art. 1941 c.c. al concetto di (in-)validità della fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose pone un elemento di diversità rispetto all'art. 2290, *alinéa* 3, del *Code civil*, ove invece si prevede la riducibilità del *cautionnement* al valore (o alle condizioni) della obbligazione principale. Sul problema, v. L. AYNÈS et P. CROCQ (avec le concours d'A. AYNÈS), *Droit des sûretés*¹³, cit., p. 143; P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*⁵, cit., p. 363. In ciò la soluzione francese differisce anche da quella del diritto romano, il quale disponeva la nullità della fideiussione dal contenuto superiore alla obbligazione principale. Sulla cennata divergenza, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, con addizioni dei Professori V. CAMPOGRANDE e G. PACCHIONI, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, di G. BAUDRY-LACANTINERIE, trad. it. sulla III edizione originale, a cura dei Professori P. BONFANTE, G. PACCHIONI e A. SRAFFA, Milano, s.d., p. 534.

¹³² Sul punto, v. Cap. I, para. 8.

¹³³ Significativi paiono i rilievi del R. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. di F. FORAMITI, II, Venezia, 1833, p. 129: «(...) il fideiussore non può validamente obbligarsi a più di quello a cui il debitore principale si è obbligato; e siccome il di più si considera non solo *quantitate*, ma altresì *die, loco, conditione, modo*; così ne risulta che il fideiussore non può obbligarsi a condizioni più dure del debitore principale, non potendo l'obbligazione accessoria sorpassare l'obbligazione principale; ma egli può bensì a condizioni meno dure».

¹³⁴ Nell'ordinamento giuridico italiano non avrebbe senso discorrere di fideiussione non solidale, poiché, come vedremo oltre, anche quando sia preveduta l'escussione preventiva, la solidarietà non viene meno. Così C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*², cit., p. 483. Sul punto, v. Cap. II, para. 4.3

in una limitazione della funzione (di garanzia del credito) tradizionalmente assegnata al dispositivo disciplinato dall'art. 1292 c.c.

Previsioni simili a quelle testé invocate sono contemplate dal *Código civil* spagnolo (art. 1826), dal *Burgerlijk Wetboek* (artt. 7:851, 7:866) e dallo *Αστικός Κώδικας* (art. 851), mentre la norma posta dal legislatore tedesco si presenta (almeno apparentemente) più ambigua (§ 767 BGB). Qui si stabilisce la necessaria commisurazione dell'obbligazione del fideiussore su quella del debitore principale e ciò anche ove quest'ultima risulti modificata a causa della colpa o della mora del debitore principale; si soggiunge però, in maniera assai significativa, che tali circostanze non possono determinare un aggravio per l'obbligazione (sussidiaria) di garanzia¹³⁵.

Si è ulteriormente osservato che un siffatto divieto, già in prospettiva storica, non si giustifica solo con una esigenza di protezione del fideiussore. Esso, quando coesiste con la figura disciplinata dagli artt. 1292 c.c. ss., da sempre integra una manifestazione tipica della solidarietà accessoria¹³⁶.

Emerge così un altro interesse presidiato dalla norma. Il divieto neutralizza in radice la possibilità che il debitore principale, obbligatosi per un certo ammontare, possa essere compulsato in via di regresso per una cifra maggiore rispetto a quella costituente oggetto della obbligazione garantita¹³⁷. Si impedisce, cioè, che il debitore principale subisca le conseguenze di un "adempimento eccessivo"¹³⁸; sì che l'eventuale indebito oggettivo conseguito dal

¹³⁵ La dottrina tedesca, anche quando si interroga sulla *ratio* della regola, rileva come l'obbligazione del garante non possa recare condizioni più gravose rispetto a quella del garantito. V. E. BECKER-EBERHARD, *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld, 1993, p. 478 e, più di recente, L. HÜTTEMANN, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft. Eine Untersuchung und Weiterentwicklung gängiger Klauseln der Bürgschaftsgläubiger unter besonderer Berücksichtigung des Akzessorietäts- und Subsidiaritätsprinzips*, Berlin, 2020, p. 24: «[d]och entscheidend ist die Frage, warum dem Gläubiger gegen den Bürgen grundsätzlich keine besseren Rechte als gegen den Hauptschuldner zustehen sollen. Die Antwort gibt bezeichnenderweise der Sicherungszweck der Bürgschaft: Eine ersatzweise Befriedigung des Gläubigers verlangt schlicht keine besseren Rechte als gegen den Hauptschuldner, denn eine solche Sicherheit kann ihrer Bestimmung nach nie über den Inhalt des Sicherungsgegenstandes, die besicherte Hauptschuld, hinaus gehen». Nella dottrina francese, v. P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*⁵, cit., p. 359: «[l]'engagement du tiers n'est plus un engagement accessoire – et n'est donc plus un cautionnement – s'il stipule une obligation plus étendue que celle du débiteur principal ou s'il comporte des conditions plus sévères».

¹³⁶ Per una più ampia disamina del lemma "solidarietà accessoria" e della sua radice storica, v. Cap. I, para. 8.

¹³⁷ Per alcuni spunti sul tema dell'adempimento superiore all'ammontare del debito, e sulle conseguenze da esso derivanti, A. LUMINOSO, *Sull'adempimento eccedente l'oggetto della prestazione dovuta*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, pp. 673-677.

¹³⁸ Per ragioni di chiarezza espositiva, giova ribadire, con riferimento agli interessi salvaguardati dall'art. 1941 c.c., che la *tutela indiretta* del debitore principale coesiste pienamente con la (nota) *tutela diretta* che la norma accorda al fideiussore mediante la limitazione della garanzia.

creditore non dovrà mai essere ripetuto dal debitore principale, ma al più dal fideiussore (*solvens in eccedenza*)¹³⁹. La previsione, più in generale, confligge con l'interesse del creditore a ricevere una garanzia (anche) di maggior importo, costituendo, di converso, l'esito finale del bilanciamento legislativo di più interessi opposti: all'ampliamento dei patrimoni di cui il creditore beneficia corrisponde una contestuale limitazione delle somme da quest'ultimo aggredibili.

Potrebbe invero obiettarsi che la solidarietà, in quanto dispositivo governante i rapporti esterni fra il gruppo di debito e il creditore, sia affatto irrelata dalla richiamata previsione di cui all'art. 1941 c.c. che solo impone un limite di validità della fideiussione. È però agevole intuire che la funzione della solidarietà – rafforzamento della garanzia del credito – risulta qui direttamente mitigata dal segnato divieto, il quale fissa netti limiti all'ampliamento del patrimonio su cui il creditore può soddisfarsi. Sebbene dunque la norma posta dall'art. 1941 c.c. si presenti (apparentemente) autonoma, poiché quel limite, espressione della natura accessoria del vincolo, può astrattamente configurarsi anche in assenza di solidarietà (v. art. 2290 *Code civil*), gli effetti che essa determina influenzano in via immediata l'operatività di quest'ultima.

Peraltro, la disposizione codicistica consente di anticipare alcuni tratti dell'architettura normativa caratterizzante i rapporti interni tra fideiussore e debitore principale¹⁴⁰. La previsione che impone di contenere l'obbligazione di garanzia nei limiti del debito principale sancisce una relazione di contenenza fra i due rapporti obbligatori. Il dato, unitamente alla propagazione unilaterale delle vicende inerenti alla fideiussione, le quali non incidono sul rapporto garantito¹⁴¹, nonché alla diversità causale che rispettivamente giustifica l'obbligazione

¹³⁹ Il rilievo indirettamente affiora anche dalle considerazioni di A. LUMINOSO, *Sull'adempimento eccedente l'oggetto della prestazione dovuta*, cit., pp. 676-677, ancorché svolte con riferimento a una diversa ipotesi.

¹⁴⁰ Cap. II, para. 6, para. 6.1.

¹⁴¹ A tal riguardo, v. Cap. III, para. 2, 2.1, 2.2.

principale e quella di garanzia¹⁴², suggerisce un ripensamento della teorica che vuole sempre paritetico il trattamento fra fideiussore e debitore¹⁴³.

Più in generale, il coordinamento che si realizza fra la figura della solidarietà e norme (apparentemente) a essa ultronee è pienamente rispondente alla funzione che la prima svolge. La cennata combinazione, oltre a confermare ulteriormente l'assenza di referenti strutturali della solidarietà¹⁴⁴, testimonia, ancora una volta, che la funzione di quest'ultima si risolve nella concreta modellabilità del suo funzionamento, il quale tiene insieme più relazioni intersoggettive¹⁴⁵. Allo stesso modo, la solidarietà conforma sempre il suo modo di operare alla luce di varie e altre regole che sovente si discostano dal modello comune, individuato dagli artt. 1292 c.c.¹⁴⁶

4.3. *Segue.* La fideiussione solidale costituita a vantaggio del debitore principale.

Nonostante la posizione del debitore principale sia, di regola, disgiunta rispetto al contratto stipulato fra creditore e fideiussore, trovando ciò conferma nel diritto di regresso di quest'ultimo, ove adempiente, a prescindere dalla conoscenza che il primo abbia della prestata fideiussione (art. 1950, comma 1, c.c.)¹⁴⁷, la natura cangiante degli interessi sottostanti alla trilateralità del rapporto fideiussorio importa una declinazione ulteriore che trascende la sua dimensione *sostanziale*¹⁴⁸ sino ad assumere una conformazione, per così dire, *istituzionalizzata*. Essa si appalesa allorquando il garante, obbligandosi in confronto del creditore, pattuisca, quale corrispettivo della prestata fideiussione, l'attribuzione di un vantaggio (si pensi a una riduzione

¹⁴² M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito, Art. 1936-1959*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1958, p. 73. Nella giurisprudenza di legittimità, v., fra molte, Cass., sez. un., 5 dicembre 2011, n. 25934, in *Vita not.*, 2012, p. 289; Cass., sez. un., 5 febbraio 2008, n. 2655, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1911 e, più di recente, Cass., 8 novembre 2019, n. 28827, in *Giust. civ. Mass.*, 2019: «(...) l'obbligazione principale e quella fideiussoria mantengono una propria individualità non soltanto soggettiva, data l'estraneità del fideiussore al rapporto richiamato dalla garanzia, ma anche oggettiva in quanto la causa fideiussoria è fissa ed uniforme, mentre l'obbligazione garantita può basarsi su qualsiasi altra causa idonea allo scopo». Al principio si uniforma la giurisprudenza di merito. Cfr., tra molteplici decisioni che reiterano il concetto, Trib. Milano, 3 dicembre 2014, in *Rep. Foro. it.*, 2014, voce *Obbligazioni in genere*, n. 39. Sul punto, v. Cap. II, para. 6, 7.

¹⁴³ V. Cap. II, para. 6.

¹⁴⁴ Così, invece, C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, cit., p. 112.

¹⁴⁵ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 369.

¹⁴⁶ V. Cap. III, para. 1, 2, 2.1, 2.2.

¹⁴⁷ F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 128.

¹⁴⁸ V. Cap. II, para. 4.1.

degli interessi ovvero a una dilazione di pagamento)¹⁴⁹ in favore del debitore¹⁵⁰. Il caso è senz'altro diverso da quello in cui il beneficio che il debitore consegue dalla convenzione fideiussoria costituisce effetto accessorio o mediato della costituzione di tale garanzia¹⁵¹.

L'utilità è qui direttamente associata alla pattuizione negoziale di favore per il debitore. La qualificazione giuridica della complessa operazione suole essere ricondotta dalla dottrina alla figura del contratto a favore di terzo¹⁵². Il che, come è stato osservato, ingenera alcuni interrogativi di rilievo. Il debitore principale è in posizione di soggezione rispetto alla stipulazione fideiussoria, sì che la facoltà, di cui egli godrebbe, di non profittare del vantaggio accordatogli dal garante (arg. ex art. 1411 c.c.) esige un coordinamento con la posizione del fideiussore, il quale, già vincolatosi verso il creditore, non potrebbe estinguere la sua obbligazione né risolvere il contratto¹⁵³.

Il problema pare superato da quella dottrina che enfatizza la naturale flessibilità dello schema del contratto a favore di terzo (*Vertrag zugunsten Dritter*). Se il debitore rifiuta la prestazione rivolta a suo esclusivo vantaggio, la fideiussione resta inalterata e il creditore, parte del contratto stipulato in favore del debitore, non vede intaccata la sua garanzia. La naturale duttilità della stipulazione fideiussoria, ricondotta allo schema dell'art. 1411 c.c., che legittima qui l'attribuzione di un vantaggio diretto al debitore, risulta sconosciuta al diritto romano primordiale. Il quale, coerentemente, offriva una soluzione di segno negativo al problema della validità dei contratti a favore di terzo¹⁵⁴. L'inesistenza di una teoria del contratto nel diritto

¹⁴⁹ In proposito, v. E. REDENTI, voce *Fideiussione*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, diretto da V. SCIALOJA, R. DE RUGGIERO e P. BONFANTE, vol. III, p. I, Milano, 1923, p. 119; G. DEIANA, *Attribuzioni indirette e attribuzioni onerose nel contratto di fideiussione*, cit., p. 442.

¹⁵⁰ In questo caso non è dubbio che la fideiussione assuma carattere oneroso. Così L. CARIOTA FERRARA, *Gratuità nei negozi di garanzia*, in *Scritti minori*, I, Napoli, 1986, p. 82, p. 84 «il corrispettivo della garanzia (dato dal creditore) toglie ad essa il carattere della gratuità anche se è rivolto a vantaggio del debitore (terzo, rispetto al negozio di garanzia)» (p. 82).

¹⁵¹ V. Cap. II, para. 4.1, 4.2.

¹⁵² E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 119. L'ipotesi è del tutto diversa da quella in cui il beneficiario ex art. 1411 c.c. sia il creditore, in quanto l'accordo in merito alla concessione della garanzia fideiussoria interviene fra terzo e debitore. Non è ovviamente possibile che quest'ultimo soggetto sia parte del rapporto fideiussorio e proprio tale circostanza induce a qualificare quell'accordo come contratto a favore di terzi; per tal via, si conferisce al creditore il potere di profittare della intervenuta stipulazione in suo favore. Sul punto, v. F. DI SABATO, *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui*, cit., p. 493 e, più di recente, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 130.

¹⁵³ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 152.

¹⁵⁴ U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, pp. 2-3; W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter. Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – Dogmatische Strukturen*, Tübingen, 1995, p. 6: «[d]ie romanistische Literatur ist sich darüber einig, daß nach klassischem römischem Recht Verträge zugunsten Dritter im Sinne der modernen Dogmatik generell unzulässig waren. Denn der Rechtserwerb

romano dell'epoca motiva la radicale inammissibilità dell'invocato istituto nel relativo sistema giuridico, nonché l'inequivoco divieto (*«per extraneam – o liberam – personam adquiri non potest»*)¹⁵⁵ vigente nel diritto classico¹⁵⁶, sia pure temperato da talune restrizioni ed eccezioni¹⁵⁷. Le quali, tuttavia, sarebbero per la gran parte da attribuire al periodo post-classico e giustiniano¹⁵⁸. Fra il dodicesimo e il sedicesimo secolo la dottrina del diritto comune parrebbe essersi in qualche modo assestata sulle pregresse conoscenze provenienti dal diritto romano, sì che all'istituto non risulta accordata dignità concettuale autonoma¹⁵⁹. L'opera successiva della scuola francese del secolo sedicesimo, sospinta dall'intento di superare le inappaganti formule elaborate nel periodo immediatamente precedente, ha indotto i suoi massimi esponenti – il Fabro e il Doneau – a intraprendere un processo di purificazione teorica fondato sulle fonti del diritto giustiniano. La ricostruzione di tale impianto concettuale, che aveva consentito di conferire rinnovata chiarezza a quelle fonti, presentava però profili di accentuata discordanza con le istanze veicolate dalla pratica giudiziale¹⁶⁰. Nel secolo

durch einen nicht am Vertragsschluß beteiligten Dritten widersprach dem Strukturprinzip, wonach die obligatio kein selbständiges Rechtsverhältnis begründete, sondern als vinculum iuris untrennbar mit den Vertragsparteien verbunden war».

¹⁵⁵ Inst. Gaii 3, 195, § 5. Tale divieto è dalla dottrina romanistica declinato nel senso della mera inefficacia del contratto in favore del terzo, mentre altri autori reputano che esso sottenda una radicale nullità. Sul problema v., per tutti, M. KNAUS, *Die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter nach römischem Rechte*, Berlin, 1875, p. 8, il quale premette: *«[f]ür die älteste Zeit des römischen Rechtes gilt der Satz: „Alteri stipulari nemo potest“ d. h. „Niemand kann sich eine Leistung an einen Dritten (Richtcontrahenten) versprechen Lassen“, mit voller, keine Ausnahme duldender Strenge».* L'Autore soggiunge però: *«[d]ie Art und Weise, in welcher die Quellen sich über die Unwirksamkeit der hier behandelten Verträge ausdrücken, ist verschieden. Bald sagen sie geradezu: „nulla est stipulatio“ (...) oder sprechen von einem „nihil agere“ oder „inanem actum efficere“ bald bedienen sie sich des Ausdruckes „inutiliter“ (...). Mehrere von diesen Ausdrucksweisen deuten darauf hin, daß die besprochenen Verträge nicht als absolut nichtig (...), sondern nur als wirkungslos angesehen wurden. Wäre das Erstere der Fall gewesen, so müßte durchgängig von Nullität die Rede sein».*

¹⁵⁶ P. BONFANTE, *I contratti a favore di terzi*, in *Studi per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, pp. 209 ss., spec. pp. 216 ss.

¹⁵⁷ G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studi di diritto romano, civile e commerciale*, 3^a ed. riv., Padova, 1933, p. 18 (ove «le restrizioni arrecate al principio della nullità»), p. 25 (ove «le eccezioni al principio della nullità»).

¹⁵⁸ G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*³, cit., p. 79.

¹⁵⁹ W. GAREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter: historisch und dogmatisch dargestellt*, Würzburg, 1873, pp. 51 ss., p. 54: *«[w]as im Anschlusse an diese Bestimmungen des Justinianischen Rechts die Glossaren und die Kommentatoren leisteten, kann weder in theoretischer noch in praktischer Beziehung als ein Fortschritt bezeichnet werden; denn das Lehrgebäude, welches diese Juristen auf das Princip und die Ausnahmen des römischen Rechts zu bauen versuchten, leidet sowohl an seiner fundamentalen Structur als auch an dem Aufbau auf derselben».*

¹⁶⁰ W. GAREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter: historisch und dogmatisch dargestellt*, cit., pp. 58-59.

decimonono, infatti, la progressiva affermazione del contratto a favore di terzi¹⁶¹ si deve, almeno in parte, alla proficua contrapposizione fra la dottrina di diritto romano e quella di diritto germanico; questa, diversamente da quella, argomentava nel senso della radicale trasformazione del concetto di obbligazione, inciso dalle esigenze della vita moderna. In maniera assai significativa, proprio la forza propulsiva del diritto consuetudinario ha scardinato le originarie resistenze dogmatiche del diritto romano, assegnando alla figura del contratto a favore di terzo una propria concettuale autosufficienza. La quale si appalesa nella decomposizione della tradizionale associazione fra la cennata figura e la teoria della rappresentanza diretta, su cui, nelle opinioni dei più, si radicava la (dubbia) ammissibilità della prima nel *ius commune*¹⁶². Ai fini della presente indagine, la disamina storica dell'istituto, qui solo sommariamente ripercorsa, attesta che la sua moderna conformazione costituisce l'esito di diverse influenze variamente esercitate dal diritto giustiniano, dal diritto canonico, dal diritto tedesco antico e dalle consuetudini¹⁶³. È controverso se la combinazione di tali influssi abbia condizionato anche l'opera di codificazione francese – e così quella italiana – ma è certo che l'operatività del contratto a favore di terzo risulti sempre modellata in ragione di esigenze pratiche, rifuggendo da invarianti dati di struttura.

La concreta plasmabilità dell'istituto spiega pertanto come esso assurga a schema che ipostatizza il vantaggio del debitore: egli, sebbene formalmente estraneo alla struttura del contratto di fideiussione, può ciononostante risultare destinatario di una attribuzione patrimoniale per effetto della stipulata garanzia¹⁶⁴. In altri termini, l'eterogeneità di interessi veicolati dal modello fideiussorio, la cui originaria rigidità (concettuale eredità del diritto romano primordiale e classico)¹⁶⁵ è ormai del tutto perduta, trova spesso la sua giuridica conformazione nello schema della contrattazione a favore di terzo, il quale, per la sua naturale flessibilità, ben si confà ai moderni attributi della fideiussione¹⁶⁶. Intorno a quest'ultima, affrancata dalla veduta strutturale enfaticamente il necessario accordo tra creditore e garante, si

¹⁶¹ Per un'accurata disamina intorno all'evoluzione storica dell'istituto, v. W. GAREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, cit., pp. 51-149, il quale ne ripercorre gli sviluppi lungo un arco temporale suddiviso in tre (macro-)periodi, che vengono così ripartiti: XII-XVI secolo, XVII-XVIII secolo e XIX secolo.

¹⁶² G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*³, cit., pp. 83-84.

¹⁶³ G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*³, cit., pp. 163-164.

¹⁶⁴ L. CARIOTA FERRARA, *Gratuità nei negozi di garanzia*, cit., p. 82: «la concessione della garanzia può assumere rispetto al debitore particolare natura secondo i rapporti intercorrenti tra esso e il concedente la garanzia».

¹⁶⁵ V. Cap. I, para. 8, 9.

¹⁶⁶ Si invoca la figura del contratto a favore di terzo anche quando la fideiussione sia attuata mediante stipulazione tra fideiussore e debitore a favore del creditore. Sul punto, cfr. cap. II, para. 4.3, nota 152.

avviluppano interessi che travalicano le posizioni dei predetti soggetti sino a tradursi in concreti vantaggi per il debitore. Non a caso, su un più generale piano, ciò si inquadra nella rammentata transizione da una dimensione individuale del rapporto obbligatorio a una sua rappresentazione complessa¹⁶⁷ che valorizza, di là dalla mera qualità (formale) di “parte”, la pluralità delle relazioni intersoggettive facenti capo al debitore e al creditore. Se tale processo risulta ormai avviato già da qualche tempo, è innegabile che esso abbia ricevuto un più significativo impulso con l’avvento del c.d. «diritto per la crisi»¹⁶⁸; il quale, concepito per fronteggiare le recenti incertezze economiche e l’incalzante sviluppo tecnologico, ha segnato la definitiva obliterazione di una prospettiva a un tempo unitaria e complessa del rapporto obbligatorio¹⁶⁹. In quest’ottica, il pertinente concetto di “parte” tende a mutare significato. Esso sempre più trascende la indefettibile e tradizionale rispondenza con un soggetto stipulante, spingendosi sino ad assumere un significato maggiormente duttile, svincolato dalla automatica identificazione con il c.d. sottoscrittore¹⁷⁰. Il trapasso a una dimensione siffatta dell’obbligazione importa, forse, maggiori spazi di autonomia per le parti. Nell’ambito del nostro studio, tale esigenza è soddisfatta dalla figura del contratto a favore di terzo che ben si attaglia, per la sua elasticità, alla regolamentazione della fideiussione stipulata a vantaggio di un soggetto che non è parte formale del negozio di garanzia¹⁷¹.

All’ipotesi testé tratteggiata può affiancarsene un’altra. Il vantaggio conseguito dal debitore principale può non consistere in un corrispettivo, risolvendosi (solo) nella situazione favorevole consistente in un più agevole accesso al credito mercé la costituzione della garanzia. Sul versante della struttura del contratto, essa è sì concessa al creditore, ma di quella stipulazione primariamente profitta il debitore. Oltre al già indagato caso in cui questi si attivi per ottenere una fideiussione¹⁷², può accadere che egli consegua un beneficio dalla prestata garanzia pur non

¹⁶⁷ G. CIAN, *La figura generale dell’obbligazione nell’evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, cit., p. 735. V., per più ampi riferimenti sul tema, Cap. II, para. 4.1; para. 7.

¹⁶⁸ F. PADOVINI, *Indebitamento e sovraindebitamento*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno nazionale in ricordo di G. Gabrielli, Napoli, 2015, p. 418.

¹⁶⁹ L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., p. 5.

¹⁷⁰ L’eventuale beneficio conseguito dal soggetto formalmente estraneo alla stipulazione è segno, ad esempio, del suo sostanziale coinvolgimento nel rapporto.

¹⁷¹ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 152.

¹⁷² Si tratta, a modo d’esempio, della classica ipotesi di un mutuo ipotecario per l’acquisto della prima casa accordato al lavoratore occasionale, il quale, a tal fine, presenta un fideiussore affidabile al creditore. Osserva V. BARBA, *Il legato di fideiussione*, cit., p. 147: «[c]asi di tal sorta non credo che possano seriamente porre in discussione che la fideiussione, per quanto avvantaggi economicamente e giuridicamente il creditore, finisca,

avendone sollecitata la sua costituzione¹⁷³. Così se l'esistenza di una società controllata dipende dal credito concesso da un terzo, la fideiussione prestata dalla controllante favorisce la società da garantire, oltre che plausibilmente l'intero gruppo. In una simile circostanza, la solidarietà fideiussoria, che consente l'attribuzione di un vantaggio al debitore principale, si avviluppa però intorno a un interesse accomunante la società garantita e la fideiubente; sì che l'operatività del principio di buona fede potrebbe persino giustificare, coerentemente con la natura non inderogabile delle norme in tema di fideiussione¹⁷⁴, un riallineamento delle posizioni debitorie nel rapporto obbligatorio, le quali si presenterebbero pari-ordinate verso l'esterno. Qualora, di contro, la garanzia risulti concessa da un terzo soggetto per puro spirito di liberalità, in quanto egli sia legato per ragioni personali alla società o all'ente, la differenziazione di quelle posizioni, assetto naturale dei rapporti fideiussorî, può legittimamente rivendicarsi.

La complessiva impostazione che correla la solidarietà fideiussoria alla tutela della posizione del debitore pare ulteriormente rinvigorita dagli esiti cui la dottrina perviene in tema di diritto ereditario. Nonostante il difetto di una norma che espressamente attribuisca al testatore la possibilità di legare un diritto a una garanzia personale¹⁷⁵, si è posto in luce come una simile facoltà di disposizione non possa essergli negata¹⁷⁶. Il rilievo si innesta in quella più ampia veduta che svincola l'autonomia testamentaria dalle strettoie di una rigida aderenza ai (soli) contenuti imposti dalle disposizioni codicistiche in materia¹⁷⁷. Coerentemente con l'idoneità della disposizione testamentaria ad assurgere a fonte di un rapporto obbligatorio¹⁷⁸, si reputa pressoché pacifica la legittimità del c.d. legato di fideiussione¹⁷⁹. Ciò almeno ove si ponga in capo all'onerato l'obbligo di concludere un contratto di fideiussione destinato a garantire

fatalmente e ineluttabilmente, per tradursi in un vantaggio economico e giuridico anche del debitore». V., sul punto, Cap. II, para. 4.1.

¹⁷³ Cap. II, para. 4.1.

¹⁷⁴ In proposito, cfr. Cap. III, para. 5.

¹⁷⁵ Correlativamente, il legislatore del codice civile espressamente vieta la concessione di ipoteca per testamento (art. 2821, comma 2, c.c.). Sul tema, cfr. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, pp. 131-136. In tempi recenti, v. E. DAMIANI, *Ratio ed ambito di applicazione del divieto di costituire ipoteca per testamento*, in Domenico Rubino, I, *Interesse e rapporti giuridici*, a cura di P. PERLINGIERI e S. POLIDORI, Napoli, 2009, pp. 555 ss.

¹⁷⁶ V. BARBA, *Il legato di fideiussione*, cit., pp. 137 ss., spec. pp. 143-144.

¹⁷⁷ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, rist. Napoli, 2010, pp. 35 ss., pp. 53 ss.

¹⁷⁸ V. BARBA, *Disposizioni testamentarie costitutive, modificative ed estintive di rapporto obbligatorio*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, pp. 15 ss.

¹⁷⁹ G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, cit., pp. 128-131.

l'adempimento di una obbligazione in cui il legatario è creditore¹⁸⁰. Di là dalle problematiche poste dalla liceità di tale figura, che sottende il tema della (ormai dimostrata) ammissibilità della natura atipica del contenuto di tale disposizione testamentaria (artt. 649 c.c. ss.)¹⁸¹, è assai significativo che si discorra di legato di fideiussione – non solo a vantaggio del creditore, ma anche e soprattutto – in favore del debitore¹⁸². Quest'ultimo soggetto può persino risultare l'unico beneficiario del legato – applicandosi per l'ipotesi l'art. 671 c.c. –, specialmente ove l'obbligo di prestare la fideiussione sorga, in conformità con la norma posta dall'art. 1938 c.c., anteriormente alla costituzione del rapporto obbligatorio da garantire in futuro¹⁸³. Il tema esula dalla presente indagine ma, in quest'ottica, è bene rammentare il necessario distinguo fra il rapporto obbligatorio direttamente instaurato in ragione del legato e quello che discende dal vincolo fideiussorio (preveduto dal legato): il beneficiario della cennata disposizione testamentaria può o meno coincidere con il soggetto che, di regola, si avvantaggia dalla fideiussione. Orbene, oltre al caso in cui via rispondenza soggettiva tra le parti attive dei due rapporti obbligatori, l'effettiva realizzazione del vantaggio conseguito dal legatario (debitore nel rapporto fideiussorio), ove egli non sia creditore nel rapporto di garanzia, determina – o comunque significativamente agevola – il soddisfacimento delle ragioni di quest'ultimo, il cui credito risulta rafforzato a séguito della concreta attuazione della disposizione testamentaria. Vi è quasi un rapporto di condizionalità tra il vantaggio conseguito dal creditore, mercé l'ampliamento del patrimonio aggredibile determinato dalla costituzione della fideiussione solidale, e quello (necessariamente preliminare) che riceve il debitore, soggetto beneficiario del legato, mediante l'esecuzione della volontà testamentaria.

¹⁸⁰ Qualche interrogativo suscita invece l'ipotesi in cui la fideiussione sia direttamente costituita con la disposizione testamentaria, benché le osservazioni svolte in tema di sostanziale unilateralità dell'obbligazione fideiussoria (art. 1333 c.c.) dovrebbero risultare sufficienti a obliterare una soluzione di segno positivo. Il creditore conserva infatti la facoltà di rinunciare alla fideiussione prestata. Sulla possibilità che la fideiussione risulti immediatamente costituita mediante la disposizione testamentaria, v. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito, Art. 1936-1959*, cit., pp. 47 ss. Con riferimento al tema della unilateralità della obbligazione fideiussoria, v. Cap. II, para. 4.1.

¹⁸¹ Cfr. G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, cit., pp. 8 ss., spec. pp. 14-15; pp. 44-54, spec. pp. 47-49, secondo cui è indubitabile che il testamento si atteggi «ad atto che può racchiudere le più disparate disposizioni, sempre, comunque, nel disegno unitario di strumento approntato per la regolamentazione di interessi *post mortem*» (pp. 47-48). Il testamento – aggiunge l'Autore – costituisce un tipico negozio *mortis causa*, il quale, «funzionalizzato a quella regolamentazione di interessi, può racchiudere una pluralità di disposizioni patrimoniali e non patrimoniali, tipiche, ovvero non specificamente contemplate dall'ordinamento» (pp. 48-49).

¹⁸² V. BARBA, *Il legato di fideiussione*, cit., p. 147.

¹⁸³ V. BARBA, *Il legato di fideiussione*, cit., p. 147.

In tutte le ipotesi vagliate, il vantaggio preveduto in favore del debitore non intacca la solidarietà della obbligazione, né altera in alcun modo il vincolo di garanzia del fideiussore verso il creditore. La solidarietà, che è la risultante della combinazione fra rapporti esterni e interni delle parti del rapporto obbligatorio¹⁸⁴, permane dunque immutata. Essa dà prova della sua piena coesistenza con una operazione economica da cui trae primariamente beneficio il debitore principale, il quale riceve un vantaggio diretto dalla stipulazione della fideiussione (o dal legato di garanzia personale).

Potrebbe obiettarsi che il vantaggio consegue alla costituzione della garanzia, essendo del tutto irrelato dalla solidarietà che qualifica le obbligazioni delle parti. Il rilievo tuttavia non coglierebbe nel segno. Gli scopi tradizionalmente assegnati alla fideiussione e alla solidarietà – rafforzamento della garanzia del credito – risultano sovrapponibili, sì che il tentativo di ricondurre quel vantaggio alla costituzione della prima piuttosto che alla previsione della seconda è fuorviante, giacché nel codice civile vi è cointeressenza fra le due¹⁸⁵, quantunque esse operino su differenti piani concettuali. L'una è di regola un contratto, l'altra un meccanismo che governa l'attuazione delle obbligazioni insorgenti dal primo. Non a caso quando le parti escludono la solidarietà nella fideiussione, quest'ultima necessariamente recupera la sua storica conformazione sussidiaria declinata nella forma del beneficio dell'escussione preventiva. Se dunque la fideiussione non è disgiungibile dalla solidarietà, consegue, per logica illativa, l'integrale conciliabilità fra quest'ultima e la tutela delle posizioni del gruppo di debito. Orbene, atteso che dalla *ratio* della figura invocata si è preteso di inferire una disciplina di favore per il creditore, il descritto mutamento di prospettiva, che ravvede nella

¹⁸⁴ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 79. D'altronde, tale osservazione sembra condivisa dalla dottrina, benché il suo sviluppo non conduca agli esiti che invece ci si prefigge nella presente indagine. V., nella tracciata ottica, A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 25: «[u]na valutazione funzionale degli interessi dei consorti e del creditore sembra pertanto più adeguata a decidere delle modalità esecutive dell'obbligazione plurisoggettiva, e soprattutto pare a ben vedere trovare qualche conferma nelle stesse scelte di diritto positivo». L'art. 1292 «ponendo l'accento sulla liberazione di tutti i debitori mediante l'esecuzione da parte di uno solo di essi della *medesima prestazione*, cui tutti sono tenuti, rivela che, quando nel programma negoziale più soggetti si impegnino a realizzare integralmente, ed alternativamente, il *complessivo interesse creditorio*, la solidarietà si manifesta come lo strumento ordinariamente idoneo a regolare l'esecuzione dell'obbligazione in coerenza con il quadro degli interessi inferibile dal titolo» (p. 26).

¹⁸⁵ È constatazione che significativamente emerge dal rilievo di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*², cit., p. 483: «(...) è del tutto ingiustificato riprodurre la vecchia distinzione tra fideiussione semplice o solidale (...)». In senso opposto, v. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 401: «[s]i distinguono (...) due tipi di fideiussioni: la fideiussione *solidale* e quella *semplice*, ossia con beneficio di escussione a favore del garante» (corsivo dell'Autore). Quest'ultima opinione è, a nostro avviso, da respingere. Si è infatti dimostrato che il beneficio di preventiva escussione è pienamente conciliabile con la solidarietà. Sul punto, v. Cap. II, para. 4.

solidarietà (anche) uno strumento volto alla composizione di interessi divergenti nell'ambito del rapporto obbligatorio, dovrebbe di conseguenza determinare un certo grado di variabilità in punto di regole che la contraddistinguono. La norma posta dall'art. 1292 c.c. è l'esito interpretativo di un linguaggio omissivo del legislatore circa l'effettiva estensione dei poteri creditorî. Se però si considera la già compiuta indagine sul motivo della mancata menzione della *libera electio* nella solidarietà passiva¹⁸⁶ e la si correla con la (nuova) *ratio* innervante la figura invocata, può iniziare a delinearsi la ragione che giustifica la delimitazione dei margini di operatività del *ius eligendi* del creditore.

5. Osservazioni di sintesi.

Dall'indagine intorno ai diversi interessi veicolati dal modello fideiussorio risulta ulteriormente suffragata l'idea che la solidarietà non sia posta a presidio solo delle ragioni creditorie¹⁸⁷, ma essa anzi consenta la combinazione unitaria di esigenze (eventualmente) confliggenti od opposte. Le quali, rispettivamente riconducibili al creditore e ai più debitori¹⁸⁸, convergono proprio nella fase attuativa del rapporto obbligatorio, ove la solidarietà è destinata a operare. Siffatta conclusione confligge, a tutta prima, con la declinazione formale del principio di parità di trattamento nell'ambito del diritto privato, i cui riflessi nitidamente si scorgono ancora nello studio dei fenomeni radicati sul concetto di «comunità» o «comunione». L'improprietà di quella concezione che parifica, in senso invariante, le varie manifestazioni comunitarie paradigmaticamente emerge dall'analisi della solidarietà fideiussoria. Essa assurge a modello di distinzione rispetto a espressioni, pure avviluppate intorno al concetto di comunità, in cui, tuttavia, il tradizionale intendimento del principio di parità assolve alla sostanziale esigenza di assicurare eguali condizioni ai membri che di essa fanno parte. In senso opposto, la dimensione funzionale della solidarietà si combina sovente con negoziî la cui intima essenza, nell'ottica di una parità sostanziale, è quella di distinguere le posizioni delle parti¹⁸⁹. La proposta ricostruzione delle diverse figure sottese al modello fideiussorio, oltre a enfatizzarne, diversamente da quel che unanimemente si afferma, la naturale duttilità, testimonia

¹⁸⁶ V. Cap. II, para. 3.

¹⁸⁷ Si è ampiamente detto che è questa il tradizionale e per lo più unanime convincimento che emerge nell'ambito della letteratura civilistica italiana e straniera. Cfr. Cap. I, para. 7.

¹⁸⁸ Cap. II, para. 4.1, 4.2, 4.3.

¹⁸⁹ La natura della fideiussione di «*contrat structurellement déséquilibré*» è il presupposto da cui muove l'indagine di G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, cit., p. 22.

l'eterogeneità degli interessi da esso veicolati. Questi ultimi possono financo radunarsi, e in via prevalente, sulla posizione del debitore, del fideiussore ovvero di entrambi, attestando così che l'operatività del fenomeno solidale, di là dalla esclusiva tutela del creditore, si caratterizza per una trasversale incidenza. Nella prospettiva tracciata, il generico riferimento alla garanzia del credito, funzione che innerva una varietà di schemi tipici e atipici, non è soddisfacente per la corretta individuazione del modo di operare della solidarietà; e ciò soprattutto quando essa disciplini i rapporti di soggetti le cui posizioni risultino obiettivamente difformi nella dinamica relazionale segnata dal rapporto obbligatorio. Emblematico è, in tal senso, il noto orientamento della giurisprudenza tedesca sul caso delle fideiussioni concesse in ambito familiare. Problematica che, nella prospettiva del diritto privato europeo, ha potentemente proiettato il tema della *fairness* al centro delle relazioni fra il gruppo di debito e il creditore, sì da vulnerare progressivamente la sfera di intangibilità dei poteri creditorî¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Si rinvia ai già citati contributi raccolti nei volumi (v. Cap. II, para. 2, nota 32): *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, edited by A. COLOMBI CIACCHI, cit.; *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, edited by A. COLOMBI CIACCHI e S. WEATHERILL, cit. Per più ampi riferimenti sul tema, v. Cap. II, para. 8.

SEZIONE SECONDA.

POSIZIONE DEI SOGGETTI E FUNZIONE DI GARANZIA

SOMMARIO: 6. I rapporti interni: distinzione fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia. – 6.1 Posizione del fideiussore e sussidiarietà dell'obbligazione (solidale) originaria nei negozi di assunzione del debito. – 6.2. *Segue.* Operatività comune della solidarietà unisoggettiva e adempimento del terzo. – 6.3. Sussidiarietà dell'obbligazione di garanzia nella *espromissione invertita* (e nelle garanzie autonome). – 6.4. *Segue.* Centralità del modello fideiussorio (anche) nella applicazione analogica della sua disciplina codicistica. – 6.5. L'obbligazione sussidiaria di regresso nel sistema cambiario. Rifluenza sui rapporti esterni. Rinvio. – 7. I rapporti esterni: Pari-ordinazione delle posizioni (con-)debitorie verso il creditore; critica. – 8. Incidenza della qualità soggettiva: fideiussore-consumatore e solidarietà modulabile.

6. I rapporti interni:

Lo studio dei rapporti fra fideiussore e debitore principale presenta vari profili di interesse e primariamente consente l'individuazione della loro posizione nel rapporto obbligatorio. La disciplina codicistica della fideiussione non associa espressamente a ciascuna posizione debitoria un certo grado nella sequenza delle obbligazioni. A differenza della scelta compiuta nell'ambito del sistema cambiario o dei negozi di assunzione del debito, dalla disciplina della fideiussione non affiora chiaramente una articolazione per gradi delle obbligazioni (solidali). Una indagine sulle posizioni del gruppo di debito aiuta però a comprendere come esse si atteggiino in confronto della pretesa creditoria.

Il primo significativo dato risiede nella inoperatività della presunzione di uguaglianza, posta dal 2° comma dell'art. 1298 c.c., nell'ambito dei rapporti interni fra debitore principale e fideiussore. L'atto solutorio di quest'ultimo, solidalmente tenuto con il primo verso il creditore, estingue l'obbligazione del soggetto garantito¹⁹¹ ma il debito non risulta frazionato; sicché la disciplina del regresso non soggiace alla cennata presunzione di uguaglianza¹⁹². La peculiare conformazione del regresso, che riflette l'unilaterale distribuzione del peso economico del debito fra garante e garantito, attesta l'emersione di una nitida contrapposizione fra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria¹⁹³. L'alterità fra i due vincoli appare confermata dalla previsione della surrogazione legale del fideiussore adempiente nella posizione del creditore soddisfatto (art. 1949 c.c.). La ragione fondante l'operatività della

¹⁹¹ Si è detto che l'adempimento di uno, determinando l'estinzione delle obbligazioni di tutti, risponde proprio a una delle ragioni che innerva la solidarietà, la quale è rivolta (anche) alla tutela di ciascun membro del gruppo di debito.

¹⁹² V. Cap. II, para. 1, 2.

¹⁹³ Così G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 91.

surrogazione fideiussoria è che il pagamento del terzo, obbligatosi per l'adempimento dell'altrui obbligazione (art. 1936, comma 1, c.c.), libera i condebitori verso il creditore, ma non estingue *oggettivamente* l'obbligazione principale. Contrariamente a ciò che avviene quando il terzo adempie *donandi causa* o per conto del debitore, l'obbligazione principale è qui solo modificata *soggettivamente*¹⁹⁴. Il diritto di credito dunque permane inalterato, ma risulta trasferito *ope legis* dal creditore soddisfatto al fideiussore adempiente¹⁹⁵. La *ratio* della norma sulla surrogazione del fideiussore aiuta proprio a chiarire la posizione di tale soggetto in confronto di quella occupata dal debitore principale. L'opinione comune ravvede nel primario adempimento del garante un'ipotesi fisiologica del rapporto obbligatorio, in quanto la tutela del predetto soggetto è assicurata mediante l'esercizio del diritto di surrogazione e/o di regresso¹⁹⁶. In realtà, la surrogazione legale si radica sulla esposta concezione del difetto di integrale liberazione del debitore, il quale sarebbe solo chiamato ad adempiere a un creditore diverso (fideiussore) da quello originario. Il disposto dell'art. 1949 c.c. svigorisce, a tutta prima, la comune veduta per cui la posizione del fideiussore sia realmente pari-ordinata rispetto a quella del debitore, atteso che essa sembra difficilmente conciliabile con la traslazione della posizione creditoria in favore del garante. L'effetto finale evoca quello della cessione del credito¹⁹⁷, considerando peraltro che sia in questo che in quello il diritto è trasferito con tutti gli accessori (arg. ex artt. 1263, 1949, 1955 c.c.). È vero che, isolatamente considerato, il trasferimento di questa posizione attiene a una dinamica interna al gruppo di debito, la quale formalmente non tange la posizione del creditore. La impossibilità di una rifluenza esterna dell'assetto dei rapporti fra coobbligati in solido è stata, tuttavia, criticata proprio per la ingiustificata

¹⁹⁴ È l'opinione di A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVIII, 3, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, 1998, p. 222, secondo cui, peraltro, la surrogazione fideiussoria attesta proprio la sussistenza di due distinti rapporti obbligatori, in cui l'uno risulta costituito nell'esclusivo interesse dell'altro.

¹⁹⁵ L'impostazione è condivisa dalla dottrina tedesca, la quale ravvede nel fideiussore un debitore autonomo ma contestualmente enfatizza la funzione svolta dalla sua obbligazione, che è di garanzia dell'altrui adempimento. Ciò motiva la previsione del § 774 BGB, che consente al fideiussore adempiente di non sopportare in via definitiva la perdita patrimoniale. Così M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München, 2020, § 774, Rn. 2: «[d]ie Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass der Bürge, obschon er auf eigene Schuld leistet, eine fremde Schuld sichert und somit auch bei Verzicht auf die Einrede der Vorausklage im Verhältnis zum Hauptschuldner nicht endgültig mit der Vermögenseinbuße belastet sein soll».

¹⁹⁶ La tesi è di coloro che sostengono la naturale operatività del *ius electionis* del creditore nella fideiussione. Sul punto, v. Cap. I, para. 1, note 2, 15; Cap. II, para. 2, nota 59.

¹⁹⁷ Così P. CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Paris, 1996, p. 115: «[p]ar la transmission del la créance, la subrogation ressemble à une cession de créance».

sottovalutazione della causa di garanzia dell'obbligazione fideiussoria¹⁹⁸. L'eterogeneità causale reagirebbe così sulla disciplina delle obbligazioni del debitore principale e del fideiussore, sì da determinare sempre la unilaterale propagazione degli effetti insorgenti da varie vicende che interessano il vincolo di solidarietà (artt. 1300 ss.)¹⁹⁹. Di là da queste ultime ipotesi che, come si dirà, pienamente suggellano l'assetto disuguale delle co-obbligazioni nella fideiussione, l'operatività della surrogazione suggerisce una preliminare riflessione sulla effettiva posizione del garante rispetto al debitore principale e, più in generale, al comune debitore solidale²⁰⁰, il quale di regola non beneficia dell'analogo diritto. L'assunzione della qualità di creditore da parte del fideiussore adempiente enfatizza, cioè, l'idea per cui egli sia senz'altro obbligato²⁰¹ ma la sua posizione nel rapporto obbligatorio si collochi su un piano diverso rispetto a quella del titolare del peso del debito²⁰². Nella prospettiva dischiusa dall'art. 1949 c.c., l'intensità della situazione passiva facente capo al fideiussore (creditore nei rapporti interni) appare quasi affievolita se raffrontata con la situazione del debitore principale (debitore anche nei rapporti interni). Sintomatica, in tal senso, è la scelta del legislatore tedesco del BGB, che dispone la surrogazione legale (*Gesetzlicher Forderungsübergang*) in favore del garante (§ 774 BGB)²⁰³, la cui obbligazione è preveduta come sussidiaria rispetto a quella del debitore principale. Mediante la c.d. eccezione di escussione (*Einrede der Vorausklage*), il fideiussore può infatti rifiutarsi di adempiere se il creditore non abbia preventivamente agito in via esecutiva verso il debitore principale (§ 771 BGB). La surrogazione del fideiussore è qui

¹⁹⁸ Così, G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, Napoli, 1953, p. 85.

¹⁹⁹ Cap. III, para. 2, 2.1, 2.2.

²⁰⁰ Cap. III, para. 2.1, 2.2.

²⁰¹ La dimostrazione del carattere attuale (e non eventuale) dell'obbligazione del fideiussore è del G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, cit., pp. 53 ss. Sul punto, v. Cap. II, para. 4, nota 90.

²⁰² G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, cit., p. 500: «[i]l fideiussore solidale è sempre fideiussore (...) l'opinione contraria ha il grave torto di assimilare il fideiussore solidale al condebitore solidale malgrado i termini dell'obbligazione assunta». Così anche G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., p. 85, che osserva come il fideiussore, pur tenuto in solido in virtù della garanzia, «(...) non può (...) essere considerato un coobbligato solidale sullo stesso piano del debitore principale. Tale, quanto meno, non lo considera il legislatore». In giurisprudenza, cfr. Cass., 25 luglio 2013, n. 18086, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 3070, la quale, nel rammentare il limite del vincolo fideiussorio, in virtù del quale il creditore non può esigere dal fideiussore ciò che non potrebbe ottenere dal suo debitore principale, afferma che la cennata obbligazione di garanzia «(...) resta nondimeno distinta dall'obbligazione principale, non valendo la regola ricordata ad assimilare il fideiussore al debitore principale e ad estendere al primo un vincolo contrattuale – qual è quello con il debitore principale – al quale il fideiussore rimane estraneo».

²⁰³ Per tutti, v. K. KOPPFEL-SPIES, *Die Cessio Legis*, Tübingen, 2006, pp. 36 ss. La surrogazione legale del fideiussore prevede il trasferimento anche dei diritti accessori e di preferenza, ai sensi del combinato disposto dei §§ 412, 401 BGB.

strutturalmente concepita per operare in caso egli adempia in via – non già primaria, bensì – secondaria²⁰⁴; subordinatamente, cioè, all'azione esecutiva del creditore sui beni del debitore principale.

Orbene, può dirsi che l'obbligazione fideiussoria, sebbene collegata a quella principale, goda di una propria individualità²⁰⁵. Essa ha una ragione invariabile ed uniforme, mentre l'obbligazione garantita si fonda su una qualsiasi diversa causa ammessa dall'ordinamento²⁰⁶. Ciò importa, come vedremo, una conseguenza di rilievo: non vi è sovrapposizione di discipline fra le due obbligazioni²⁰⁷. L'individualità del vincolo fideiussorio – confermata dalla efficacia della prestata garanzia anche se il debitore non ne ha conoscenza (art. 1936, comma 2, c.c.) – si combina con la sua funzione, che è di ausilio (*Hilfsgeschäft*) alla obbligazione altrui (*Grundgeschäft*)²⁰⁸. Il nesso tra vincolo principale e ausiliario si spiega cioè con la funzione svolta da quest'ultimo²⁰⁹. Sussiste una forma di collegamento (non reciproco, bensì) unilaterale che reagisce sulla concreta disciplina della solidarietà²¹⁰, modificandola rispetto a quella tratteggiata dagli artt. 1292 c.c. ss. Proprio la diversità di trattamento giuridico del debitore principale e del garante ravviva il carattere individuale delle relative obbligazioni, le quali recano – lo ribadiremo oltre – caratteri propri e distinti.

²⁰⁴ È utile soggiungere che la surrogazione legale non è direttamente dipendente dal carattere accessorio della fideiussione (se non ai fini della determinazione del credito garantito per il quale si agisce in surrogazione). L'adempimento del garante infatti estingue integralmente il debito verso il creditore e così anche il rapporto fideiussorio sorretto dalla accessorietà. Sul punto, v. L. HÜTTEMANN, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft*, cit., p. 29. Nel senso (contrario a quello da noi sostenuto) di una relazione diretta fra surrogazione legale e accessorietà, K. KOPPFELDS-SPIES, *Die Cessio Legis*, cit., p. 6, p. 8. Un collegamento con l'accessorietà può tuttavia *indirettamente* rintracciarsi nell'ipotesi di inesistenza del debito principale, sicché la surrogazione legale del fideiussore è insuscettibile di operare. In tal caso, la prestazione del fideiussore che adempie al creditore, nonostante l'inesistenza del debito, legittima la pretesa del primo alla restituzione di quanto corrisposto (*Herausgabeanspruch*), ai sensi del § 812 BGB. Così N. HÖRNIG, *Fortbestand akzessorischer Sicherheiten. Eine gesellschaftsrechtliche Lösung am Beispiel der Bürgschaft bei Wegfall des Hauptschuldners*, Tübingen, 2018, p. 17.

²⁰⁵ Cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni*², pp. 141-142, ad avviso del quale la necessaria distinzione tra obbligazione fideiussoria e principale ingenera l'interrogativo in merito alla effettiva ricorrenza della solidarietà. Sul punto, v. Cap. I, para. 2, nota 48. Nella dottrina tedesca, v. K. KOPPFELDS-SPIES, *Die Cessio Legis*, cit., p. 6, secondo cui l'obbligazione del garante è senz'altro indipendente da quella del debitore principale, nonostante la simiglianza dell'una all'altra.

²⁰⁶ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., p. 73.

²⁰⁷ Così Cass., sez. un., 5 dicembre 2011, n. 25934, in *Vita not.*, 2012, p. 289; Cass., sez. un., 5 febbraio 2008, n. 2655, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1911.

²⁰⁸ M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1937, pp. 275 ss., spec. p. 327, nota 3.

²⁰⁹ M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 328.

²¹⁰ V. Cap. III, para. 1, 2, 2.1, 2.2.

La (presunta) unità del vincolo debitorio, sovente rivendicata dalla dottrina²¹¹, costituisce solo un riflesso logico della situazione giuridica facente capo al creditore. Da questa angolazione visuale, ricorre una situazione giuridica c.d. inattiva di favore riconducibile al predetto soggetto; situazione che, segnatamente, si identifica con il suo *interesse*²¹². La considerazione unitaria che il creditore opera del rapporto fra condebitori è l'esito della concreta manifestazione di tale interesse; il quale, desumibile dal contegno del creditore medesimo, non si appunta né sulla coincidenza empirica fra le prestazioni dovute dagli obbligati solidali né sulla struttura delle rispettive obbligazioni. Il fatto che l'interesse del creditore sia realizzabile con l'adempimento di una fra più obbligazioni attesta che l'unitaria considerazione effettuata dal creditore non si riferisce tanto al gruppo di debito, quanto (e soltanto) al pertinente atto solutorio; il quale estingue il debito a prescindere dalla omogeneità naturalistica delle prestazioni e dal soggetto adempiente²¹³.

Specularmente, vi è la situazione giuridica attiva – c.d. di *dovere*²¹⁴ – ricollegabile ai condebitori, ciascuno tenuto ad adempiere in virtù della propria (singola) obbligazione. Le situazioni giuridiche dei due coobbligati, ancorché ascrivibili entrambe al dovere, presentano una diversa intensità. La relazione che intercorre fra il vincolo di garanzia e quello garantito non è infatti di natura corrispettiva e biunivoca. Il primo rafforza la possibilità di adempimento della *altrui* obbligazione (art. 1936, comma 1, c.c.)²¹⁵. Riguardata dalla prospettiva dei rapporti interni, è certo che l'interesse permeante l'assunzione dell'obbligazione fideiussoria di regola si risolve nell'ausilio offerto all'adempimento dell'obbligazione principale²¹⁶. Quest'ultima è, per contro, sorretta da un interesse diretto e immediato del debitore in quanto titolare del peso

²¹¹ La primitiva elaborazione della teoria fondata sul c.d. «fascio» di rapporti che dà luogo a una struttura unitaria è di R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, I, cit., pp. 260-262. Nella dottrina italiana, v. C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, I, 3^a ed., Napoli, 1950, pp. 297 ss.; R. LUZZATTO, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950, pp. 113 ss.

²¹² Cfr. G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, rist. Napoli, 1990, p. 38, il quale rammenta come le situazioni inattive possano essere sfavorevoli o favorevoli. Le prime si identificano nella c.d. “soggezione”, mentre le seconde danno luogo alle distinte figure della “pretesa” e dello “interesse”.

²¹³ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., pp. 372-380.

²¹⁴ G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., p. 39.

²¹⁵ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., p. 69.

²¹⁶ È di interesse la posizione assunta da una parte (minoritaria) della dottrina tedesca, la quale, argomentando nel senso della piena conciliabilità fra solidarietà e fideiussione, ancorché per quest'ultima non operi il modello della pari-ordinazione (*Gleichstufigkeit*), tipico della prima, enfatizza proprio la posizione “ausiliaria” del soggetto garante. In tal senso, v. F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzssystematik*, Berlin, 1990, pp. 134 ss., spec. p. 141.

economico del debito. La norma posta dal 1° comma dell'art. 1936 c.c., sancendo l'alterità del debito, suggella la cennata funzione ausiliaria dell'obbligazione fideiussoria. Tale previsione individua la causa di garanzia di quella obbligazione: il fideiussore, di regola, decide di vincolarsi per un interesse altruistico e ciò necessariamente condiziona l'interpretazione delle norme in materia. Se oltre alla divisata circostanza si considera che, in senso inverso a quanto preveduto dal codice civile in punto di estinzione del vincolo fideiussorio, il debitore principale non risulta *definitivamente* liberato se non adempie la sua obbligazione (arg. ex art. 1949 c.c.)²¹⁷, si delinea a pieno la difformità della sua posizione rispetto a quella del garante.

Si profila così un rapporto di continenza fra le due obbligazioni: esse preservano senz'altro la rispettiva individualità, ma, come diremo in dettaglio²¹⁸, vi è la unilaterale propagazione degli effetti derivanti dal verificarsi di alcune vicende della obbligazione fideiussoria (artt. 1300 ss.), giacché queste non condizionano il debito principale²¹⁹; si appronta inoltre una differente disciplina in tema di eccezioni opponibili dal garante rispetto al comune coobbligato solidale (artt. 1945, 1297 c.c.)²²⁰. Peraltro, la divergenza di regole tra obbligazione principale e fideiussoria smentisce, ancora una volta, l'idea che i relativi rapporti possano concorrere a formare una unità giuridica. Per contro, la sostanziale continenza fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia trova un significativo aggancio nel diritto positivo: il disposto dell'art. 1941 c.c., oltre a integrare una manifestazione della c.d. accessorietà fideiussoria, circoscrive e subordina il limite della seconda entro l'estensione della prima. Parimenti, la norma posta dall'art. 1942 c.c., nel prevedere che la fideiussione garantisce tutti gli accessori del debito principale e le correlate spese, consente espressamente alle parti di disporre in senso diverso, sì da limitare l'ammontare del capitale garantito. Il peculiare carattere dell'obbligazione fideiussoria reagisce così sull'assetto dei due vincoli, differenziandone la relativa disciplina²²¹ e, per tal via, il trattamento del garante rispetto al comune debitore solidale. La natura (non tanto accessoria, ma) ancillare e altruistica della fideiussione sospinge e sorregge l'idea della diversità di posizioni dei condebitori nel rapporto obbligatorio: l'assunzione del debito per la garanzia dell'*altrui* adempimento (1936 c.c.) segnerebbe, già nei rapporti interni, un obbligo

²¹⁷ G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., p. 86.

²¹⁸ Cap. III, para. 2, 2.1, 2.2.

²¹⁹ V., per alcuni preliminari rilievi sul punto, Cap. II, para. 4.2.

²²⁰ Cap. III, para. 2.1.

²²¹ Il riferimento è nuovamente alla propagazione unilaterale delle vicende che riguardano la fideiussione, le quali non influenzano il debito principale; di contro, le vicende di quest'ultimo reagiscono sull'obbligazione di garanzia. In proposito, v. Cap. III, para. 2, 2.1, 2.2.

del debitore a far sì che il fideiussore non paghi²²². Tale obbligo sorge in conseguenza dell'interesse – realizzato con la prestata fideiussione – del debitore a ricevere la garanzia, che gli è indispensabile per indurre il creditore a concludere con lui una determinata operazione. Il vantaggio conseguito dal debitore conforma l'assetto disuguale delle obbligazioni nei rapporti interni. Il fideiussore, già prima del soddisfacimento del creditore, realizza, con la mera assunzione del debito destinato a rafforzare la probabilità dell'adempimento altrui, la funzione del negozio di garanzia. In diversi termini, il primario adempimento del garante non risulta coerente con la funzione che innerva la fideiussione²²³. La individualità dei due rapporti appare pienamente conciliabile con la natura solidale della responsabilità gravante sul debitore e sul garante; lo dimostra la operatività del dispositivo disciplinato dagli artt. 1292 c.c. ss. nell'ambito dei negozi di assunzione del debito e del sistema cambiario, i quali si distinguono (solo) *strutturalmente* dalla fideiussione proprio per l'autonomia dei pertinenti rapporti.

6.1. Segue. Posizione del fideiussore e sussidiarietà dell'obbligazione (solidale) originaria nei negozi di assunzione del debito.

Dal punto di vista dei rapporti interni ed esterni, il funzionamento della fideiussione la accomuna ai negozi di assunzione cumulativa del debito (*Schuldbeitritt*), almeno avuto riguardo ai rispettivi effetti sulle posizioni dei soggetti. A prescindere dalla circostanza per cui il terzo assuntore, in virtù di un rapporto di provvista, sovente divenga il debitore principale²²⁴, il dato scriminante è, di regola, nella titolarità del peso economico del debito: essa integra l'elemento decisivo per la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione solidale originaria (artt. 1268, comma 2°; 1272, co. 1°; 1273, co. 3° c.c.)²²⁵. La posizione finale del titolare del peso economico

²²² Così E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 62.

²²³ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., p. 62.

²²⁴ Può però accadere che il peso economico del debito, nei rapporti interni, permanga invece in capo al debitore originario. Ad esempio, nel caso della delegazione, l'assunzione del debito da parte del delegato verso il delegatario può coesistere con la mancata variazione, nei rapporti interni, della titolarità del peso economico del debito; si che quest'ultimo permarrà in capo al delegante ove il delegato abbia soltanto concesso credito al primo. Sul punto, v., per tutti, R. CICALA, *Esromissione*, 2^a ed., Napoli, 1995, pp. 25 ss. Nell'ambito delle fattispecie di assunzione cumulativa del debito (*Schuldbeitritt*), sul distinguo tra "*Schuldbeitritt zu Übernahmzwecken*" e "*Schuldbeitritt zu Sicherungszwecken*", v. J. SCHÜRNBAND, *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät*, cit., pp. 32 ss., e rispettivamente, pp. 33 ss. (in tema di *Übernahmebeitritt*), pp. 40 ss. (sullo *Sicherungsbeitritt*).

²²⁵ Sulla operatività della solidarietà nei negozi di assunzione del debito, v. P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., pp. 63 ss. La tesi pare ormai consolidata in giurisprudenza: Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, in *Foro it.*, 2004, I, c.

del debito è, nella dinamica del rapporto obbligatorio, sovraordinata rispetto a quella del debitore originario²²⁶; la cui obbligazione svolgerebbe, in conseguenza della conclusione del negozio di assunzione, una funzione di garanzia dell'adempimento del terzo interveniente²²⁷. Il che quantomeno legittima l'accostamento fra l'effetto cumulativo e solidale dei predetti negozi e quello tipico della fideiussione²²⁸. Gli schemi giuridici invocati sono infatti affratellati dall'assunzione di un obbligo assunto personalmente da un terzo. Il dato già consente di cogliere analogie rispetto alla fideiussione, la quale, appartenente alla comune categoria dei negozi d'intervento²²⁹, pure risulta contraddistinta da un meccanismo radicato sull'assunzione del debito, ancorché esso sia normalmente destinato a rafforzare l'altrui adempimento²³⁰.

3405, su cui cfr. E. FERRANTE, *Accollo e responsabilità sussidiaria: a proposito di una sentenza "annunciata"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 255 ss.

²²⁶ Sotto la vigenza del codice civile abrogato, v., con riguardo alla delegazione (per la quale non si discorreva di solidarietà), W. BIGIAMI, *La delegazione*, Padova, 1940, rist. Napoli, 1981, pp. 26-27. L'Autore, nell'escludere una sovrapposizione tra fideiussione – che al tempo si manifestava nelle forme della preventiva escussione – e delegazione, rammenta: «[b]asterà, invece, che il delegatario si rivolga al delegato e gli chieda il pagamento: in caso di risposta negativa egli potrà senz'altro rivolgersi al delegante». Ma nella diversa ipotesi dell'accollo c.d. interno, quando un terzo assuma su di sé l'onere economico del debito, il creditore si rivolgerà pur sempre all'accollato, mentre sull'accollante graverà il peso dell'obbligazione. Per una suggestiva applicazione di tale schema, v. F. MEZZANOTTE, *L'allocatione convenzionale del rischio «da illecito» (con particolare riguardo alle sanzioni amministrative pecuniarie)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 204 ss., spec. p. 239, p. 243, il quale, dopo aver dimostrato la liceità (e individuato i criteri per valutarla) di un accordo di trasferimento intersoggettivo del rischio da illecito amministrativo, riconduce tale pattuizione atipica alla fattispecie dell'accollo interno. Non a caso, riflettendo sulle conseguenze che una siffatta qualificazione importa sul versante dell'adempimento, l'Autore osserva: «[n]elle ipotesi di trasferimento negoziale dell'onere economico della sanzione, al di fuori dei casi in cui l'amministrazione agisca autonomamente nei confronti dei coobbligati legali, si deve invece ritenere che il procedimento sanzionatorio rimanga indirizzato esclusivamente nei confronti del soggetto responsabile: in questi casi, dunque, l'assuntore può adempiere la propria prestazione esclusivamente procurando in via anticipata alla controparte le sostanze necessarie all'adempimento, o, alternativamente, reintegrandola di quanto già versato nei confronti dell'amministrazione procedente» (p. 243). Per ulteriori riferimenti sul pensiero dell'Autore, v. Cap. II, para. 6.4, nota 371.

²²⁷ Con riferimento al negozio di espromissione, v. G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., pp. 88-89, p. 94.

²²⁸ S. MADAUS, *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit. Die Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft*, Berlin, 2001, pp. 83 ss.: «[b]esonders problematisch ist seit der ersten Beschäftigung mit dem vertraglichen Schuldbeitritt seine Abgrenzung zu den beiden anderen möglichen Personalsicherheiten: der Bürgschaft und der Garantie. Beide erfüllen als Personalsicherheit den gleichen Zweck wie der typische Schuldbeitritt: sie sichern ein bestimmtes Leistungsinteresse des Gläubigers durch die diesbezügliche Verpflichtung eines Dritten» (p. 83).

²²⁹ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 72.

²³⁰ B. CARPINO, *Espromissione cumulativa e fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 404: «il fideiussore non assume l'obbligo altrui, ma l'obbligo di adempiere l'obbligo altrui». Cfr., altresì, G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., p. 89: «con l'espromissione, a differenza della fideiussione, il terzo è obbligato ad adempiere un obbligo che è divenuto suo o, perlomeno, anche suo».

Di là dalla (eventuale) assunzione della titolarità del peso del debito verso il creditore, l'intervento del terzo integra, nella delegazione ed espromissione, un elemento del contenuto del negozio di cui sono parti l'uno e l'altro soggetto²³¹. La struttura dell'accollo, per contro, sarebbe ordinariamente riconducibile alla figura del contratto a favore di terzo: il creditore gode della facoltà di aderire o meno alla convenzione intervenuta fra debitore e terzo assunto²³², sebbene in varî punti si registri uno scostamento tra la disciplina dell'accollo e quella del contratto a favore di terzo²³³.

La più accentuata similitudine parrebbe riscontrarsi fra fideiussione ed espromissione cumulativa²³⁴. Esse presentano analogie strutturali: entrambe esigono che l'accordo sia concluso tra creditore e terzo. Quest'ultimo, vincolatosi senza un previo incarico o autorizzazione del debitore originario²³⁵, diviene con lui obbligato in solido²³⁶. L'espromesso può così risultare l'effettivo beneficiario del negozio, in quanto vede alleggerita la propria posizione²³⁷, che degrada a sussidiaria rispetto a quella dell'espromittente²³⁸. La obbligazione di quest'ultimo è, sul piano causale, sorretta dal riferimento al rapporto di valuta, al pari di quel che avviene nella fideiussione.

Orbene, indipendentemente dalla dubbia rilevanza del dato strutturale posto in crisi dalla (indagata) duttilità del negozio fideiussorio, che non di rado è la concreta risultante di un accordo fra debitore e fideiussore in favore del terzo²³⁹ o anche di un rapporto in cui il primo

²³¹ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. Napoli, 1978, p. 262.

²³² Relazione ministeriale al codice civile, n. 589. Sulla riconduzione dell'accollo allo schema del contratto a favore di terzo, v. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., pp. 259 ss.; W. BIGIAMI, *Accollo e contratto a favore di terzo*, in *Foro it.*, 1942, I, c. 917 ss.; R. CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, 3ª ed., Napoli, 2008, pp. 15 ss.

²³³ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., pp. 227 ss. spec. p. 243.

²³⁴ B. CARPINO, *Espromissione cumulativa e fideiussione*, cit., pp. 395 ss.

²³⁵ Così, sotto la vigenza del codice civile abrogato, E. BETTI, *Della differenza fra «expromissio» e «delegatio» con riguardo alla responsabilità del delegante per insolvenza del delegato*, in *Annuario dir. comp.*, 1931, v. VI, p. I, pp. 11 ss. Successivamente alla introduzione del codice civile del 1942, cfr., a tal riguardo, S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 781 ss., pp. 782-783. V. *infra*, Cap. II, para. 6.1, note 239 e, in particolare, 240.

²³⁶ Per più ampî riferimenti sul tema, v. E. CAMILLERI, *Appunti sulla struttura dell'espromissione cumulativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 645 ss., spec. pp. 651 ss.

²³⁷ S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., p. 786; più di recente, R. DE MEO, *L'espromissione*, in *La circolazione del debito*, II, *Delegazione espromissione accollo*, a cura di A. JANNARELLI, in *Trattato delle obbligazioni*, IV, diretto da L. GAROFALO, Padova, 2016, pp. 231 ss., spec. p. 271.

²³⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*², cit., p. 670.

²³⁹ In questa specifica ipotesi le analogie tra fideiussione e accollo cumulativo, quando esso miri al rafforzamento della garanzia del creditore, paiono davvero significative. Sul punto, v. P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 72, il quale osserva come accollo privativo, accollo cumulativo e fideiussione siano, in senso lato, «negozi

assume la qualifica di mandante e il secondo di mandatario (per la stipulazione del contratto di garanzia)²⁴⁰, il profilo di rispondenza più pregnante fra negozi di assunzione del debito e fideiussione è nel modo di operare della solidarietà²⁴¹. Dall'angolazione visuale dei rapporti interni, si riscontra ordinariamente il difetto della presunzione di uguaglianza posta dal 2° comma dell'art. 1298 c.c. Ciò è il riflesso dell'assenza di unità del fatto costitutivo (*eadem causa obligandi*) delle più obbligazioni; la quale assenza caratterizza tutti gli schemi negoziali indagati²⁴². L'intera architettura dei rapporti interni (espromittente-espromesso, accollante-accollato, delegante-delegato, fideiussore-debitore), inoltre, non risulta sorretta dalle regole tracciate dagli artt. 1300 c.c. ss.²⁴³, che si avviluppano, invece, sulla omogenea partizione interna del debito. Remissione, compensazione, confusione e rinuncia alla solidarietà sono infatti disciplinate dalle norme dettate in tema di fideiussione (artt. 1239, 1° comma; 1° comma; 1253; ecc.)²⁴⁴.

Nella segnata prospettiva, è d'interesse la previsione della seconda parte del 3° comma dell'art. 1272 c.c.: in senso contrario a quanto stabilito dal comune modello solidale individuato dall'art. 1302, comma 1, c.c., il terzo non può opporre al creditore la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore originario, quantunque verificatasi anteriormente all'espromissione. Potrebbe, invero, obiettarsi che quest'ultima disposizione non trova applicazione in materia

d'intervento, per effetto dei quali un soggetto diverso dal debitore originario risponderà (invece), accanto (fideiussione) e prima (accollo cumulativo) di lui». La possibilità che la fideiussione sia costituita in virtù di un accordo fra fideiussore e debitore è posta in luce anche da R. CICALA, *Fideiussione o accollo*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1960, pp. 495 ss., spec. p. 497, nota 10. Da questa angolazione visuale, analogie parimenti ricorrono fra fideiussione ed espromissione. Si è significativamente osservato come anche nel negozio disciplinato dall'art. 1272 c.c. sia davvero raro che il debitore risulti del tutto estraneo rispetto alle operazioni che conducono alla sua estromissione dal rapporto obbligatorio. Così S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., p. 783.

²⁴⁰ La riconducibilità, in certi casi, della fideiussione alla figura del mandato (sul punto, v. Cap. II, para. 4.1, 4.3) è un ulteriore elemento di simiglianza con la espromissione; la quale può infatti costituire esito di una iniziativa del terzo che agisce in esecuzione di un precedente contratto di mandato stipulato con il debitore. Ciò che rileva è solo la mancata manifestazione da parte del terzo della ragione alla base della sua azione; sì che la sussistenza di un contratto di mandato diviene del tutto ininfluenza nell'ottica della qualificazione del negozio quale espromissione. In tal senso, v. S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., pp. 783-784; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, pp. 270-272, pp. 272-277, spec. p. 273.

²⁴¹ È pacifica l'opinione per cui il beneficio d'ordine, preveduto dal 2° comma dell'art. 1268 c.c., trovi applicazione anche alle fattispecie cumulative di espromissione e di accollo. In proposito, v. E. CAMILLERI, *Appunti sulla struttura dell'espromissione cumulativa*, cit., pp. 652-653.

²⁴² Per la tesi che, invece, ravvisa nell'elemento della *eadem causa obligandi* un requisito immancabile della solidarietà, v. Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, cit. Per una più approfondita disamina della teorica, cfr. Cap. I, para. 2.

²⁴³ Sul punto, v. Cap. III, para. 1.

²⁴⁴ U. STEFINI, *La solidarietà nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo cumulativi*, in *Contr. impr.*, 2014, pp. 674 ss., spec. p. 682.

fideiussoria: il garante gode senz'altro della facoltà di opporre in compensazione il debito che il creditore ha verso il debitore principale (art. 1247 c.c.). L'inoperatività della limitazione preveduta dal 3° comma dell'art. 1272 c.c. è però pienamente comprensibile se si considera che il fideiussore si obbliga precipuamente per garantire un debito altrui, mentre il vincolo del terzo assuntore trova, di regola, giustificazione in un suo debito²⁴⁵. Il che, peraltro, suggerisce di identificare il criterio (spesso ambiguo) di distinzione fra il negozio assuntorio e la fideiussione non nell'interesse *economico diretto* o *indiretto* del terzo a obbligarsi; il suo intervento, nell'uno e nell'altro caso, è infatti necessariamente sospinto da un interesse (anche in senso lato) di tipo economico. Per contro, il tratto differenziale va rintracciato sì in un interesse *diretto* del terzo assuntore ma esso deve essere rivolto all'*adempimento* dell'obbligazione²⁴⁶; per tal via, quandanche l'originaria obbligazione venga meno, quell'interesse del terzo all'adempimento rimane intatto²⁴⁷. Questa conclusione, spesso trascurata dalla dottrina, la quale reitera la (pur esistente e vera) diversità causale fra i sondati schemi, nonché l'autonomia delle pertinenti obbligazioni²⁴⁸, implica una necessaria indagine interpretativa sulla volontà delle parti. Procedimento che è reputato, ad esempio, ineludibile in Germania per cogliere il cennato distinguo (§§ 133, 157 BGB)²⁴⁹, ancorché dall'esperienza giuridica tedesca emerga una tendenziale incompatibilità fra solidarietà, radicata, come si è detto, sull'invariante assioma della *Gleichstufigkeit* che ricorre nei negozi di assunzione cumulativa, e sussidiarietà, sulla quale, per contro, si impernia lo schema fideiussorio (§ 771 BGB)²⁵⁰.

La essenzialità del fenomeno interpretativo, proprio in quanto volto a schiarire in concreto l'opaca divergenza fra gli invocati schemi, indirettamente suggella la prossimità funzionale dell'istituto disciplinato dagli art. 1936 c.c. ss. con i negozi di assunzione; e così il senso del reciproco accostamento, in quanto essi recano similitudini che obiettivamente affiorano dall'analisi sulle posizioni degli obbligati in funzione di garanzia²⁵¹. È significativo, a modo

²⁴⁵ G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., pp. 88-89.

²⁴⁶ WOLFHARD KOHTE e WOLFGANG KOHTE, *Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme*, in *JZ*, 45. Jahrgang, 1990, pp. 997 ss., spec. pp. 1000-1001.

²⁴⁷ Questa affermazione, evidentemente, è conciliabile con le ordinarie ipotesi in cui il terzo assuntore sottentra nella posizione del debitore primitivo per ragione diverse dalla liberalità.

²⁴⁸ G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., pp. 58 ss.

²⁴⁹ S. MADAUS, *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit*, cit., p. 85: «Dies ist eine Frage der Ermittlung des erkennbaren Parteiwillens und damit eine Frage der Auslegung der Parteierklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB».

²⁵⁰ Cfr. Cap. I, para. 7.1.

²⁵¹ G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 28, ora in *Liber Amicorum per Bruno Troisi*, I, a cura di C. CICERO e G. PERLINGIERI, Napoli, 2017, p. 960: «(...) occorre, in una prospettiva funzionale e attenta agli interessi in concreto coinvolti dal singolo atto di autonomia, individuare e

d'esempio, che la causa della espromissione risieda – lo si è già posto in luce – nel corrispettivo (voluta dal terzo assunto) della degradazione a sussidiaria della posizione del debitore originario, il quale garantisce il debito dell'espromittente verso il creditore²⁵². In altri termini, prima della stipulazione del negozio, l'espromesso era obbligato ad adempiere un debito suo; successivamente, resta pur sempre obbligato (in solido) ma per un debito altrui, facente capo all'espromittente. Difetta, di regola, la *Interessengemeinschaft* fra debitori solidali²⁵³. L'assetto degli interessi nella fideiussione e nei negozi di assunzione del debito reca dunque la medesima conformazione unilaterale. La posizione finale del fideiussore e dell'espromesso, riguardate all'esito della produzione degli effetti prodotti dalla costituzione dei relativi negozi, diviene pertanto analoga. Tali soggetti risultano vincolati in solido verso il titolare del peso del debito e la loro obbligazione sussidiaria è giustificata da una funzione di garanzia²⁵⁴. Per tal via, può rileggersi *a contrario* anche la norma posta dalla seconda parte del 3° comma dell'art. 1273 c.c., sì da conciliare, su questo punto, le posizioni dei due obbligati in (funzione di) garanzia: entrambi (espromesso e fideiussore) possono opporre la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore principale (espromittente e debitore principale nella fideiussione). Se si prosegue su siffatta direttrice concettuale, raffrontando le posizioni dell'espromesso e del fideiussore – e non, come tradizionalmente avviene, di quest'ultimo e dell'espromittente –, la conformazione unilaterale dei rapporti interni induce a ritenere che il regime delle eccezioni

valorizzare, alla luce della libertà negoziale, le differenze e le similitudini tra negozi, nonché controllare anche la conformità della fattispecie ai valori normativi presenti nell'ordinamento di riferimento».

²⁵² G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., p. 92.

²⁵³ Sulla figura della *Interessengemeinschaft*, v. Cap. I, para. 2.

²⁵⁴ Questo è il motivo che conferma la necessità di riflettere sul funzionamento di tutti i cennati negozi di intervento da un punto di vista, per così dire, *finale*. Nella indagine combinata di fideiussione ed espromissione, le posizioni di partenza del garante, da un lato, e del debitore originario (espromesso), dall'altro, sono chiaramente diverse. Diventano, invece, molto più simili se riguardate all'esito della stipulazione dei due negozi: entrambe svolgono una funzione di garanzia, ancorché nella fideiussione quella funzione costituisca la diretta giustificazione dell'assunzione dell'obbligazione di garanzia, mentre nella obbligazione dell'espromesso essa è conseguenza solo indiretta dell'assunzione del vincolo da parte dell'espromittente. In senso opposto a quanto qui prospettato, cfr. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., pp. 58 ss., spec. pp. 68 ss., il quale, argomentando nel senso dell'improprietà dell'accostamento fra negozi di assunzione del debito e fideiussione, reitera il rilievo per cui il fideiussore mai assume la titolarità del peso del debito nei confronti del creditore, né fa proprio quel peso verso il debitore garanzia (p. 69). In realtà, l'impostazione dell'Autore incorre nell'equivoco già esposto nel testo, in quanto, osservando il fenomeno da un'angolazione visuale statica, associa la posizione del terzo assunto a quella del fideiussore. Diversamente, dal cennato punto di vista *finale*, la posizione del fideiussore è da accostare a quella del primitivo debitore. Il che ovviamente non impedisce di riconoscere che i negozi di assunzione del debito risultino ordinariamente sorretti da una causa diversa da quella fideiussoria; ma neppure può negarsi che, quando la posizione dell'originario debitore degrada a sussidiaria, la sua obbligazione svolga una funzione di garanzia dell'adempimento del debito assunto dal terzo.

esperibili dal primo sia in più parti sovrapponibile a quello cui può ricorrere il secondo. Ciò, in virtù della lacunosità della norma posta dall'art. 1272 c.c., che non individua facoltà e poteri che competono all'espromesso, motiva la possibilità di una estensione analogica di quella parte della disciplina della fideiussione innervata da un approccio di favore per il garante²⁵⁵. Potrebbe obiettarsi che la disciplina di favore per l'espromittente non sia giustificata alla luce dell'*autonomia* della sua obbligazione, la quale si contrapporrebbe all'*accessorietà* del vincolo fideiussorio²⁵⁶. Sul punto torneremo oltre, ma è qui necessario anticipare che è solo la ripartizione unisoggettiva del peso del debito²⁵⁷ – e non l'*accessorietà* – a determinare l'unilaterale rifluenza delle vicende relative ai rapporti interni fra condebitori solidali²⁵⁸. Un concettuale conforto deriva dalla pacifica applicazione delle norme sul tipo fideiussorio a istituti, come l'avallo, che pure da quello si discostano per la massima autonomia dei pertinenti rapporti²⁵⁹.

La prospettata soluzione pare ancor più fondata allorché l'ingerenza del terzo espromittente sia giustificata da un sottostante rapporto con l'espromesso, benché di tale collegamento non si dia evidenza all'esterno. Come nella fideiussione, la sussistenza di un contratto di mandato fra i predetti soggetti non è infatti incompatibile con lo schema espromissorio²⁶⁰. Deve anzi respingersi l'automatismo che immancabilmente associa mandato e negozio delegatorio, relegando così l'espromissione alle ipotesi in cui il terzo abbia agito spontaneamente o, comunque, in via autonoma²⁶¹. Da tale angolazione visuale, si è soliti attribuire all'espromittente, il quale voglia essere indennizzato, un rimedio che oscilla tra azione di arricchimento e *actio negotiorum gestorum contraria*, se prova che il suo atto è stato vantaggioso per il primitivo debitore²⁶².

In realtà, l'impostazione può dirsi superata. Con riguardo al negozio espromissorio, si è infatti rilevato come l'assoluta estraneità del debitore rispetto all'iniziativa del terzo assunto sia

²⁵⁵ Cap. II, para. 6.3.

²⁵⁶ È questo il principale criterio di demarcazione anche nel diritto tedesco. *Schuldbeitritt* e *Bürgschaft* si distinguono per la conformazione accessoria di quest'ultima, laddove il primo si caratterizza per l'autonomia delle pertinenti obbligazioni. Così S. MADAUS, *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit*, cit., pp. 84 ss.

²⁵⁷ La quale caratterizza, come si è dimostrato, sia i negozi di assunzione del debito sia la fideiussione.

²⁵⁸ Cfr. Cap. II, para. 6.3, ove ampî riferimenti sul tema.

²⁵⁹ Per la disamina del problema, cfr. Cap. II, para. 6.3.

²⁶⁰ In merito all'indagine sulla conciliabilità tra fideiussione e mandato, v. Cap. II, para. 4.1, 4.3.

²⁶¹ W. BIGIAMI, *La delegazione*, cit., pp. 36 ss.

²⁶² Così W. BIGIAMI, *La delegazione*, cit., pp. 36-37, il quale rammenta come tale prova non debba essere fornita dal delegato, in quanto nell'ordine ricevuto dal delegante è sottesa l'approvazione di quest'ultimo (p. 37).

circostanza davvero residuale²⁶³, ancorché astrattamente plausibile. Sul piano della qualificazione giuridica, è solo l'oggettiva indagine sullo schema negoziale che consente di dissolvere l'ambiguità fra delegazione ed espromissione²⁶⁴; segnatamente, se terzo e creditore concordano di riferirsi ad una sottostante delega, ciò riconurrà lo schema al tipo disciplinato dall'art. 1268 c.c.; nel caso opposto, ove difetti del tutto quel riferimento esterno, si avrà espromissione²⁶⁵. Se dunque il terzo assume la titolarità del peso economico del debito non solo verso il creditore, ma anche in confronto dell'originario debitore, quest'ultimo, qualora adempia in via sussidiaria (a séguito dell'inadempimento dell'espromittente), potrà, con l'*actio mandati*, ripetere in regresso l'integralità della somma pagata (art. 1950, 1° comma, c.c.; art. 1299, comma 2, c.c.). Ove, invece, la titolarità del peso economico dell'obbligazione permanga immutata in capo al primitivo debitore, l'espromittente (obbligato principale nel rapporto esterno con l'espromissario), intervenendo su diretta sollecitazione dello stesso debitore originario, eserciterà, se del caso, l'*actio mandati contraria*; qualora, poi, un sottostante rapporto fra espromesso ed espromittente difetti del tutto, quest'ultimo, ricorrendone i presupposti, potrà senz'altro domandare l'indennizzo mediante l'*actio negotiorum gestorum* o quella di arricchimento²⁶⁶.

6.2. Segue. Operatività comune della solidarietà unisoggettiva e adempimento del terzo.

La solidarietà unisoggettiva, che disciplina la fase attuativa delle obbligazioni insorgenti dal negozio espromissorio, reagisce così sui poteri e le facoltà del primitivo debitore. Così, quando questi non risulti il destinatario finale del peso economico del debito, in caso di insolvenza del terzo espromittente, non vi è ragione per escludere che possa chiedere, anche prima di aver pagato, la liberazione o le garanzie necessarie ad assicurargli l'integrale ripetizione delle somme in sede di regresso (art. 1953 c.c.).

Al pari dell'avallante, la cui obbligazione di garanzia si caratterizza per un'accentuata autonomia rispetto al vincolo garantito (art. 37, comma 2, l. camb.)²⁶⁷, anche l'espromesso

²⁶³ S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., p. 783. Cfr., per richiami più dettagliati, Cap. II, para. 6.1, note 239-240.

²⁶⁴ R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., pp. 280 ss.

²⁶⁵ R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., p. 285.

²⁶⁶ W. BIGIAMI, *La delegazione*, cit., pp. 36 ss.

²⁶⁷ F. GALGANO, *Dei titoli di credito, Artt. 1992-2027*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2010, p. 239.

profitta della liberazione se, per fatto del creditore, non può avere effetto la tipica surrogazione del fideiussore o un suo correlato analogo (art. 1955 c.c.)²⁶⁸. A ciò si aggiunga che l'azione di rimborso delle somme versate dall'espromesso (non titolare del peso del debito) si modella, e lo si è rilevato, sul 1° comma dell'art. 1950 c.c.²⁶⁹

Orbene, ancora dalla individuata angolazione visuale, un dato significativamente accomuna espromissione cumulativa e fideiussione: la solidarietà concretamente opera per tutelare, da un lato, il creditore, che beneficia di (non uno, ma) due patrimoni sui quali soddisfarsi; dall'altro lato, il debitore originario (obbligato in funzione di garanzia), che profitta del mutamento di posizione nel rapporto obbligatorio, la quale da primaria diviene sussidiaria. L'indagine attesta, però, che anche il cennato interesse del terzo assunto all'adempimento (e dunque al soddisfacimento del creditore), fondamentale per la concreta ricorrenza del fenomeno assuntorio, risulta agevolato dalla solidarietà. Se il soggetto assunto, pur volendo, non può pagare per qualsiasi causa, l'adempimento in via sussidiaria del debitore originario estingue l'obbligazione; per tal via, quell'interesse del terzo, che lo aveva indotto a intervenire nel negozio, è realizzato, quantunque egli, nei rapporti interni con il debitore sussidiario, dovrà infine sopportare l'onere monetario alla base del debito. Tale esito è senz'altro fisiologico se il terzo assunto risulti il titolare del peso economico non solo verso il creditore, ma anche in confronto del debitore originario.

Sussiste, a ulteriore riprova di quanto complessivamente osservato, un altro elemento di contiguità fra espromissione e fideiussione. Anche quando il vicendevole raffronto fra le due figure si compia osservando il momento che precede la costituzione dei negozi, si scorgono comunanze analogiche di funzionamento²⁷⁰. Diversamente da quel che tradizionalmente si sostiene, la norma posta dall'art. 1272 c.c. non è suscettibile di essere integrata dalla previsione dell'art. 1180, comma 2, c.c.²⁷¹ Conviene dapprima ribadire che l'opinione consolidata si assesta su posizioni contrarie. Si osserva che se le cennate disposizioni fossero integralmente irrelate, la lacunosa disciplina dell'espromissione, negozio concluso fra creditore e terzo, renderebbe vani i dispositivi di tutela del debitore (diligente) preveduti dagli artt. 1180 e 1236

²⁶⁸ L'applicazione analogica degli artt. 1953 e 1955 c.c. all'avallo risulta incontrovertita in dottrina. Per un primo riferimento, v. T. ASCARELLI e E. BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, in *Noviss. Dig. it.*, diretto da A. AZARA e E. EULA, II, Torino, 1958, pp. 721-722; G.U. TEDESCHI, voce *Cambiale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, II, Torino, 1987, p. 403. Una indagine più estesa sul punto è condotta al Cap. II, para. 6.3.

²⁶⁹ Cfr. Cap. II, para. 6.1.

²⁷⁰ Non è, invece, dubbio che le cause dei due negozi, da una angolazione visuale statica, siano differenti.

²⁷¹ Per contro, nel senso della integrazione, v., per tutti, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., pp. 116-118.

c.c.²⁷² La facoltà del debitore di opporsi all'adempimento diretto del terzo dovrebbe così ammettersi anche nella fattispecie dell'assunzione dell'obbligo altrui. L'interesse di tale soggetto ad adempiere si esplicherebbe, nella espromissione, con la manifestazione della sua opposizione avverso l'intervento del terzo²⁷³, oltre che contro la liberazione a lui accordata dal creditore.

Le argomentazioni addotte rinvergono la propria matrice concettuale negli studi della dottrina tedesca della fine del secolo decimonono. Essa rilevava che l'architettura normativa della *Schuldübernahme* (succ. §§ 414-415 BGB), espressione che identifica espromissione e accollo (privativi), disciplinando il contratto fra creditore e terzo (*Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer*: § 414 BGB), con cui il secondo sottentra nella posizione del debitore originario, renderebbe solo apparente la tutela apprestata dal § 397 BGB; la quale, com'è noto, subordina la remissione al consenso del debitore medesimo²⁷⁴.

Deve anzitutto rilevarsi che la manifestata opposizione del debitore determina solo l'insorgenza della facoltà del creditore di rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo (art. 1180, comma 2, c.c.). Il che già parrebbe smentire la tesi che ravvede nella norma posta dall'art. 1180 c.c. il segno della volontà legislativa di tutelare l'interesse del debitore ad adempiere²⁷⁵. In senso opposto a quanto emerge dall'art. 1236 c.c., l'interesse del debitore, nell'art. 1180 c.c., non primeggia su quello del creditore; il quale, non a caso, ha pur sempre la facoltà di ricevere il pagamento, nonostante l'opposizione dell'obbligato. È invece da dirsi che la norma tutela

²⁷² P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 116.

²⁷³ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 116.

²⁷⁴ Alla luce dei progetti immediatamente precedenti l'introduzione del BGB (su questi ultimi, cfr. Cap. I, para. 3, 7), v. R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlin, 1897, p. 208. Sulla ricostruzione della norma posta dall'art. 1236 c.c., cfr. nella dottrina italiana, da differenti prospettive metodologiche, E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955, pp. 6 ss.; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, pp. 783 ss.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, pp. 11 ss.; SALV. ROMANO, *Sulla remissione del debito*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, pp. 1483 ss.; P. STANZIONE, voce *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 577 ss.; G.E. NAPOLI, *Riflessioni sulla causa della remissione del debito*, in *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, a cura di C.M. BIANCA, Roma, 2012, pp. 463 ss.

²⁷⁵ Così, invece, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 115-116; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, Milano, 1974, pp. 187-188. In senso contrario, v. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 34, nota 9, il quale reputa che l'art. 1180 c.c. tuteli l'interesse del terzo ad invadere un rapporto giuridico alieno, ancorché, a tal fine, sia necessario il consenso (almeno) di uno dei soggetti del rapporto obbligatorio. Anche R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., p. 196, nega che l'art. 1180, comma 2, c.c. sia norma di tutela del debitore, ma, diversamente dal Falzea, l'Autore ravvede in essa una posposizione dell'interesse del predetto soggetto rispetto a quello del creditore.

l'interesse del terzo a ingerirsi in un rapporto altrui, sempre che non sia espressa una opposizione congiuntiva di debitore e creditore²⁷⁶. Si è ormai chiarito che il creditore «può non accettare l'assunzione del debito da parte del terzo già indipendentemente da un'opposizione del debitore, alla quale quindi non potrebbe riconoscersi una rilevanza identica o analoga a quella attribuita dall'art. 1180, comma 2, per l'ipotesi di adempimento del terzo»²⁷⁷. Ancor più significativamente, neppure l'opposizione all'espromissione potrebbe valere quale opposizione all'adempimento del terzo assunto²⁷⁸. Non sorge, in tal caso, alcuna facoltà del creditore di rifiutare la prestazione del terzo, in quanto l'espromittente è *debitore*. Così come è *debitore* il fideiussore²⁷⁹, una volta che egli si sia obbligato in confronto del creditore²⁸⁰. Potrebbe obiettarsi che la opposizione del debitore, se manifestata prima (o al momento) della costituzione del negozio di garanzia, determini la nascita della facoltà del suo creditore di rifiutare la fideiussione offerta dal terzo. A una più attenta analisi, ragionando in questi termini, si incorrerebbe però in un fraintendimento concettuale. La facoltà del creditore di non stipulare il negozio di garanzia, come la dottrina ha chiarito in tema di espromissione, sussiste a prescindere dall'opposizione del debitore. La cennata facoltà di non profittare della fideiussione già ordinariamente sorge con lo schema dell'art. 1333 c.c.²⁸¹ e, segnatamente, risulta accordata dal suo 2° comma.

²⁷⁶ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 34, nota 9: «(...) l'interesse del terzo non è efficace da solo»; quell'interesse «abbisogna anch'esso di un sostegno, che è dato dall'interesse di uno dei soggetti del rapporto (...). (...) [c]osì il terzo interviene efficacemente con l'accordo del debitore contro l'opposizione del creditore, o con l'accordo del creditore contro l'opposizione del debitore; ma non può intervenire contro la concorde opposizione del creditore e del debitore».

²⁷⁷ R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., p. 22. Il pensiero citato, se combinato alla concezione da noi accolta nel testo dell'art. 1180 c.c., implica che si sia fuori dall'ipotesi in cui il debitore richieda l'intervento del terzo. Nel qual caso tale intervento appare motivato dalla volontà stessa del debitore. Su quest'ultima possibilità, v. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 36, nota 9 (lett. d).

²⁷⁸ R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., pp. 22-23.

²⁷⁹ Si dirà, però, non vi è la stessa intensità fra la posizione obbligatoria del fideiussore e quella del comune debitore. V. Cap. II, para. 7.

²⁸⁰ La circostanza per cui né fideiussore, né terzi assuntori del debito in via cumulativa (delegato, espromittente e accollante), possano considerarsi "terzi" ai fini dell'art. 1180 c.c. è posta in luce da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., pp. 178-179.

²⁸¹ In proposito, v. Cap. II, para. 4, 4.1.

6.3. Segue. Sussidiarietà dell'obbligazione di garanzia nella espromissione invertita (e nelle garanzie autonome).

Nell'ambito degli studi sull'assunzione cumulativa del debito, la dottrina civilistica tende a conferire dignità concettuale autonoma alla ipotesi in cui, per volontà delle parti, permanga invariata la titolarità del peso economico del debito. In questa fattispecie, che suole designarsi con il lemma di "espromissione invertita"²⁸², il debitore originario (espromesso) conserva la sua qualità di coobbligato solidale in via primaria; laddove la obbligazione del terzo interveniente (espromittente) è di grado inferiore rispetto a quella del coobbligato espromesso. Vi è, rispetto alla espromissione, una inversione del consueto ordine fra le posizioni dei condebitori solidali²⁸³.

Il divisato schema appare del tutto ultroneo rispetto al negozio espromissorio, in cui il trasferimento del peso del debito assurge a funzione essenziale dell'istituto²⁸⁴. Quest'ultimo postulato, largamente condiviso, trova riscontro nel diritto positivo: il 2° comma dell'art. 1272 c.c. impedisce al terzo di opporre al creditore le eccezioni relative ai suoi rapporti col debitore originario, se non è convenuto diversamente. La previsione si raccorda con la mancata partecipazione del debitore alla conclusione del contratto di espromissione e con il difetto di manifestazione della (eventuale) ragione sottostante che induce il terzo a intervenire²⁸⁵. Per quanto la statuizione non abbia carattere inderogabile (art. 1272, comma 2, c.c.), l'ordinario divieto, a carico del terzo assuntore, di ricorrere alle eccezioni relative al rapporto di provvista riflette il nucleo causale della espromissione. La quale, diversamente dalla delegazione, si struttura integralmente sul rapporto di valuta e pare difficilmente conciliabile con la

²⁸² Il tema è oggetto di indagine nello studio di R. CICALA, *Espromissione*², cit., pp. 7 ss., pp. 119 ss.; ID., *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*³, cit., pp. 267 ss. Le riflessioni dell'Autore sono successivamente riprese da U. LA PORTA, *Brevi note sull'espromissione invertita*, in *Riv. not.*, I, 1996, pp. 739 ss., ora in *Studi in memoria di Raffaele Cicala*, II, Napoli, 2003, pp. 783 ss. (da cui le successive citazioni); ID., *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2009, pp. 163-170; B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, pp. 92-93; nonché da F. NAPPI, *Garanzie personali, espromissione cumulativa e Garantievertrag: appunti per una ricostruzione del sistema*, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, cit., pp. 933 ss.

²⁸³ U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., p. 164.

²⁸⁴ R. CICALA, *Espromissione*², cit., pp. 119 ss., spec. p. 120; ID., *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*³, cit., p. 268.

²⁸⁵ Si è già rilevata altrove la possibilità che il terzo assuntore agisca in virtù di un precedente rapporto con il debitore originario; ai fini della espromissione è però essenziale che il terzo non manifesti all'esterno la ragione della propria azione. In proposito, v. S. RODOTÀ, voce *Espromissione*, cit., pp. 783-784, e, per più ampi riferimenti, v. Cap. II, para. 5.1, note 239-240.

manifestazione esterna della causa fondante l'assunzione del debito a opera del terzo²⁸⁶. Conclusione avvalorata dal disposto del 3° comma dell'art. 1272 c.c., il quale consente all'espromittente di opporre al creditore le eccezioni che a tale soggetto avrebbe potuto opporre il debitore originario *se non sono personali a quest'ultimo e non derivano da fatti successivi all'espromissione*²⁸⁷.

La distinzione fra l'istituto delineato dall'art. 1272 c.c. e la c.d. espromissione invertita potrebbe apparire di moderno conio, se si considera che la seconda è l'esito di una (relativamente) recente concettualizzazione con cui si è plasmata una figura dottrinale la quale reca oggi una propria autonomia²⁸⁸. Nell'ambito della tradizione romanistica, l'inconciliabilità tra i due schemi invocati (espromissione tipica e atipica), attesa la diversa funzione da essi assolta, non risulterebbe, però, così accentuata. Nella gran parte delle fonti il ricorso al termine *expromissio* non necessariamente sottende lo spostamento del peso del debito²⁸⁹. È anzi incerto che l'assunzione di una precedente obbligazione importasse la traslazione della qualifica di debitore principale in capo al terzo espromittente; analogamente, dalle fonti romanistiche non pare emergere il riferimento alla essenzialità dell'iniziativa del terzo (presupposto del moderno istituto), ingenerando, peraltro, il dubbio che l'ambito applicativo dell'istituto si estendesse anche all'ipotesi della delegazione dell'originario debitore²⁹⁰.

L'intervento novativo del terzo, almeno nel diritto romano primordiale, non costituiva dunque un tratto tipizzante o esclusivo della *expromissio*. È stata la prassi a determinare con il tempo la progressiva conversione di istituti sorretti in origine da scopi differenti. Così, il sintagma *pecunia constituta* qualifica quell'azione, promossa dal creditore, a presidio di un atto (il c.d. *constitutum*) col quale si realizza l'assunzione dell'impegno ad adempiere, entro un termine pattuito (il *dies constituti*), un'obbligazione propria o altrui²⁹¹. La dottrina romanistica discute

²⁸⁶ R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., pp. 277 ss., spec. pp. 279-280.

²⁸⁷ U. LA PORTA, *Brevi note sull'espromissione invertita*, cit., p. 786.

²⁸⁸ R. CICALA, *Espromissione*², cit., p. 120.

²⁸⁹ D. IV, III, 7, § 8: «(...) *At quin patronus tunc summovetur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere*».

²⁹⁰ D. XXXIII, 1, 37, § 8: «*Etiamsi in personam liberti collata liberatio est, fideiussores quoque liberabuntur ex sententia legis: quod si libertus expromissorem dederit, nihil hoc caput ei proderit*». Nel rammentato passo l'espressione "*dare expromissorem*" parrebbe proprio sottendere una *delegatio* da parte del debitore.

²⁹¹ P. COSTA, *Pecunia constituta: Ipotesi interpretative*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXVII, 2011, p. 129. Per una panoramica d'insieme sull'istituto, v. R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, II, cit., pp. 268 ss., spec. pp. 274 ss.

circa la natura consensuale del *constitutum debiti* (D. XIII, 5, 1, § 5, Ulp. 27 *ad ed.*)²⁹²; prescindendo qui dal dibattito in merito alla relativa struttura, può rilevarsi come la promiscuità fra le funzioni svolte dall'*actio de pecunia constituta*, dalla fideiussione e dalla *expromissio* ponga qualche sintomatico interrogativo²⁹³. Non è senza significato la circostanza per cui, nel diritto giustiniano, il *constitutum debiti* risulti progressivamente assorbito dalla *fideiussio*²⁹⁴, concepita, e lo si è veduto altrove, in senso sussidiario²⁹⁵; parimenti indicativa è la frequenza della concettuale sovrapposizione fra i correlati anteriori di quest'ultima (*sponsio* e *fidepromissio*) e l'espromissione²⁹⁶. Questi schemi si radunavano pur sempre intorno al medesimo principio giustificatore per cui «*alienam conditionem meliorem reddere licet*»²⁹⁷. Il che appare coerente con il difetto di autonomia della stessa *expromissio* nel diritto romano classico e giustiniano, benché poi l'eventuale effetto novativo da essa generato fosse senz'altro ammesso. Quando tale effetto ricorreva in virtù della concreta operatività del sondato schema, l'istituto invocato restava pur sempre quello della novazione soggettiva²⁹⁸. Ai fini della presente indagine, è sufficiente ribadire come il contratto designato con la locuzione “espromissione invertita” fosse pienamente legittimo nel diritto romano, ancorché non rivestito di forma istituzionale. La successiva associazione fra espromissione e assunzione del debito – e così il tentativo di riconoscere all'istituto una configurazione autonoma – è opera da ascrivere, sia pur in via solo embrionale, ai giureconsulti del *ius commune*. Il Cujas e Paolo Di Castro enfatizzano l'intervento autonomo del terzo espromittente, che segna un chiaro distinguo rispetto alla delegazione²⁹⁹, mentre Alciato individua la primitiva differenza fra espromissione liberatoria e

²⁹² Per la ricostruzione del dibattito nella dottrina romanistica, v. P. COSTA, *Pecunia constituta: Ipotesi interpretative*, pp. 129 ss.

²⁹³ Secondo G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., p. 25, «la funzione, cui oggi assolve l'espromissione semplice, era assolta, nel diritto romano, dal «*constitutum debiti alieni*», che può quindi considerarsi la fonte storica dell'istituto moderno».

²⁹⁴ In merito alla vicenda che, invece, ha condotto all'integrale assorbimento del diverso istituto del *mandatum pecuniae credendae*, v. Cap. I, para. 9.

²⁹⁵ Cfr. Cap. I, para. 9.

²⁹⁶ D. XVI, I, 8, § 8: «*Si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret (...)*». Sul punto, v. G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., pp. 6-7.

²⁹⁷ È del C. FADDA, *Sulla dottrina della novazione. Appunti*, Cagliari, 1880, p. 65, il rilievo per cui, in virtù di tale principio, «i giureconsulti Romani, come ammisero che si potesse pagare, far fidejussione per un terzo, anche insciente o opponentesi, così ammisero che si potesse novarne l'obbligo».

²⁹⁸ G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., p. 11.

²⁹⁹ J. CUJACII *Opera omnia*, Napoli, 1722, t. IV, L. IX Quarst. Papin., c. 238.

cumulativa, radunando le due ipotesi sotto il medesimo istituto³⁰⁰. Con riferimento, inoltre, ai rapporti interni fra espromittente ed espromesso, Bartolo osserva che il primo può esperire – non l'*actio mandati* essendo autonoma l'iniziativa dell'espromittente, bensì – l'*actio negotiorum gestorum*³⁰¹ in confronto del secondo, in presenza dei richiesti presupposti³⁰².

L'istituzionale cointeressenza fra espromissione e assunzione del debito è l'esito di una successiva concettualizzazione sistematica compiuta dai pandettisti tedeschi e dagli esegeti francesi. Essa giunge a essere positivizzata dal *Code civil* (art. 1271, 1274), dai successivi codici che da esso traggono ispirazione, nonché, con vari scostamenti di disciplina, dal BGB (§§ 414)³⁰³.

Per tal via, si spiega più chiaramente il motivo per cui il mancato spostamento del peso del debito, su cui si radica la pattuizione atipica "invertita", traduca a un tempo una sua incompatibilità tipologica con l'odierno tipo espromissorio e una sua prossimità effettuale con lo schema della garanzia personale³⁰⁴. Per quanto sia la obbligazione del garante sia quella dell'espromittente richiedano la sussistenza di un preesistente rapporto di valuta, il cennato schema invertito si distinguerebbe, tuttavia, dalla fideiussione per il difetto di accessorietà, la quale caratterizza quest'ultimo negozio³⁰⁵. La dottrina motiva così la mancata applicazione al contratto di espromissione invertita di alcune norme dettate in tema di fideiussione, che costituirebbero il riflesso del cennato carattere accessorio³⁰⁶. A modo di esempio, l'espromittente, tenuto in via solidale e sussidiaria, sarebbe legittimato a opporre – non tutte

³⁰⁰ A. ALCIATI *Opera omnia*, Francofurti, 1617, t. II, p. 508. Rammenta le opinioni dei citati giureconsulti, G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., pp. 28 ss., spec. pp. 30 ss., al quale si rinvia per una più approfondita disamina.

³⁰¹ Più in generale, sulla possibilità di un concorso elettivo fra *actio negotiorum gestorum* e *actio mandati*, v. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., p. 156.

³⁰² G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., p. 32.

³⁰³ G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., pp. 40-42. Più di recente, sulla diversità fra la disciplina tedesca e quella italiana, v. F. ASTONE, *L'assunzione del debito altrui, tra novazione soggettiva passiva e successione a titolo particolare nel debito*, in Rosario Nicolò, a cura di N. LIPARI, Napoli, 2011, p. 3, nota 5.

³⁰⁴ Cfr. R. CICALA, *Espromissione*², cit., p. 120 ad avviso del quale l'espromissione invertita si risolve in un contratto di garanzia, ancorché diverso dalla fideiussione poiché appronta una tutela del credito ancor più energica, difettando il *favor fideiussionis*.

³⁰⁵ Sull'accezione sottesa al lemma "accessorietà" in diritto romano, e sulla relativa differenza rispetto al pertinente concetto moderno, v. Cap. I, para. 8.

³⁰⁶ La natura accessoria del vincolo fideiussorio integrerebbe il principale criterio di demarcazione rispetto all'autonomia connotante i rapporti obbligatori – non solo dell'espromissione invertita, ove non si realizza lo spostamento del peso del debito, ma anche e soprattutto – nell'ambito dei negozi di assunzione cumulativa del debito. Così S. MADAUS, *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit*, cit., pp. 84 ss.

(art. 1945 c.c.), ma esclusivamente – le eccezioni relative ai rapporti tra creditore e debitore originario che non siano personali a quest’ultimo e non derivino da fatti successivi all’espromissione (art. 1272, comma 3, c.c.)³⁰⁷.

La conclusione cui perviene la dottrina sul tema non può essere condivisa. È vero che il rapporto interno caratterizzante la espromissione invertita (e, così, l’espromissione) non reca l’attributo della accessorietà. Invocare, però, l’inoperatività delle regole dettate in tema di fideiussione (art. 1945 c.c.) sul presupposto che esse rappresentino una espressione della natura accessoria della fideiussione è assioma infondato. La propagazione unilaterale delle vicende inerenti ai rapporti fideiussorî – unitamente ad altre previsioni di favore per il garante (artt. 1945, 1953, 1955, 1956 c.c.)³⁰⁸ – non costituisce il segno della natura accessoria dell’istituto, bensì dell’ordinario carattere sussidiario dell’obbligazione di garanzia. L’affermazione contraria è frutto di un equivoco frequente in dottrina³⁰⁹. L’accessorietà tange e individua infatti la genesi dell’obbligazione fideiussoria, il cui presupposto è da rintracciare nella validità dell’obbligazione principale (artt. 1939 c.c.), nonché nell’indagato rapporto di continenza fra i due vincoli (artt. 1941, 1942 c.c.)³¹⁰. Essa non refluisce sulle posizioni del debitore e del garante, né incide sulle (diverse) facoltà di cui dispongono i condebitori solidali. Come nei negozi di assunzione del debito, il difetto di parità di grado dei coobbligati si combina (non con l’accessorietà, ma) con l’individuazione del soggetto onerato del peso economico del debito. In altri termini, il cennato carattere è irrelato dalla fase funzionale³¹¹ (e, dunque, anche attuativa)

³⁰⁷ U. LA PORTA, *Brevi note sulla c.d. espromissione invertita*, cit., pp. 794-795, rammenta come il riferimento all’impossibilità di far valere eccezioni inerenti a fatti successivi al negozio si giustifichi proprio in virtù della piena autonomia dell’obbligazione dell’espromittente rispetto a quella originaria.

³⁰⁸ Cap. III, para. 2, 2.1, 2.2.

³⁰⁹ È affermazione comune quella per cui il fondamento sul quale si impernia la unilaterale propagazione delle vicende inerenti ai rapporti fideiussorî sia da rinvenire nella natura accessoria del rapporto instaurato. Così, fra molti, M. ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 203-204: «L’accessorietà corre tra due obbligazioni, in modo che le vicende dell’una si trasmettono all’altra (e non viceversa)»; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 255-261, pp. 262 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 321-324. Più di recente, ricorre all’elemento dell’accessorietà per motivare il peculiare atteggiarsi delle vicende relative all’obbligazione fideiussoria M. RENNA, *Accessorietà ed estinzione della fideiussione*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 337 ss. Nella dottrina tedesca, v., per tutti, M. HABERSACK, *Der Regreß bei akzessorischer Haftung*, in *AcP*, Bd. 198, 1998, pp. 152 ss., spec. p. 153, p. 154-155: «[d]as „Hauptrecht“ und das akzessorische „Nebenrecht“ werden so miteinander verknüpft, daß die für das Hauptrecht getroffene Regelung unmittelbar auf das akzessorische Recht einwirkt und somit letzteres in Entstehung, Inhalt, Fortbestand, Zuständigkeit und Durchsetzbarkeit von ersterem abhängig ist» (p. 153).

³¹⁰ Cap. II, para. 4.2, 5.

³¹¹ In senso contrario, U. LA PORTA, *Brevi note sull’espromissione invertita*, cit., p. 802, secondo cui l’accessorietà condizionerebbe anche la fase funzionale del rapporto. In ambiente tedesco, su simili posizioni, v. già M. HABERSACK, *Der Regreß bei akzessorischer Haftung*, cit., pp. 152 ss.

del negozio³¹². Non è, esemplificativamente, l'accessorietà l'attributo che legittima il fideiussore a far valere nel proprio interesse eccezioni sol perché relative al rapporto obbligatorio principale³¹³; e, come vedremo oltre, la disciplina di favore per il fideiussore (art. 1949, 1950, 1955, 1956, 1957 c.c.) non costituisce la risultante della subordinazione genetica fra i due vincoli, bensì della unilaterale distribuzione di quel peso economico che si correla alla causa del vincolo di garanzia; la quale causa, non a caso, si identifica, per espressa previsione di legge, nell'adempimento dell'obbligazione *altrui* (art. 1936 c.c.). D'altronde, se così non fosse, non potrebbe spiegarsi la regola che impone la modulazione della misura del regresso in funzione della ripartizione «per contributo» di ciascun coobbligato (arg. *ex art.* 1299, comma 2, c.c.). Ciò val quanto dire che solo la distribuzione effettiva del peso economico del debito reagisce sulla misura del regresso. Pertanto, se l'obbligazione risulti contratta nell'interesse prevalente ma non esclusivo di un debitore (arg. *ex art.* 1299, comma 3, c.c.), di ciò si terrà conto in sede di regresso. Nell'ambito del divisato procedimento, è evidente allora che a nulla rileva il carattere accessorio del vincolo³¹⁴. La sua ultroneità rispetto alle cennate vicende è, nell'esperienza tedesca, rivendicata anche dalla giurisprudenza e dalla più moderna dottrina, le quali, ad esempio, ravvisano nell'eccezione di compensazione del fideiussore (§ 770, Abs. 2,

³¹² Ovviamente se si verifica una modificazione dell'obbligazione principale in epoca successiva alla costituzione della garanzia, quel cambiamento incide sul vincolo fideiussorio nella misura in cui importi una riduzione del *quantum* garantito. Soltanto in questo specifico senso può dirsi che l'accessorietà ha riflessi sullo svolgimento del rapporto obbligatorio. Si tratta, cioè, di una variazione sì successiva ma che si raccorda alla fase genetica del negozio, il cui originario oggetto risulta, per tal via, modificato.

³¹³ In questi termini, A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 11. È di diverso avviso la dottrina prevalente. V., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*², cit., pp. 488-489. In senso analogo, cfr. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 352 ss., secondo cui anche la norma posta dall'art. 1945 c.c. «può considerarsi una diretta espressione del principio di accessorietà che informa l'istituto della fideiussione: la possibilità per il fideiussore di opporre le stesse eccezioni spettanti al debitore principale (...) deriva dal rapporto di dipendenza che sussiste fra obbligazione principale garantita e obbligazione di garanzia, ossia dalla circostanza che l'obbligazione garantita è il presupposto di quella di garanzia» (p. 352; corsivo dell'Autore). Così anche L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., p. 50: «(...) per quanto attiene alle eccezioni opponibili dal fideiussore al creditore che richiama l'adempimento, l'accessorietà agisce in via anomala sulla solidarietà, nel senso che amplia le possibilità di difesa del fideiussore (...)»; Nella dottrina tedesca, con riferimento al § 768 BGB, il quale disciplina le eccezioni esperibili dal fideiussore, cfr. M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München, 2020, § 768, Rn. 1: «[i]ndem die Vorschrift in ihrem Abs. 1 S. 1 dem Bürgen das Recht zuspricht, dem Gläubiger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden entgegenzuhalten, enthält sie eine weitere Ausprägung des Akzessorietätsgrundsatzes». Per un'indagine sull'ambito di applicazione e sul modo di operare di tale norma, v. M. MAKOWSY, *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*, Tübingen, 2019, pp. 312 ss.

³¹⁴ In senso contrario, v. ancora M. HABERSACK, *Der Regreß bei akzessorischer Haftung*, cit., pp. 152 ss., il quale, a nostro avviso, sovrappone l'area di incidenza dell'accessorietà a quella propria della ripartizione del peso dell'obbligazione.

BGB) il diretto corollario dell'assetto disuguale del modello fideiussorio positivizzato dal § 771 BGB³¹⁵. Da ciò discende, per quanto quest'ultima norma sia derogabile (arg. ex § 773 BGB), la nullità di quelle clausole che sopprimono l'intima essenza della *Bürgschaft*³¹⁶. In altri termini, la sua natura sussidiaria, di là dal beneficio di preventiva escussione, solo una fra le possibili manifestazioni di quel carattere, postula un primario rapporto fra creditore e debitore; e, così, una posizione secondaria del fideiussore, che resta tale – come dimostra la nullità della clausola di integrale elusione del § 770, Abs. 2, BGB – anche se disgiunta dalla eccezione preveduta dal § 771³¹⁷.

In una prospettiva di sistema, peraltro, il dogma dell'accessorietà fideiussoria necessita forse di un più moderno ripensamento che può trarre vigore dagli (spesso trascurati) squarcî legislativi che si scorgono nel tessuto codicistico³¹⁸. L'obbligazione di garanzia resta anzitutto valida ove l'obbligazione garantita sia annullata per incapacità legale del debitore principale (artt. 1939, 1948 c.c.)³¹⁹. È convincimento comune che essa possa restare parimenti valida, per accordo delle parti, se l'obbligazione del debitore principale sia annullata per cause di invalidità diverse dalla nullità³²⁰. La soluzione è motivata dal peculiare regime di quest'ultimo rimedio, il quale ordinariamente presidia interessi generali, con i noti corollarî che ne derivano sul piano della legittimazione a farla valere; in senso opposto, l'annullabilità, tutelando un interesse individuale, consente in via di principio al fideiussore di rinunciare alle eccezioni relative a vizi dell'obbligazione principale o dell'atto che è fonte della obbligazione medesima³²¹. Non è pertanto dubbia la piena validità della fideiussione prestata per una obbligazione annullabile anche dopo che sia intervenuta una sentenza di annullamento, se il vizio genetico sia riconducibile a incapacità del debitore principale; così come è valida ed efficace la fideiussione

³¹⁵ Così, con riguardo al § 770, Abs. 2, BGB v., in giurisprudenza (ma il principio è ormai consolidato), BGH, 24 ottobre 2017, in *NJW*, 2018, p. 857: «§ 770 Abs. 2 BGB ist insoweit eine Ausprägung des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes, wonach der Bürge im Grundsatz erst dann in Anspruch genommen werden soll, wenn sich der Gläubiger nicht durch Inanspruchnahme des Hauptschuldners, etwa durch Aufrechnung, befriedigen kann». V. già BGH 19 settembre 1985, in *NJW*, 1986, p. 43. La dottrina più recente pare assestarsi sulle medesime posizioni. Così L. HÜTTEMANN, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft*, cit., pp. 35-36: «Insofern ist die Vorschrift als Erweiterung des § 771 BGB gedacht. (...) Die tatsächliche Ausgestaltung des § 770 Abs. 2 BGB verdeutlicht die Wertung der Vorschrift, dass der Hauptschuldner sich vorrangig an den Hauptschuldner zu halten hat».

³¹⁶ BGH, 24 ottobre 2017, cit. Per una più dettagliata disamina, v. Cap. II, para. 8.

³¹⁷ L. HÜTTEMANN, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft*, cit., p. 185.

³¹⁸ Recente è l'indagine di L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., pp. 47 ss.

³¹⁹ Per una panoramica d'insieme, v. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., pp. 247 ss., spec. pp. 251 ss.

³²⁰ Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999, pp. 5-6.

³²¹ P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit. pp. 5-6.

offerta a garanzia di altra obbligazione affetta da una invalidità diversa dalla nullità qualora il garante abbia rinunciato alla pertinente eccezione. L'esito è il seguente: il vincolo di garanzia può, in tal caso, restare intatto anche se l'obbligazione principale vien meno³²². La indubbia residualità della tracciata ipotesi, che pone noti problemi di compatibilità con l'elemento causale dell'*altruità* richiesto dall'art. 1936 c.c.³²³, non incide sulla concezione legislativa dell'istituto; sì che il dogma dell'accessorietà tende a perdere perentorietà o comunque a essere ridimensionato³²⁴. A ciò si aggiunga l'opportunità di una riflessione sul destino della fideiussione di un'obbligazione prescritta, che forse dipende dall'effetto, estintivo o meno, provocato dall'inerzia sul diritto (o sul rapporto) garantito. Trova riscontro il nostro postulato di partenza, il quale confina l'accessorietà alla fase genetica del negozio fideiussorio; il

³²² P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit. p. 7. La sopravvivenza dell'obbligazione di garanzia legittima, in tal caso, l'interrogativo circa la persistente operatività dello schema fideiussorio, il quale per tal via diverrebbe atipico in quanto *autonomo*. L'ipotesi testé divisata, com'è noto, risulta del tutto distinta dal tema sotteso alla c.d. "clausola di sopravvivenza"; la quale, mirando ad assicurare la validità del negozio nel caso di una patologia genetica dell'obbligazione garantita, è inconciliabile con la fideiussione e, segnatamente, con il carattere inderogabile della norma posta dall'art. 1939 c.c. Su quest'ultimo problema, v. G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, pp. 1047-1048.

³²³ Il difetto dell'obbligazione garantita, ancorché giustificato da particolari condizioni collegate a forme specifiche di invalidità, genera l'interrogativo circa la conciliabilità di tale circostanza con la causa del vincolo fideiussorio; la quale, ai sensi dell'art. 1936 c.c., è quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui. Per una indagine sul tema, cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, pp. 1045 ss.

³²⁴ L'appannamento del dogma dell'accessorietà ha correlativamente importato il consolidarsi di una letteratura scientifica che, traendo vigore da un sistema di garanzia del credito sorretto da un pluralismo di forme legali, assegna ormai dignità concettuale al contratto autonomo di garanzia. In proposito v., senza pretese di esaustività, S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di N. IRTI, Milano, 1981, p. 379; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, pp. 171 ss.; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., pp. 179 ss.; G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, cit., pp. 1046 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, pp. 169 ss.; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, pp. 455 ss.; A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, pp. 180 ss.; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, pp. 44 ss.; R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, pp. 146 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2^a ed., Torino, 1995; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 410 ss.; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., pp. 17 ss.; A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, pp. 435 ss. In tempi più recenti, v. E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI, Bologna, 2012, p. 553; P. TARTAGLIA., *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, II, a cura di P. CORRIAS, Milano, 2013, pp. 967 ss.; A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti bancari*, cit., pp. 389 ss. Nella prospettiva del diritto comparato, v. M. RENNA, *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, vol. 1, pp. 157 ss. Per una complessiva riflessione sulla «pluralità aperta delle garanzie dei crediti e di altre forme di aspettative economicamente rilevanti», v., per tutti, U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, cit., pp. 751 ss.

momento funzionale, annoverante la fase esecutiva del rapporto obbligatorio, risulta ispirato e dominato da un meccanismo attuativo sussidiario, che è complementare con la solidarietà.

È logico inferire, da quanto complessivamente osservato, che, nell'ambito dei rapporti (invertiti) tra espromesso ed espromittente, il denunciato ostacolo all'operatività delle norme disciplinanti la fase funzionale del negozio fideiussorio, sul presupposto per cui esse costituirebbero espressione di un vincolo di accessorietà, difettante invece nella espromissione (e nella espromissione invertita), può dirsi superabile.

L'eterogeneità tipologica fra fideiussione ed espromissione invertita resta evidentemente immutata; ma la fase attuativa delle relative obbligazioni, retta dalla solidarietà, prevede per entrambe una diversa ripartizione del peso economico del debito, che grava interamente sull'obbligato principale o originario. Le obbligazioni del fideiussore e dell'espromittente svolgono una funzione di garanzia dell'adempimento dell'altrui obbligazione e, sin dal momento della relativa costituzione, risultano di rango sussidiario in confronto ai rispettivi correlati principali.

Orbene, se le cennate regole previste in materia fideiussoria riflettono la unilaterale distribuzione del peso del debito, che sottende il primario adempimento del debitore principale, può supporre che una parte di esse operi in via analogica anche per la fattispecie della espromissione invertita, ancorché questa, per l'autonomia che la contraddistingue, evochi lo schema (socialmente) (a-)tipico del c.d. *Garantievertrag*³²⁵. Fra questo contratto e quello di espromissione invertita vi è, però, una notevole differenza, la quale va rintracciata nell'elemento causale e, per conseguenza, nella posizione del terzo interveniente. Nel contratto autonomo di garanzia – la cui funzione si risolverebbe nel trasferimento del rischio per l'ipotesi di mancata esecuzione di una prestazione contrattuale³²⁶ – egli indennizza il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata,

³²⁵ R. CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*³, cit., p. 268: «[s]i tratta di una specie del genere comunemente designato come garanzia atipica, cioè non fideiussoria; nel quale rientra anche il *Garantievertrag*, che la nostra più recente dottrina suole designare come “contratto autonomo di garanzia». Su posizioni simili, U. LA PORTA, *Brevi note sull'espromissione invertita*, cit., p. 803, la espromissione invertita si risolve in «[u]na garanzia non fideiussoria, allora, [in] una garanzia non accessoria, ma comunque dipendente dalla corretta esistenza del rapporto di valuta con riferimento al momento in cui il contratto (di garanzia) si conclude»; si che «[l]o spazio da occupare sembra proprio quello della garanzia autonoma in senso proprio».

³²⁶ Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. Anche la dottrina riconosce pacificamente la diversa funzione del contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione. Sul punto, v. A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, pp. 572 ss., spec. p. 593 (ivi cfr. nota 40 per riferimenti bibliografici).

sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore³²⁷; di contro, nella espromissione invertita, il terzo espromittente, al pari del fideiussore, assicura in via sussidiaria al creditore l'esatto adempimento della prestazione oggetto della obbligazione principale.

Il rilievo svolto peraltro attesta, per il tramite della comune natura dell'oggetto dell'obbligazione, una diretta relazione tra il vincolo (in funzione) di garanzia e quello garantito; il che sarebbe, da un lato, elemento di marcata prossimità con la fideiussione e, dall'altro, di accentuata divergenza rispetto al contratto autonomo di garanzia, in cui le obbligazioni (e così le relative prestazioni) si pongono in rapporto di autonomia reciproca.

La figura atipica della espromissione invertita, ancorché non rechi l'attributo della accessorietà, risulta in più punti sovrapponibile alla fideiussione sul piano causale o (strettamente) funzionale³²⁸. Per il comune riferimento al rapporto di valuta, esse sono precipuamente giustificate da una "causa di garanzia", che integra un tratto tipizzante dei due schemi. Diversamente, il *Garantievertrag*, oggi sempre più paradigma della contrattazione d'impresa, è sorretto da una causa indennitaria³²⁹ o comunque variabile; la quale, secondo un recente indirizzo interpretativo, può delinarsi in concreto solo valutando «gli interessi d'impresa, il contesto di mercato e l'inserimento della garanzia nel perimetro dell'attività»³³⁰. Elementi,

³²⁷ Così, ancora, Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; in senso analogo, più di recente, v. Cass., 22 novembre 2018, n. 30181, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Contratto in genere*, n. 205: «mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore». Nella individuazione dei tratti caratterizzanti del *Garantievertrag*, C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 12, *Obbligazioni e contratti*, t. 4, Torino, 1985, p. 103, significativamente rileva che la peculiare funzione economica svolta dal soggetto bancario «asigna alla vicenda il significato non tanto di una garanzia per l'adempimento dell'obbligo altrui, quanto della creazione di una disponibilità monetaria a favore di una delle parti del rapporto economico sottostante».

³²⁸ Ciò ovviamente non impedisce di considerare che il contratto autonomo di garanzia, in quanto diretto al rafforzamento della garanzia del credito, possa accostarsi al negozio fideiussorio. Il rilievo, però, non smentisce la diversità fra i due negozi e soprattutto la divergente funzione economica da essi svolta. In tal senso, v. C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 103; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *La fideiussione*, cit., pp. 869 ss., spec. pp. 923 ss. Assimila la sicurezza offerta dal contratto autonomo di garanzia a quella della costituzione a mani del beneficiario di un deposito cauzionale in denaro, F. BENATTI, voce *Garanzia (Contratto autonomo di)*, in *Noviss. Dig. it.*, App., III, Torino, 1982, p. 919.

³²⁹ Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. In dottrina, v., per tutti, S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 379; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I,

³³⁰ M. RENNA, *Profili tipologici delle garanzie personali*, Roma, 2018, p. 271. Il tema della individuazione della causa del contratto autonomo di garanzia è ancora oggi dibattuto in dottrina. Per un'ampia ricognizione delle varie teorie prospettate nel corso del tempo, v., tra molti, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., pp. 412 ss. Sulla

questi ultimi, che, orientando il negozio sul crinale dell'attività d'impresa, da contrapporsi al singolo atto di autonomia, legittimerebbero il superamento del tradizionale limite dell'astrattezza di tale negozio³³¹; ma ancor di più – e per i fini che qui rilevano – individuerebbero un significativo elemento di differenziazione con la (espromissione invertita e la) fideiussione. Contrariamente all'opinione comune, essa conserva, però, un caratterizzante ambito operativo proprio per la trasparenza e la inequivocità della sua causa. Sebbene sovente ricorra il concetto di crisi del modello fideiussorio, la più recente tendenza legislativa muove in direzione opposta³³². Tendenza o, forse, concettuale impostazione che è già intimamente radicata nel codice civile, quando esso in più parti esige la costituzione obbligatoria di fideiussioni; o, in alternativa, a queste (e non ad altre garanzie) espressamente si riferisce nel prevedere la facoltà di uno specifico soggetto di divenire fideiussore (art. 1763 c.c.). Può qui solo anticiparsi come tutto il sistema delle garanzie rinvii costantemente all'archetipo di diritto comune, in una ricomposizione unitaria che muove dalla pluralità di schemi settoriali sino a ricondursi al paradigma codicistico di riferimento³³³. Si delinea una scelta legislativa chiara che di recente trova riscontro – lo vedremo oltre – nel florilegio di previsioni specialistiche le quali impongono di costituire fideiussioni avvilluppate sul comune modello tracciato dal codice civile³³⁴.

controversa relazione fra causa e astrattezza nell'ambito di siffatto schema negoziale, cfr. G. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., pp. 171-173: «[q]ui basta dire che – essendo il termine «causa» uno dei più polivoci di tutto il diritto privato – se è possibile sostenere che secondo certi usi di tale termine il contratto autonomo di garanzia con clausola di «pagamento a prima richiesta» (...) è sicuramente «causale» (tale qualifica è appropriata se si dà rilievo alla circostanza che nel testo del contratto è sempre indicata la funzione economica dell'attribuzione patrimoniale; ma resta ugualmente appropriata se si utilizza il noto concetto di «causa suffissante»), questo non esclude che bisogna anche riconoscere che, secondo un diverso uso di quello stesso termine, tale contratto debba effettivamente essere qualificato «astratto»: quanto meno secondo quel valore del vocabolo «astrattezza» che «esprime l'indipendenza (della validità) dell'attribuzione dai vizi (mancanza o mancato avveramento) della sua funzione economica». L'ultimo pensiero, citato dall'Autore, è di P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 719. La dottrina pure suole accostare l'astrattezza del contratto autonomo di garanzia a quella del credito documentario irrevocabile (art. 1530, comma 2, c.c.). In tal senso, v., per tutti, G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, cit., p. 1064, secondo cui per rendere “causale” il cennato schema atipico è sufficiente la menzione in esso dello scopo di garanzia.

³³¹ Così M. RENNA, *Profili tipologici delle garanzie personali*, cit., p. 271, la cui riflessione sul problema prescinde, volutamente, dal riferimento alla *prestazione* del contratto autonomo di garanzia.

³³² Cfr. Cap. II, para. 6.4.

³³³ Per più generali rilievi, v. P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, pp. 415 ss., spec. p. 426, nonché in *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, a cura di C. AMATO e G. PONZANELLI, Torino, 2006, pp. 68 ss.

³³⁴ Cap. II, para. 6.4.

Di là da tali rilievi, nell'accostamento fra i due negoziî – espromissione invertita e fideiussione – potrebbe scorgersi una forzatura della relativa struttura³³⁵, sebbene poi essi risultino accomunati sul piano della funzione e degli effetti, in quanto il modo di operare della solidarietà è analogo in entrambi gli schemi vagliati. In realtà, la solidarietà è pienamente conciliabile – in senso opposto a quel che ancora si sostiene³³⁶ – anche con la natura indennitaria (o variabile) del contratto autonomo, con la particolarità che la sua “astrattezza” incide sulle concrete modalità di svolgimento dei rapporti (arg. ex art. 1293 c.c.)³³⁷. In altri termini, la rispondenza per l'indennità può ricondursi all'interesse unitario del creditore all'adempimento, se egli (preventivamente) acconsente a ricevere una prestazione diversa da quella oggetto del rapporto di valuta³³⁸. Peraltro, nell'ottica di una rinnovata riflessione intorno ai tratti propri della garanzia autonoma, la quale pare risentire dell'influenza conformatrice proveniente dai modelli contrattuali del commercio internazionale (*UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*³³⁹ e *ICC Uniform rules for demand guarantees [URDG]*)³⁴⁰, e dai progetti europei di diritto uniforme, a propria volta influenzati, a mo' di di schema circolare,

³³⁵ Negano la possibilità di un accostamento della espromissione invertita alla fideiussione in ragione dell'elemento dell'accessorietà, caratterizzante quest'ultima figura, R. CICALA, *Espromissione*², cit., p. 120, nonché U. LA PORTA, *Brevi note sull'espromissione invertita*, cit., pp. 796 ss.

³³⁶ Cfr. Cass., 11 dicembre 2019, n. 32402, in *Rep. Foro. it.*, 2019, voce *Contratto in genere*, n. 217, che contesta l'operatività della solidarietà nel contratto autonomo di garanzia sul presupposto del difetto di identità (*eadem res debita*) tra le prestazioni di garanzia e garantita.

³³⁷ Sulla piena compatibilità fra solidarietà e contratto autonomo di garanzia, v. Trib. Milano, 23 marzo 2018, n. 3437, (RG. n. 21712/2016), secondo cui dalle caratteristiche (strutturali) di tale schema «(...) non può automaticamente discendere la natura non solidale della garanzia autonoma e lo conferma l'art. 1293 c.c.». La decisione è da condividere integralmente, in quanto coglie la dimensione effettuale della solidarietà, la quale è, per contro, slegata dalla struttura delle obbligazioni che essa disciplina.

³³⁸ Il consenso del creditore a ricevere la prestazione indennitaria in luogo dell'altra prestazione (oggetto del rapporto di valuta) dimostra infatti che il suo *interesse* può integralmente realizzarsi con l'adempimento dell'una o dell'altra obbligazione. A tal riguardo, v. *retro*, Cap. II, para. 4.

³³⁹ *United Nations Convention on Independent Guarantees*, United Nations, *Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Sixth Committee (A/50/640 and Corr. 1)]*, 26 January 1996 (di séguito, *Convenzione UNCITRAL*).

³⁴⁰ *ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)*. Il testo, nella versione del 1° luglio 2010 (URDG 758), la quale ha sostituito e modificato diverse norme risalenti alla prima pubblicazione del 1992 (URDG 458), è pubblicato dalla Camera del Commercio Internazionale. Per una panoramica sulle principali modifiche apportate dal nuovo testo del 2010, v. J.-P. MATTOU, *La révision des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (n° 758)*, in *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 1296 ss.; G. AFFAKI et J. STOUFFLET, *Les nouvelles Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758)*, *Banque et droit*, n°130, 2010, pp. 37-39; M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della Camera di Commercio Internazionale sulle garanzie a prima domanda (pubblicazione n. 758/2010): prime osservazioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, pp. 211 ss.

dalla classica contrapposizione di stampo continentale fra accessorietà e autonomia³⁴¹, dovrebbe forse riconsiderarsi l'effettivo ruolo svolto dal rapporto sottostante nell'ambito del cennato schema contrattuale; e, per logica illativa, la sua distanza dal modello delegatorio ed espromissorio (qui con delega inespressa)³⁴², nonché, per quanto *strutturalmente* diverso, dall'archetipo della fideiussione assunta su mandato del debitore principale³⁴³. Contrariamente a quanto suggerisce il testo della Convenzione UNCITRAL (art. 3), nelle più recenti URDG è menzione della sussistenza, già riconosciuta a livello nazionale³⁴⁴, di un sottostante rapporto («*underlying relationship*») tra primitivo debitore e garante (art. 2); il quale agisce su incarico del primo³⁴⁵, «conteggiando» poi a questi l'ammontare della somma versata al creditore³⁴⁶. Orbene, quando dal contratto autonomo affiori chiaramente la sussistenza di un mandato, le simiglianze con lo schema delegatorio, strumento duttile che sovente si spinge al di là della (tradizionale) funzione di assunzione di un altrui debito³⁴⁷, paiono significative. Siffatto accostamento – e una parte della dottrina lo ha rilevato – non può qualificarsi come improprio

³⁴¹ F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 36: «(...) la semplificazione sistematica più razionale corrisponde alla bipartizione fra le garanzie accessorie e quelle autonome, secondo una distinzione certamente molto più familiare ai diritti continentali (ad esempio, in Germania tra *Bürgschaft* e *Garantievertrag*, in Francia tra *cautionnement* e *garantie indépendante* e in Italia tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia) che non agli ordinamenti anglosassoni. Più di recente, rammenta il dato anche M. RENNA, *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, cit., p. 158.

³⁴² Il riferimento alla espromissione può dirsi fondato allorché tale stipulazione risulti giustificata in virtù di un contratto di mandato (fra debitore espromesso e terzo espromittente), che non sia però menzionato espressamente nel negozio concluso fra espromittente ed espromissario.

³⁴³ L. AYNÈS et P. CROCCQ (avec le concours d'A. AYNÈS), *Droit des sûretés*¹³, cit., p. 218: «[e]n réalité, si l'on admet au contraire que la cause de l'engagement de la banque (comme celle de la dette d'une caution) se trouve dans ses relations avec le débiteur, et consiste notamment dans la rémunération versée par celui-ci, la seule différence entre le cautionnement et la garantie à la première demande tient à l'objet (...)».

³⁴⁴ V. già G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, cit., p. 1054, secondo cui la garanzia autonoma «nella sua utilizzazione più normale (...) è destinato a costituire la fase terminale di un'operazione complessa triangolare che ha come momenti antecedenti: a) un contratto base (c.d. rapporto di valuta); b) un contratto di mandato (la cui esistenza non sempre risulta dal testo del contratto di garanzia) (...)».

³⁴⁵ In proposito, v. G. STELLA, *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, pp. 370 ss., ora in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, a cura di G. GITTI, F. DELFINI e D. MAFFEIS, con la collaborazione di A. DALMARTELLO e C. FERRARI, Milano, 2015, pp. 2861 ss., spec. p. 2863, il quale ribadisce come sia in ambito nazionale, sia in quello internazionale delle URDG, la garanzia autonoma costituisca l'esito di un incarico dato dal debitore principale al garante affinché questi si obblighi in confronto del beneficiario.

³⁴⁶ Il riferimento all'attività del «conteggiare» (o al suo correlato sostantivale «conteggio») è ricorrente nell'ambito della dottrina che studia il contratto autonomo di garanzia. Cfr., per tutti, G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, cit., p. 1054; R. CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*³, cit., p. 273-274.

³⁴⁷ Lo schema delegatorio può infatti essere utilizzato anche per la costituzione di un'obbligazione intercorrente fra delegato e delegatario quando non preesista alcun rapporto fra delegante e delegatario. In questi termini, R. CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*³, cit., p. 274.

allorché lo schema delegatorio sia utilizzato proprio per finalità che trascendono l'assunzione del debito³⁴⁸. Nella segnata ipotesi, al di là degli scostamenti di disciplina (in tema di eccezioni esperibili) fra *Garantievertrag* e modello delegatorio con riguardo alla posizione del terzo, il quale si ingerisca nel rapporto alieno, la riconduzione del primo nell'ampio modello tracciato dal secondo pare fondata. Ancóra una volta, è infatti dimostrato che l'indagine sulle posizioni dei condebitori solidali nei varî schemi negoziali deve dipendere, se si vuol raffrontarle, dall'individuazione del titolare del peso dell'obbligazione; o, almeno, dall'individuazione del titolare del peso dell'obbligazione nel rapporto con il creditore, in quanto è pur sempre possibile che l'assunzione del debito avvenga verso quest'ultimo, ma non in confronto del primitivo debitore³⁴⁹. Non dovranno, di regola, compararsi le posizioni del garante autonomo e del delegato, benché, da un punto di vista strutturale, entrambi siano destinatari di un incarico; per contro, valorizzando la dinamica relazionale del rapporto obbligatorio e il concreto funzionamento del negozio, potranno avvicinarsi le posizioni del garante e del delegante, i quali non a caso risultano debitori solidali e sussidiari verso il creditore.

Alla luce dell'indagine condotta, si è dimostrato, però, che l'obbligazione del terzo espromittente (invertito), per natura e funzione, sia molto più vicina a quella del fideiussore, che non a quella del garante autonomo; sebbene, per tutti, l'unilateralità del peso del debito, mercé il disposto dell'art. 1293 c.c., imponga la compressione del *ius eligendi* del creditore, motivata altresì dalla rifrazione esterna dell'elemento causale (o della prestazione) di garanzia.

6.4. Segue. Centralità del modello fideiussorio (anche) nella applicazione analogica della sua disciplina codicistica.

Sul piano della concreta disciplina, la integrale applicazione del 3° comma dell'art. 1272 c.c. al contratto atipico di espromissione invertita è dunque soluzione da respingere³⁵⁰. La posizione del terzo, per quanto non accessoria sul piano genetico, può infatti parificarsi a quella del fideiussore sul piano funzionale, in quanto su entrambi i soggetti non grava il peso del debito.

³⁴⁸ R. CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*³, cit., pp. 274-275.

³⁴⁹ In tal caso, infatti, la degradazione a sussidiaria dell'obbligazione del primitivo debitore (titolare del peso del debito nei rapporti interni) si realizza ugualmente. Il terzo, assumendo il peso del debito verso il creditore, sottentra nella posizione (principale) del primitivo debitore, per quanto nei rapporti interni solo quest'ultimo dovrà sopportare l'onere monetario alla base dell'obbligazione. Sul punto, v. Cap. II, para. 6.1, nota 224.

³⁵⁰ L'integrale applicazione della succitata disposizione alla fattispecie in esame è rivendicata da U. LA PORTA, *Brevi note sull'espromissione invertita*, cit., pp. 796 ss.

Nella segnata ottica, si è rilevato che la peculiare rifluenza delle vicende del rapporto principale su quello di garanzia non riflette la natura accessoria del vincolo, bensì la unilaterale distribuzione di quel peso economico (e così la misura dell'interesse)³⁵¹. Sicché, se l'accessorietà non condiziona il concreto svolgimento del rapporto, ma solo la sua genesi, possono avvicinarsi le pertinenti discipline dei due istituti, sia pure con alcune precisazioni.

Da ciò discende che se può preservarsi il riferimento alla clausola legislativa che prevede l'impossibilità di sollevare eccezioni relative a fatti successivi all'espromissione (invertita), in quanto ciò è segno dell'autonomia dell'obbligazione dell'espromittente rispetto a quella dell'espromesso, non appare invece legittimo impedire al primo di opporre le eccezioni personali al secondo. D'altronde, è pacifica in dottrina l'applicazione analogica di una parte delle norme dettate in tema di fideiussione a istituti che, pur svolgendo una funzione di garanzia, non recano l'attributo della accessoria. È il caso dell'avallo che, assurgendo financo a «prototipo normativo» utile «per comprendere l'essenza della garanzia autonoma»³⁵², si differenzia massimamente dalla fideiussione³⁵³. Ciononostante, la dottrina pacificamente reputa applicabili all'avallo alcune regole tipiche della fideiussione³⁵⁴, le quali, irrelate dall'accessoria, integrano una «espressione di principi valevoli per tutte le obbligazioni di garanzia»³⁵⁵. Si tratta, segnatamente, di quella parte della disciplina concepita per dar ragione della (comune circostanza della) unilaterale ripartizione del peso del debito in capo al debitore principale. È stabilmente ritenuto che l'avallante possa eccepire al portatore la liberazione per

³⁵¹ Di contrario avviso, U. LA PORTA, *Brevi note sull'espromissione invertita*, cit., p. 802, il quale ravvisa, invece, nell'accessoria l'elemento decisivo di quella rifluenza.

³⁵² A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, cit., p. 593.

³⁵³ L'autonomia dell'avallo si manifesta nella sua persistente validità anche allorquando sia nulla l'obbligazione garantita. Soltanto il vizio di forma della cambiale, che, per conseguenza, investe anche l'avallo apposto sul titolo, è idoneo a invalidare ogni obbligazione cambiaria, fra cui rientra quella dell'avallante (artt. 7, 37 l. camb.). Nonostante l'esposto rilievo, la dottrina sovente discorre di «carattere accessorio dell'avallo» per indicare che l'avallante è obbligato nello stesso modo del debitore garantito. Il primo sarà pertanto obbligato in via principale se l'avallo è dato per l'accettante, ovvero in via di regresso qualora la garanzia sia prestata per il traente o un girante. È evidente, però, che il riferimento all'attributo dell'accessoria sia operato, nel caso dell'avallo, in un'accezione del tutto diversa da quella che qualifica il negozio fideiussorio. Per quest'ultimo, non a caso, trova applicazione l'art. 1939 c.c., norma inconciliabile con il 2° comma dell'art. 37 l. camb. Sul punto, v., per tutti, G.U. TEDESCHI, voce *Cambiale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, II, Torino, 1987, pp. 389 ss., spec. p. 404, il quale, pur discorrendo (nel senso testé precisato) di «carattere accessorio dell'avallo», rammenta un dato pacifico: «l'obbligazione contenuta nell'avallo è un'obbligazione cambiaria autonoma, che accede sostanzialmente ad una obbligazione parimenti cambiaria (...)» (p. 405).

³⁵⁴ Fra molti, v. G. DE SEMO, *Trattato di diritto cambiario*, 3ª ed. riv., Padova, 1963, p. 455; G.U. TEDESCHI, voce *Cambiale*, cit., pp. 403-404.

³⁵⁵ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 100.

estinzione, a qualsiasi titolo (es: compensazione, adempimento, ecc.), dell'obbligazione dell'avallato, anche se essa non sia annotata sul titolo³⁵⁶; sì che, ad esempio, vi è integrale concordanza con il disposto dell'art. 1247 c.c., in tema di compensazione opposta dal fideiussore³⁵⁷. In maniera altrettanto significativa, tende a estendersi all'avallo l'operatività degli artt. 1953, 1955 e 1957 c.c.³⁵⁸. Queste regole, che costituiscono una nota espressione del c.d. *favor fideiussoris*, non si spiegano certo tramite il riferimento all'accessorietà, risultando, per contro, giustificate dall'ordinario disinteresse del garante verso la ragione innervante il debito garantito.

A una più attenta analisi, la stessa esigenza, veicolata dalla dottrina, di radicare costantemente il discrimine fra istituti di garanzia sull'elemento della accessorietà si rivela spesso del tutto infondata. Sul piano della disciplina, non si dubita che all'avallo si applichino le disposizioni degli artt. 1936, 1940, 1941, 1942³⁵⁹, che positivizzano, per opinione concorde, la natura accessoria della garanzia fideiussoria³⁶⁰. Il che, attestando la debolezza di un distinguo fondato su di un elemento strutturale (l'accessorietà), suggella la prevalenza, rispetto a quest'ultimo, della "funzione" ai fini della identificazione della disciplina applicabile.

In un'ottica di sistema, inizia così a delinarsi il carattere di generalità della fideiussione. Essa pare assurgere a modello (non di legittimità, ma di disciplina) per figure atipiche³⁶¹ o istituti

³⁵⁶ G. DE SEMO, *Trattato di diritto cambiario*³, cit., p. 464 (ivi, nota 4, per ulteriori riferimenti bibliografici); G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 100 (ivi, nota 31, per ulteriori riferimenti bibliografici).

³⁵⁷ G. DE SEMO, *Trattato di diritto cambiario*³, cit., p. 464.

³⁵⁸ Pacifica è l'applicazione analogica degli artt. 1953 e 1955 c.c. V., per tutti, T. ASCARELLI e E. BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, cit., pp. 721-722, i quali, tuttavia, negano che possa operare l'art. 1957, «il quale presuppone l'accessorietà della fideiussione» (p. 721). In tal senso anche G.U. TEDESCHI, voce *Cambiale*, cit., p. 403, secondo cui, però, neppure può dirsi applicabile l'art. 1956 c.c. Nel senso, invece, della estensione dell'art. 1957 c.c. all'avallo, M.A. LUZZATI, *Sulla inapplicabilità all'avallo dell'art. 1957 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 23 ss.; V. ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, 4ª ed., Milano, 1964, p. 277, e, per le ragioni giustificano siffatta scelta, pp. 285-286; A. ASQUINI, *Corso di diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*, rist. riv., Padova, 1966, pp. 267-268. Parrebbe isolata la posizione di A. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1982, pp. 407-409, p. 412, il quale manifesta il proprio scetticismo verso l'applicazione di tutte cennate disposizioni alla figura dell'avallo.

³⁵⁹ Così G.U. TEDESCHI, voce *Cambiale*, cit., p. 403; T. ASCARELLI e E. BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, cit., p. 721.

³⁶⁰ Il riferimento alla positivizzazione della natura della accessoria del vincolo di garanzia riguarda, in particolare, gli artt. 1941 e 1942 c.c., oltre all'art. 1939 c.c., il quale, però, non trova applicazione all'avallo per contrasto con la disposizione dell'art. 37 l. camb.

³⁶¹ Movendo proprio da una riflessione in tema di garanzie atipiche, in una prospettiva sistematica, G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 200, affermano che in presenza di una nuova fattispecie occorre in ogni caso effettuare un giudizio di liceità e

regolati nelle microlegislazioni di settore, i quali, rinviando allo schema comune, si ricompongono unitariamente esaltando la «centralità sistematica del codice civile», la cui disciplina costituisce «strumento di raccordo (...) con le articolazioni del mercato»³⁶².

Coerentemente, i rilievi svolti avvalorano, ai fini della presente indagine, le simiglianze colte fra la fideiussione e l'espromissione invertita, legittimando il rivendicato appressamento delle relative norme.

Sulla scia di siffatta impostazione, nella espromissione invertita la solidarietà del vincolo, che si discosta qui (come nella fideiussione) dalla comune disciplina tracciata dagli artt. 1300 ss., consente al terzo espromittente, obbligato in funzione di garanzia, di profittare, a mo' di esempio, della remissione concessa dal creditore all'espromesso (artt. 1239, comma 1; 1301, comma 1, c.c.); ma quest'ultimo, diversamente dal comune debitore solidale, non potrà beneficiare della remissione eventualmente accordata dal creditore all'espromittente (art. 1238 c.c.). Ancóra, a titolo esemplificativo, troverà applicazione all'espromissione invertita la norma posta dall'art. 1253 c.c. in tema di confusione: si estingue pertanto l'obbligazione dell'espromittente ove si realizzi la riunione nella stessa persona delle qualità di creditore e debitore principale espromesso. In senso opposto a quanto preveduto dall'art. 1303, comma 1, c.c., non si estingue invece l'obbligazione principale se nella stessa persona si riuniscono le qualità di creditore ed espromittente. Analogo è il funzionamento delle restanti vicende attinenti all'obbligazione fideiussoria³⁶³.

L'indagata esperienza dell'istituto della espromissione nella tradizione romanistica, peraltro, attesta quantomeno la fondatezza della prospettata associazione funzionale; ciò, in special modo, nei casi ove l'*expromissio* non importava assunzione del debito³⁶⁴, sì da evocare nitidamente l'odierno correlato "invertito". Sintomatico, in tal senso, è l'ambiguo ricorso al termine espromissione operato in alcuni frammenti, in quanto esso figura talvolta quale sinonimo di fideiussione³⁶⁵.

meritevolezza, vagliando «(...) la conformità in concreto dello specifico, e semmai «alieno», negozio all'ordine pubblico internazionale».

³⁶² P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., p. 426.

³⁶³ V. Cap. III, para. 2, 2.1, 2.2.

³⁶⁴ Per questa possibilità, v. G. QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, cit., pp. 5-6.

³⁶⁵ D. XVI, I, 8, § 8. Sul punto, cfr. Cap. II, para. 6.3, note 295-296.

Orbene, nonostante sia comune il riferimento alla crisi del modello fideiussorio³⁶⁶, la sua estrema duttilità e la generalità delle pertinenti regole dimostra l'improprietà di quella prospettazione, ricorrente in dottrina, che discorre di "fuga" dal codice civile³⁶⁷. La fideiussione, all'opposto, dimostra di essere profondamente radicata nella contrattazione non professionale e in quella (unilaterale e bilaterale) d'impresa³⁶⁸. In un senso ancor più pregnante, essa integra l'archetipo tracciato dal codice civile che si raccorda con la tradizione giuridica continentale³⁶⁹. Il suo (presunto) «immobilismo» di disciplina, almeno nella propria essenziale conformazione, risulta un baluardo delle moderne codificazioni e dei loro generali modelli, obliterati dalle esigenze poste dal diritto privato europeo³⁷⁰. Si instaura, sul piano nazionale,

³⁶⁶ La letteratura sul tema è assai vasta. In tempi recenti, v., a tal riguardo, L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., pp. 18 ss.

³⁶⁷ Così, nell'analisi dei tratti salienti della fideiussione *omnibus*, F. FIORENTINI, *Italy*, in *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, cit., p. 358: «[t]hrough this escape from the civil code, banks achieved the objective of shifting towards the security provider the risk of the debtor's insolvency, as well as the cost of the debtor's monitoring, to a much greater extent than that resulting from the civil code scheme».

³⁶⁸ Nell'ambito dei contratti d'impresa, v., per il distinguo fra «contratti d'impresa con i consumatori» e «contratti d'impresa con un'altra impresa», P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., p. 426. Sui contratti d'impresa come categoria, cfr. G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 841 ss., ora in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, pp. 15 ss., nonché in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, pp. 665 ss. Per la delineazione dei caratteri di tali contratti, v. S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. contr.*, 2010, pp. 326 ss.

³⁶⁹ M. HABERSACK, *Die Akzessorität – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts*, in *JZ*, 52. Jahrgang, 1997, pp. 857 ss. Nella segnata ottica, spunti di rilievo sono altresì offerti da C.U. SCHMID, *Private Suretyships as a Socio-Legal Crucible of Modern Civil Law*, in *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, edited by A. COLOMBI CIACCHI, Baden-Baden, 2007, pp. 21 ss. Non è casuale che la maggior parte dei paesi dell'area continentale e scandinava (Austria, Belgio, Olanda, Francia, Lussemburgo, Danimarca, Finlandia, Grecia, Portogallo, Spagna e Svezia) siano accomunati da un modello fideiussorio avente natura accessoria e sussidiaria, declinata, quest'ultima, nelle due alternative forme della c.d. *slight subsidiarity* (beneficio d'ordine) o *strict subsidiarity* (beneficio di preventiva escussione). Si comprende, per tal via, l'affermazione di S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, cit., p. 312, che, prescindendo dal riferimento a specifiche normative nazionali, pare implicitamente valorizzare i caratteri, per così dire, ontologici o immanenti della fideiussione: «[t]he surety's obligation is (...) of a subsidiary nature, meaning that he only has to perform if the principal debtor does not perform his obligation. This is not the only connection between the surety's obligation and the principal debtor's obligation. Although the agreement between the surety and the principal creditor is seen as the legal basis for the duty of the surety to perform in case the principal debtor does not perform his obligation, the surety's obligation to some degree also depends upon the principal debtor's obligation». Per una disamina circa la radicazione storica dei tratti propri della fideiussione, cfr. Cap. I, para. 8, 9.

³⁷⁰ Pur nella consapevolezza dei limiti strutturali della fideiussione, significativo, nel divisato senso, è il pensiero di T. WACHTER, *La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne, L'Eurohypothèque*, in *Notarius International*, 1999, pp. 174 ss., spec. p. 184, il quale descrive così la positiva incidenza del modello accessorio delle garanzie alla luce delle esigenze di tutela del consumatore: «[s]i l'on

una dinamica che innanzi a schemi di settore tende, per contro, a riappropriarsi della razionalità sistemica del codice³⁷¹. Caratteri minimi che dovranno preservarsi anche nella eventuale opera di ricodificazione del diritto privato italiano³⁷². In ambiente francese, gli interventi di riforma

examine les activités de législation au sein de la Communauté européenne au niveau du droit privé, l'on constate que la protection des consommateurs occupe une place prépondérante. Par le principe de l'accessorietà, le droit du créancier découlant du droit de gage immobilier et celui découlant de la créance sont liés, ce qui assure que le créancier ne pourra utiliser la garantie que dans la mesure où il existe un besoin effectif de sûretés. Le principe de l'accessorietà comprend donc nécessairement la protection du donneur de garantie. En ce qui concerne la garantie de crédit à la consommation, le droit de gage immobilier accessoire constituerait donc en même temps une contribution à la garantie d'une protection efficace des consommateurs en Europe [...], sans qu'il ne soit nécessaire d'intervenir dans la liberté contractuelle».

³⁷¹ In una più ampia prospettiva la cennata tendenza è già descritta da P. SIRENA, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'Arbitro bancario finanziario (ABF)*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, Napoli, 2013, pp. 59 ss., spec. p. 60. Ma v. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 138, secondo cui la disciplina della fideiussione non può costituire il generale archetipo delle obbligazioni contraddistinte da una funzione di garanzia. Il presupposto da cui muove l'Autore per giungere a siffatta conclusione è, però, ancorato al principio di accessorietà, il quale caratterizzerebbe la fideiussione ma non altre tipologie di garanzie: «[c]iò comporta che l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria non può elevarsi a priori a carattere essenziale dell'intero *genus* (...)» (p. 139). Da questa angolazione visuale, tale prospettazione può anche essere condivisa in quanto, già nel corso della presente indagine, si è tentato di dimostrare come l'accessorietà non possa integrare il criterio di distinzione (o di assimilazione) fra differenti meccanismi di garanzia. Ma la diffusa e frequente applicazione proprio delle norme in tema di fideiussione a istituti che, per contro, recano un'accentuata autonomia fra l'obbligazione garantita e quella di garanzia persuade della centralità del modello tracciato dagli artt. 1936 ss. Sul tema, sia pure nell'ambito di una diversa indagine, cui già si è fatto cenno (v. Cap. II, para. 6.1, nota 226), v. F. MEZZANOTTE, *L'allocazione convenzionale del rischio «da illecito» (con particolare riguardo alle sanzioni amministrative pecuniarie)*, cit., pp. 237-238 (e p. 238, nota 115, ove si evoca proprio il pensiero del Campobasso), il quale, negando che la pattuizione atipica radicata sul trasferimento delle eventuali conseguenze patrimoniali dell'illecito (amministrativo) possa assimilarsi per funzione alla fideiussione, ne individua, e lo si è posto in luce, il pertinente riferimento nella figura dell'accollo semplice. La mancata riconduzione dell'accordo allocativo del rischio alla fideiussione ben si comprende se si valorizza l'idea che sul terzo si trasferiscono in via preventiva le eventuali conseguenze patrimoniali dell'illecito. È infatti significativo – e ciò già traccia una rilevante differenza rispetto alla fideiussione – che, in virtù della qualificazione dello schema atipico in termini di accollo interno, al creditore non si attribuisca alcun diritto in confronto del terzo obbligato in funzione di garanzia, il quale potrà procurare la liberazione al debitore accollato mediante un qualsiasi modo di estinzione delle obbligazioni. Non a caso se il terzo accollante adempie direttamente al creditore, troverà applicazione la fattispecie preveduta dall'art. 1180 c.c. Qualche dubbio, per contro, potrebbe porlo la qualificazione della responsabilità amministrativa ex art. 6 della l. 24 novembre 1981, n. 689. Essa costituirebbe espressione, e l'Autore lo ha rilevato, di una solidarietà ad interesse unisoggettivo (la quale, peraltro, si caratterizza qui per un vincolo di dipendenza tra obbligazione principale e di garanzia) che, a nostro avviso, pare ricalcare proprio lo schema fideiussorio codicistico.

³⁷² L'Associazione dei civilisti italiani, nel gennaio 2018, ha avviato una ricerca per individuare gli ambiti normativi del diritto privato che, muovendo dalle disposizioni del codice civile, necessitano di aggiornamento. Fra di essi, vi è il settore delle garanzie del credito e, più in generale, della garanzia patrimoniale. Sul punto, v. F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie del credito*, in *questionegiustizia.it*, 29 maggio 2018. Cfr., in tempi successivi, il Disegno di legge recante delega al Governo per la revisione del codice civile n. 1151 del 19 marzo 2019, la cui lett. o) fissa il seguente criterio direttivo: «disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidate nell'uso bancario e finanziario». Da una più

del codice³⁷³, che pure avrebbero segnato la crisi di istituti fondamentali del diritto privato, hanno integralmente confermato la centralità della fideiussione quale modello normativo di riferimento anche per contratti e schemi (strutturalmente) differenti³⁷⁴. Anche i progetti di diritto uniforme dimostrano di privilegiare il ricorso alla cennata garanzia personale: si presume che qualsiasi obbligazione di pagamento, di adempimento mediante altra prestazione ovvero di pagamento di somme a titolo di risarcimento del danno al creditore, assunta a scopo di garanzia, costituisca una fideiussione (art. 2:101 Principi Drobniĝ).

Per quanto concerne il diritto italiano, al di là degli spazi di autonomia concessi ai privati³⁷⁵, le varie ipotesi di fideiussione legale, previste dal nostro ordinamento, testimoniano poi una trasversale fenomenologia applicativa dell'istituto. La quale, oltre ad appalesarsi nella stessa disciplina codicistica (ad es., v. artt. 1763, 2464, comma 6, c.c.), che senza dubbio predilige un ricorso endogeno al proprio modello, si riscontra financo nel recente intensificarsi di una produzione normativa di settore che impone la costituzione di contratti (o negozi) fideiussorî

ampia prospettiva, che si interroga sulla ipotesi di una ricodificazione del diritto italiano e sul metodo da adottare per un «miglioramento» del diritto, v. i saggi pubblicati all'interno del volume *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, a cura di P. SIRENA, Napoli, 2019.

³⁷³ Il primo riferimento è, in particolare, all'intervento legislativo in tema di garanzie del 2006: *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, e ratificata dalla *Loi n° 2007-212 du 20 février 2007 (article 10)*. Più recente è la pervasiva riforma del codice civile avvenuta con la *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, entrata in vigore il 1° ottobre 2016. Essa, ai sensi dell'art. 38, al. 2, della Costituzione francese, essa è stata ratificata con modificazioni dalla *Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*.

³⁷⁴ La scarsa incidenza della riforma del codice civile del 2016 sulla garanzia fideiussoria è ribadita da F. MAROIG-VENIER, *Refonte du code de la consommation par l'ordonnance du 14 mars 2016 : incidence sur le cautionnement*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 3, 2016, p. 261.

³⁷⁵ R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, cit., pp. 439 ss.

d'impresa nei più svariati àmbiti del diritto³⁷⁶ e per operazioni economiche di rilievo³⁷⁷. Esso è il segno di un indirizzo legislativo che, rinviando allo schema comune (e non ad altri), rinvigorisce il ruolo cardinale del codice civile.

³⁷⁶ È il caso del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (“codice della crisi d’impresa), il quale ha modificato il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 (“Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire”). Il recente intervento legislativo assicura maggiore tutela alle persone fisiche le quali stipulino con un’impresa di costruzioni un contratto avente l’effetto di trasferire, in via non immediata, un immobile in corso di costruzione. Si evita cioè che i soggetti acquirenti rischino, a causa della crisi dell’impresa costruttrice, di perdere gli acconti già versati. A pena di nullità del contratto, il costruttore ha l’obbligo di prestare all’acquirente una *fideiussione bancaria* a garanzia dell’eventuale rimborso, in caso di garanzia d’impresa, delle somme da quest’ultimo corrisposte o non ancora pagate prima del trasferimento della proprietà (art. 385). In tempi (relativamente) recenti anche nell’ambito dei contratti pubblici si ricorre al modello fideiussorio. Il primo riferimento è quello dell’art. 35, comma 18, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (“codice dei contratti pubblici”), modificato e integrato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il quale esige la costituzione di una *garanzia fideiussoria* bancaria o assicurativa per la valida erogazione dell’anticipazione del prezzo. L’art. 93 prevede, inoltre, il rilascio di *garanzie fideiussorie* per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, mentre l’art. 103 obbliga l’appaltatore a fornire una “garanzia definitiva” sotto forma di cauzione o *fideiussione*. Il successivo art. 104 impone, poi, la costituzione di una garanzia fideiussoria per lavori di particolare valore. Cfr., successivamente, il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 19 gennaio 2018, n. 31, che ha emanato il “Regolamento con cui si adottano gli schemi di contratti tipo per le garanzie fideiussorie previste dagli articoli 103, comma 9 e 104, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”. È bene rammentare che l’art. 93, comma 4, del predetto codice, stabilisce che la garanzia fideiussoria debba contenere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all’eccezione di cui all’articolo 1957, comma 2 del codice civile, nonché l’operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Cfr., in proposito, M. LOBUONO, *Garanzie fideiussorie dell’appaltatore e raggruppamenti di imprese*, in *Giust. civ.*, 2020, pp. 362 ss., il quale, interrogandosi sulla legittimità di una stabile riconduzione della garanzia fideiussoria preveduta dal codice dei contratti pubblici nell’alveo del modello codistico di cui agli artt. 1936 ss., sembra privilegiare una valutazione incentrata sulla concreta conformazione attribuita, di volta in volta, allo schema posto in essere dalle parti (p. 377). A tal riguardo, v. Cap. II, para. 7. Può altresì ricordarsi il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, art. 72 *bis*, che ha dato attuazione alla Direttiva n. 2008/122/CE, relativo (anche) al contratto di multiproprietà. È sancito l’obbligo per l’operatore di prestare idonea fideiussione bancaria o assicurativa per la regolare e corretta esecuzione del contratto.

³⁷⁷ Prevede l’art. 104 (rubricato «Garanzie per l’esecuzione di lavori di particolare valore») del codice dei contratti pubblici: «Per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall’avviso di gara, per gli appalti di ammontare a base d’asta superiore a 100 milioni di euro, il soggetto aggiudicatario presenta sotto forma di cauzione o di fideiussione rilasciata dai soggetti di cui all’articolo 93 comma 3, in luogo della garanzia definitiva di cui all’articolo 103, una garanzia dell’adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall’eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, denominata “garanzia di buon adempimento” e una garanzia di conclusione dell’opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal presente codice, denominata “garanzia per la risoluzione”».

6.5. L'obbligazione sussidiaria *di regresso* nel sistema cambiario. Rifluenza sui rapporti esterni. Rinvio.

La titolarità del peso economico del debito reagisce ulteriormente sulla disposizione per gradi caratterizzante il sistema cambiario: il pagamento eseguito dall'obbligato di primo grado, il quale è, per solito, l'accettante o l'emittente, libera gli altri condebitori di grado successivo³⁷⁸. Com'è noto, tutti gli obbligati cambiari rispondono in solido verso il portatore del titolo (art. 54, comma 1, l. camb.), il quale può esigere da ciascuno il pagamento integrale (art. 54, comma 2, l. camb.)³⁷⁹. Tratto caratterizzante i rapporti cambiari risiede nella specifica causa che li sorregge, la quale rende autonome le diverse obbligazioni (art. 7 l. camb.)³⁸⁰. Sotto il carattere di siffatta "autonomia" si radunano, come si è visto, i vincoli fra coobbligati in solido nei negozi di assunzione del debito.

Nel diritto cambiario gli effetti della solidarietà vengono del tutto meno (anche nei rapporti interni) solo se è il debitore principale a sopportare infine l'onere monetario del debito, ancorché in via di regresso. I rapporti interni fra obbligati cambiari di grado diverso riflettono la diversa disciplina alla base della contrapposizione fra obbligazione principale e obbligazione assunta a scopo di garanzia, in quanto quest'ultima risulta «caratterizzata nei rapporti interni proprio dall'incidenza definitiva delle conseguenze del suo adempimento nella sfera patrimoniale di altro soggetto (c.d. obbligato principale)»³⁸¹. L'assetto dei rapporti interni devia, in senso analogo a quel che avviene nella fideiussione, dalla presunzione di uguaglianza posta dal 2° comma dell'art. 1298 c.c.: il peso economico dell'obbligazione assunta da ciascun firmatario cambiario viene sempre sopportato da un solo coobbligato solidale, il quale si identifica nel debitore principale, soggetto titolare di quel peso (artt. 56, 59, comma 1, l. camb.). L'adempimento di un diverso coobbligato libera i firmatari di grado successivo ma, in tal caso,

³⁷⁸ Per una trattazione sistematica del tema, v. G. DE SEMO, *Trattato di diritto cambiario*³, cit., pp. 495 ss.; L. MOSSA, *Trattato della cambiale*, 3ª ed., Padova, 1956, pp. 444 ss. Ampî riferimenti sul gradualismo delle obbligazioni cambiarie in G.L. PELLIZZI, *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967, p. 186. Più di recente, cfr. F. BRIOLINI, *Cambiale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, pp. 418 ss.

³⁷⁹ L'opinione che nega l'operatività della solidarietà fra obbligati cambiari è risalente e ormai del tutto isolata. In tal senso, v. C. GHINI, *Brevi appunti sui rapporti fra confirmatari in cambiale*, in *Dir. Comm.*, 1916, I, pp. 17 ss.; ID., *I rapporti fra confirmatari la cambiale*, in *Foro it.*, 1927, I, c. 1190 ss., secondo cui l'assoluta autonomia delle obbligazioni cambiarie è inconciliabile con la solidarietà, la quale si radicherebbe sull'elemento dell'unicità della causa. Tali obbligazioni sarebbero sorrette da tante cause quante sono le firme cambiarie. La tesi può dirsi del tutto superata con il noto avvento di una concezione destrutturata della solidarietà. Su quest'ultimo, punto, v. Cap. I, para. 7, 7.1.

³⁸⁰ Sul tema, v. F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 343.

³⁸¹ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 91.

il regresso del *solvens* si articola in maniera affatto peculiare³⁸². Se infatti il condebitore di grado successivo riscatta il titolo pagando la somma del regresso, potrà poi domandare il rimborso contro quella parte del gruppo di debito – costituito dall’obbligato principale e dai firmatarî di grado anteriore al *solvens*, i quali sono vincolati in funzione di garanzia³⁸³ – che nel rapporto obbligatorio è tenuta, prima di lui, a sopportare il peso dell’obbligazione (art. 57, comma 1, l. camb.)³⁸⁴.

In quest’ottica, si è osservato che la struttura gradualistica del sistema cambiario ricalca non la fattispecie della «obbligazione del fideiussore del fideiussore» (art. 1948 c.c.), nella quale, inversamente ai tratti proprî delle obbligazioni cambiarie, vi è accessorietà ma difetta la solidarietà³⁸⁵; essa piuttosto è da ricondurre alla diversa ipotesi del regresso del fideiussore adempiente contro più debitori principali tenuti in solido: egli, se paga, può agire in regresso in confronto di ciascun debitore principale per la ripetizione integrale delle somme versate (1951 c.c.). In senso contrario, potrebbe eccepirsi, sulla scorta del dato testuale dell’art. 1951 c.c., che qui il riferimento è al fideiussore di «più debitori principali»; laddove, nei rapporti cambiarî, vi è un solo debitore principale. La dottrina ha, però, superato tale obiezione, enfatizzando il ruolo che l’art. 1951 c.c. svolge nei rapporti interni. E esso, come la relativa rubrica peraltro suggerisce, è infatti rivolto soltanto alla disciplina di questi ultimi e, precisamente, al regresso del garante. La norma, nel riferirsi ai «debitori principali», individua cioè tutti gli altri obbligati solidali che, dalla prospettiva del fideiussore adempiente, sono destinatari, rispetto a lui, dell’onere monetario alla base del debito³⁸⁶. La similitudine fra sistema cambiario e fideiussione affiora ancor più nitidamente se si valorizza l’analogia di funzionamento fra regresso fideiussorio (art. 1951 c.c.) e regresso cambiario: il firmatario che paga la cambiale può agire in regresso contro tutti gli obbligati di grado anteriore (art. 54, 3° comma, l. camb.)³⁸⁷.

³⁸² G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 91.

³⁸³ G. DE SEMO, *Trattato di diritto cambiario*³, cit., pp. 502-503.

³⁸⁴ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, *Le cose (merci e titoli di credito compresa la cambiale)*, 5ª ed., Milano, 1924, p. 407: «[l]’obbligato in via di regresso, sia un girante o un avallante, che riscattò la cambiale, può a sua volta farsi rimborsare dagli obbligati anteriori quanto ha pagato e le spese che gli cagionò questo pagamento». Così, successivamente, A. ASQUINI, *Corso di diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*, cit., p. 301: «[o]ggetto della pretesa di regresso dell’obbligato che ha pagato è la rifusione di ogni perdita subita a causa del pagamento eseguito».

³⁸⁵ Sul tema, v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*², cit., pp. 515-516.

³⁸⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 92-93, nota 14.

³⁸⁷ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 92-93.

Un'altra previsione del sistema cambiario, a tratti trascurata, avvalorata l'indagine contrapposizione fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia. Il 2° comma dell'art. 45 l. camb. impedisce al portatore di rifiutare un adempimento parziale, sì che l'ammontare del titolo esecutivo cambiario si riduce alla parte di debito ancora insoluta³⁸⁸. La norma è speciale rispetto a quella preveduta dal modello comune dell'art. 1181 c.c., che, per contro, conferisce quella facoltà al creditore. Il dato di maggior interesse è che essa riflette il *favor* legislativo verso i debitori di regresso³⁸⁹, proprio perché il *quantum* delle rispettive obbligazioni si restringe alla differenza non pagata³⁹⁰.

La peculiare caratterizzazione della responsabilità solidale degli *obligati di regresso*, che è comunemente designata come «responsabilità di garanzia»³⁹¹, refluiscie sul piano dei rapporti esterni, nelle forme di una *sussidiarietà attenuata*³⁹². La cambiale va anzitutto presentata all'emittente o al trattario, nonché agli accettanti per intervento o agli eventuali soggetti designati. Solo la mancata accettazione ovvero il difetto di pagamento consentono al possessore di rivolgersi ai firmatarî di grado successivo. I quali si obbligano proprio per garantire accettazione e pagamento³⁹³. Si è così rilevato che traente e giranti, in quanto debitori sussidiari, adempiono solo allorché il pagamento sia rifiutato dall'obligato principale ovvero dal soggetto a ciò designato³⁹⁴. La solidarietà impone ovviamente ai firmatarî di grado successivo di corrispondere la somma integrale; ma li tutela nella misura in cui, ancorché essi siano debitori in senso proprio, legittima l'incidenza nel rapporto obbligatorio della causa di garanzia che sorregge le loro obbligazioni. La prospettata soluzione ha anzitutto il pregio di raccordarsi con la previsione posta dall'art. 1292, la quale, come si è detto altrove, non assegna al creditore il potere di scelta libera, ma solo gli consente di rivolgersi a ciascun condebitore per l'adempimento; sicché, quando l'assetto delle obbligazioni solidali sia strutturato per gradi, il creditore sarà tenuto a osservarlo nella fase dell'adempimento (art. 1293 c.c.).

³⁸⁸ Tuttavia, ai sensi 1° comma dell'art. 46 l. camb., il portatore non è tenuto a ricevere il pagamento prima della scadenza, sì che, in tal caso, conserva la facoltà di rifiutarlo. Il che pone anche l'interrogativo sulla compatibilità di simile disposizione con quella dell'art. 1184 c.c. Sul punto, v. G.U. TEDESCHI, voce *Cambiale*, cit., p. 419.

³⁸⁹ A. ASQUINI, *Corso di diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*, cit., pp. 279-280.

³⁹⁰ G.U. TEDESCHI, voce *Cambiale*, cit., p. 419.

³⁹¹ T. ASCARELLI e E. BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, cit., p. 729.

³⁹² La locuzione *sussidiarietà attenuata* sottende una primaria richiesta di pagamento rivolta al debitore principale. In proposito, v. W. BIGIAMI, *La delegazione*, cit., p. 27; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 69.

³⁹³ T. ASCARELLI e E. BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, cit., p. 729.

³⁹⁴ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 115.

Peraltro, la solidarietà cambiaria, come quella fideiussoria, si concilia spesso con previsioni legislative di favore per condebitori (non solo di regresso), smentendo ulteriormente l'idea che la sua concreta operatività imponga una disciplina di integrale protezione dell'interesse creditorio. A mo' di esempio, la legge cambiaria, in deroga all'art. 1189 c.c., esonera il debitore, il quale paghi al creditore (apparentemente) legittimato, dalla consueta prova della sua buona fede³⁹⁵. Egli resta obbligato solo se ha intenzionalmente pagato in danno del vero creditore³⁹⁶, il quale dovrà provare il dolo o la colpa grave del *solvens*.

Complessivamente, le riscontrate similitudini fra l'articolazione del sistema cambiario e lo schema fideiussorio inducono a porre in discussione, anche per quest'ultimo, l'invariante assioma del trattamento paritetico fra condebitori solidali. Segnatamente, il modo di operare della solidarietà cambiaria è in gran parte analogo a quello della solidarietà fideiussoria, e al pari di questo, quello sembra in più punti discostarsi dal comune modello tracciato dagli artt. 1292 ss. Il rilievo, oltre a enfatizzare la prossimità funzionale fra sistema cambiario e fideiussione, avvalorava l'idea della naturale duttilità del meccanismo solidale; ma, ancor di più, pone in luce che l'architettura normativa paritetica sottesa alle norme poste dagli artt. 1292 c.c. (spec. artt. 1300 ss.) è solo una fra le possibili modalità di manifestazione della stessa solidarietà. La dottrina del diritto cambiario ha sovente invocato fenomeni di solidarietà *modificata*³⁹⁷ o *disuguale*³⁹⁸ per designare, diversamente dal comune modello, la già sondata rifluenza unilaterale di varie vicende relative ai rapporti fra coobbligati. Se, tuttavia, come si riconosce, la solidarietà è un meccanismo rilevante nella fase attuativa dell'obbligazione non può discorrersi di "tipo" disuguale, atipico o modificato³⁹⁹; esso non ha ragion d'essere alla

³⁹⁵ Per una indagine sulla natura della norma posta dall'art. 1189, e sulla possibilità di una sua applicazione analogica in diversi ambiti, v., tra molti, A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 682 ss., ora in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, *dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 809 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Creditore apparente*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 1158, su cui v. F. NAPPI, *Sull'applicazione per analogia dell'art. 1189 c.c. Invito alla rilettura di una lezione di Michele Giorgianni*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, cit., pp. 205 ss.

³⁹⁶ A. ASQUINI, *Corso di diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*, cit., p. 277.

³⁹⁷ G. DE SEMO, *Trattato di diritto cambiario*³, cit., p. 503.

³⁹⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., *passim*. Più di recente, in tal senso, v. F. GALGANO, *Dei titoli di credito, Artt. 1992-2027*, cit., p. 240: «[i]l portatore del titolo, per ottenere il pagamento, dovrà anzitutto rivolgersi all'obbligato principale: se la cambiale è una tratta, dovrà rivolgersi al trattario che abbia accettato; se è un pagherò, dovrà rivolgersi all'emittente (...). Se il debitore principale (accettante o emittente o suo avallante) non paga, il portatore potrà rivolgersi agli obbligati in via di regresso».

³⁹⁹ Sulla tendenza della scienza giuridica a ricorrere a procedimenti di tipizzazione, v. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, rist. Napoli, 2014, pp. 3 ss., la cui indagine è incentrata sull'ambito contrattuale, in

luce della natura destrutturata e modulabile degli effetti che discendono dal modo di operare della solidarietà stessa.

7. I rapporti esterni: Pari-ordinazione delle posizioni (con-)debitorie verso il creditore; critica.

La complessa articolazione dei rapporti interni, per opinione concorde della dottrina, non avrebbe effetto alcuno nel rapporto fra il gruppo di debito e il creditore. I condebitori in solido, a prescindere dalla concreta tipologia di negozio costitutivo del vincolo, sarebbero obbligati di pari grado verso il creditore. Si è in più punti ribadito come l'assunto appaia incontroverso⁴⁰⁰, benché l'offerta disamina degli elementi testuali non induca a propendere per una soluzione in chiave adesiva. L'incidenza del principio di parità di trattamento nell'ambito degli studi sulla comunione (in senso debole) nel debito solidale⁴⁰¹ ha anzi rinvigorito la teorica che vuole paritetiche le obbligazioni dei condebitori, quand'anche questi risultino vincolati in difetto del medesimo interesse. La tradizionale funzione della solidarietà, la quale sarebbe concepita a integrale presidio del credito, reagirebbe così sul pertinente regolamento normativo; si da conferire al creditore i più efficaci e ampî strumenti per l'esazione del credito. Ne discende l'assegnazione a lui della *libera electio*, il cui riconoscimento prescinde dalla posizione dei coobbligati solidali nel rapporto obbligatorio. Da una prospettiva storica, sopravanzata del tutto la tesi che ravvedeva nella persona del fideiussore un responsabile senza debito⁴⁰², e accantonata poi la concezione imperniata sulla natura "condizionale" ovvero "eventuale" dell'obbligo di garanzia, si è giunti alla stabile parificazione della sua posizione con quella del debitore principale⁴⁰³. Per quanto l'art. 1936 c.c. suggelli l'*alterità* del debito garantito quale

cui massimamente il fenomeno si manifesta. Il discorso è, a nostro avviso, suscettibile di essere esteso anche al di là dell'area contrattuale, ove se non vuol discorrersi di tipo (che, evidentemente, evoca il concetto di accordo), può legittimamente discorrersi di propensione scientifica alla creazione di "modelli", radicati su istituti ai quali si è tradizionalmente conferita una dimensione strutturale. Sulla necessità di un superamento del distinguo fra tipicità e atipicità, v. G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 529 ss. (ivi per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema).

⁴⁰⁰ V. Cap. I, para. 1, 2 (ivi per riferimenti bibliografici sul tema).

⁴⁰¹ Cap. II, para. 1.

⁴⁰² Cap. I, para. 4, 5.

⁴⁰³ Sotto la vigenza del codice civile abrogato, la primitiva elaborazione della teoria della pari-ordinazione fra l'obbligazione del debitore principale e quella del fideiussore può, sotto la vigenza del codice civile abrogato, ricondursi al G. BO, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, cit., pp. 62-63. Per una più analitica ricostruzione del cennato pensiero, v. Cap. II, para. 3, nota 71.

indefettibile caratteristica del tipo fideiussorio, all'obbligazione di garanzia si assegna comunque la medesima intensità di quella principale. Ciò sol perché il fideiussore è debitore e tale qualifica parimenti spetta all'obbligato principale: nella veduta comune, una disparità di trattamento fra i due soggetti, salvo deroghe convenzionali, si profilerebbe pertanto come del tutto ingiustificata e illegittima. Il che forse già attesta la radicazione di una tendenza (anche involontariamente) formalista, in quanto sempre si oblitera il cennato sillogismo di stampo romanistico che giunge a rivendicare l'invariante posizione dei debitori nella dinamica di relazione propria del rapporto obbligatorio⁴⁰⁴. La conclusione troverebbe rispondenza nell'idea per cui il rapporto obbligatorio, nella sua dimensione essenziale, rechi natura e disciplina immutabili. Approccio che, oggi più che un tempo, ingenera dubbî alla luce della evoluzione del concetto di vincolo obbligatorio. Quest'ultimo non risulta più riducibile a uno schema c.d. semplice⁴⁰⁵, essendo, per contro, proiettato in una dinamica complessa che suggerisce di attribuirgli più moderne qualifiche. Si associa, non a caso, la nozione di rapporto obbligatorio a quella di «organismo complesso»⁴⁰⁶, costituito da una prestazione primaria e da una serie di obblighi secondari⁴⁰⁷, che concorrono variamente a modulare l'intensità delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive. In combinazione con la divisata propensione scientifica è l'incidenza, sempre maggiore, dei doveri di comportamento incumbenti sulle parti del rapporto, le quali sono tenute alla salvaguardia della altrui sfera giuridica⁴⁰⁸.

Si delinea così una antinomia sistemica: da un lato, la rinnovata veduta del rapporto obbligatorio quale organismo complesso, al cui interno sempre più rifluiscono istanze di giustizia

⁴⁰⁴ La cennata tendenza di pensiero induce E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., p. 78, a formulare la seguente affermazione critica: «[i]l sofisma su cui si basa qualche ultradeducazione della dottrina non ha fondamento e cioè che, se il fideiussore è solidale con il debitore, diventa debitore lui medesimo. La funzione di garanzia quindi... sempre in base a questo sillogismo inaccettabile – che prova troppo –, non sussiste in quanto assorbita dalla unica obbligazione con due debitori».

⁴⁰⁵ Il riferimento è allo schema che limita il rapporto obbligatorio «alla pretesa di un soggetto determinato nei confronti di un altro soggetto pure determinato ad un certo, specifico comportamento di quest'ultimo, rivolto alla soddisfazione del primo». Così G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, cit., p. 735.

⁴⁰⁶ P. SIRENA, voce *Obbligazione (in generale) (Dir. civ.)*, cit., p. 158. A tal riguardo, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Artt. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, rist. 1^a ed. (1975) Napoli, 2019, p. 42: «(...) è più corretto discorrere di situazioni creditorie e di situazioni debitorie e del rapporto obbligatorio come relazione tra due situazioni complesse, quella debitoria e quella creditoria».

⁴⁰⁷ G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, cit., p. 735; P. SIRENA, voce *Obbligazione (in generale) (Dir. civ.)*, cit., p. 158.

⁴⁰⁸ G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, cit., p. 736.

sostanziale⁴⁰⁹; dall'altro lato, la consolidata concezione dell'obbligazione di garanzia, integralmente avviluppata su residui concettuali i quali impongono al fideiussore, «per mero [ed equivoco] artificio di legge»⁴¹⁰, di subire effetti ultronei rispetto agli intenti che egli si prefigge mercé l'intervento nel rapporto alieno⁴¹¹.

Orbene, di là da tali rilievi di ordine generale, il problema resta pur sempre quello di stabilire l'esattezza dell'assioma che nega la rifluenza verso l'esterno della disuguale articolazione del rapporto fra fideiussore e debitore principale. Proprio la cennata asserzione, di carattere strettamente tecnico, ha indotto a relegare le teorie sulla solidarietà disuguale, atipica o impropria nella zona della improprietà giuridica, oltre che dell'irrelevanza pratica.

Può anzitutto porsi in luce un primo dato spesso sottovalutato. I rapporti interni tra fideiussore (terzo intervenore) e primitivo debitore sono idonei a spiegare una *efficacia riflessa* sul vincolo obbligatorio, soprattutto allorquando il primo estingue la pretesa creditoria. Dimostrata infatti l'infondatezza dell'obiezione che vuole integralmente slegate le posizioni del *terzo* e del *fideiussore*⁴¹², può, nell'ottica della presente indagine, solo ribadirsi la marcata prossimità di *funzione* fra i ruoli svolti da tali soggetti. Sebbene, sul piano della teoria generale, il fideiussore sia senz'altro debitore, le norme in tema surrogazione e regresso provano che il debitore principale non risulta definitivamente liberato se è il coobbligato in garanzia a estinguere il debito (verso l'esterno), realizzando così l'interesse creditorio⁴¹³. In senso analogo, le previsioni sul rilievo e sulla estinzione del vincolo del fideiussore (artt. 1953, 1955, 1956, 1957 c.c.) attenuano la intensità della sua obbligazione rispetto a quella del debitore comune. Il garante non è, di regola, il destinatario del peso economico dell'obbligazione e ciò si riflette sul vigore della sua posizione debitoria⁴¹⁴, sì da renderla assai più vicina a quella del terzo⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ In proposito, cfr. già U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp. 55 ss., spec. pp. 58 ss.

⁴¹⁰ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., p. 83.

⁴¹¹ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., p. 83: il fideiussore «crederebbe di assumere la posizione di garante per obbligazione altrui e invece viene intrappolato malamente a forza di legge ad assumere la posizione di debitore in senso proprio, senza aver avuto magari, nella maggior parte dei casi, nessun intento e nemmeno alcun interesse né diretto né indiretto all'operazione che egli finanzia con tutto il suo patrimonio e illimitatamente, come se si trattasse di cosa sua, di suo impegno personale». Sul tema degli stati intellettivi rilevanti, v. già R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, pp. 141 ss., pp. 144 ss., pp. 271 ss.

⁴¹² Cap. II, para. 2, 5.

⁴¹³ Cfr. Cap. II, para. 5.

⁴¹⁴ Cap. II, para. 5.

⁴¹⁵ Conviene ribadire nuovamente il pensiero (già citato al Cap. II, para. 6, nota 202) di G. BAUDRY-LACANTINERIE e A. WAHL, *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, cit., p. 500: «[i] fideiussore

Chiarito il senso di tale preliminare accostamento, è pacifico che l'atto di ingerenza del terzo nel rapporto alieno instauri una connessione di dipendenza fra l'adempimento, incidente sul versante esterno, e i rapporti interni⁴¹⁶. L'intervento del terzo produce effetti nella sfera giuridica del debitore: «[s]i ha dunque un fenomeno di ripercussione dell'adempimento del terzo nei riguardi di un soggetto che al negozio solutorio, in sé considerato, è rimasto estraneo»⁴¹⁷. Si osserva in maniera affatto sintomatica che l'influenza dell'atto di intervento non si arresta alla eventuale estinzione dell'obbligo del debitore, ma si propaga sino a instaurare una relazione giuridica fra quest'ultimo e il terzo⁴¹⁸.

La c.d. efficacia riflessa dell'atto di ingerenza integra dunque un fenomeno noto e incontrovertibile. Quel che però non può giustificarsi è la pretesa irrilevanza giuridica dell'intervento del terzo in confronto del creditore, sia esso sorretto da una funzione solutoria immediata (art. 1180 c.c.) ovvero filtrata dall'attesa dello (eventuale) inadempimento del debitore principale. In via preliminare, si è detto che gli istituti regolati dagli artt. 1180 e 1936 c.c. non partecipano della medesima natura e ciò impedisce una integrazione fra discipline⁴¹⁹. Il loro vicendevole raffronto, tuttavia, oblitera una incongruenza concettuale. L'ambito di operatività dell'art. 1180 c.c. include l'ipotesi in cui alla mancata opposizione del debitore si accompagni la volontà del terzo di intervenire. In tal caso, la sfera giuridica del creditore è ben incisa dalla altrui volontà, senza che la sua eventuale opposizione abbia una qualche efficacia⁴²⁰. In altri termini, l'adempimento spontaneo del terzo si riverbera non soltanto sul versante interno, ma anche (e soprattutto) sul rapporto fondamentale⁴²¹ nel senso di estinguerlo o, comunque, di modificarne il primitivo modo di attuazione⁴²².

solidale è sempre fideiussore (...) l'opinione contraria ha il grave torto di assimilare il fideiussore solidale al condebitore solidale malgrado i termini dell'obbligazione assunta». Pensiero che, in tempi successivi, è ribadito da E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., *passim.*, la cui opera è integralmente permeata dall'intento di dimostrare l'*alterità* dell'obbligazione del fideiussore rispetto al vincolo garantito. Segnatamente, ad avviso dell'Autore, non deve dubitarsi della riconducibilità della posizione del *fideiussore* a quella del *terzo* (pp. 3-4). Su quest'ultimo punto, v. Cap. II, para. 2.

⁴¹⁶ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 218.

⁴¹⁷ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 218.

⁴¹⁸ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 218.

⁴¹⁹ Cap. II, para. 6.2.

⁴²⁰ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 36, nota 9, lett. d).

⁴²¹ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 218.

⁴²² A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 34, nota 9: «[d]all'art. 1180 C.C. appare che l'alleanza delle volontà e degli interessi tra due soggetti prevale contro l'interesse e la volontà del soggetto che rimane isolato. Così il terzo interviene efficacemente con l'accordo del debitore contro l'opposizione del creditore (...).» Sul punto v. Cap. II, para. 6.2, note 275-276.

Orbene, avendo tentato di dimostrare che il garante, al di là delle ipotesi in cui presta fideiussione su sollecitazione, anche indiretta, del debitore (ad es., in virtù di una operazione economica complessa)⁴²³, adempie in esecuzione di un obbligo oggettivamente riconducibile a quest'ultimo soggetto⁴²⁴, non si spiega perché sempre si neghi l'idoneità del suo intervento a incidere sulla sfera giuridica del creditore. È sì indubbio, come la dottrina stabilmente osserva, che la differenza fra adempimento del terzo e adempimento del fideiussore si risolve nella sussistenza o meno di un obbligo, ancorché volontario⁴²⁵; è altrettanto vero, però, che proprio il carattere *volontario* della obbligazione di garanzia (arg. ex art. 1937 c.c.) non sempre assume il connotato della *doverosità*⁴²⁶, potendo astrattamente costituire esito di una iniziativa del tutto autonoma e spontanea del fideiussore. Il che, pur nelle irrefutabili differenze di disciplina fra i due istituti, varrebbe quantomeno ad accostare l'intervento del fideiussore a quello del terzo. Da questa angolazione visuale, nello schema fideiussorio l'atto di ingerenza, peraltro, non importa mai un deterioramento della posizione del creditore, il quale anzi beneficia della possibilità (prima assente) di aggredire più patrimoni. L'intervento del garante incide *naturalmente* sulla sfera giuridica del creditore; questi, *acconsentendo* (art. 1936, 1333, comma 2, c.c.), vede ampliata la probabilità di realizzare il proprio interesse. Per tal via, si delinea l'improprietà dell'obiezione che respinge la configurabilità di un onere (non escussivo), a carico del creditore, di osservare un ordine nelle richieste di adempimento. L'apposizione di quell'onere non incide negativamente sulla posizione del creditore ma anzi esso è il diretto riflesso di una garanzia rafforzata dell'adempimento. La combinazione tra adempimento e grado dell'obbligazione sottende cioè l'insorgenza di un potere (di aggressione) del creditore che, anteriormente alla costituzione della fideiussione, era del tutto inesistente. Conclusione che trova, peraltro, pacifico riscontro in varî istituti funzionalmente affini alla fideiussione⁴²⁷. Nel senso sin qui tracciato milita la norma posta dall'art. 1957 c.c. In quanto volta a disciplinare l'estinzione (indiretta) dell'obbligazione di garanzia per fatto del creditore, essa anzitutto collega una vicenda del gruppo di debito con l'esterno. Se si correla tale dato con il puntuale

⁴²³ Cap. II, para. 4.1.

⁴²⁴ L. AYNÈS et P. CROCQ (avec le concours d'A. AYNÈS), *Droit des sûretés*¹³, cit., p. 50: «[l']originalité du cautionnement, par rapport à un autre contrat (...), tient à son objet: payer la dette d'un autre». In proposito, v. Cap. II, para. 4.1.

⁴²⁵ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 224.

⁴²⁶ Deve respingersi l'equivoco per cui il carattere volontario dell'intervento del fideiussore sia inconciliabile con la sua doverosità, la quale è, per contro, incompatibile con la natura spontanea dell'ingerenza.

⁴²⁷ Cap. II, para. 6.1, 6.2., 6.3, 6.4.

contenuto della pertinente previsione, ne esce rafforzata l'idea che l'assetto disuguale dei rapporti interni reagisca sulla posizione del creditore. Ai sensi dell'art. 1957 c.c., il fideiussore resta tale anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale soltanto se il creditore, entro sei mesi, «abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate». Nel chiarire che le istanze devono rivolgersi non già indifferentemente a entrambi i coobbligati solidali, ma al solo debitore primario, la norma – diversamente dall'art. 1931 del codice civile del 1865, il quale nulla prevedeva al riguardo – sancisce il carattere sussidiario della obbligazione di garanzia⁴²⁸. Del resto, nel porre in luce come la norma stessa sia attributiva di un onere di diligenza in capo al creditore⁴²⁹ – che contribuisce a qualificare in concreto il dovere di correttezza, alla cui osservanza sono tenute le parti del rapporto obbligatorio⁴³⁰ – la Corte di cassazione, ancorché tradizionalmente restia all'accoglimento della teorica concernente la solidarietà sussidiaria⁴³¹, riconosce che il fideiussore, in quanto soggetto garante dell'adempimento di un'obbligazione altrui, si colloca in posizione diversa rispetto a quella del debitore primario⁴³². Diversità di posizione che è affatto disgiunta – lo si è chiarito – dal carattere accessorio del vincolo di garanzia⁴³³.

La ricorrente contrapposizione tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia⁴³⁴ ulteriormente enfatizza la divergente intensità delle rispettive posizioni debitorie. Se dunque il fideiussore è un obbligato sussidiario, il cui ruolo è simile, ancorché non identico, a quello del terzo, non potrà negarsi al debitore principale il potere di liberarsi mediante (primario)

⁴²⁸ Così App. Milano, 5 ottobre 2005, in *Giur. merito*, 2005, p. 1548. In dottrina, v. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., p. 492: «(...) la scadenza dell'obbligazione garantita consente di determinare quella situazione di inadempimento che è presupposto di attuazione dell'obbligazione fideiussoria: è ben strano l'assunto che la fideiussione si estingua all'atto stesso di quell'inadempimento del debitore in vista del quale il creditore aveva richiesto la garanzia e il fideiussore l'aveva assunta». Su posizioni analoghe, P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., pp. 402-403.

⁴²⁹ Cass. 5.11.1999, n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 348.

⁴³⁰ Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 103: «[q]uest'ultima norma (...) pone a carico del creditore un obbligo di diligenza, che costituisce specificazione del più generale dovere di correttezza cui entrambe le parti del rapporto obbligatorio (e, quindi, non solo il debitore, ma anche il creditore) sono tenuti ad uniformare il proprio comportamento».

⁴³¹ V., tra molte, Cass., 16 ottobre 2017, n. 24296, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Fallimento*, n. 328.

⁴³² Sulla diversità di posizione fra garante e debitore principale, v. già Cass., 28 gennaio 1998, n. 831, in *Foro it.*, 1998, I, 770; Cass., sez. un., 5 febbraio 2008, n. 2655, cit.; Cass., sez. un., 5 dicembre 2011, n. 25934, cit.

⁴³³ Così Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, pp. 685 ss., spec. p. 687, con nota di U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»: «tanto meno, l'accessorietà potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale)»* (p. 687; enfasi aggiunta).

⁴³⁴ Cap. II, para. 5.

adempimento (arg. ex art. 1236 c.c.). L'interesse del debitore non è infatti diretto soltanto alla mera estinzione della sua obbligazione verso il creditore⁴³⁵. L'osservazione è ancor più fondata nelle obbligazioni solidali caratterizzate dalla unilaterale ripartizione del peso del debito, ove esso è *infine* sopportato dal suo titolare. Il pagamento fatto dal debitore principale al fideiussore in sede di regresso o surrogazione non equivale all'adempimento diretto del debitore in favore del creditore. Ciò è chiaramente dimostrato dall'art. 1236 c.c., il quale consente al debitore di non profittare della remissione accordatagli dal creditore⁴³⁶.

8. Fideiussore-consumatore e l'emersione della solidarietà modulabile. Rinvio.

La raffigurazione della divergente posizione fra condebitori solidali nello schema obbligatorio preveduto dalla fideiussione emerge, altresì, nel più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità sul (controverso) tema che suole designarsi con la locuzione di “professionista di rimbalzo”⁴³⁷. Pur sussistendo un rapporto di accessorietà tra il contratto principale e quello di garanzia, si osserva che la cennata dipendenza investe solo la struttura dell'obbligazione fideiussoria; sì che quell'attributo non può incidere sulla qualificazione dell'attività – professionale o meno – di uno dei contraenti⁴³⁸.

⁴³⁵ Il che, peraltro, nella fideiussione solidale non avviene mai fintantoché il debitore non paghi il creditore ovvero il garante (in via di surrogazione e/o regresso).

⁴³⁶ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 33.

⁴³⁷ Così Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, cit., sulla scia di un orientamento che muove dalle decisioni della Corte Giust. UE, 14.9.2016, causa C-534/16, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 269, pp. 272-273, e Corte Giust. UE, 19.11.2015, causa C-74/15, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 269, pp. 273-275. Sul tema, cfr. F. MEZZANOTTE, *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2017, pp. 420, in part. pp. 428-432; M. RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1119 ss. Espone i criteri utili per valutare, di volta in volta, se il soggetto fideiussore possa considerarsi o meno “consumatore”, A.B.F., 27.9.2016, n. 8296, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 271, con nota di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*. Per un orientamento più risalente, atto a negare che la persona fisica, la quale presta fideiussione per la garanzia di un debito ricadente su di un soggetto “professionale”, assuma lo *status* di consumatore, v. Corte Giust. UE, 17.3.1998, causa C-45/96, in *Danno e resp.*, 1998, 330, con nota di M. SESTA, *Direttive comunitarie, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*, 1998, 332 ss. Recepisce la tesi, in virtù di un orientamento tradizionale, sebbene non incontrastato, Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 631, secondo cui la qualità soggettiva connotante in concreto la figura del debitore principale attrarrebbe quella del fideiussore – attesa la natura accessoria dell'obbligazione di cui è titolare quest'ultimo rispetto a quella facente capo al primo – ai fini dell'individuazione del soggetto che riveste la qualità di consumatore. In senso critico verso quest'ultima impostazione, v. P. SIRENA, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'Arbitro bancario finanziario (ABF)*, cit., p. 64, il quale discorre di «arbitraria iperdogmatizzazione dell'accessorietà della garanzia».

⁴³⁸ In proposito, v. F. MEZZANOTTE, *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, cit., pp. 424 ss.

Orbene, la contrapposizione tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia risulta rinvigorita; da essa, segnatamente, si inferisce che la natura subordinata del negozio fideiussorio non vale a collocare il garante in una posizione di parità rispetto al debitore principale⁴³⁹. In termini più efficaci, il fideiussore non diviene mai «il *replicante*, ovvero il *duplicato*, di un altro soggetto»⁴⁴⁰. D'altronde, la constatazione dell'improprietà di quella veduta che affida all'accessorietà il ruolo di correlato simmetrico fra posizioni debitorie aveva già indotto l'Arbitro Bancario Finanziario a escludere la tesi del "riflesso" per i rischi a essa sottesi⁴⁴¹. La conclusione assume, a nostro avviso, un preciso significato anche per la proposta (re-)interpretazione di quelle norme, le quali, unanimemente repute espressione della natura accessoria dell'obbligazione di garanzia, ne suggeriscono, per contro, la sua sussidiarietà⁴⁴².

Il tema si innesta, com'è noto, in un più ampio dibattito incentrato sull'applicazione al fideiussore della disciplina consumeristica e, in particolare, delle tutele che essa appronta in favore del soggetto debole. In quest'ottica, si è rilevata l'idoneità del cennato orientamento giurisprudenziale, da un lato, a sopravanzare, sia pure con alcune incertezze, il denunciato immobilismo della garanzia fideiussoria; dall'altro, ad attenuare, come si è detto, l'assolutistico riferimento alla accessorietà⁴⁴³.

Se, dunque, si profila legittima una difformità ontologica di posizioni – e così di regole che governano l'adempimento del rapporto obbligatorio – tra fideiussore e debitore, ciò evidentemente condiziona l'operatività della solidarietà. Segnatamente, la influenza da una angolazione visuale diversa da quella consueta: sulla sua modulabile conformazione incide la qualità soggettiva dei contraenti. Il che, a tutta prima, confligge con la teoria generale di stampo classico che ravvede nel rapporto obbligatorio uno schema insensibile rispetto ai connotati

⁴³⁹ Dato condiviso da Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

⁴⁴⁰ Così Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

⁴⁴¹ A.B.F. Roma 26 luglio 2013, n. 4109, su cui v., in chiave adesiva, A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, in *dirittobancario.it*, 2014, pp. 1 ss. Il Collegio di Roma motiva, peraltro, così l'inoperatività della cennata tesi: «(...) è sufficiente ipotizzare che il negozio principale sia posto in essere da un consumatore (ad es.: contratto di locazione di immobile ad uso abitativo quale conduttore) e la fideiussione a garanzia dell'adempimento venga rilasciata, come è del resto usuale, da un intermediario bancario o assicurativo: se davvero la qualità del debitore principale determinasse quella del fideiussore, si dovrebbe allora ritenere applicabile alla banca o all'assicuratore la disciplina di tutela del consumatore, pur in assoluto difetto delle ragioni di meritevolezza che ne costituiscono il fondamento».

⁴⁴² Abbiamo altrove tentato di dimostrare che le norme dirette a regolare – non la genesi, ma – il funzionamento del rapporto trilaterale (fideiussore-creditore, debitore principale-creditore) costituiscono espressione della natura sussidiaria del vincolo fideiussorio. Sul punto, v. Cap. II, para. 6, 6.1, 6.3, 6.4, 7.

⁴⁴³ L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, cit., p. 20. Sul punto, v. Cap. II, para. 6.2.

soggettivi delle parti⁴⁴⁴. Com'è noto, il processo di europeizzazione degli ordinamenti giuridici ha, però, profondamente trasformato il tradizionale intendimento del concetto di contratto e, più in generale, di rapporto obbligatorio. Il consolidamento della categoria dei contratti d'impresa, nella loro binaria declinazione che oscilla tra unilateralità e bilateralità⁴⁴⁵, ratifica una transizione del ruolo assegnato al vincolo e, in via speculare, all'accordo; i quali, sono proiettati in una «operazione economica, (...), [in un] affare concreto», che legittima «la possibilità di assumere i “contraenti” quali elementi della fattispecie e della disciplina»⁴⁴⁶.

I progetti europei di diritto uniforme sono il segno della intrapresa direzione. Ricollegandosi alla tradizione del diritto intermedio nella enucleazione del rapporto obbligatorio (e della sua disciplina), considerato nella prospettiva degli effetti⁴⁴⁷, essi affievoliscono la rilevanza del tipo di fonte da cui esso è generato⁴⁴⁸. Per contro, paiono valorizzare la dinamica individuale o d'impresa, che direttamente modula la disciplina del rapporto obbligatorio e, per i fini della presente indagine, della solidarietà.

L'ampiezza dei poteri creditorî risente dunque della qualità soggettiva del fideiussore. Se questi è consumatore, tendono ad ampliarsi le tutele accordate alla sua posizione giuridica (di debitore) e, correlativamente, a restringersi le facoltà creditorie mercé il diniego della *libera electio* (Artt. IV.G.–4:105 DCFR; 4:106 Principî Drobniĝ); per contro, se il garante non risulti

⁴⁴⁴ E. GABRIELLI, *I contraenti*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 113: «[n]ell'impianto originario del codice civile italiano, infatti, un'analisi relativa ai “contraenti” si sarebbe rivelata di scarso impatto sistematico e pratico, dal momento che le caratteristiche soggettive delle parti di un contratto erano per lo più irrilevanti ai fini della disciplina ad esso applicabile».

⁴⁴⁵ P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., p. 426; ID. e D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2016, pp. 225 ss., spec. pp. 233 ss.

⁴⁴⁶ E. GABRIELLI, *I contraenti*, cit., p. 114. In proposito, ancorché da una diversa angolazione visuale, v. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 147 ss., spec. pp. 148-151, il quale discorre di smarrimento dell'originario punto di riferimento della categoria del contratto, la cui concreta disciplina un tempo prescindeva da soggetti, luoghi, modalità con cui esso è chiamato a operare (p. 150). La rilevanza delle qualità soggettive dei contraenti pare oggi assumere una trasversale operatività nell'ambito dei contratti e, dunque, del rapporto obbligatorio. A tal riguardo, v., di recente, M. LOBUONO, *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*, cit., pp. 362 ss., spec. p. 365, il quale, nel rammentare il nesso fra garanzia personale e l'esercizio di attività economiche, sonda l'incidenza, nel settore degli appalti, della «conformazione soggettiva delle parti» sul modo di operare della stessa garanzia, sia nella sua fase costitutiva sia in quella attuativa. Il riferimento è, in particolare, ai rapporti che seguono all'escussione della garanzia in ragione della natura del soggetto che riveste la qualifica di debitore/ordinante.

⁴⁴⁷ In maniera corrispondente, si è altrove rilevato che il diritto privato europeo colloca la solidarietà in una dimensione di tipo effettuale. Cfr. Cap. I, para. 6.

⁴⁴⁸ Così, in una accezione dubitativa, G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, cit., p. 747.

in posizione di debolezza o, pur essendo consumatore, eserciti una influenza (giuridica o di fatto) sul debitore persona giuridica (4:101 Principi Drobniĝ), si realizza una (ri-)espansione del potere del creditore, che potrà scegliere il condebitore cui rivolgere la propria richiesta di adempimento (art. IV.G.–2:105 DCFR; 4:106 Principi Drobniĝ).

La incidenza di tale qualifica soggettiva emerge già negli ordinamenti giuridici continentali. In ambiente tedesco, nonostante l'autonomia privata tenda a eludere l'operatività dell'escussione preventiva (§ 771 BGB), invocando i casi (eccezionali) di esclusione di tale dispositivo (§ 773 BGB), il radicato orientato del *Bundesgerichtshof*, già anteriormente all'attuazione della Direttiva sui diritti dei consumatori n. 83 del 25 ottobre 2011 con cui è stato integrato l'impianto normativo del BGB⁴⁴⁹, ravvisa, per contrarietà al § 307, Abs. 2 (1), la nullità di quelle clausole standard le quali eccessivamente si discostino dal modello (accessorio e sussidiario) codicistico, sì da snaturarne l'essenza in danno del fideiussore⁴⁵⁰. Sul versante del diritto positivo, è preveduta una divaricazione fra discipline in ragione del differente ambito applicativo in cui la fideiussione si innesta. È significativo che il § 349 HGB rovesci la regola del corrispondente § 771 BGB. La norma dello *Handelsgesetzbuch* subordina, cioè, la *Einrede der Vorausklage* alla volontà delle parti, sancendo così la natura solidale del vincolo fra garante, il quale agisce nell'esercizio della sua attività professionale, e debitore principale⁴⁵¹. La disciplina dispositiva è invertita rispetto al BGB e ciò, a mo' di premessa, oltre a legittimare quantomeno l'interrogativo circa la fondatezza dell'obiezione che, in quell'ordinamento, vuole incompatibili solidarietà e garanzia personale⁴⁵², oblitera l'affermarsi del ruolo cardinale della

⁴⁴⁹ C. BUSCH, *Implementation of the Consumer Rights Directive Germany*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2014, pp. 119 ss. Prima di tale intervento normativo sulla struttura del BGB, la dottrina aveva spesso posto in luce l'insufficienza della disciplina consumeristica tedesca. Così P. ROTT, *Germany*, in *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, cit., p. 267.

⁴⁵⁰ Chiara, in tal senso, è l'asserzione del BGH, 16 gennaio 2003, in *NJW*, 2003, p. 1521, con riferimento alla possibile inoperatività del § 770, diretto corollario del principio di sussidiarietà: «[n]ach nochmaliger Überprüfung schließt sich der Senat der zuletzt angeführten Meinung an. Der formularmäßige Ausschluß der Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 Abs. 2 BGB verstößt gegen § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Er benachteiligt den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist mit wesentlichen Grundgedanken der §§ 765 ff. BGB nicht zu vereinbaren. Die Einrede der Aufrechenbarkeit gemäß § 770 Abs. 2 BGB ist eine Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes (vgl. BGHZ 95, 350, 361). Der meist uneigennützig handelnde Bürge soll grundsätzlich erst dann in Anspruch genommen werden können, wenn sich der Gläubiger nicht durch Inanspruchnahme des Hauptschuldners, etwa durch Aufrechnung, befriedigen kann». Il principio è assolutamente pacifico nella giurisprudenza tedesca. Cfr., di recente, BGH, 24 ottobre 2017, in *NJW*, 2018, p. 857.

⁴⁵¹ Sulla contrapposizione fra fideiussione “commerciale” (“*commercial suretyship*”) e “consumeristica” (“*consumer suretyship*”) in Germania, v. P. ROTT, *Germany*, p. 255.

⁴⁵² Denuncia l'infondatezza della tesi che rivendica la cennata incompatibilità F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 141.

dinamica d'impresa nell'ambito del rapporto obbligatorio. Contrapposizione simile caratterizza il diritto francese, che storicamente si è mostrato favorevole all'accostamento fra la posizione del fideiussore e quella del soggetto meritevole di tutela giuridica. Di là dall'intuitivo dato sotteso all'operatività del *bénéfice de discussion* (art. 2298 *Code civil*), la disciplina del *Code de la consommation*, raccordandosi con le esigenze emerse in via di prassi in Europa, risulta innervata da un duplice scopo: informare nel dettaglio il fideiussore dell'entità dell'impegno assunto e valutarne la relativa proporzionalità rispetto ai mezzi finanziari di cui dispone⁴⁵³. La dottrina, conscia di un dibattito che accomuna ormai l'esperienza giuridica continentale⁴⁵⁴, qualifica quell'onere informativo («*incombance d'information*») come una «*charge, qui pèse sur le créancier*», la quale, se non osservata, importa la *déchéance* dell'obbligo di garanzia⁴⁵⁵. Peso per il creditore, dunque, che consente al fideiussore di monitorare le condizioni patrimoniali del debitore nello svolgimento del rapporto obbligatorio⁴⁵⁶. La divisata contrapposizione si riflette nel sistema binario tracciato dal *Code civil* e dal *Code de la consommation*. Si è visto che la concezione strutturale della solidarietà veicolata dalla dottrina francese, sospinta dalla tradizione romanistica, ha impedito una sua combinazione con lo schema fideiussorio. Da ciò l'impossibilità di una articolazione per gradi delle obbligazioni e, così, il conferimento della *libera electio* al creditore⁴⁵⁷. Più recenti studi dimostrano, però, una significativa apertura verso un ripensamento del ruolo assegnato alla solidarietà. Sulla scorta di progetti maturati nell'ambito di esperienze giuridiche affini (OHADA – *Acte uniforme portant organisation des sûretés*), una parte della dottrina francese si interroga sulla tradizionale impostazione che vuole inconciliabile, già nei rapporti commerciali, la solidarietà con l'assetto graduato tipico dei vincoli di garanzia. L'esigenza di un più proficuo bilanciamento fra la

⁴⁵³ A-S BARTHEZ, R. FAMILY and S. VIGNERON, *France*, in *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, cit., pp. 229 ss., spec. p. 231.

⁴⁵⁴ P. CROCQ, *Les développements récents de l'obligation d'information de la caution*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, 1999, pp. 349 ss.; Y. PICOD, *Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise*, in *Dalloz Chronique*, 2002, pp. 1971 ss.; A-S. BARTHEZ, R. FAMILY and S. VIGNERON, *France*, in *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, cit., pp. 233 ss.; G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, cit., pp. 218 ss.

⁴⁵⁵ M. SÉJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, cit., p. 256.

⁴⁵⁶ M. SÉJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, cit., pp. 255-256.

⁴⁵⁷ L'impostazione motiva la frequente divaricazione fra fideiussione semplice e solidale, ma a quest'ultima figura ricorre l'autonomia dei privati. È disciplinata infatti l'ipotesi in cui, se il creditore lo richiede e in osservanza dei requisiti di forma, può stipularsi una fideiussione solidale, che esclude l'operatività del c.d. *bénéfice de discussion* (artt. L. 313-8, L. 341-3 *C. cons.*), preveduta invece dal comune modello (art. 2298 *Code civil*).

posizione del fideiussore e quella del creditore induce a rilevare come la solidarietà, quando si manifesta nelle attenuate forme di una richiesta preventiva al debitore principale o di una sua messa in mora (*poursuite préalable*)⁴⁵⁸, consente di contemperare interessi contrapposti dei soggetti: sul creditore non incombe l'impacciante onere della escussione, mentre il fideiussore adempie solo dopo la messa in mora del debitore principale. Si comprende, per tal via, il motivo per cui si discorra di «*application distributive de la présomption de solidarité*»⁴⁵⁹.

Orbene, la complessiva indagine testimonia la rilevanza della dinamica d'impresa, nonché del profilo soggettivo del contraente, per la identificazione della disciplina applicabile. I rilievi svolti si radunano, dunque, intorno a un dato ormai pacifico: la disciplina consumeristica trova applicazione al contratto di fideiussione. Sulla scia di una impostazione ormai radicata nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁶⁰, deve dirsi che il punto di raccordo nell'ordinamento giuridico italiano è, com'è noto, costituito dalla norma posta dall'art. 33 cod. cons., che opera per ogni «contratto concluso tra il consumatore ed il professionista»⁴⁶¹. La duttilità operativa del ruolo di garanzia, il quale variamente ricorre nelle relazioni familiari, in ambito societario, in situazioni di “crisi” del debitore principale o, più semplicemente, in una sfera privata che sia punto di collegamento della qualità soggettiva alla disciplina consumeristica (art. 3 cod. cons.)⁴⁶², legittima un più nitido legame con quest'ultima. A tal riguardo, la Corte di giustizia⁴⁶³ ha chiarito che la riconduzione della fideiussione alla cennata disciplina di protezione è subordinata a un accertamento in concreto dell'attività effettivamente svolta dal garante⁴⁶⁴, il

⁴⁵⁸ Così gli artt. 23, alinéa 2 et 26, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, da OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique des Droits des Affaires*), in *Journal Officiel*, 15 Février 2011.

⁴⁵⁹ G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement*, cit., pp. 201-202.

⁴⁶⁰ Corte Giust. UE, 14.9.2016, causa C-534/16, cit.; Corte Giust. UE, 19.11.2015, causa C-74/15, cit. Cfr., in proposito, Cap. II, para. 8, nota 437.

⁴⁶¹ F. MEZZANOTTE, *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, cit., p. 426. Si tratta di una intuizione che in Italia si deve all'opera di E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., il quale ha fortemente criticato la figura della fideiussione assunta da persone sprovviste di preparazione “commerciale”, rivendicando così la fondatezza dell'accostamento di una pattuizione siffatta a quella di una clausola vessatoria o, financo, di contratto vessatorio (pp. 3 ss.). Sul punto, v. Cap. II, para. 2.

⁴⁶² Gli ampî margini di operatività della fideiussione sono oggetto di indagine nel lavoro monografico di L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti economici complessi*, pp. 79 ss., pp. 125, pp. 169 ss., pp. 185 ss., la quale discorre, pertanto, di «statuti fideiussori» (*passim*, ma p. 215).

⁴⁶³ Corte Giust. UE, 14.9.2016, causa C-534/16, cit.; Corte Giust. UE, 19.11.2015, causa C-74/15, cit. V. ancora Cap. II, para. 8, nota 437.

⁴⁶⁴ Sulla individuazione dei caratteri della vessatorietà, cfr. già C.M. BIANCA, *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C.M. BIANCA e G. ALPA, Padova, 1996, pp. 357 ss., ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, II, *Obbligazioni e contratti. Responsabilità*, t. 2, Milano, 2002, pp. 631 ss., spec. p. 633: «[l]e clausole vessatorie, precisamente,

cui contratto, per quanto accessorio, resta del tutto distinto da quello principale; e ciò, in special modo, ove le parti dei due contratti siano diverse⁴⁶⁵.

Nell'esperienza italiana, in cui la disciplina della fideiussione risulta influenzata dal modo di operare della solidarietà, modulato alla luce dell'effettiva articolazione fra rapporti interni ed esterni⁴⁶⁶, si profila l'interrogativo circa l'incidenza della disciplina consumeristica sul meccanismo previsto dall'art. 1292 c.c. ss. La spinta propulsiva proveniente dal diritto privato europeo suggerisce un ripensamento della dimensione effettuale della solidarietà, la quale pare allora condizionata dalla qualità dei contraenti. Se il garante, anche non persona fisica⁴⁶⁷, presta

sono un fenomeno dannoso connesso alla situazione di disparità socio-economica in cui si trovano gli aderenti, assoggettati agli abusi di chi detiene il potere di fatto di predisporre a suo arbitrio la disciplina del contratto». Più di recente, v. F.P. PATTI, *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, pp. 1062 ss. Per una panoramica d'insieme sul tema, cfr. D. ACHILLE e S. CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI, Napoli, 2014, pp. 85 ss.

⁴⁶⁵ Così anche A.B.F., Collegio di coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368, in *Contratti*, 2017, p. 81, che, peraltro, recepisce integralmente la tesi propugnata dalla Corte di giustizia. Il principio è, di recente, ribadito, anche da A.B.F., Collegio di coordinamento, 19 agosto 2020, n. 14555, nell'ambito di una più articolata decisione avente a oggetto il tema delle nullità dei contratti a valle di intese anticoncorrenziali.

⁴⁶⁶ Cap. II, para. 4, 7.

⁴⁶⁷ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 2 aprile 2020, causa C-329/19, in *Foro it.*, 2020, IV, c. 375, ha infatti chiarito che la Direttiva 93/13/CEE può eventualmente estendersi anche a contratti stipulati con soggetti giuridici che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva. La fondatezza di tale soluzione emerge – argomenta la Corte – oltre che dal considerando 12 della direttiva 93/13/CEE, anche dal considerando 13 della direttiva 2011/83/UE: «(...) gli Stati membri possono decidere di estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono «consumatori» ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le piccole e medie imprese (...)». Sebbene, dunque, una persona diversa da quella fisica non rientri nella nozione di «consumatore» ai sensi dell'art. 2, lett. b) della Direttiva 93/13/CEE, ciò non impedisce una estensione analogica ai predetti soggetti delle norme derivanti dai pertinenti provvedimenti attuativi nazionali, «(...) a condizione che una siffatta interpretazione da parte dei giudici nazionali garantisca un livello di tutela più elevato per i consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei trattati». Riflettono sul portato concettuale di tale decisione R. CALVO, *Complessità personificata o individualità complessa del condomino-consumatore*, in *Giur. it.*, 2020, pp. 1320 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, pp. 842 ss. Successivamente, ancora sul tema dell'applicazione della disciplina consumeristica al condominio, v. A.B.F., Collegio di coordinamento, 10 novembre 2020, n. 17983 (rel. E. LUCCHINI GUASTALLA), che aderisce all'impianto argomentativo della più risalente decisione dell'A.B.F., Collegio di coordinamento, 26 ottobre 2012, n. 3501, la quale aveva già offerto una soluzione di segno negativo sul presupposto per cui l'amministratore non agisce come mero mandatario dei condòmini. V., tuttavia, Cass., 22 maggio 2015, n. 10679, in *Arch. loc.*, 2015, p. 647; Cass. 24 luglio 2001, n. 10086, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 108, con nota di M. DE CRISTOFARO, *La tutela processuale del consumatore tra volontà di espansione ed opzioni conservative: contrasti in cerca di assestamento nella giurisprudenza della S.C.* (pp. 114 ss.).

fideiussione per un uso obiettivamente estraneo alla propria attività professionale⁴⁶⁸, la disciplina consumeristica si combina con la naturale conformazione sussidiaria della solidarietà: il creditore dovrà attendere l'obiettivo inadempimento del debitore principale, prima di potersi rivolgere al fideiussore. Paradigmatico appare il sondato orientamento della giurisprudenza tedesca, che stima integralmente nulle le clausole che abbiano quale effetto l'alterazione dei tratti minimi della fideiussione. Pur nella divergente e variabile intensità del sistema strutturato sul "grado", è possibile affermare che una clausola volta a eludere il meccanismo sussidiario basato sull'attesa del preventivo inadempimento del debitore sia da considerare nulla allorquando il fideiussore risulti in concreto consumatore (art. 33 cod. cons.). Il potere creditorio, per contro, può espandersi e rimodularsi se il garante agisca per scopi professionali ovvero sia acclarata una sua *affectio societatis*; di talché (solo) se l'autonomia privata deroga alla naturale sussidiarietà della fideiussione, la clausola attributiva della *libera electio* potrà dirsi pienamente valida.

9. Osservazioni di sintesi:

Lo studio sul concreto atteggiarsi dei rapporti interni ed esterni nell'ambito della articolazione trilatera tipica dello schema fideiussorio sembra confermare la solidità dell'architettura interpretativa con cui, nel corso dell'indagine, sono stati già individuati i variabili interessi delle parti nell'operazione economica, nonché la funzione della solidarietà, destinata alla composizione di esigenze spesso confliggenti nel rapporto obbligatorio. Le conclusioni raggiunte riposano sulla contrapposizione fra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria, che enfatizza, di regola, il primario ruolo svolto dal titolare del peso del debito. Ancor di più, la cennata contrapposizione pare raccordarsi con il tema dell'applicazione al fideiussore della disciplina consumeristica. La possibilità di ricondurre la figura del garante a quella del soggetto debole, alla luce dei concettuali impulsi provenienti dal diritto privato europeo, ulteriormente rinvigorisce l'infondatezza di quella tesi, radicata sull'elemento dell'accessorietà, che vuole simmetriche le posizioni fra fideiussore e debitore. L'accoglimento di una prospettiva funzionale attesta l'emersione di un articolato sistema di rapporti che, solo apparentemente disgiunto, si ricompone infine a unità: da un lato, il versante interno, che

⁴⁶⁸ Ma per una riflessione sulle conseguenze dell'abusività di quelle clausole inserite nei contratti fra imprese, v. F.P. PATTI, *Unfair Terms Control in Business-to-Business Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 2019, pp. 581 ss.

testimonia, anche con l'ausilio di un'indagine svolta su istituti affini per funzionamento alla fideiussione, l'ordinario assetto disuguale delle pertinenti obbligazioni; dall'altro lato, il versante esterno, su cui sono in passato naufragate le teorie della solidarietà impropria, disuguale o atipica. Di là dal formalistico sillogismo che equipara debitore e fideiussore, si è dimostrato come la posizione di quest'ultimo sia per certi versi assimilabile a quella del terzo, ancorché con i necessari scostamenti di disciplina e con alcune opportune precisazioni. Nella segnata prospettiva, lo studio combinato degli artt. 1180 e 1236 c.c., posti in correlazione con l'art. 1936, consentono dunque di proiettare il debitore principale in posizione primaria nella dinamica esterna su cui si basa la fase attuativa del rapporto. Si delinea, per tal via, la naturale sussidiarietà della solidarietà fideiussoria. Essa trova positivo riscontro nel contesto di garanzie concesse in ambiti ove il fideiussore agisce in concreto al di fuori della propria attività professionale. Sulla scia di concezioni maturate, sia pure con alcune incertezze e in via solo embrionale, nei progetti di diritto uniforme, l'indagata dimensione effettuale della solidarietà, quando essa disciplina negozi che recano un naturale disequilibrio, consente di modularne la sua concreta disciplina in virtù dell'imporsi della contrattazione d'impresa e, così, della qualità soggettiva dei contraenti. Simili istanze rinvergono, sul piano della teoria generale, un punto di collegamento proprio con la impostazione teorica sviluppata nell'indagine, che si fonda sulla necessaria (inter-)relazione fra le vicende interne ed esterne del rapporto obbligatorio. Valorizzando i più generali spunti offerti dalla giurisprudenza tedesca, la disuguale conformazione dello schema fideiussorio, imposta dagli effetti della solidarietà sussidiaria, diviene inderogabile allorquando il garante risulti soggetto meritevole di protezione; per contro, quando egli agisca per scopi diversi, se le parti lo concordano, la solidarietà può rimodularsi conferendo al creditore più ampi poteri.

CAPITOLO III
L'EFFETTO SOLIDALE MODULABILE

SEZIONE PRIMA

LA NATURA MODULABILE DEL REGIME DELLA SOLIDARIETÀ FIDEIUSSORIA

SOMMARIO: 1. Europeizzazione degli ordinamenti giuridici tra regole modulabili e funzione della solidarietà. – 2. Il disallineamento fra le vicende della fideiussione e della *comune* obbligazione solidale. – 2.1. *Segue...* e fra diritti (e poteri) del fideiussore e del comune debitore solidale. – 2.2. *Segue...* nell'estinzione della fideiussione e nella fase successiva. Rilevanza del *postcontratto*. E del *postrapporto*? – 3. Prime conclusioni sugli interessi individuati dal legislatore nella solidarietà fideiussoria.

1. Europeizzazione degli ordinamenti giuridici tra regole modulabili e funzione della solidarietà.

Nei precedenti capitoli si è appurato che la solidarietà fideiussoria rappresenta una modalità con cui può estrinsecarsi l'effetto descritto dall'art. 1292 c.c.

Il modo di operare della solidarietà nella fase dell'adempimento varia dunque in ragione del singolo negozio, dell'assetto di interessi ad esso sotteso, nonché della qualificazione soggettiva dei contraenti. Prima di ritornare sul profilo di incidenza della qualità del garante *debole* sul regime presupposto dalla solidarietà, deve rammemorarsi il seguente dato: l'articolazione dei rapporti interni ed esterni fra debitori e creditore può assumere conformazioni eterogenee, in relazione alle quali l'applicazione dell'architettura normativa tracciata dagli artt. 1300 c.c. ss. risulta, in certi casi, inadeguata. La disciplina recata dai cennati articoli postula il trattamento paritetico fra condebitori; essa però non esaurisce, e lo si è rilevato, il novero di regole contemplato dalla solidarietà, né rappresenta un modello prevalente rispetto ad altri. Il regime paritetico può eventualmente trovare applicazione allorquando vi sia una comunanza effettiva di interessi fra coobbligati, la quale riceva riscontro nella funzione svolta dalle relative obbligazioni, oltre che nella omogenea divisione del debito sul versante interno. Se, per converso, la comunanza di debito si radichi su più obbligazioni dal cui concreto assetto risulti che l'una svolge funzione ausiliaria per l'esecuzione dell'altra, allora la natura destrutturata della solidarietà consente di ricorrere a una diversa disciplina. Si è visto che il regime tipico della solidarietà sussidiaria individua il suo archetipo di riferimento nella fideiussione proprio per la peculiare funzione di garanzia caratterizzante la posizione secondaria dell'obbligato di

grado successivo. Ciò, tuttavia, non oblitera l'illusione di un rapporto di eccezione a regola tra la disciplina solidale della fideiussione e quella delineata dagli artt. 1300 c.c. ss. I numerosi casi di solidarietà non sorretta da una *Interessengemeinschaft*¹ confermano, e lo si è posto in luce, il difetto di specialità delle norme che, a mo' di esempio, dispongono la unilaterale propagazione delle vicende inerenti al rapporto fra debitore e obbligato in funzione di garanzia². L'architettura concettuale che qui riconduce la solidarietà all'area dell'effetto è conforme alla impostazione propria del diritto privato europeo, il quale, operando sul piano dei rimedi³ e incidendo, per quel che qui rileva, sul versante dinamico-attuativo dei fenomeni giuridici⁴, demanda alla dottrina il compito della loro costruzione⁵; ma, al tempo stesso, suggerisce il già auspicato ripensamento – presupposto per le conclusioni della presente indagine – della funzione che innerva la solidarietà. Coerentemente con la sua dimostrata idoneità a contemperare esigenze eterogenee, l'incidenza, ad esempio, della disciplina consumeristica sulla solidarietà pare legittimare l'interrogativo sulla specifica funzione di tale dispositivo quando quest'ultimo incrocia l'obbligazione di un soggetto la cui posizione possa *effettivamente* dirsi *debole*. Segnatamente, il dubbio è se possa sussistere una forma di collegamento fra la funzione della solidarietà, ove essa operi in forma sussidiaria per la tutela del fideiussore debole, e quella del diritto dei contratti del consumatore, finalisticamente proiettato alla tutela dell'«interesse generale al funzionamento del mercato, e perciò alla massimizzazione del benessere economico e sociale della collettività»⁶; sì che, per tal via,

¹ A tal riguardo, v. Cap. I, para. 2.

² M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, pp. 84 ss.

³ P. SIRENA e Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 359 ss., spec. pp. 363 ss.; ID., *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, pp. 3 ss., spec. p. 8; ID., *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 652 ss.

⁴ F.D. BUSNELLI, *Postfazione*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, a cura di U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI, Padova, 2015, pp. 187-188; A. GNANI, *L'obbligazione soggettivamente complessa nel quadro del diritto privato europeo*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali*, cit., pp. 3-4.

⁵ P. SIRENA, *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, cit., pp. 8-9.

⁶ Così P. SIRENA, *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, cit., p. 12, il quale già osserva: «[n]ella costituzione economica dell'Europa, il diritto dei contratti stipulati con i consumatori costituisce una componente di quell'ordine giuridico del mercato che è necessario affinché l'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati non produca conseguenze contrarie all'interesse generale della società» (p. 10). Da questa specifica angolazione visuale, il pensiero dell'Autore pare esser condiviso da G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 18. Per spunti utili sul tema, v. già S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, trad. it. di P. Sirena, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 365 ss., spec. pp. 369 ss.

questa assorbirebbe quella o, comunque, vi coesisterebbe. La risposta non è agevole, ma paiono significative le soluzioni già raggiunte⁷ e gli indici di riferimento che provengono dai progetti di diritto uniforme: l'effetto solidale risulta modulabile proprio in ragione della disciplina del contratto del consumatore⁸, che dell'obbligazione è fonte: vi è un rapporto di condizionalità tra la convenzione *inter partes* e l'effetto *ex contractu*.

Ciò, evidentemente, non significa accettazione supina di un sillogismo che equipara il garante persona fisica – obbligato in via solidale e sussidiaria – al consumatore. La limitazione del potere di autonomia dei contraenti può infatti esservi anche quando un soggetto agisca non in qualità di consumatore⁹; pertanto, se lo squilibrio non è ontologico (o fisiologico)¹⁰, appare necessario operare un controllo successivo di buona fede sulle effettive posizioni (di forza e debolezza) delle parti, sì da individuare l'interesse prevalente da proteggere¹¹.

Sul piano nazionale, contrariamente ad alcune incertezze che affiorano in via pretoria¹², l'elaborazione scientifica assegnante alla solidarietà una dimensione effettuale (da combinarsi a un'analisi sulla funzione del negozio da essa disciplinato)¹³, obliterata dalla cennata impostazione flessibile del diritto privato europeo¹⁴, pare confliggere con la rivendicazione

⁷ V. *retro*, Cap. II, para. 8.

⁸ Cap. II, para. 8.

⁹ F.P. PATTI, *Unfair Terms Control in Business-to-Business Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 2019, pp. 581 ss.

¹⁰ In proposito, ancora attuali paiono i rilievi di E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, pp. 128-129, il quale, con riguardo al consueto intendimento della solidarietà *ex art.* 1944 c.c., implicante la parificazione fra condebitori, osserva: «[s]e il fideiussore è un imprenditore può aversi e si avrà in genere una distruzione della sua impresa, stritolata dalla domanda del pagamento del debito altrui che provoca reazioni inarrestabili e a vicenda incrociandosi e provocata ciascuna dalle altre. La dottrina e giurisprudenza non hanno meditato, ripetiamo, sulla importantissima questione, applicando la norma dell'art. 1944 e dell'art. 1292 segg., fino alla più completa arbitrarietà» (enfasi aggiunta; p. 129).

¹¹ L. BIGLIAZZI GERI, *Commento all'art. 1469-bis, comma 1°, c.c.*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di F.D. BUSNELLI e C.M. BIANCA, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1997, p. 801, il cui pensiero è esposto e richiamato da E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 507 ss., in part. p. 513, ora con il titolo *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, pp. 507 ss., in part. p. 514-515.

¹² Cfr. ancora Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148, cit.

¹³ Per ampî riferimenti sul tema, v., in luogo di molti, A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, pp. 18 ss.

¹⁴ Sulla dimensione effettuale della solidarietà nell'ambito del diritto privato europeo, cfr. *retro*, Cap. I, para. 6.

costante della *libera electio*, intesa quale naturale modalità con cui si esprimerebbe il dispositivo descritto dall'art. 1292 c.c.¹⁵.

Dovrebbe ora risultare chiara la contraddizione logica in cui si incorre nell'associare l'effetto¹⁶, condizionato al verificarsi di un *fatto* (contratto, legge, decisione giudiziale)¹⁷, a un elemento che, per contro, si ricollega alla sussistenza dell'unità della fonte costitutiva; la quale non sempre ricorre¹⁸ e, in ogni caso, pertiene a un dato di struttura¹⁹. La rinnovata formulazione di quell'idea secondo cui il meccanismo delineato dall'art. 1292 c.c. afferirebbe non tanto (o non soltanto) a una dinamica rilevante sul piano degli effetti, ma a una *fattispecie, non rigidamente strutturata e presupposta dal regime della solidarietà medesima*²⁰, incorre nel già indagato conflitto concettuale²¹. Da un lato, si invoca cioè «una valutazione funzionale degli interessi dei consorti e del creditore [che] sembra pertanto più adeguata a decidere delle modalità esecutive dell'obbligazione plurisoggettiva (...)»²²; dall'altro lato, e di là dalla incidenza dell'assetto di interessi sulla modalità esecutiva (parziarietà/solidarietà) dell'obbligazione plurisoggettiva²³, si afferma, sul versante della concreta disciplina, che «il senso stesso della solidarietà trov[a] consistenza nella c.d. *libera electio*»²⁴; asserzione, quest'ultima, che,

¹⁵ Si è già rilevato come la dottrina e la giurisprudenza, anche quando svincolano la solidarietà dall'elemento della *eadem causa obligandi* e contestualmente propongono di valorizzare una indagine incentrata sugli interessi delle parti, attribuiscono sempre la *libera electio* al creditore. A tal riguardo, cfr. Cap. I, para. 1, 2, 7; Cap. II, para. 3, nota 59.

¹⁶ Ma v. P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, p. 370: [I]a solidarietà si mostra così essere innanzitutto un meccanismo che, se pure presuppone una determinata modalità di attuazione del rapporto, non si limita affatto a rappresentarne un aspetto meramente esecutivo, ma svolge la sua rilevanza soprattutto nel momento funzionale del rapporto stesso (...).

¹⁷ È la concezione prospettata da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 432 ss., ora in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, cit., pp. 3 ss., spec. p. 61. L'Autore ricorda come tra i fenomeni condizionanti (tra i *fatti*) si annoveri, a mo' di esempio, il contratto regolarmente concluso (p. 23). Per una riflessione circa «[l]a rielaborazione concettuale dell'efficacia giuridica» compiuta dal Falzea, P. SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 999 ss.

¹⁸ Cap. I, para. 4.

¹⁹ Cap. I, para. 1, 2.

²⁰ Così A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 25. L'impostazione dell'Autore sul tema pare ricollegarsi alla concettuale impostazione tracciata da P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., il quale, pur negando la sussistenza di «(...) un referente strutturale della solidarietà» (p. 364), reputa decisiva la «rilevanza unitaria dell'attuazione del rapporto da parte o nei confronti di uno dei soggetti: «il fatto allora che il creditore sia legittimato ad esigere la prestazione da uno solo dei debitori, o che il debitore si liberi adempiendo ad uno solo dei creditori si mostra non essere un "effetto" della solidarietà, ma uno degli elementi della fattispecie» (p. 366).

²¹ Per più estesi riferimenti sul punto, v. Cap. II, para. 3.

²² A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 25.

²³ A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 25.

²⁴ A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 25.

confliggendo con la prima, è il segno di un potere (pre-)assegnato al creditore indipendentemente dalla vicendevoles congiuntura degli interessi nel rapporto obbligatorio. I quali così vengono in concreto ridotti a *res extensa* irrilevante²⁵, quando, all'opposto, direttamente incidono sul regime della solidarietà²⁶; sì da non risultare sempre necessaria una previsione convenzionale in deroga alla disciplina dispositiva²⁷.

Prescindendo qui dalla problematica di teoria generale posta dalla (im-)possibilità di svincolare fattispecie e struttura²⁸, raccordando, per converso, la prima *solo* alla funzione²⁹, l'ultimo profilo che pare testimoniare la natura modulabile del regime solidale deve ricondursi alla regolamentazione delle relative vicende, nonché ai poteri concessi a ciascuno dei coobbligati. Paradigmatica, ancora una volta, è la disciplina sottesa alla solidarietà fideiussoria.

²⁵ Reputa, per contro, quegli interessi fondamentali nell'attuazione delle obbligazioni solidali (in particolare, del fideiussore e del debitore principale) E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., pp. 131-132: «[a]nche il creditore, avvantaggiato dalla fideiussione (...) non può ignorare che il debitore per debito proprio ossia il suo vero debitore, non può essere preferito da una scelta a caso, o peggio, a scapito del garante per debito altrui che ha rafforzato, appunto, con la sua garanzia, il rapporto, in base alla regola *pro bono malum*, che non ha cittadinanza nemmeno nel diritto almeno in via generale e di principio. *Una interpretazione che non tenesse conto di tale situazione degli interessi* [enfasi aggiunta] sarebbe un'interpretazione che, sotto l'apparenza della rigida fedeltà alla legge, sarebbe in realtà (...) affastellamento formalistico e letterale delle varie ipotesi, ponente a cardine dell'ordinamento (...) la regola *dura lex sed lex*, il che invece (...) non è esatto» (enfasi aggiunta). Il pensiero di Simonetto sul tema è espressamente invocato, in tempi più recenti, da R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, cit., p. 451.

²⁶ Deve qui rievocarsi l'insegnamento di A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma*, cit., pp. 5 ss., spec. p. 11-12, p. 21, il quale rammenta come l'interferenza di ulteriori piani di interesse, oltre a quelli già individuati e delineati dall'ordinamento nel c.d. *nomen iuris*, consenta di superare la rigidità naturalmente sottesa a questi ultimi e, dunque, di incidere sull'atto giuridicamente definito; sì che, «[t]ali situazioni avranno l'ufficio di influire sull'efficacia, in modo che il risultato finale raggiunto nel mondo giuridico appaia effettivamente consentaneo al complessivo bilancio degli interessi» (p. 21).

²⁷ Il riferimento è ancora alla tesi, oggi prevalente in dottrina, per cui il trattamento paritetico fra condebitori può divenire recessivo soltanto per volontà delle parti, se queste concordano sulla operatività di un meccanismo sussidiario compatibile con la solidarietà. Sul punto, v. *retro*, Cap. I, para. 1, nota 15; Cap. I, para. 6, nota 262.

²⁸ A tal riguardo, cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, pp. 16-19, il quale, com'è noto, ravvede nella descrizione normativa del fatto (la c.d. fattispecie) un elemento che pertiene alla *struttura interna* della norma medesima. Da una diversa prospettiva metodologica, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Artt. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, rist. 1^a ed. (1975) Napoli, 2019, p. 25, rileva come la sintesi del *profilo strutturale* sia pur sempre necessaria, ancorché di per sé non sufficiente, per l'analisi di una *fattispecie*, che esige anche una indagine sul pertinente *profilo funzionale*.

²⁹ Il dubbio circa la possibilità – non tanto di correlare fattispecie e funzione, che è ormai acquisizione pacifica, bensì – di scindere integralmente fattispecie e struttura parrebbe emergere dallo studio di P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 364, p. 366, ove senz'altro si privilegia una concezione funzionale della solidarietà, la quale, *priva di referenti strutturali* (p. 364), reca poi un peculiare effetto liberatorio da ricondurre a uno degli elementi della *fattispecie* (p. 366).

2. Il disallineamento fra le vicende della fideiussione e della *comune* obbligazione solidale.

Lo studio condotto sui rapporti interni ed esterni ha permesso di tratteggiare l'ordinaria operatività della solidarietà fideiussoria, che è per regola sussidiaria. Dall'indagato assetto di interessi (pre-)individuato dal legislatore nella disciplina del *nomen iuris* affiora una difformità di posizioni fra debitore e fideiussore nella dinamica relazionale propria del rapporto obbligatorio³⁰. La tesi che riposa sulla configurazione del *grado* assegnato alle relative obbligazioni pare trovare ulteriore riscontro in alcune regole le quali interessano sì i rapporti fra le parti, ma, più in generale, segnano la distanza da quello che è reputato il comune modello della disciplina solidale. Le norme dettate in tema di fideiussione addirittura sovvertono il paradigma classico della comune obbligazione solidale passiva e, soprattutto, contemperano la nota logica di tutela assoluta del creditore con la protezione delle posizioni del fideiussore e, così, del gruppo debitorio.

Non è casuale che, ai sensi dell'art. 1945 c.c., il fideiussore possa opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore principale (eccetto quelle derivanti da incapacità); è regola inversa rispetto a quella preveduta dall'art. 1297 c.c., che sancisce l'impossibilità di opporre al creditore le eccezioni personali agli altri debitori³¹. Si è già rilevato come la divergenza di disciplina non possa spiegarsi solo con il carattere accessorio della fideiussione³², in quanto esso dà conto semplicemente della natura dell'obbligazione di garanzia, dipendente da quella garantita, la

³⁰ Sul concetto di "relazione" in rapporto all'obbligazione, cfr., di recente, U. BRECCIA, *Relazione (Diritto delle obbligazioni)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, pp. 1479 ss.

³¹ Per ampia disamina, v., in luogo di molti, G. BOZZI, *I rapporti tra creditore e fideiussore*, in *La fideiussione*, a cura dello stesso, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, diretta G. ALPA, G. BONILINI, U. BRECCIA, O. CAGNASSO, F. CARINCI, M. CONFORTINI, G. COTTINO, A. JANNARELLI e M. SESTA, Torino, 2013, pp. 306-342. L'art. 1945 c.c. evoca la disciplina approntata dal BGB in tema di eccezioni opponibili dal fideiussore, sebbene il vincolo tra garante e debitore principale non sia espressamente qualificato come solidale. Ai sensi del § 768 (1) BGB, il fideiussore può, infatti, opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale; inoltre, in virtù del § 768 (2), la rinuncia di quest'ultimo alle proprie eccezioni non importa analoga perdita da parte del fideiussore. Riflette sul peculiare carattere di tali eccezioni (§ 768 BGB), che propriamente consentono di esercitare poteri spettanti al debitore principale, M. MAKOWSY, *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*, Tübingen, 2019, pp. 319 ss. Secondo l'Autore il cennato carattere segna una significativa differenza con le eccezioni previste dal § 770 BGB, le quali attribuiscono al fideiussore una difesa che fa capo solo alla sua posizione. Nell'ambito della disciplina italiana, rammenta, di recente, il distinguo tra eccezioni comuni e personali in relazione all'art. 1297 c.c. M. ZINNO, *Le obbligazioni solidali e le dinamiche della quota*, Napoli, 2018, pp. 51 ss., spec. pp. 55 ss.

³² Sulla necessità di svigorire il legame che tradizionalmente avvince la disciplina in tema di eccezioni opponibili dal fideiussore all'elemento della accessorialità, cfr. Cap. II, para. 6.3.

quale costituisce il presupposto della prima³³. Tale dinamica non determina la soggezione – o la dipendenza – del fideiussore rispetto alla volontà e alle scelte del debitore. Quel carattere, almeno di regola, non sottende cioè alcuna facoltà del soggetto del rapporto accessorio di far valere nel proprio interesse eccezioni sol perché inerenti al vincolo obbligatorio principale³⁴. Differenze si rintracciano, coerentemente, nella disciplina della remissione³⁵. Se essa risulta accordata al debitore principale, ciò estingue anche l'obbligazione del fideiussore (art. 1239, comma 1, c.c.) in senso analogo a quanto disposto dalla prima parte del 1° comma dell'art. 1301 c.c.³⁶. La seconda parte di tale disposizione, la quale consente al creditore di riservarsi il suo diritto verso gli altri, non può invece trovare applicazione³⁷; a meno che – rileva parte della dottrina – alla scelta di riservarsi l'azione verso il fideiussore sia sotteso un *pactum de non petendo*³⁸ (da distinguere senz'altro rispetto alla remissione) fra creditore e debitore principale

³³ M. FRAGALI, M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito, Art. 1936-1959*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1958, p. 314.

³⁴ Cfr. *retro*, Cap. II, para. 6.2.

³⁵ Per riferimenti bibliografici sul tema, v. *retro*, Cap. II, para. 6.2, nota 274.

³⁶ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., pp. 486-487.

³⁷ Sul punto v. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 176.

³⁸ La letteratura giuridica sviluppatasi sul *pactum de non petendo* è assai ricca. Nella dottrina romanistica, v. G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al «pactum de non petendo»*, Perugia, 1913, pp. 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, pp. 307 ss. (sul cui lavoro cfr. le osservazioni di G. SEGRÈ, *Sull'efficacia del «pactum de non petendo»*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, pp. 1062 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, cit., pp. 115 ss.); E. ALBERTARIO, *Efficacia del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale romana*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, I, Milano, 1940, pp. 61 ss., ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, pp. 352 ss.; M. SARGENTI, «Pactum de non petendo» e remissione del debito, in *Foro pad.*, 1959, I, c. 299 ss. Fecondi sono stati i moderni sviluppi dell'istituto con gli studi compiuti sul tema dalla dottrina civilistica: F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del «pactum de non petendo» nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 129 ss.; F. RUSCELLO, «Pactum de non petendo» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss.; ID., *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margini di un «vecchio» lavoro*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 546 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 367 ss.; M. ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000; ID., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 447 ss.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004; P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 984 ss. Di rilievo le voci enciclopediche: V. DE VILLA, voce *Pactum de non petendo*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, pp. 408 ss.; I. MOSCHELLA, voce *Pactum de non petendo*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, fondato da V. SCIALOJA, diretto da F. MAROI, e già diretto da R. DE RUGGIERO e P. BONFANTE, vol. V, p. I, Milano, 1937-1939, pp. 19 ss.; A. BERGER, *Pactum de non petendo*, in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, pp. 615 ss. Per una organica trattazione del tema nell'ambito della dottrina tedesca, cfr. H. REICHEL, *Der Einforderungsverzicht* ('pactum de non petendo'), in *Jherings Jahrb.*, Bd. 85, 1935, pp. 1 ss., che può leggersi oggi nella traduzione critica in lingua italiana curata da T. DALLA MASSARA e M. D'ONOFRIO, Pisa, 2018.

in quanto è irrealizzabile l'effetto estintivo parziale contemplato dalla seconda parte del 1° comma dell'art. 1301 c.c.³⁹.

È poi pacifico, in virtù dell'art. 1238 c.c., che la liberazione del fideiussore non determini remissione del debito principale. Peraltro, conviene aggiungere che la prospettiva da cui si muove impone di distinguere nettamente remissione e rinunzia⁴⁰. Ciò è, ad esempio dimostrato dall'operatività della solidarietà attiva ad interesse unisoggettivo: al creditore senza interesse, il quale ha diritto di esigere l'adempimento, è concesso di rinunziarvi, in funzione dismissiva del suo diritto, ma evidentemente ciò non determina estinzione del debito del singolo obbligato verso gli altri concreditori (arg. ex art. 1301 c.c.), che è, per contro, effetto esclusivo della remissione⁴¹. Quest'ultima non potrebbe essere accordata al singolo dal concreditore solidale senza interesse poiché tale atto lederebbe le posizioni dei consorti.

In aggiunta, ai sensi dell'art. 1247 c.c., il fideiussore può opporre in compensazione il debito che il creditore ha verso il coobbligato principale, il quale, nella ipotesi inversa, non beneficia del medesimo potere di opporre il controcredito vantato dal garante. Così anche per la disciplina della confusione. Diversamente dall'art. 1303, comma 1, c.c.⁴², la norma posta dall'art. 1253 c.c. dispone l'estinzione della fideiussione ove si realizzi la riunione nella stessa persona delle qualità di creditore e debitore principale. Viceversa, non si estingue l'obbligazione principale se nella stessa persona si riuniscono le qualità di creditore e fideiussore⁴³.

³⁹ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., p. 486. A nostro avviso, tuttavia, questa soluzione può trovare applicazione solo allorché sia acclarata una comunanza di interessi fra debitore principale e fideiussore; il che può, in tal caso, legittimare la scelta del creditore di riservarsi l'azione solo in confronto del fideiussore, che sarà costretto ad adempiere. Per contro, nell'ordinaria ipotesi in cui la solidarietà sia unisoggettiva, merita consenso la soluzione che nega del tutto l'operatività della seconda parte del 1° comma dell'art. 1301 c.c., in quanto la eventuale decisione del creditore di riservarsi l'azione verso il fideiussore non tiene conto del possibile disinteresse di quest'ultimo verso il debito garantito; sì che il suo adempimento *primario* confliggerebbe con il mancato esercizio dell'azione da parte del creditore in confronto del coobbligato principale.

⁴⁰ Sulla funzione estintiva della remissione, da distinguere rispetto alla funzione rinunziativa, che si identifica con quella dismissiva, v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968, pp. 52 ss., pp. 70 ss., pp. 102 ss., spec. p. 129 (ivi, p. 70, nota 172, anche per riferimenti bibliografici nel senso della identità – o prossimità – di funzione fra rinunzia e remissione)

⁴¹ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., p. 198.

⁴² Cfr., per tutti, M. DELLACASA, *sub art. 1303*, in *Delle obbligazioni*, sez. III, *Delle obbligazioni in solido*, artt. 1277-1320, a cura di V. CUFFARO, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, rist. Torino 2016, p. 348.

⁴³ Cfr., ancora, A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 191. Sia pur in una differente prospettiva, indaga sulla disciplina richiamata nel testo, M. RENNA, *Accessorietà ed estinzione della fideiussione*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 338 ss., in part. pp. 339-341.

Esemplificativamente, ancora diversa per il garante è la disciplina in tema di transazione estesa all'intero debito⁴⁴. Orbene, per quanto essa, conformemente alla propria natura contrattuale, abbia forza di legge solo fra le parti, è noto che in certi casi produca effetti verso terzi (art. 1304 c.c., comma 1, c.c.). Effetti che, mercé l'applicabilità della figura del contratto a favore di terzo al negozio transattivo⁴⁵, paiono però disuguali quando operano sullo schema fideiussorio. In caso di dichiarazione di voler profittare della transazione, esclusa la configurabilità di un rapporto di mandato *in utilibus* ovvero di una ratifica di gestione rappresentativa non *utiliter coepta*, rileva solo l'atto obiettivo di adesione al contratto *aperto* stipulato dal condebitore solidale e dal creditore (art. 1332 c.c.)⁴⁶. La transazione dunque preserva integro il carattere aperto se stipulata fra creditore e debitore principale, sì che il fideiussore potrà senz'altro profittarne; qualora, però, sia conclusa fra quest'ultimo e il creditore, sottentra nel negozio transattivo quella divergenza di interessi permeante il negozio di garanzia: il debitore principale non può aderire se le parti della transazione siano creditore e garante⁴⁷.

L'unilaterale modo di operare degli effetti è altresì desumibile dalla disciplina del giuramento, il cui art. 1305 c.c. si riferisce solo al caso della partecipazione congiuntiva di tutti i condebitori al giudizio. Il giuramento sull'esistenza dell'obbligazione garantita prestato dal debitore principale o ricusato dal creditore – ovvero prestato da quest'ultimo e ricusato dal primo – avvantaggia il fideiussore; parimenti il giuramento del fideiussore sul vincolo principale può solo giovare al debitore principale. La propagazione degli effetti cambia, tuttavia, ove sia l'obbligazione fideiussoria a costituire oggetto di giuramento, che è suscettibile di essere deferito solo dal o al fideiussore e resta inefficace in confronto del debitore principale⁴⁸. Conclusioni rispettivamente motivate da due ordini di ragioni: la natura personale (al fideiussore) dei fatti contestati impedisce al debitore principale di disporre delle pertinenti

⁴⁴ Per una disamina approfondita del tema, S. BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, Milano, 2016, pp. 629 ss.; A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 246 ss.

⁴⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., Napoli, 1986, p. 300.

⁴⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*², cit., pp. 302-303.

⁴⁷ Ciò trova conferma nella circostanza per cui il potere del fideiussore di aderire alla transazione è radicato – non già nel principio della comunicabilità degli effetti favorevoli *ex art.* 1304 c.c., ma – nella nota regola che gli consente di opporre tutte le eccezioni spettanti al debitore principale, il quale invece non gode di analogo potere con riguardo alle eccezioni relative al rapporto fideiussorio. Rileva A. GENTILI, *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2009, pp. 315-316, che la possibilità in capo al coobbligato solidale di aderire al contratto transattivo si configura in termini di diritto potestativo. Così anche E. DEL PRATO, *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 53 ss.; nonché A. HENKE, *I limiti soggettivi di efficacia della transazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1029, spec. pp. 1040 ss.

⁴⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, rist. 1^a ed. (1974) Napoli, 2013, p. 264.

eccezioni, in conformità al 2° comma dell'art. 2739 c.c.; inoltre, la inefficacia verso il debitore principale, per quanto non preveduta dal codice civile, è inferibile dalla struttura del negozio fideiussorio e, segnatamente, dalla obbligazione di garanzia che, se viene meno a causa del giuramento, chiaramente importa anche la cessazione dell'effetto solidale⁴⁹, condizionato dalla co-esistenza di più vincoli⁵⁰. La dottrina sostiene che si realizzi qui uno scostamento di disciplina fra il giuramento avente a oggetto esistenza o limiti dell'obbligazione fideiussoria e giuramento *ex art. 1305 c.c.* Ciò sulla base del dato letterale della cennata fattispecie codicistica: esso cade «sul debito e non sul vincolo solidale», mentre nella prima investe sia questo che quello a causa dell'automaticità dell'effetto (solidale) derivante dall'obbligazione di garanzia⁵¹. Questa soluzione non può condividersi. La disposizione recata dal 1° comma dell'art. 1305 c.c., che riconduce il giuramento al debito (ma non al vincolo solidale), si spiega proprio in quanto esso interviene su di un fatto e non già sull'effetto condizionato alla sussistenza del fatto⁵². La unilaterale propagazione degli effetti del giuramento si radica piuttosto nel diverso assetto di interessi che ordinariamente si delinea nella solidarietà a interesse comune e in quella unisoggettiva. In questa, diversamente da quella, il debitore principale di regola non trae beneficio dagli effetti del giuramento relativo a esistenza o limiti dell'obbligazione di garanzia: quest'ultima dipende dall'obbligazione principale e non viceversa.

Ulteriore conferma della difforme posizione assunta dai condebitori nella solidarietà fideiussoria è arguibile dalla inoperatività per il garante della prima parte del 2° comma dell'art. 1306 c.c.⁵³. Se, com'è pacifico, il comune debitore solidale, estraneo al giudizio, non può opporre al creditore la sentenza fondata su ragioni personali al consorte in confronto del quale la decisione è stata pronunciata⁵⁴, il fideiussore, per contro, beneficia di tale facoltà che gli è concessa dall'art. 1945 c.c. Peraltro, in deroga al 1° comma dell'art. 1306 c.c., è pacifico che il fideiussore profitti automaticamente degli effetti favorevoli determinati dalla sentenza

⁴⁹ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 265.

⁵⁰ L'ipotesi tratteggiata fa riferimento alla cessazione della solidarietà che è effetto condizionato dall'esistenza dell'obbligazione di garanzia, la quale, se vien meno, determina la liberazione del fideiussore. Se, oltre a lui, più sono i debitori, l'effetto solidale continua a operare fra questi ultimi. Sulla necessità che preesistano più debiti per la configurazione della solidarietà, cfr. Cap. I, para. 6.1.

⁵¹ Così G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 265.

⁵² *Contra*: G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 265.

⁵³ Per un raffronto comparatistico sul tema della estensibilità degli effetti della sentenza intercorsa fra creditore e un condebitore solidale, v. E. D'ALESSANDRO, *L'art. 1306 c.c. e il "lessico" delle corti*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali*, cit., pp. 129 ss., spec. pp. 132 ss.

⁵⁴ Sul tema, cfr. L. BACCAGLINI, *Il processo sulle obbligazioni solidali «paritarie» e l'azione di regresso*, Padova, 2015, pp. 177 ss.

intervenuta fra creditore e fideiussore (solo) quando essa accerti l'*insussistenza* del debito garantito, la quale importa l'*insussistenza* dell'obbligazione di garanzia⁵⁵; diversamente, la prova positiva dell'esistenza di un rapporto obbligatorio fra creditore e debitore non dimostra la ricorrenza del vincolo fideiussorio⁵⁶. Inoltre, un tema strettamente correlato a quello dei limiti soggettivi della sentenza e del giudicato pare ulteriormente valorizzare la contrapposizione fra solidarietà fideiussoria e solidarietà (considerata) comune *ex artt.* 1300 ss. La conversione del termine breve di prescrizione del diritto (o del rapporto)⁵⁷ in quello ordinario decennale, disposta dall'art. 2953 c.c., per effetto di un giudicato di condanna intercorso fra creditore e debitore in solido⁵⁸, è reputata operante dalla Corte di cassazione anche verso i condebitori solidali estranei al processo, nonostante l'espreso divieto posto dagli artt. 1306, comma 1, e 2909 c.c.⁵⁹. Di là dalla ragione che sorregge tale scelta, che riposa forse su ragioni di giustizia

⁵⁵ Più in generale, però, l'individuazione del carattere *favorevole* dell'effetto determinato dalla sentenza non è sempre agevole. L'indagine sulla posizione delle parti nell'operazione economica (che comprende l'obbligazione garantita e di garanzia) può attestare, ad esempio, la sussistenza di un interesse del fideiussore a non vedere estinto il proprio vincolo, allorché egli agisca in virtù di un sottostante rapporto con il debitore principale. Paradigmatica, nella segnata ottica, è la figura della fideiussione assunta su mandato del debitore principale (su cui, v. Cap. II, para. 4.1).

⁵⁶ M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., pp. 318-319.

⁵⁷ Sul problema dell'oggetto della prescrizione, v. S. RUPERTO, Art. 2953, in *La prescrizione, Artt. 2941-2963*, a cura di P. VITUCCI, II, 2ª ed., a cura di S. RUPERTO, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, p. 283: «[l]e opinioni più seguite, in materia, hanno (...) chiarito, muovendo dalla individuazione dell'interesse tutelato attraverso il meccanismo prescizionale, che l'oggetto di incidenza della prescrizione non è tanto il diritto letteralmente inteso (situazione giuridica soggettiva attiva), quanto il rapporto considerato nel suo complesso, quale relazione intercorrente tra una posizione di credito (diritto) e una di debito (dovere)». Così già P. VITUCCI e F. ROSELLI, Art. 2934, in *La prescrizione, Artt. 2934-2940*, I, a cura di P. VITUCCI, 2ª ed., a cura di F. ROSELLI, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2012, pp. 38 ss. La necessità di osservare il fenomeno prescizionale nella prospettiva del rapporto è posta in luce già da B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, pp. 100-108, spec. p. 100, p. 106. Su posizioni simili, sia pur con alcune differenze dettate dall'accoglimento di una prospettiva definita non individualistica del rapporto giuridico, v. A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012, pp. 77 ss., spec. p. 80-81.

⁵⁸ È opinione comune che la regola, posta dall'art. 2953 c.c., costituisca manifestazione di diritto positivo della c.d. *actio iudicati*. L'associazione tra la disposizione dell'art. 2953 c.c. e l'*actio iudicati*, la quale risulterebbe disciplinata dalla norma codicistica, è rivendicata dalla giurisprudenza prevalente: Cass., Sez. Un., 10 dicembre 2009, n. 25790, in *Foro it.* 2010, I, c. 1513. In dottrina la concezione è risalente: V. ANDRIOLI, «*Actio iudicati*» derivante da sentenza di condanna generica, in *Foro it.*, 1949, I, c. 480; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª ed., rist. 2ª ed., Napoli, 1960, p. 159. Nella dottrina civilistica, v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 7, Le garanzie reali – la prescrizione*, Milano, 2012, p. 635.

⁵⁹ La soluzione è pacifica in giurisprudenza. Cfr. Cass., 13 gennaio 2015, n. 286, in *Giust. civ. Mass.*, 2015 (Ced Cass., rv. 633953-01): «[i]l generico riferimento dell'articolo 2953 c.c. al “diritto” per il quale sia stabilito un termine di prescrizione breve, come oggetto della conversione di tale termine in quello ordinario decennale, da detta norma disposto a seguito dell'intervento di sentenza di condanna passata in giudicato, consente di ritenere che la conversione scaturente da un giudicato di condanna formatosi nei confronti di un coobbligato solidale operi

sostanziale ove le singole obbligazioni (paritarie) siano reciprocamente collegate in senso stretto⁶⁰, è da chiedersi se tale principio giurisprudenziale sia estensibile anche al fideiussore solidale⁶¹. Segnatamente, l'interrogativo è il seguente: può l'allungamento del termine prescrizione del debito garantito, per effetto del giudicato di condanna del coobbligato principale, operare in confronto del fideiussore estraneo al giudizio?

A nostro avviso la risposta deve essere di segno negativo. Gli effetti della sentenza di condanna passata in giudicato, che sia pronunciata contro il condebitore principale, prima obbligato per un termine breve poi convertito in ordinario, non possono nuocere al fideiussore; il quale *ab origine* aveva prestato garanzia a condizioni meno gravose, insuscettibili successivamente di inasprirsi senza la sua volontà. Il diniego si fonda, oltre che su ragioni di genesi

anche nei riguardi degli altri coobbligati solidali rimasti estranei al giudizio». Il principio sembra assolutamente consolidato in giurisprudenza. V., tra molte decisioni di legittimità pronunciate in senso conforme, Cass., 6 dicembre 2000, n. 15511, in *Danno e resp.*, 2001, p. 702 e, prim'ancora, Cass., 13 dicembre 1993, n. 12253, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 32. Sul problema degli effetti del giudicato in relazione ai titolari di rapporti connessi (in senso proprio o improprio) con quello accertato dal giudicato, cfr. S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, 2^a ed., diretta da A. PROTO PISANI, Torino, 2002, pp. 180 ss.

⁶⁰ Com'è noto, il tema è intimamente collegato a quello della estensione degli effetti della sentenza in confronto dei terzi estranei al processo. Non è un caso che la dottrina dibatta ancora sull'operatività dell'art. 1306 c.c., dal quale paiono emergere due esigenze opposte: sul piano processuale, quella di assicurare in via autonoma il diritto di difesa dei condebitori solidali estranei al processo (art. 1306, comma 1, c.c.); sul piano della giustizia sostanziale, quella di giungere a un accertamento omogeneo circa l'esistenza delle più obbligazioni solidali. Così E. D'ALESSANDRO, *L'art. 1306 c.c. e il "lessico" delle corti*, cit., p. 135. Scettica sul consolidato orientamento della Corte di cassazione è E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Responsabilità solidale e limiti soggettivi del giudicato*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 1563 ss., spec. p. 1569. Più in generale, pare opportuno rilevare che l'operatività del giudicato in relazione a più soggetti vincolati in solido non è sempre la stessa. Gli effetti della cosa giudicata possono, infatti, prodursi solo verso determinati coobbligati in solido estranei al processo (esemplificativamente, nei confronti del garante in qualità di "avente causa" del debitore principale o dei condebitori di un'obbligazione solidale ad interesse comune, ma non verso il debitore principale nel caso di solidarietà ad interesse unisoggettivo). È la tesi di F.D. BUSNELLI, *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pp. 393 ss., spec. pp. 416-423, ora in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, t. 1, Milano, 1978, pp. 413 ss. Più di recente – e in una prospettiva diversa rispetto a quella suggerita da Busnelli – cfr. L. BACCAGLINI, *Il processo sulle obbligazioni solidali «paritarie» e l'azione di regresso*, Padova, 2015, pp. 68 ss., spec. pp. 128 ss. (e ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

⁶¹ Da una più ampia prospettiva, la tesi, assai controversa in dottrina, per cui la sentenza emessa contro il debitore principale farebbe sempre stato in confronto del fideiussore è da ascrivere all'opera di E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, rist. Milano, 1992, pp. 214 ss., su cui v. le riflessioni di N. TROCKER, *Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi*, in *L'opera di Enrico Allorio fra teoria generale e sensibilità storica. Atti del convegno*, raccolti a cura di C. CONSOLO, Padova, 2004, pp. 47 ss. La tesi è successivamente ripresa da A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., pp. 22 ss., spec. p. 34. In senso contrario v., per tutti, D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, in *La fideiussione e le altre garanzie personali*, opera diretta da V. CUFFARO, Bologna, 2014, pp. 125-126, il quale, mercé la valorizzazione del principio dell'efficacia soggettiva del giudicato, nega che quest'ultimo, se intercorso fra creditore e debitore principale, possa far stato verso il fideiussore.

dell'obbligazione (arg. ex artt. 1937, 1941, 1942), sulla *ratio* del 2° comma dell'art. 1306 c.c., nonché sul fisiologico disinteresse del fideiussore a vedere aggravato il peso dell'obbligazione da garantire, almeno rispetto alle condizioni (più favorevoli) che, per converso, lo avevano indotto a prestare garanzia. Soluzione, quest'ultima, che da un lato si coordina con le concettuali istanze provenienti dal diritto privato europeo, volte a enfatizzare la prevalenza del c.d. *effetto debole della prescrizione*: essa non estingue il diritto ma solo legittima il debitore a non adempiere⁶²; dall'altro lato, si raccorda con le più recenti elaborazioni sviluppate dalla dottrina che tendono a ravvisare nella prescrizione un meccanismo di difesa del debitore rimesso alla sua discrezionalità⁶³.

Il medesimo disallineamento caratterizza infine gli effetti degli atti interruttivi della prescrizione. Ai sensi del 4° comma dell'art. 1957 c.c., l'istanza (giudiziale) proposta contro il coobbligato principale interrompe la prescrizione anche in confronto del fideiussore; per contro, e a differenza di quanto stabilito dall'art. 1310, comma 1, c.c., l'istanza rivolta al garante è improduttiva di effetti verso il debitore. Sul piano degli effetti, la tracciata divergenza testimonia, ancora una volta, la contrapposizione fra debitore e fideiussore: entrambi i soggetti hanno la facoltà di eccepire la prescrizione dell'obbligazione principale, laddove la prescrizione dell'obbligazione fideiussoria può essere fatta valere solo dal garante⁶⁴.

Come si è più volte ribadito, il contrapposto modo di operare degli effetti in relazione alle vicende delle obbligazioni solidali comuni e quelle unisoggettive, dunque, non dipende tanto dal principio di accessorietà, bensì dalla unilaterale distribuzione del peso economico del debito, che individua la misura degli interessi, definiti in via legislativa, di ciascun coobbligato.

⁶² A tal riguardo, v. G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli, 2019, pp. 174-175. Ma per una riflessione circa l'incidenza del diritto privato europeo sul processo di complessiva revisione della disciplina e della funzione della prescrizione, cfr. già S. PATTI, *Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 21 ss., spec. p. 35, ora in ID., *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012, pp. 135 ss., spec. p. 150. In una prospettiva di sistema, R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002, pp. 18 ss.

⁶³ G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, cit., pp. 135 ss., spec. p. 179: «[r]icondurre gli effetti della prescrizione ad una forma di difesa del debitore rimessa alla sua discrezionalità, piuttosto che al diritto o all'azione consente di meglio comprendere il motivo per cui, qualora il creditore agisca per il pagamento e il debitore non eccepisca l'avvenuta prescrizione, il giudice non potrà rilevarla d'ufficio». Peraltro – soggiunge l'Autore – non sarebbe più necessario, per tal via, «(...) ricorrere all'obbligazione naturale per spiegare la ragione per cui il pagamento del debito prescritto non dia luogo a ripetizione».

⁶⁴ G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., pp. 265-266.

Una differente propagazione (cioè non unisoggettiva) degli effetti prodotti dalle vicende può eventualmente motivarsi solo in ragione di una concreta valutazione sul complessivo *assetto di interessi delle parti*, da cui emerga una difformità con l'*assetto di interessi* (pre-)individuato dal legislatore nel *nomen iuris*.

2.1. Segue...e fra diritti (e poteri) del fideiussore e del comune debitore solidale.

Nella invocata ottica di una valutazione sugli interessi (pre-)individuati dal legislatore nell'opera di positivizzazione della fideiussione possono considerarsi una serie di poteri, assegnati al garante, volti a tutelarlo contro il rischio di non recuperare le somme versate al creditore. Si tratta, cioè, del pericolo insito in una infruttuosa azione di regresso esercitata nei confronti del debitore principale.

Da siffatta angolazione visuale, il più immediato indice della diversità di posizione assunta dal fideiussore rispetto al comune obbligato in solido⁶⁵, di là dalla surrogazione nella disponibilità dell'uno e non dell'altro⁶⁶, è nella facoltà del garante di agire in rilievo affinché il debitore principale gli procuri la liberazione ovvero presti, al ricorrere di certe condizioni, le garanzie necessarie per il soddisfacimento delle sue ragioni di regresso (art. 1953 c.c.)⁶⁷. La previsione non può giustificarsi solo con la natura accessoria dell'obbligazione del garante ma trova semmai fondamento nella conformazione legislativa della fideiussione, la quale, di regola, non ravvede in tale soggetto il titolare del peso economico del debito⁶⁸. Egli, non a caso, può agire in rilievo «anche prima di aver pagato» e ciò comprova la fondatezza di due dati collegati: a) l'interesse del creditore alla garanzia dell'adempimento è recessivo rispetto all'interesse del fideiussore ad assicurarsi il rimborso delle somme pagate; b) il fideiussore non è equiparato al debitore principale, né è accostabile alla figura del (comune) coobbligato solidale delineata dagli artt. 1300 ss. Orbene, la facoltà del garante «di evitare il suo adempimento o di garantirsi

⁶⁵ Nella prospettiva di cogliere il funzionamento dei rapporti interni fra condebitori in solido, è stato pure vagliato il modo di operare dell'azione di regresso fra condebitori in solido nello schema fideiussorio. Sul punto, v. Cap. II, para. 6.

⁶⁶ Cfr. Cap. II, para. 6.

⁶⁷ Pone in luce il fondamento di tale azione già G. BO, voce *Fideiussione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig.*, XVII, Torino, 1938, p. 1123. Per una più moderna panoramica d'insieme sul tema v. F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2009, pp. 270 ss., ove è trattato ampiamente anche il tema dei rapporti fra fideiussore e debitore nell'ambito dei progetti di armonizzazione delle garanzie personali (pp. 275 ss.)

⁶⁸ Già E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., p. 93, ravvisava nella norma posta dall'art. 1953 c.c. una inequivoca espressione di una regola radicata sul presupposto della alterità del debito in capo al fideiussore.

contro l'inadempimento del debitore»⁶⁹ indirettamente testimonia la sua peculiare posizione anche nei rapporti esterni; e, così, comprova le conclusioni cui siamo giunti circa la diversa intensità delle posizioni debitorie⁷⁰.

La norma di cui all'art. 1953 c.c., pur operante nei rapporti interni tra coobbligati, ha dunque chiari riflessi nei confronti del creditore; la sua posizione può risultare indebolita qualora la liberazione del garante si realizzi senza che contestualmente vi sia un atto solutorio integrale del debitore principale. Per quanto il fideiussore possa contrarre⁷¹ in ragione di un interesse comune a quello del debitore principale⁷², la norma posta dall'art. 1953 c.c., accordando al primo una speciale azione di cui certo non beneficia il debitore solidale comune, è funzionale a tutelare la posizione di un soggetto che è destinato a non sopportare l'onere monetario alla base del debito⁷³. Ancor più significativo è che, dal punto di vista degli effetti, il fideiussore, *se* opta per l'esercizio dell'azione di rilievo, costringe, ancorché indirettamente, il debitore ad adempiere: in un meccanismo circolare complesso tale atto solutorio del debitore può rappresentare l'unico mezzo per realizzare la liberazione del garante⁷⁴.

Nella segnata prospettiva, la disposizione dell'art. 1953 c.c. costituisce la risposta legislativa a un'esigenza di protezione del fideiussore, che diviene addirittura prevalente innanzi all'interesse all'adempimento del creditore⁷⁵, ove quest'ultimo non si adoperi per assicurare al primo le ragioni che fonderanno la sua futura surrogazione; circostanza, quest'ultima, che

⁶⁹ A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVIII, 3, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, 1998, p. 247.

⁷⁰ V. *retro*, Cap. II, para. 7.

⁷¹ Sulla possibilità, però, che la fideiussione trovi fondamento nella legge o nel comando del giudice, v. Cap. II, para. 4.1. Per un raffronto d'insieme, cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit. pp. 84 ss. (ivi per ulteriori riferimenti bibliografici).

⁷² Sul problema degli interessi permeanti l'obbligazione fideiussoria, v., in luogo di molti, D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, cit., p. 117 ss., spec. p. 122.

⁷³ Proprio nell'ambito di una riflessione che muove dalla norma attributiva del rilievo al fideiussore, appare sintomatico il pensiero di E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., p. 93: «[c]iò significa inequivocabilmente che il garante non ha alcun dovere di pagare nei confronti del debitore principale, al quale ha già dato – con suo sacrificio – l'enorme vantaggio della garanzia che ha agevolato l'ottenimento del credito e l'operazione principale».

⁷⁴ A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 165.

⁷⁵ Tale garanzia pare oggi rafforzata mercè l'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c.: la liberazione del fideiussore è infatti subordinata alla volontà del creditore a séguito della iniziativa – e, dunque, di un *facere* – del debitore principale, il quale può realizzare integralmente l'interesse del creditore medesimo ovvero addivenire con questi ad accordo di diversa natura.

legittima l'esercizio da parte del garante di un diritto potestativo di estinguere la sua obbligazione fideiussoria⁷⁶.

Il soddisfacimento dell'interesse creditorio appare, in certi casi, subordinato rispetto alle ragioni del fideiussore; il quale può sottrarsi agli obblighi assunti verso l'esterno se la realizzazione del proprio interesse, che si riflette in sede di regresso, sia disagiata o incerta. L'impostazione tracciata non è sconosciuta nell'ambito degli ordinamenti giuridici continentali. Questi ultimi parimenti attribuiscono poteri e facoltà al fideiussore, concepito come obbligato di secondo grado, che lo tutelano affinché non gravi su di lui il rischio di un'alterazione delle proprie ragioni di credito verso il debitore principale. In questo senso, le norme che regolano la pretesa del fideiussore alla liberazione (§ 775 BGB; artt. 2309 *Code civil*; 1843, n° 1, *Código civil esp.*) si combinano – e paiono coerenti – con la posizione secondaria da egli assunta nel rapporto obbligatorio⁷⁷: esse sono sempre destinate a operare in caso di mancato adempimento del debitore principale. Al fideiussore deve cioè garantirsi la possibilità di recuperare le somme anche ove la richiesta di adempimento dal creditore rivolta al debitore dia esito negativo.

2.2. Segue...nell'estinzione della fideiussione e nella fase successiva. Rilevanza del *postcontratto*. E del *postrapporto*?

Logica analoga muove la formulazione di altre regole del codice civile, che paiono smentire la presunzione di costante uguaglianza fra le posizioni dei coobbligati solidali (v. artt. 1955, 1956). Esse conferiscono tutele di cui beneficia solo un condebitore solidale in ragione del suo particolare ruolo nel rapporto obbligatorio⁷⁸. Così, oltre alla norma di cui all'art. 1957 c.c.⁷⁹, anche quelle poste dagli artt. 1955 e 1956 suggellano la relazione diretta fra gruppo di debito e creditore; relazione che, da tale prospettiva, tende a presidiare incisivamente gli interessi del fideiussore. Se gli è impedita l'integrale surrogazione nei diritti del creditore per fatto di quest'ultimo, il garante vedrà automaticamente estinto il proprio obbligo. Egli non può mai

⁷⁶ Così, A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 169.

⁷⁷ Non è casuale che la previsione dell'art. 1953 c.c. costituisca la reiterazione della precedente formulazione dell'art. 1919 del codice civile del 1865 e, in quel sistema di disciplina, la rilevazione del fideiussore perfettamente si conciliasse con la posizione sussidiaria del fideiussore. In proposito, cfr. E. REDENTI, voce *Fideiussione*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, diretto da V. SCIALOJA, R. DE RUGGIERO e P. BONFANTE, vol. III, p. I, Milano, 1923, pp. 140-141, il quale, non a caso, riconduce la rilevazione alle «(...) obbligazioni ed azioni tra il debitore e il fideiussore che *non* ha pagato» (corsivo dell'Autore).

⁷⁸ Sul ruolo svolto dai condebitori nella dinamica del rapporto obbligatorio solidale, v. para. 5.

⁷⁹ Per il significato sotteso alla previsione dell'art. 1957 c.c. e per un'indagine sulla applicazione giurisprudenziale che essa riceve, cfr. Cap. II, para. 7.

subentrare in una posizione deteriore rispetto a quella del creditore⁸⁰, il quale, alla luce delle invocate norme, subisce così gli effetti dell'*alterità* del debito garantito dal fideiussore⁸¹. L'accostamento fra le due figure (fideiussore e creditore), che si risolve nel subingresso della posizione dell'uno in quella dell'altro, pare rappresentare il segno della esigenza legislativa di accordare al soggetto (presumibilmente) privo di interesse una tutela forte; la quale, se mancasse, varrebbe ingiustamente a parificare debitore e fideiussore⁸². L'*alterità* del debito assume rilevanza anche nella norma che consente la liberazione del fideiussore per una obbligazione futura se il creditore, senza speciale autorizzazione del garante, faccia credito al terzo, pur consapevole che le condizioni patrimoniali di tale soggetto beneficiario siano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito (art. 1956 c.c.). Com'è stato osservato, è qui imposta una condotta di buona fede al creditore, il quale, nell'ambito del rapporto obbligatorio complesso, deve preservare gli interessi del fideiussore⁸³; sì da risultare ulteriormente rafforzata l'idea, già posta in luce⁸⁴, che la posizione debitoria del garante non rechi la medesima intensità di quella del coobbligato principale. In quest'ottica, le due norme poste dai cennati artt. 1955 e 1956, unitamente alla previsione dell'art. 1957 c.c., testimoniano l'operatività del principio di buona fede⁸⁵, intorno al quale, secondo acquisizioni

⁸⁰ Per tutti, v. M. D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, cit., p. 47.

⁸¹ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., p. 95.

⁸² Secondo A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 46, quella dell'art. 1955 c.c. è «(...) una norma legislativa di notevole importanza, la quale vale a differenziare strutturalmente l'obbligazione fideiussoria e quella solidale (...)».

⁸³ E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata dai privati*, cit., p. 97: «[l]a disposizione serve a indicare anch'essa che anche il creditore è impegnato nel rapporto e che non ha solo diritti come si tenderebbe da qualche parte a sostenere, per «agevolare» i creditori, parte forte, per sua natura».

⁸⁴ V. Cap. II, para. 7.

⁸⁵ La letteratura giuridica sviluppatasi sul principio di buona fede è vasta. Da diverse angolazioni visuali e prospettive metodologiche, v., senza pretese di esaustività, A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, 1912, pp. 8 ss.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, cit., pp. 17 ss.; A. MONTEL, voce *Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, pp. 599 ss.; SALV. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 677 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso oggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, pp. 335 ss., ora in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 77 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 365 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp. 55 ss., pp. 97 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 117 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, 1973, rist. Napoli, 2013, pp. 186 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, 3^a ed., Milano, 1975, rist. inalt. Milano, 1994, pp. 315 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, Milano, 1974, pp. 1 ss., pp. 7 ss., pp. 35 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 154 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 205 ss., ora in *Lecture di diritto civile*, a cura di G. ALPA e G. ZATTI, Padova, 1990, pp. 509 ss., nonché

consolidate, deve conformarsi il comportamento di entrambe le parti del rapporto obbligatorio⁸⁶.

Il dato inferibile da alcune delle richiamate fattispecie è che il criterio della buona fede orienta qui il contegno del creditore sì nella fase precedente all'adempimento, ma quel *dovere* persiste anche dopo il compimento dell'atto solutorio. Ciò accade, in particolare, allorché al fideiussore, che paghi il debito del coobbligato principale, sia impedita la surrogazione nei diritti del creditore (v. art. 1955 c.c.): se il credito è garantito in via congiuntiva da una fideiussione e da un pegno costituito dal debitore e il creditore danneggia⁸⁷ il bene ricevuto in garanzia, ovvero vi rinuncia, il fideiussore perde, *per fatto del creditore*, la possibilità di surrogarsi integralmente nei diritti che spettano a quest'ultimo⁸⁸; parimenti, la richiesta di cancellazione dell'ipoteca, su impulso del creditore⁸⁹, *in mancanza di consenso del fideiussore*

in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, II, *Obbligazioni e contratti. Responsabilità*, t. I, Milano, 2002, pp. 407 ss. (da cui le successive citazioni); ID., *Good Faith Related Duties of Disclosure and a View on Franchising*, in *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, edited by S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI and G. VETTORI, London-New York, 2013, pp. 181 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 556 ss., ora in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2003, pp. 225 ss.; S. PATTI, *Significati del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, ivi, III, pp. 59 ss.; M. BARCELONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, pp. 308 ss.; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, pp. 4 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., pp. 507 ss.; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, pp. 415 ss., spec. p. 426 (da cui le successive citazioni), nonché in *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, a cura di C. AMATO e G. PONZANELLI, Torino, 2006, pp. 68 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015. Nella prospettiva del diritto europeo, v. H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 14, 1994, pp. 229 ss.; H. BEALE, *General clauses and specific rules in the principles of European contract law: the 'Good Faith' clause*, in *General clauses and standards in European contract law: comparative law, EC law and contract law codification*, edited by S. GRUNDMANN and D. MAZEAUD, The Hague, 2006, pp. 205 ss. Nell'ambito di una riflessione che ravvisa nella buona fede una regola rappresentativa del *common core* degli ordinamenti giuridici europei, cfr. il volume dal titolo *Good faith in European Contract Law*, edited by R. ZIMMERMANN and S. WHITTAKER, Cambridge, 2000, pp. 7 ss.;

⁸⁶ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., pp. 407 ss., in part. pp. 412 ss.

⁸⁷ Il creditore potrebbe anche smarrire il bene ricevuto in pegno; in tal caso, sarà pur sempre necessario verificare se lo smarrimento (o il danneggiamento) sia l'esito di una condotta contraria a buona fede.

⁸⁸ Sulla scia di una prassi applicativa consolidata, l'ipotesi è descritta da G. STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, Milano, 2010, p. 630.

⁸⁹ Si pensi, a mo' di esempio, a un accordo transattivo intervenuto, senza consenso del fideiussore, fra creditore e terzo acquirente dell'immobile ipotecato, con il quale si dispone la liberazione del bene dalla garanzia. Così Cass., 25 settembre 2018, n. 22775, in *Rep. Foro. it.*, 2018, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 3070.

il quale abbia già provveduto ad adempiere, impedisce la sua surrogazione nella predetta garanzia reale⁹⁰. In tali casi, che determinano conseguenze sul piano risarcitorio⁹¹, la buona fede pure assume rilevanza successivamente all'adempimento della prestazione dedotta nel contratto di fideiussione⁹². Il creditore è cioè obbligato a salvaguardare le ragioni del fideiussore anche quando il contratto intercorso fra i due soggetti abbia visto realizzata la propria principale funzione. Il tema pare ricollegarsi agli studi compiuti da quella dottrina la quale già discorreva di «efficacia successiva del contratto, che è, in definitiva, un aspetto della questione non sopita relativa alla distinzione fra il contratto e l'extracontratto»⁹³. Negli esempi prospettati ricorre, segnatamente, una ipotesi di «efficacia che si protrae oltre il momento dell'estinzione e non trova la sua fonte nella fattispecie estintiva (...), ma si riferisce a diritti e obblighi già ricompresi nel contenuto del contratto»⁹⁴. Il contegno di buona fede imposto al creditore⁹⁵ a séguito dell'adempimento del garante si sostanzia dunque in un obbligo di contribuire alla realizzazione del programma obbligatorio preveduto nel contratto di fideiussione; segnatamente, egli deve astenersi dal porre in essere atti lesivi dell'interesse del fideiussore, il quale aveva prestato la garanzia sul presupposto, una volta adempiuta l'obbligazione, della sua integrale surrogazione, nonché dell'esperibilità dell'azione di regresso. Potrebbe obiettarsi che la surrogazione pertenga ai rapporti interni fra fideiussore e debitore principale, sì da risultare irrelata dalla prestazione principale oggetto del contratto stipulato fra creditore e garante. Ma il rilievo è agevolmente superabile se solo si considera che l'obbligo a carico del creditore di assicurare l'integrale subentro del fideiussore sussiste, com'è noto, già anteriormente all'estinzione dell'obbligo, integrando così un elemento innervante il rapporto obbligatorio nel suo complesso. Ed è proprio all'interrezza del regolamento contrattuale, nonché alla sua causa in concreto, che si riferisce quella dottrina la quale suggestivamente raduna le ipotesi di

⁹⁰ Lo affermano chiaramente Cass., 25 settembre 2018, n. 22775, cit.; Cass., 29 marzo 2006, n. 7236, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1464, le quali ribadiscono il noto principio secondo cui il fideiussore, per invocare l'operatività dell'art. 1955 c.c., deve subire un pregiudizio giuridico (impossibilità di esercitare la surrogazione) e non meramente economico.

⁹¹ Nelle divise ipotesi, la giurisprudenza di legittimità non dubita che la responsabilità del creditore sia di natura contrattuale. V. Cass., 25 settembre 2018, n. 22775, cit.; Cass., 29 marzo 2006, n. 7236, cit.

⁹² A tal riguardo, v. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 113; A. DI MAJO, *La buona fede oltre il contratto*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 332 ss.; P.M. VECCHI, *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., pp. 332 ss.

⁹³ U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 116.

⁹⁴ U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 119.

⁹⁵ Sul tema della buona fede del creditore, v. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, cit., pp. 170 ss.

«doverosità successiva all'esecuzione»⁹⁶ intorno alla figura denominata *postcontratto*⁹⁷. Sembra dunque che l'art. 1955 c.c. indirettamente positivizzi la cennata figura ove la surrogazione del fideiussore divenga impossibile a séguito dell'attuazione dell'obbligo negoziale di pagare il debito altrui⁹⁸: è una obbligazione *post contractum finitum*⁹⁹ a carico del creditore la quale trova positivo riscontro nell'*interesse* del garante – collegato all'atto ma operante dopo la sua esecuzione¹⁰⁰ – a non sopportare il peso economico del debito. Il *postcontratto* dunque categorizza, ancorché indirettamente, la veduta legislativa che ravvisa nel fideiussore un debitore solidale non integralmente assimilabile al coobbligato principale; ma, contestualmente, pone alcuni interrogativi di rilievo nella misura in cui esso presuppone, per la propria operatività, la preliminare sussistenza (solo) di un *contratto attuato*¹⁰¹.

A prescindere dalla controversa natura – contrattuale o meno – della fattispecie preveduta dall'art. 1333 c.c. con cui, per solito, il fideiussore si obbliga in confronto del creditore¹⁰², è da dirsi che l'art. 1955 c.c. trova applicazione pacifica anche se il rapporto fideiussorio abbia fonte non volontaria, ma giudiziale o legale; ciò, com'è evidente, non impedisce l'instaurazione di un vincolo obbligatorio fra creditore e garante, ma la circostanza impone di svolgere una riflessione sulla legittimità (o meno) di una estensione dei margini operativi della categoria

⁹⁶ E. BARGELLI, *Postcontratto*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Milano, 2018, p. 1173.

⁹⁷ E. BARGELLI, voce *Postcontratto*, in *Enc. dir., Ann.*, X, Milano, 2017, pp. 620 ss.; ID., *Postcontratto*, cit., pp. 1163 ss.; A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Bologna, 2018, pp. 19 ss., su cui v. la recensione di M. GRONDONA, in *Annuario del contratto 2018*, diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2018, pp. 297-301.

⁹⁸ Per un'ampia indagine sulle fattispecie in cui rileva la categoria del *postcontratto*, v. A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, cit., pp. 49 ss., pp. 61 ss., pp. 85 ss., pp. 107 ss., pp. 137 ss., pp. 175 ss., pp. 209 ss. Traccia i margini dell'area di incidenza del *postcontratto* E. BARGELLI, voce *Postcontratto*, cit., pp. 623-625.

⁹⁹ A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, cit., p. 266, ma *passim*.

¹⁰⁰ Così A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, cit., p. 301: «[l']assenza di un riferimento testuale esplicito non osta quindi al riconoscimento della buona fede oggettiva quale canone operante anche al di là dell'estinzione del contratto, per regolare i reciproci interessi delle parti, radicati nell'atto ma destinati a rilevare in un momento seriore e per fini ulteriori da quelli propriamente esecutivi».

¹⁰¹ Rammenta A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, cit., p. 358, che l'interesse *postcontrattuale* sorge proprio *a causa* del contratto. Il pensiero dell'Autore è integralmente riportato al Cap. III, para. 2.2, nota 116.

¹⁰² Per indicazioni bibliografiche sul dibattito intorno alla natura contrattuale o meno della fattispecie preveduta dall'art. 1333 c.c., cfr. Cap. II, para. 4.1, nota 114.

postcontrattuale¹⁰³ a ipotesi che, pur non avendo fonte *genuinamente* contrattuale¹⁰⁴, impongano una cooperazione (anche di una) fra le parti, improntata a buona fede, in epoca successiva alla estinzione del vincolo obbligatorio¹⁰⁵.

Se, per tal via, appare fondata la rilevanza del postcontratto nel caso in cui il fideiussore, pur avendo estinto l'obbligazione solidale, non possa surrogarsi per fatto del creditore¹⁰⁶, qualche interrogativo suscitano le fattispecie relative ai rapporti (formalmente non contrattuali) fra fideiussore e debitore principale; il riferimento è, in particolare, all'azione di rilievo disciplinata dall'art. 1953 c.c.¹⁰⁷, ove se ne ammetta l'esperibilità dopo che il fideiussore abbia adempiuto. Preliminarmente conviene dar conto delle posizioni maturate intorno alla enunciata possibilità di un rilievo successivo all'adempimento: comunemente si assegna alla norma una natura cautelare, sì che essa opererebbe soltanto prima del pagamento¹⁰⁸; per contro, il tenore letterale della disposizione («(...) anche prima di aver pagato») – benché non risolutivo – e la *ratio* di tutela del fideiussore indurrebbero a propendere per la soluzione dell'ammissibilità. Per la risoluzione dell'interrogativo, può essere utile ribadire che l'interesse del fideiussore è senza dubbio quello di ricevere la più ampia garanzia per il recupero delle somme versate al creditore.

¹⁰³ Per un raffronto sull'evoluzione del tema in Germania, v. E. BARGELLI, *Postcontratto*, cit., pp. 1165 ss., la quale muove proprio dall'indagine intorno alla elaborazione dogmatica e alla casistica tedesca per verificare se possa riconoscersi «(...) un'analogia latitudine anche al postcontratto nel diritto italiano o se, invece, l'analisi debba essere impostata lungo più ristrette linee di contorno» (p. 1167). Cfr., altresì, ID., voce *Postcontratto*, cit., pp. 621 ss.

¹⁰⁴ È significativo il rilievo di E. BARGELLI, *Postcontratto*, cit., p. 1181, la quale, riflettendo sul prolungamento dell'efficacia del regolamento contrattuale – e, segnatamente, sulla sopravvivenza degli interessi successivamente all'esecuzione della prestazione principale –, ripercorre il dibattito sviluppatosi in Germania circa la compatibilità di tale prolungamento con la fonte contrattuale ovvero con una eteronoma radicata sulla legge. L'utilizzo nel testo dell'aggettivo *genuinamente* è fedelmente tratto dal pensiero formulato dall'Autrice.

¹⁰⁵ Il tema, quindi, non è tanto quello della fonte degli obblighi postcontrattuali, che viene ricondotta nella sfera dell'atipicità (v. A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, cit., pp. 446 ss.) ma se possa discorrersi di postcontratto quando gli interessi qualificati (e *successivi*) delle parti siano collegati a un preesistente rapporto negoziale che solo rassomiglia al contratto – e, contestualmente, sia distante dalla zona dell'extracontratto – pur non essendo formalmente tale. Per maggiori dettagli e riferimenti (anche sul versante applicativo), v. *infra* nel testo.

¹⁰⁶ A fini di chiarezza espositiva, giova solo ribadire che i rapporti contrattuali fra creditore e fideiussore agevolano, relativamente alla fonte, la riconducibilità degli obblighi del primo verso il secondo alla categoria del postcontratto.

¹⁰⁷ In proposito, v. Cap. III, para. 2.1.

¹⁰⁸ Sul punto, v. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 273, secondo cui la norma posta dall'art. 1953 c.c. è destinata a operare anteriormente al pagamento del fideiussore. Così anche G. BOZZI, *I rapporti tra fideiussore e creditore*, in *La fideiussione*, a cura dello stesso, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, diretta G. ALPA, G. BONILINI, U. BRECCIA, O. CAGNASSO, F. CARINCI, M. CONFORTINI, G. COTTINO, A. JANNARELLI e M. SESTA, Torino, 2013, p. 479. In tempi remoti, v. M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., pp. 421-423, il quale pure nega che la norma possa trovare applicazione in un tempo successivo all'adempimento del garante.

L'automatico subentro nei diritti di quest'ultimo soggetto *ex art.* 1949 c.c. pare potersi legittimamente combinare con l'azione di rilevazione per cauzione¹⁰⁹ se il debitore divenga insolvente dopo il pagamento effettuato dal fideiussore in favore del creditore e, *medio tempore*, non sia ancora stato esercitato il regresso nei rapporti interni. Nella prospettata ipotesi, oltre a non realizzarsi sovrapposizione alcuna fra gli artt. 1949 c.c. e 1953 c.c.¹¹⁰, esplicito è l'interesse del fideiussore, che si appresti ad agire in regresso, a ricevere una garanzia dal debitore (arg. *ex art.* 1953 c.c.) in aggiunta alla surrogazione¹¹¹, la quale gli consente il subentro (solo) nei diritti del creditore¹¹². Così, nelle more del regresso il debitore insolvente, se, vantando un credito nei confronti di un terzo, dichiara di liberarlo mediante remissione, arreca un pregiudizio al fideiussore; pregiudizio che rileva nella misura in cui il contegno del debitore possa dirsi contrario al canone della buona fede (ad es., remissione accordata al terzo senza consenso del fideiussore), ostacolando il fisiologico svolgimento del programma obbligatorio, la cui efficacia si propaga pertanto anche dopo l'adempimento. Ma i dubbî sollevati dalla dottrina circa la conciliabilità fra rilievo e surrogazione suggeriscono qui di valorizzare ancora la fenomenologia applicativa dell'art. 1953 c.c.¹¹³: qualora il fideiussore paghi un debito senza scadenza fissa o comunque prima del tempo stabilito non dovrebbe aver luogo la surrogazione in quanto il diritto del creditore è sino a quel momento inesigibile¹¹⁴. In tal caso la norma posta dall'art. 1953 c.c. è l'unica destinata a operare dopo l'adempimento del fideiussore; e tale conclusione, sebbene oggi appaia isolata, riceve indiretta conferma nella previsione di cui al n. 5 dell'art. 1953 c.c. Per quanto l'atto solutorio realizzi l'interesse del creditore e correlativamente estingua le obbligazioni solidali, se il contegno del debitore principale nella fase successiva all'adempimento ostacoli il futuro rimborso del fideiussore, si profila

¹⁰⁹ In tal caso, è evidentemente esclusa la rilevazione per liberazione, in quanto l'adempimento al creditore estingue l'obbligazione di garanzia verso l'esterno.

¹¹⁰ Segnalava, per contro, il rischio M. FRAGALI, *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito*, cit., p. 423.

¹¹¹ La soluzione proposta, la quale enfatizza l'interesse del fideiussore a ricevere tutela anche con l'art. 1953 c.c., pare, a séguito della introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., ancor più fondata se si considera che l'azione di rilievo mira a un *facere* del debitore, il quale, se non adempie, può essere condannato a corrispondere una somma per il ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Per più ampî riferimenti, cfr. Cap. III, para. 2.1, nota 75 e, soprattutto, Cap. II, para. 4, nota 100.

¹¹² Il postulato su cui si radica l'esempio è che regresso e surrogazione siano rimedi cumulabili. In proposito, cfr. Cap. I, para. 3.1, nota 146.

¹¹³ Ciò nella prospettiva di porre nuovamente in luce la peculiare posizione del garante, sia pure dall'angolazione visuale della categoria del postcontratto.

¹¹⁴ Così E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 141, che pure esclude, in tal caso, l'operatività del regresso.

nuovamente l'interrogativo circa la riconducibilità di questa ipotesi alla categoria del postcontratto, i cui interessi trovano causa nel contratto attuato¹¹⁵. Deve dirsi, ed è noto, che, almeno nello schema più semplice, *non vi è contratto fra debitore e fideiussore*; ma l'intensità dei loro rapporti, peraltro regolati dalla legge, avvicina questi ultimi molto più all'area del contratto, che non a quella dell'extracontratto¹¹⁶. Ne è prova l'indagine già compiuta sulla varietà di interessi suscettibili di confluire nello schema fideiussorio¹¹⁷: oltre ad emergere la naturale flessibilità dell'istituto disciplinato dagli artt. 1936 c.c., è frequente che la garanzia sia prestata dal fideiussore su *mandato* del debitore principale¹¹⁸; ovvero che quest'ultimo sia il beneficiario di una attribuzione patrimoniale preveduta nella stipulazione fideiussoria fra garante e creditore, che si modella qui sullo schema del contratto a favore di terzo¹¹⁹. Casi siffatti non dovrebbero far dubitare che il debitore sia *parte* (non formale, ma) *sostanziale* del rapporto instaurato fra fideiussore e creditore. È questo il motivo che induce la dottrina a discorrere di *trilateralità della vicenda fideiussoria*¹²⁰: la cennata garanzia supera la rigidità binaria del contratto. Proprio questa circostanza suggerisce di compiere un'attenta valutazione sulla riconducibilità all'area del postcontratto di un comportamento del debitore principale, che, contrario a buona fede, impedisca la realizzazione degli interessi qualificati del fideiussore nella fase successiva all'integrale adempimento; sì da ingenerare l'interrogativo (o l'auspicio) che tale contegno possa effettivamente ascrivere al postcontratto o, forse, per i tratti delineati, includersi nella zona di un sostanziale *postrapporto*.

¹¹⁵ A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, cit., p. 358.

¹¹⁶ La puntualizzazione sulla *sostanziale* prossimità del rapporto fra debitore e fideiussore all'area contrattuale – e correlativamente la sua distanza da quella extracontrattuale – appare necessaria alla luce dell'osservazione di A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, cit., p. 358: «(...) l'interesse postcontrattuale non sorge semplicemente in occasione, bensì a causa del contratto, poiché, mancando il secondo, il primo non sarebbe stato in alcun modo esposto alla medesima possibilità d'influenza qualificata dalla controparte. Ciò distingue profondamente questa tipologia d'interessi da altri – come un generico interesse di protezione – i quali, in assenza del vincolo negoziale, avrebbero potuto in astratto essere comunque pregiudicati, normalmente giustificando il ricorso alla disciplina del fatto illecito».

¹¹⁷ Cap. II, para. 4.1, 4.3.

¹¹⁸ Per una più approfondita indagine sulla fideiussione assunta su mandato del debitore principale, v. *retro*, Cap. II, para. 4.1. In un caso del genere la categoria del *postcontratto* può operare con minori incertezze proprio perché la fonte contrattuale dei rapporti fra debitore e fideiussore è inequivoca.

¹¹⁹ Sulla possibilità che la fideiussione solidale sia stipulata a vantaggio del debitore principale, v. *retro* Cap. II, para. 4.3.

¹²⁰ Cfr. Cap. II, para. 4.1, ove sono forniti i pertinenti riferimenti bibliografici.

3. Prime conclusioni sugli interessi individuati dal legislatore nella solidarietà fideiussoria.

Lo studio di tutte le norme richiamate in tema di fideiussione pare proprio deporre nel senso di una preferenza legislativa verso l'adempimento primario del debitore principale. Segnatamente, il legislatore contempla sì l'atto solutorio del fideiussore ma, al tempo stesso, gli assicura la possibilità di recuperare le somme versate al creditore. L'attribuzione al garante di alcune tutele, oltre alla diversa applicazione (ancóra di favore per tale soggetto) delle norme in tema di transazione, giudicato, giuramento, prescrizione ed eccezioni opponibili, è motivata dalla necessità di prevenire il pericolo – generato dal creditore (artt. 1955, 1956 c.c.)¹²¹ ovvero dal debitore principale (art. 1953 c.c.) – che egli sopporti in via definitiva il peso economico del debito. Tutte le cennate previsioni si fondano sull'esigenza di evitare che sul fideiussore incomba quel rischio; sì da far apparire inconciliabile con la *ratio* di quelle norme una conclusione che obliteri l'idea secondo cui il garante, nella dinamica relazionale del rapporto obbligatorio, sia davvero debitore di grado analogo a quello titolare del peso economico del debito e, pertanto, costantemente forzato ad assumere in via primaria quel rischio¹²². Circostanza, quest'ultima, contraria all'indagato scopo della legge, la quale, per contro, concepisce la concretizzazione, a carico del fideiussore, di tale pericolo – mediante il suo adempimento – come residuale rispetto al primario fatto di cooperazione del debitore principale. La teorica sottende così un'ulteriore conseguenza: le disposizioni che tutelano il fideiussore nella fase successiva al suo atto solutorio¹²³ risultano funzionalmente concepite per trovare applicazione proprio ove vi sia *inadempimento*¹²⁴, per qualsiasi causa, del debitore principale¹²⁵. L'operatività di tali previsioni (artt. 1949, 1950 c.c.) risulta cioè subordinata al

¹²¹ Tali norme risultano, peraltro, manifestazione proprio dello «sforzo» che il creditore deve profondere nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Sul punto, v. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, rist. 1^a ed (1947) Milano, 2011, p. 53, nonché U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, cit., pp. 49 ss., spec. pp. 50-55.

¹²² L'adempimento in via immediata del fideiussore – senza cioè che operi un ordine nelle richieste – implica sempre un rischio di una infruttuosa azione di regresso; ciò anche ove le predette tutele di cui egli gode non siano da lui invocate o se nella fase che precede il soddisfacimento del creditore non ricorrano quelle condizioni per l'applicazione delle norme di salvaguardia.

¹²³ Si pensi alle norme in tema di surrogazione e regresso.

¹²⁴ Il rilievo non sconfessa, evidentemente, l'idea che il regresso sia conseguenza diretta dell'adempimento del fideiussore. Sul tema, E. REDENTI, voce *Fideiussione*, cit., p. 135.

¹²⁵ Alcune norme poste a salvaguardia dell'interesse del fideiussore tutelano quest'ultimo nella fase che precede la *solutio* (artt. 1953, 1955, 1956 c.c.), mentre altre previsioni assicurano al garante, all'esito del suo adempimento, la possibilità di agire nei confronti del debitore principale per recuperare le somme versate al creditore (art. 1949, 1950 c.c.).

tentativo di adempimento del debitore principale; ove quest'ultimo non realizzi l'interesse creditorio, a ciò provvederà il fideiussore, avvalendosi eventualmente, nei rapporti interni, delle predette norme di salvaguardia.

Se quella sinora indagata è la ragione che permea parte della disciplina in tema di fideiussione, se ne inferisce un dato definitivo: nella fisiologia del rapporto obbligatorio solidale, all'adempimento deve provvedere in prima battuta il debitore principale.

Nella tracciata ottica, giova solo ribadire che al fideiussore è concesso, al ricorrere di talune condizioni, il diritto di liberarsi dal vincolo obbligatorio *ex art. 1953 c.c.* senza che necessariamente vi sia integrale soddisfacimento del creditore. La norma, se accorda tutela diretta al garante per il rischio di un'infruttuosa azione di regresso, dimostra in via mediata come tale soggetto, sia pur non indeliberatamente, possa sottrarsi al futuro adempimento; e, dunque, che il suo fatto di cooperazione è legislativamente inteso – non già in senso assoluto, bensì – come affievolito e secondario rispetto a quello del debitore principale. Nello stesso senso depongono le norme poste dagli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c., la quali tutte prevedono speciali cause di estinzione della fideiussione per fatto, omissivo o commissivo, del creditore¹²⁶. Dallo studio condotto pare affiorare un assetto di interessi legislativamente orientato nel senso di una divergenza qualitativa fra l'apporto cooperativo del fideiussore e quello primario del debitore principale, che giustifica la riflueza sul creditore della disuguale articolazione della solidarietà fideiussoria. Ciò imporrà a quest'ultimo, se gli interessi concreti delle parti confermino o rafforzino¹²⁷ gli interessi scolpiti nel regolamento normativo, di rivolgersi al fideiussore solo ove il debitore principale sia obiettivamente inadempiente.

¹²⁶ In proposito, cfr. A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 263. La compiuta indagine sulla disciplina della fideiussione dimostra, cioè, la volontà legislativa di evitare che il fideiussore, il quale non, di regola, non risulta il titolare del peso economico del debito, sopporti il rischio di un'infruttuosa azione di regresso verso il debitore principale. Il garante gode così di una serie di facoltà e poteri (che non competono al comune debitore principale), dai quali, in tal caso, può inferirsi quella diversità di posizioni tra condebitori solidali.

¹²⁷ L'effetto rafforzativo, come si dirà, può aversi se il fideiussore sia in concreto in una posizione di debolezza; in tal caso, l'effetto solidale sussidiario diviene inderogabile in quanto risponde a un'esigenza di tutela forte di stampo regolatorio che trascende la dimensione trilatera creditore-debitore-fideiussore.

SEZIONE SECONDA

LA FIGURA DELLA SOLIDARIETÀ MODULABILE

SOMMARIO: 4. L'articolazione modulabile della solidarietà e la natura giuridica dell'adempimento. – 5. La buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio solidale. – 6. Solidarietà modulabile ed *effetto*. – 7. Le categorie dell'effetto solidale: *confermativo*, *rafforzativo* e *oppositivo*.

4. L'articolazione modulabile della solidarietà e la natura giuridica dell'adempimento.

I rilievi svolti avvalorano certo l'idea di una sostanziale disuguaglianza tra le posizioni del debitore principale (più in generale, del comune debitore solidale *ex artt.* 1292 c.c. ss.) e quella del fideiussore, che dovrebbe riflettersi sul piano dell'adempimento e delle conseguenze che da esso derivano.

Il grado delle obbligazioni dei condebitori solidali enfatizza l'eterogeneità di interessi in capo a ciascun condebitore solidale, che, per solito, riflette anche la differente causa del contratto fideiussorio rispetto a quella dell'obbligazione garantita¹²⁸.

Dimostrato il fondamento della rifluenza verso il creditore del complessivo assetto di interessi interno al gruppo di debito¹²⁹, potrebbe dirsi che la loro individuazione non risulti sempre agevole¹³⁰ ed esiga una valutazione concretizzante dell'interprete ove vi sia contrasto in merito alla effettiva ricorrenza di una comunanza di interessi fra debitore principale e fideiussore. Sebbene, talvolta, quella comunanza non possa escludersi, il dato *presupposto* è che il legislatore tende a conformare la fideiussione sul modello della unisoggettività¹³¹. Non è

¹²⁸ Pone, in particolare, l'accento sulla diversità di interessi G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, cit., p. 151. Per la valorizzazione della diversità causale dell'obbligazione garantita e di quella di garanzia al fine di motivare l'articolazione disuguale della solidarietà, cfr. U. LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido*, Artt. 1292-1313, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, pp. 52 ss. spec. p. 55. In tale concezione, la diversità della *causa debendi* riflette, in ogni caso, l'eterogeneità di interessi tra debitore principale e garante, ma nella realtà pare non esservi una automatica correlazione tra causa e interesse. La causa del contratto fideiussorio è sempre quella di garantire un debito altrui, ma il garante può obbligarsi anche in ragione di un interesse comune a quello del debitore principale.

¹²⁹ A tal riguardo, v. *retro* Cap. II, para. 7.

¹³⁰ D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, cit., p. 122: «[a] ciò si aggiunga che l'affermazione secondo cui il fideiussore difetterebbe sempre di un interesse comune al debitore principale risulta essere una mera petizione di principio, atteso che la prassi mostra casi in cui il fideiussore ha un interesse tutt'altro che differente rispetto a quello del debitore principale».

¹³¹ Cass., 17 novembre 2016, n. 23422, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Obbligazioni in genere*, n. 63: «[n]ella solidarietà fideiussoria l'interesse passivo non è collettivo, come nell'ordinaria solidarietà, ma è individuale di ciascuno dei coobbligati ed eterogeneo, sicché appare di maggiore evidenza l'autonomia della posizione del

casuale, e si è avuto modo di rilevarlo, che il funzionamento dei rapporti interni ed esterni testimonî la difforme posizione del fideiussore rispetto a quella del debitore principale e, più in generale, del comune debitore solidale *ex artt.* 1292 ss. La fideiussione risulta, cioè, funzionalmente concepita per garantire, almeno sul piano teleologico, un debito la cui formazione originaria non è da imputare al fideiussore; il quale, non a caso, ha un ruolo proiettato alla fase estintiva del debito medesimo. La circostanza della comunanza di interessi, verosimile in alcune ipotesi, può al più costituire il fondamento *ex bona fide* di una (ri-)espansione del potere creditorio mercé l'eliminazione del grado.

In questa prospettiva, alcune norme in tema di fideiussione (artt. 1945, 1953, 1955, 1956, 1957 cc.)¹³², nonché le similitudini che, sul piano degli effetti, essa dimostra rispetto ai negozi di assunzione del debito o al sistema cambiario – oltre a consolidare il convincimento circa la peculiare posizione assunta dal fideiussore¹³³ – costituiscono un'angolazione visuale privilegiata dalla quale indirettamente riguardare e testare la natura giuridica dell'adempimento¹³⁴.

Orbene, è senz'altro vero che tratto fondamentale di quest'ultima risiede nell'unitario interesse creditorio, che, se realizzato a séguito dell'adempimento di uno, determina l'estinzione delle obbligazioni di ciascun condebitore. Il che, con riguardo alla natura dell'adempimento, si tradurrebbe nella enfattizzazione proprio della centralità della pretesa creditoria; la quale, peraltro, reca con sé un certo grado di obiettivazione delle prestazioni mercé la loro equivalenza¹³⁵ ove idonea a soddisfare quell'interesse. La dottrina tende, sia pure con diversità

fideiussore rispetto al rapporto fra creditore e debitore principale e, dunque, l'autonomia delle azioni esperibili contro i coobbligati».

¹³² In realtà, dall'analisi del diritto positivo, anche di là dalla fideiussione, pare spesso emergere una volontà legislativa volta a porre su piani diversi le posizioni dei coobbligati in solido. Si pensi al caso della delegazione cumulativa di debito, dell'accollo cumulativo, o all'espromissione non liberatoria.

¹³³ Ciò – lo si ribadisce – non traduce alcuna negazione del carattere solidale dell'obbligazione fideiussoria. Così, invece, D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, 2^a ed. riv., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1961, pp. 141-142. Sotto l'impero del codice civile del 1865, il cui testo non qualificava come solidale il vincolo tra fideiussore e debitore principale, cfr. V. CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, Torino, 1902, p. 43.

¹³⁴ Per i pertinenti riferimenti bibliografici sul tema della natura giuridica dell'adempimento, cfr. Cap. I, 6.1, nota 307.

¹³⁴ Sul punto, v. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 25-33, spec. pp. 26-28.

¹³⁵ A tal riguardo, v. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 45, il quale, conferendo rilievo al concetto della equivalenza o fungibilità tra prestazioni e svalutando, correlativamente, il carattere della loro identità, reputa sussistente l'*idem debitum* quando vi sia «intreccio inscindibile ed unitario tra comportamento del debitore ed interesse, anche non patrimoniale, del creditore»

di accenti e vedute, ad accogliere siffatta prospettazione: l'interesse può dirsi realizzato anche se le prestazioni di ciascun rapporto obbligatorio siano diverse sul piano fenomenico; necessario è solo che sia generato quel particolare effetto estintivo per tutti a seguito dell'adempimento di uno¹³⁶.

La solidarietà fideiussoria costituisce, però, terreno di verifica dell'integrale fondatezza di tale tesi; che si risolve nel considerare *equivalenti* l'adempimento del debitore principale e quello di altro soggetto. Se la soluzione pare ricevere positivo riscontro sul versante creditorio (arg. ex art. 1180, comma 1, c.c.; 1292 c.c.), qualche dubbio affiora considerando il suo correlato opposto, identificantesi nel gruppo di debito.

Nell'ambito delle obbligazioni solidali si è dimostrato che gli interessi dei soggetti sottentrano nella fase attuativa del rapporto¹³⁷. Il raggiungimento del fine cui l'obbligazione tende – il soddisfacimento dell'interesse del creditore mediante l'obiettivo realizzazione di una prestazione¹³⁸ – esige un «fatto di cooperazione»¹³⁹ a carico dei condebitori, il quale può atteggiarsi nelle forme più diverse¹⁴⁰. Ciò trova piena conferma proprio nella solidarietà, e, ancor di più, in quella unisoggettiva, ove alla *pretesa* del creditore¹⁴¹ pare correlarsi il fondamentale momento dell'attuazione dell'*obbligo* da parte dei condebitori, sì da pervenire alla «realizzazione di tutto il sistema interno di interessi a mezzo del previsto programma di cooperazione delle parti»¹⁴².

Alla teorica della solidarietà disuguale si è comunemente opposta, e lo si è rilevato, la nota obiezione fondata sulla impossibilità di una rifluenza sulla posizione creditoria della diversità di interessi fra condebitori; elementi, questi ultimi, che assumono, per contro, impreteribile

¹³⁶ V. i rilievi svolti al Cap. I, para. 6.1.

¹³⁷ Cfr. Cap. II, para. 7, 8.

¹³⁸ Sul concetto della realizzazione obiettiva della prestazione e, più generalmente, di “atto dovuto”, v. R. NICOLÒ, voce *Adempimento*. b) *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 554 ss.

¹³⁹ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 10.

¹⁴⁰ Più in generale, sul variabile assetto dell'obbligazione, che consta di un obbligo primario (di realizzare la prestazione) e di un numero indeterminabile di obblighi secondari fondati sulle regole della correttezza e buona fede, le quali devono orientare anche la condotta del creditore, v. P. SIRENA, voce *Obbligazione (in generale)* (*Dir. civ.*), in *Enc. giur. Sole 24 Ore*, Milano, 2008, p. 158.

¹⁴¹ Sul concetto di *pretesa*, v. U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, pp. 84 ss., spec. pp. 93 ss.

¹⁴² Così A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit. p. 14. Da una differente angolazione visuale, P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1279-1280, reputa «parimenti indispensabili» nel rapporto obbligatorio sia «il momento finale, rappresentato dal risultato idoneo a soddisfare l'interesse primario del creditore», sia quello «strumentale, rappresentato da una condotta del soggetto obbligato».

rilevanza anche nella più ampia prospettiva della interazione fra tutela della posizione debole¹⁴³ e contesto in cui il contratto (da lì l'obbligazione) opera¹⁴⁴.

Si è chiarito così che quella teorica collocante la solidarietà solo sul polo creditorio non coglie nel segno – e deve pertanto essere superata – nella misura in cui, oltre a svalutare l'effettività della posizione giuridica (anche di eventuale debolezza) del fideiussore¹⁴⁵, considera isolatamente quella divergenza di interessi, senza trasferirla sul profilo relazionale della obbligazione¹⁴⁶; la quale correla la cennata pretesa del creditore, da un lato, e l'obbligo dei condebitori, dall'altro¹⁴⁷, conformemente alla dimensione transitiva di quei diritti soggettivi in relazione ai quali la solidarietà è per solito destinata a incidere¹⁴⁸. La soluzione del problema necessariamente sottende l'individuazione dei caratteri identificativi dell'adempimento e, più

¹⁴³ Il rilievo è primariamente da ricondurre alla eventualità che la solidarietà sussidiaria divenga inderogabile allorché sia acclarata la posizione di debolezza del fideiussore (e, più in generale, delle parti). In proposito, cfr. Cap. II, para. 8.

¹⁴⁴ P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 793-794.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 515. Di recente, sul nesso fra protezione del consumatore (inteso quale soggetto debole) e mercato H.-W. MICKLITZ, *The politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018, p. 240: «(...) the principle of consumer protection is not self-standing; it is connected to the Internal Market and needs to be concretised via secondary EU law».

¹⁴⁵ Nell'ambito di una serrata critica rivolta alla concezione della solidarietà che sempre conferirebbe al creditore una scelta arbitraria, E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, cit., pp. 128-131, già denunciava la comune sottovalutazione del ruolo effettivamente svolto dal fideiussore.

¹⁴⁶ Già consci, secondo l'insegnamento di U. BRECCIA, *Relazione (Diritto delle obbligazioni)*, cit., pp. 1479 ss.; ID., *L'«atto dovuto»*, cit., p. 97, di come «[d]ietro al richiamo al profilo della relazione, sempre più spesso sarà trasparente pertanto l'esigenza di un controllo dello sfruttamento di tutte le disparità nell'esercizio dei poteri effettivi, ove questi siano arbitrariamente piegati a vantaggio o svantaggio dei soggetti coinvolti».

¹⁴⁷ In proposito, v. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit. p. 14, il quale contrappone il momento "dinamico" della obbligazione, che si risolve nel cennato binomio pretesa-obbligo, a quello "statico", consistente nell'aspettativa del creditore e, correlativamente, nella posizione di soggezione del debitore. Da una diversa angolazione visuale, cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, p. 7, che rintraccia nel concetto dell'obbligazione un'aspettativa del creditore, da un lato, e l'obbligo di realizzarla da parte del debitore, dall'altro. Sul piano generale, deve rammentarsi che il rapporto giuridico, strutturato su situazione giuridiche correlate, non sempre impone una loro contrapposizione. Esso può anche assumere l'atteggiamento di mero collegamento. In questi termini già P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 40-41.

¹⁴⁸ Per alcuni riferimenti sulla natura transitiva e intransitiva dei diritti soggettivi, v. U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., pp. 9 ss., spec. p. 10, che, ricorda, ad esempio, come alla seconda categoria debbano ricondursi i diritti reali e della personalità «ai quali a causa della constata indipendenza da qualsiasi opposta ed attuale situazione di obbligo, è stata già data la qualifica di diritti intransitivi». Più tardi il concetto è ripreso, da una diversa angolazione prospettica, da L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, pp. 156 ss., ora in *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, pp. 53 ss., spec. p. 56.

in particolare, di quelli che lo connotano quando l'effetto specificativo dell'obbligazione sia solidale.

Se, infatti, correttamente si ravvisa nella solidarietà un effetto volto alla composizione di un conflitto di interessi che affiora soprattutto al momento della attuazione del rapporto¹⁴⁹, è tratto necessariamente illativo quello della particolare rilevanza del *mezzo* (cioè l'oggettiva attività di cooperazione dei coobbligati solidali modulata in ragione dei rispettivi interessi) per la realizzazione del *fine* perseguito con l'obbligazione; fine che, come si è anticipato, consiste nel soddisfacimento dell'interesse del creditore mediante l'integralità dell'atto solutorio.

Proprio le indicazioni emerse dall'indagine condotta sulla solidarietà fideiussoria comprovano che il fatto di cooperazione del debitore principale è concepito come immediato e primario rispetto a quello del fideiussore. I margini del potere creditorio paiono, cioè, modularsi in ragione dell'assetto di interessi prestabilito dal legislatore nel *nomen iuris*; e, poi, in virtù gli interessi delle parti i quali sottentrano nel predetto schema, influenzandone la concreta operatività¹⁵⁰. Nella fideiussione la compressione del *ius eligendi* creditorio è dunque primariamente motivata dalla differente posizione che, per regola, garante e debitore principale assumono nella dinamica relazionale del rapporto obbligatorio. Quest'ultimo, avendo quale scopo la composizione di una concorrente esigenza del debitore (o dei più debitori) di liberarsi dal vincolo, da un lato, e del creditore di essere soddisfatto, dall'altro, obiettivizza verso l'esterno la diversità di interesse interna al gruppo di debito.

La nitida emersione del momento di cooperazione nella solidarietà sembra peraltro raccordarsi con il peso che, sul piano più generale del rapporto obbligatorio, assume la tutela dell'interesse del debitore¹⁵¹, nonché, con riguardo alla teoria giuridica dell'adempimento, il suo

¹⁴⁹ L'idea è già di P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, cit., p. 371, ma l'Autore discorre non tanto di effetto, ma di «meccanismo» solidale.

¹⁵⁰ Prospettiva metodologica da cui pare muovere A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, rist. Napoli 1979, p. 11: «(...) da un lato l'ordine giuridico definisce e delimita nettamente un proprio piano di interessi, costituendo in base ad esso l'essenza concettuale rigida del *nomen iuris*, d'altro lato ammette l'interferenza di piani di interesse esterni che possono modificare e perfino eliminare gli obiettivi giuridici iniziali (...)».

¹⁵¹ In proposito, v. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1984, pp. 2-3, il quale, sebbene neghi l'esistenza di un diritto ad adempiere del debitore, riconosce la particolare rilevanza della tutela dell'interesse di tale soggetto nel rapporto obbligatorio, così come la decisività dalla legge conferita alla decisione in ordine alle modalità con cui deve avvenire l'estinzione dell'obbligazione. In senso parzialmente diverso, cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pp. 10 ss. p. 33, che configura un vero e proprio diritto soggettivo ad adempiere del debitore. Su quest'ultimo tema, v. Cap. III, para. 4, nota 155.

comportamento in ordine alle modalità con cui deve realizzarsi l'estinzione del vincolo. Dato che è già primariamente desumibile dalla invocata norma posta dall'art. 1236 c.c., che conferisce al debitore la facoltà di non profittare della liberazione per remissione del creditore¹⁵².

Nella solidarietà fideiussoria la legge esige dal creditore «lo spiegamento dell'energia complementare occorrente ad integrare lo sforzo che egli deve sopportare per l'adempimento»¹⁵³. Sforzo che si concreta nel sopportare la rifluenza verso di lui dell'articolazione disuguale della solidarietà e, dunque, nell'onere di osservanza di un ordine nella richiesta di adempimento, cui allude l'art. 1293 c.c. per fondare (anche) i casi di responsabilità, ad un tempo, solidale e sussidiaria¹⁵⁴.

La dottrina prevalente associa però la cooperazione richiesta al creditore alla situazione giuridica dell'onere (*Obliegenheit*) e non dell'obbligo, in quanto il vincolo sarebbe finalisticamente orientato alla protezione dell'interesse del creditore¹⁵⁵, il quale sarebbe sempre

¹⁵² U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, cit., pp. 2-3, reputa, in tal senso, risolutivo il riferimento all'art. 1236 c.c.

¹⁵³ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 12, ove il riferimento è, più in generale, al rapporto obbligatorio.

¹⁵⁴ In questi termini, P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 68. Per più dettagliati riferimenti sul pensiero dell'Autore, cfr. Cap. I, para. 8, nota 382.

¹⁵⁵ In tal senso, cfr., tra molti, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. Napoli, 1978, p. 117; G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 56; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano, 2019, pp. 374-375; C. CAMARDI, *sub art. 1206*, in *Delle obbligazioni*, I, *Della mora del creditore*, Artt. 1173-1217, a cura di V. CUFFARO, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, p. 761; F. GAMBINO, *Le obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2015, p. 258. Prima dell'introduzione del BGB, in cui non compaiono riferimenti al concetto di colpa (*Culpa-Theorie*) in relazione al contegno creditorio in vista dell'adempimento, una parte della dottrina equiparava il dovere del debitore di adempiere a quello del creditore di cooperare. Si tendeva, cioè, a considerare la mora del creditore come un riflesso della mora del debitore, sì che pareva configurabile un obbligo a carico di entrambi i soggetti. Così C.O. VON MADAI, *Die Lehre von der Mora. Dargestellt nach Grundsätzen des Römischen Rechts*, Halle, 1837, pp. 237 ss., pp. 449 ss. Sulla scia di una successiva impostazione già promossa dal F. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, 1855, p. 133 ss., e poi dal J. KOHLER, *Annahme und Annahmeverzug*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 17, 1879, pp. 261 ss. (ma v. già ID., *Der Gläubigerverzug*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, Bd. 13, 1897, pp. 149 ss.), la dottrina tedesca riconduce oggi la cooperazione richiesta al creditore alla situazione dell'onere e in ciò decisiva pare esser stata la scelta del legislatore del BGB di non menzionare il requisito della colpa per la operatività dell'istituto della mora del creditore (*Verzug des Gläubigers*). V., tra molti ma con diversità di accenti e vedute, L. ROSENBERG, *Der Verzug des Gläubigers. Voraussetzungen und Wirkungen nach dem B.G.B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 43, 1901, p. 141; U. HÜFFER, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge*, Berlin, 1976, p. 19, il quale, invocando la categoria dell'onere compiutamente elaborata da Reimer Schmidt (*Die Obliegenheiten*, Karlsruhe, 1953, pp. 130 ss., ma *passim.*) – come peraltro fa la gran parte della letteratura giuridica tedesca successiva – osserva che ricorre sì una

libero di esercitare il suo diritto. L'onere importerebbe una posizione giuridica obbligatoria di minore intensità (*Verbindlichkeit geringerer Zwangsintensität*)¹⁵⁶; ma una qualificazione siffatta della situazione giuridica soggettiva del creditore, invero, confligge con i vari casi in cui egli è tenuto ad una prestazione in confronto del debitore¹⁵⁷. Quest'ultimo può avere, e lo si è detto, un interesse diretto a effettuare l'atto solutorio (arg. ex art. 1236 c.c.) ma il suo adempimento è spesso condizionato a un'attività del creditore: vi è lesione dell'interesse del lavoratore subordinato se questi, in virtù di un contratto regolarmente stipulato, pur essendo intenzionato a svolgere la propria attività in conformità alla normativa di legge, non riceve dal datore di lavoro le attrezzature e le protezioni adeguate che egli si era obbligato a garantire; parimenti, l'appaltatore, il quale ha diritto, se ciò è pattuito, a ricevere i materiali promessi dal committente per l'esecuzione dell'opera, vede leso il proprio interesse se controparte non provvede alla fornitura in quanto il rallentamento del lavoro incide sulla programmazione dell'attività d'impresa. Casi del genere non dovrebbero porre dubbî sulla configurabilità (almeno in questi casi) di un obbligo a carico del creditore, nella cui sfera giuridica potentemente sottentrano gli interessi del debitore o dei più debitori. Ma anche se quell'obbligo del creditore fosse negato, ciò «non può, tuttavia, far disconoscere che la legge non considera indifferente il punto di vista e, perciò, la decisione del debitore in ordine al modo, in cui l'estinzione dell'obbligazione debba avvenire»¹⁵⁸; e proprio il riferimento al modo dell'attuazione dell'obbligazione pare coordinarsi con la cennata norma posta dall'art. 1293 c.c., che, lo si ribadisce, positivizza la figura della solidarietà sussidiaria.

Verbindlichkeit ma essa non è «(...) eine Rechtspflicht im herkömmlichen Sinne, sondern eine Verbindlichkeit geringerer Zwangsintensität, die sich durch das Fehlen der Schadensersatzsanktion auszeichnet». Più di recente, sul tema M.-P. WELLER, *Die Vertragstreue*, Tübingen, 2009, p. 464; C.-H. CANARIS, *Gläubigerverzug und Unmöglichkeit*, in *Recht genau: Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag*, München, 2009, pp. 21 ss.

¹⁵⁶ U. HÜFFER, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, cit., p. 20, e già R. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten*, cit., pp. 102 ss., spec. p. 104. V. nota precedente.

¹⁵⁷ Per una recente critica alle impostazioni radicate sulla contrapposizione onere-obbligo in relazione all'attività di cooperazione del creditore all'adempimento, cfr. M. DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO e F. ANELLI, Milano, 2019, pp. 82 ss., spec. pp. 83 ss., secondo cui «[è] preferibile porre direttamente in relazione i rimedi previsti dalla legge con gli interessi protetti, evitando di interporre tra di essi il filtro di categorie che, in quanto elaborate a priori, non sembrano idonee a rappresentare efficacemente le conseguenze che derivano dal comportamento non cooperativo del creditore» (p. 86).

¹⁵⁸ Così U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, cit., p. 2 (enfasi aggiunta nel testo).

Gli interessi ad adempiere del debitore principale e del fideiussore presentano, pertanto, una diversa intensità. Lo dimostrano chiaramente le indagate previsioni in tema di surrogazione, regresso ed estinzione della fideiussione. Ma il rapporto di “subordinazione” fra gli interessi del debitore principale e fideiussore è ulteriormente comprovato da due ragioni: a) il garante non vuole adempiere in via primaria in quanto, se ciò accade, egli sopporta il *rischio* del mancato rimborso delle somme in sede di regresso e surrogazione; b) il debitore principale può voler essere coobbligato primario, giacché, dalla sua prospettiva, l’atto di adempimento da lui personalmente realizzato *non necessariamente equivale* all’adempimento del fideiussore non interessato (ancóra arg. ex art. 1236 c.c.).

Qui si innesta il profilo della pretesa del creditore, per il quale è forse ininfluenza l’identità del soggetto che effettua l’atto solutorio (art. 1180, comma 1, c.c.); ma la sua pretesa è mitigata dall’assetto di interessi dei condebitori, la cui attività deve *variamente* concorrere alla realizzazione dell’unitario interesse creditorio. Si comprende così che a servizio dell’interesse del creditore «la legge pon[ga] il potere giuridico di pretendere dall’obbligato lo spiegamento dell’energia occorrente a produrre la somma di utilità che formano oggetto dell’aspettativa»¹⁵⁹. Tale principio generale trova applicazione nella solidarietà fideiussoria, nella quale però i debitori potranno profondere quelle energie necessarie all’adempimento con diverse modalità (art. 1293 c.c.) se il rispettivo assetto di interessi si articola in senso obiettivamente disuguale. La concezione pare positivamente coordinarsi con la teoria che ravvede nella solidarietà uno «strumento di mediazione di interessi»¹⁶⁰, i quali possono, in certi casi, anche trascendere la dimensione individuale delle parti per raccordarsi a esigenze generali e collettive. Non a caso è stato autorevolmente osservato che l’*effetto* consente proprio di rappresentare la soluzione idonea per il contemperamento degli interessi in gioco¹⁶¹. Il che, per logica illativa, vale a comprovare la rivendicata natura modulabile della solidarietà; e, così, a legittimare la nostra critica verso quella consolidata impostazione che vorrebbe la sua funzione – e, per tal via, la sua disciplina – sempre avviluppata intorno al *favor creditoris*¹⁶².

¹⁵⁹ A. FALZEA, *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 12.

¹⁶⁰ V. già D. ACHILLE, *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, cit., p. 124, il quale però giunge, e lo si è rilevato, pur sempre al riconoscimento della *libera electio* al creditore quale regola ordinaria di natura dispositiva. Cfr., per maggiori dettagli, Cap. II, para. 4.1, nota 125.

¹⁶¹ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 61.

¹⁶² Per una critica alla tradizionale veduta della solidarietà, v., sia pur da una diversa angolazione visuale, R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, in A. GORASSINI e R. SICLARI, *Di alcune specie di obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2013, pp. 173-178, p. 187.

5. La buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio solidale.

Il fatto di cooperazione dei condebitori nell'ambito delle obbligazioni solidali non è, dunque, sempre lo stesso e il dato di diritto positivo dimostra come non sia affatto indifferente il soggetto che lo realizza. L'affermazione trova piena rispondenza già nelle disposizioni che disciplinano nel codice civile i negozi di assunzione del debito altrui e il sistema cambiario, ai quali si è già fatto riferimento.

Sebbene, nell'ambito della solidarietà fideiussoria, il disuguale fatto di cooperazione dei condebitori si rifletta, per regola, sull'ordine che il creditore deve osservare per la richiesta di adempimento, il principio di buona fede e correttezza può anche porre in discussione la legittimità di condotte che costantemente prescindano dalla valutazione dell'effettivo stato in cui versano i contraenti. Ove, a mo' di esempio, sia certa la comunanza d'interesse fra fideiussore e debitore e quest'ultimo abbia oggettive difficoltà ad adempiere, potrà giustificarsi un riequilibrio delle posizioni in seno al gruppo di debito; sì che, in tal caso, dovrà reputarsi legittima una richiesta immediata di adempimento al garante, qualora egli sia già conscio delle difficoltà di realizzare il proprio interesse in sede di regresso. Qui il sacrificio imposto al fideiussore si fonda sul suo diretto coinvolgimento nella ragione che sorregge il debito garantito e nella consapevolezza della complessa situazione economica del coobbligato principale¹⁶³.

In un'ipotesi inversa, il principio di buona fede motiva il disallineamento delle posizioni dei condebitori di pari grado¹⁶⁴ ove il creditore rivolga, tra più obbligati con acclarata solvibilità, la sua richiesta di adempimento al soggetto che si trovi in stato di potenziale decozione¹⁶⁵. Può analogamente censurarsi, per contrarietà a buona fede, un abuso dello strumento processuale che si traduca in un'iniziativa del creditore, il quale, sul presupposto della parità di grado tra

¹⁶³ Si potrebbe dire, secondo l'impostazione di C.M. BIANCA, *Buona fede e diritto privato europeo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, cit., pp. 201 ss., in part. p. 204, che in un caso del genere, attinente alla fase attuativa dell'obbligazione, il sacrificio imposto al fideiussore non traduce una violazione del dovere – incombente qui sul creditore – di salvaguardare il suo interesse.

¹⁶⁴ L'ipotesi è estensibile anche ai coobbligati i quali, pur nella difformità delle relative posizioni iniziali (tipico è il caso della fideiussione), abbiano preventivamente acconsentito alla *libera electio* del creditore.

¹⁶⁵ V., con riferimento all'ultima ipotesi, R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, cit., p. 187.

condebitori, instauri diverse procedure esecutive benché egli sia già sufficientemente garantito per altra via¹⁶⁶.

La giurisprudenza si è poi confrontata di frequente con il caso in cui un condebitore solidale – anche senza interesse – compia atti di disposizione patrimoniale che diminuiscano la garanzia patrimoniale generica gravante sul suo patrimonio, sì da rendere quest’ultimo insufficiente in relazione all’entità del credito. Accertati i presupposti di legge, pacificamente si riconosce la facoltà del creditore di esercitare l’azione revocatoria *ex art. 2901 c.c.* in confronto del condebitore e del terzo acquirente, nonostante i patrimoni degli altri coobbligati in solido, anche singolarmente considerati, risultino in concreto idonei ad assicurargli la garanzia di cui all’art. 2740 c.c.¹⁶⁷ Il divisato orientamento, per quanto correttamente colga il fenomeno pluralistico sotteso alla solidarietà passiva¹⁶⁸, si radica sempre sul riconoscimento della *libera electio* del creditore; sì da esser stato positivamente accolto da quella dottrina che ravvisa nel *ius eligendi* un elemento naturale della solidarietà¹⁶⁹.

Siffatta soluzione, basata su principî sovente estesi alla materia del sequestro conservativo¹⁷⁰, presenta alcuni profili critici, in quanto pare trascurare la dimensione effettiva degli interessi

¹⁶⁶ Sembra conclusione pacifica che può, di recente, desumersi anche da Cass., 24 aprile 2020, n. 8151, in *Dir & Giust.* 2020, la quale, sebbene neghi che, nel caso oggetto di decisione, si sia verificata una violazione del principio di buona fede e correttezza per abuso dello strumento processuale azionato verso i debitori solidali, pare confermare la particolare rilevanza di quel principio quale criterio di valutazione per la condotta del creditore in vista della realizzazione del suo interesse.

¹⁶⁷ Il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità è indifferentemente applicato in caso di solidarietà a interesse comune e unisoggettivo: Cass., 26 giugno 2020, n. 12901, in *Rep. Foro. it.*, 2020, voce *Revocatoria*, n. 21; Cass., 31 marzo 2017, n. 8315, in *Rep. Foro. it.*, 2017, voce *Revocatoria*, n. 16; Cass., 22 marzo 2011, n. 6486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, pp. 1139 ss., con nota di L. MAIONE, *Solidarietà passiva e revocatoria*; Cass., 22 marzo 1990, n. 2400, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2871; Cass., 13 marzo 1987, n. 2623, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2594; Cass., 1 agosto 1960, n. 2264, in *Giur. it.*, 1961, I, p. 825. Su questa scia, nella giurisprudenza di merito, v., con riguardo alla revocatoria di un atto compiuto dal fideiussore (considerato quale comune debitore in solido), Trib. Milano, 18 luglio 2019, n. 7268, in *Red. Giuffrè* 2019. Recepiscono l’impostazione proposta dalla giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Trib. Roma, 6 febbraio 2020, in *Foro it.*, 2020, I, c. 1067; App. Torino, 12 novembre 2004, in *Foro pad.*, 2004, I, c. 90.

¹⁶⁸ Così, sia pure con qualche incertezza relativa al riferimento all’oggetto della prestazione, Cass., 22 marzo 2011, n. 6486, cit.: «(...) nel caso della solidarietà passiva si configura una pluralità di rapporti giuridici di credito – debito tra loro distinti ed autonomi, correnti tra il creditore ed ogni singolo debitore solidale ed aventi in comune solo l’oggetto della prestazione (...)».

¹⁶⁹ V., per tutti, A. D’ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 85.

¹⁷⁰ Sul tema, v. Cass., 4 dicembre 2019, n. 51576, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Garanzie patrimoniali penali*, n. 3, la quale afferma come dall’attribuzione al creditore della libera scelta del debitore (chiamato a rispondere in solido con altri) contro il quale agire, derivi poi «(...) l’ulteriore conseguenza che venendo in considerazione il rapporto diretto creditore/debitore il *periculum* in mora va valutato solo ed esclusivamente in relazione al singolo soggetto contro cui il creditore/parte civile ha chiesto il sequestro conservativo e non anche in relazione ai patrimoni complessivamente intesi di tutti i condebitori in solido (...)». Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Trento, 25

delle parti. Nonostante l'atto dispositivo compiuto dal debitore solidale non interessato sia suscettibile in certi casi di alterarne la solvibilità, tale circostanza non sempre importa un danno concreto per il creditore, quando egli possa poi agevolmente rivolgersi verso altri condebitori *principali* i cui patrimoni risultino ampiamente capienti¹⁷¹. Benché la pluralità di vincoli formalmente esiga l'autonomia delle garanzie patrimoniali dei condebitori¹⁷², la tesi secondo cui la prova dell'*eventus damni* sia da riferire esclusivamente alla situazione economica del debitore convenuto con quella azione – a nulla rilevando una complessiva indagine sulla solvibilità degli altri coobbligati in solido¹⁷³ – sembra infatti svalutare l'effettività del diritto creditorio¹⁷⁴. Anche se si prescindesse dal difetto della *libera electio* del creditore nei rapporti fideiussori¹⁷⁵, può infatti accadere che la disposizione patrimoniale del garante sia in concreto

settembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 433, secondo la quale la circostanza per cui, oltre al coobbligato solidale in confronto del quale sia richiesto il provvedimento di sequestro conservativo, vi siano altri condebitori, i cui patrimoni possono in concreto rappresentare una idonea garanzia per il creditore istante, non esclude la configurabilità del “*periculum*” in mora: il creditore, in virtù dei principi generali in tema di solidarietà, ha diritto di soddisfarsi per l'intero sul patrimonio di uno qualsiasi dei condebitori a sua insindacabile scelta; pertanto, deve essergli riconosciuto anche il diritto di agire in via cautelare verso quel medesimo debitore in quanto, altrimenti, egli rischia di perdere la garanzia del suo credito, essendo, in questa prospettiva, irrilevante la sussistenza in suo favore della garanzia generica del patrimonio degli altri coobbligati. Così anche Trib. Pordenone, 18 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3649, con nota di M. FABIANI, *Sequestro conservativo ex art. 146 l. fall.*, «*periculum in mora*» immanente e terzietà del giudice.

¹⁷¹ Sul tema, tra molti, v. R. CICALA, *Sulla revoca dell'atto fraudolento del debitore solidale ed in genere sulla conservazione delle garanzie nella solidarietà passiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, pp. 389 ss.

¹⁷² In tal senso, v. Cass., 26 giugno 2020, n. 12901, cit., la quale, assegnando alla solidarietà una funzione che ha costituito oggetto di critica nel corso della presente indagine, osserva: «(...) la funzione della solidarietà passiva – consistente nel garantire una più sicura e agevole realizzazione del diritto del creditore – viene assicurata mediante la costituzione di una pluralità di autonome responsabilità patrimoniali a garanzia del credito, le quali devono tutte contemporaneamente sussistere fino all'adempimento (o comunque all'estinzione) del debito, ciascuna indipendentemente dalla consistenza delle altre». I principi di diritto espressi sono già condivisi da Cass., 18 giugno 2019, n. 16221, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Revocatoria*, n. 39.

¹⁷³ Così, di recente, Cass., 26 giugno 2020, n. 12901, cit.

¹⁷⁴ Conclusione, quest'ultima, che trova significativo riscontro, in caso di sequestro conservativo, in un orientamento della giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 11 giugno 2015, in *Giur. it.*, 2016, p. 380, con nota di F. COSSIGNANI, *Periculum in mora e obbligazioni solidali*; Trib. S. Maria Capua Vetere, 20 gennaio 2004, in *Società*, 2004, p. 754, con nota di N. SOLDATI, *Responsabilità solidale di amministratori e sindaci ed ammissibilità delle misure cautelari*; Trib. Bari, 13 marzo 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2702. I principi innervanti le soluzioni qui offerte si giustificano – ad avviso dei cennati organi giudicanti – non tanto in virtù del principio di buona fede, ma in quanto l'obbligazione solidale darebbe luogo a un'unica situazione giuridica passiva facente capo a più soggetti. Da ciò consegue che: «(...) ai fini della concessione del sequestro conservativo deve prendersi in considerazione la valutazione complessiva del temuto pericolo con riguardo a tutti i debitori tenuti in solido». In tema di revocatoria, analogo principio è affermato da Trib. Trieste, 20.12.1931, in *Rep. Foro it.*, 1931, voce *Frode e simulazione*, n. 65, secondo cui «(...) per promuovere l'*actio* revocatoria nei confronti di un condebitore solidale l'*eventus damni* va calcolato in relazione al patrimonio anche degli altri coobbligati in via solidale».

¹⁷⁵ Si è infatti rilevato che l'orientamento giurisprudenziale consolidato muove proprio dal (discutibile) assunto secondo cui tutte le obbligazioni solidali necessariamente importino il riconoscimento della *libera electio* del

motivata da ragioni di assoluta necessità e che tale atto obiettivamente non alteri l'interesse del creditore, già sufficientemente garantito mercé le garanzie offerte dagli altri condebitori¹⁷⁶. Ciò impone all'interprete una valutazione concretizzante *ex bona fide*, con cui accertare se le ragioni del creditore siano realmente poste a repentaglio a séguito del necessitato atto dispositivo del debitore. In quest'ottica, il principio di buona fede consente di attenuare l'assolutezza di quella impostazione che, ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria¹⁷⁷, sempre prescinde da una indagine sulla solvibilità di tutti coobbligati quando uno di essi si trovi in situazione di oggettiva difficoltà ad adempiere.

L'operatività del canone di buona fede, il quale è ancorato a principî costituzionali che paiono ormai delineati dalla dottrina¹⁷⁸, sembra così adeguatamente coordinarsi con una veduta della solidarietà che ne enfatizza l'idoneità a comporre conflitti di interessi nell'ambito della fase attuativa delle obbligazioni; correlativamente, avvalora la necessità di svincolare la solidarietà dall'idea che intima essenza e funzione di essa risiedano nel *favor creditoris*, il quale degrada invece a risultato fisiologico determinato dall'operatività dell'effetto descritto dall'art. 1292 c.c.¹⁷⁹.

creditore. Sul tema, per più dettagliati riferimenti sulle decisioni di merito e di legittimità, v. Cap. III, para. 5, note 167 e 170.

¹⁷⁶ Il rilievo, suscettibile di estendersi anche alla valutazione sulla ricorrenza del *periculum* nel caso di sequestro conservativo, induceva infatti una parte della dottrina a osservare: «[i]n realtà in un solo caso sarebbe giustificato il sequestro, se tutti i debitori fossero egualmente insolventi». Così A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3^a ed. riv. e agg., Milano, 1949, p. 67, il quale peraltro rammenta come, in una prospettiva storica, nello stato pontificio già una legge di Paolo VI, la c.d. Riforma Paolina dell'anno 1612, stabilisse l'impossibilità di «(...) procedere all'arresto del debitore sospetto di fuga se questi aveva *«correum vel fideiussorem coobligatum favore creditoris»*» (pp. 66-67).

¹⁷⁷ A principî analoghi può pervenirsi, come si è rilevato, in tema di sequestro conservativo. V. Cap. III, para. 5, nota 174.

¹⁷⁸ Tra molti, cfr. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., p. 514; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., p. 421.

¹⁷⁹ In tal senso, v., da una diversa prospettiva metodologica, R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, cit., p. 187, il quale, tuttavia, motiva il declassamento del *favor creditoris* con l'emersione della comunanza di interessi tra condebitori quale elemento di primario rilievo nella configurazione della solidarietà. La conclusione può, a nostro avviso, essere condivisibile solo nella misura in cui ciò non implichi, sul versante dell'adempimento, una integrale svalutazione del momento della realizzazione dell'interesse del creditore, il quale preserva una rilevanza nell'ambito della teorica che rintraccia nella solidarietà uno strumento di mediazione di interessi.

6. Solidarietà modulabile ed *effetto*.

La decisiva rilevanza assunta dall'assetto di interessi delle parti induce infine a porre in discussione l'assunto secondo cui il nucleo della disposizione recata dall'art. 1292 c.c. si accenti su una categoria deontica¹⁸⁰, la quale si identificherebbe nella necessarietà di più debiti¹⁸¹; elemento, quest'ultimo, che peraltro non distingue la solidarietà da fenomeni simili che pure postulano quella pluralità¹⁸². Questo *modo del dover essere* si risolverebbe nel noto effetto estintivo di tutte le obbligazioni mercé l'esecuzione di una sola prestazione che sia equivalente alle altre¹⁸³. Si da non risultare scriminante la «modalità ontica» della prestazione, che può variamente consistere in un *facere*, in un *non facere*, o in un *dare* senza ostacolare l'operatività della solidarietà¹⁸⁴.

Una tale conclusione, e lo si è posto in luce, pone alcuni interrogativi sul modo di operare dell'effetto solidale: i poteri del creditore si conformano infatti anche in ragione delle *effettive* posizioni dei condebitori nella relazione obbligatoria. Alla luce del linguaggio omissivo dell'art. 1292 c.c. in merito al *ius eligendi* del creditore e della configurabilità di più modi della solidarietà (art. 1293 c.c.), già significativa appare l'affermazione di metodo per cui «[t]ra più effetti possibili secondo la lettera di un testo ambiguo prevale l'effetto migliore, cioè più conveniente alla soluzione pratica del problema»¹⁸⁵.

Il rilievo per cui il nucleo caratterizzante l'effetto solidale esprima non un modo del dover essere ma solo dell'essere¹⁸⁶ è in un dato già emerso nel corso dell'indagine: vi sono casi nei quali la solidarietà non ammette *un adempimento* indistinto per il tramite di una prestazione

¹⁸⁰ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 70, e, di recente, ID., *Sulla rinuncia alla solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 1099 ss., spec. p. 1101.

¹⁸¹ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 70.

¹⁸² A tal riguardo, Cap. I, para. 2.

¹⁸³ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 70, p. 75: «'[p]restazione', nel senso recato dall'art. 1292 cod. civ., è una 'modalità deontica'». Così, di recente, anche F. GAMBINO, *Le obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 568: «[i]l nome solidarietà appartiene dunque al mondo del dover essere (...)».

¹⁸⁴ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 75.

¹⁸⁵ Così A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 62, il quale descrive qui il c.d. «principio di convenienza dell'effetto al fatto».

¹⁸⁶ Sul tema, v. già C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, Vol. II, Pamplona, 1969, p. 61 ss., ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – Persone e famiglia. Garanzie e diritti reali*, t. 1, Milano, 2002, pp. 35 ss., spec. p. 41 (da cui le successive citazioni): «[c]on riferimento al principio di effettività, così, esso si presenta in sede di teoria generale come il termine di una ricorrente e insoluta antinomia tra *momento esistenziale* e *momento deontologico* del diritto» (enfasi aggiunta).

idonea a quel fine, ma esige, per contro, *l'adempimento* di uno specifico soggetto. In altri termini, l'atto solutorio di un coobbligato, per quanto soddisfi il solo interesse di una parte (destinatario del pagamento), può non risultare coerente con la valutazione complessiva che emerge dalla combinazione degli interessi sottesi alle posizioni debitorie e creditorie. Non qualsiasi adempimento risulta idoneo, ma solo quello effettivamente rispondente alla combinazione degli interessi obiettivi di tutte le parti; sì che l'eventuale pagamento compiuto in via primaria dal fideiussore, pur realizzando l'interesse del creditore, è per solito inidoneo a soddisfare il complessivo assetto di interessi delle parti. In realtà, la dottrina dell'equivalenza, la quale ravvisa nell'art. 1292 c.c. una disposizione denominativa di un effetto, quando constata che «[i]l nesso delle obbligazioni disuguali non rompe il circuito del collegamento funzionale solidale, ma si svolge in coerenza con esso»¹⁸⁷, è poi costretta ad ammettere proprio l'effettività degli interessi *reali* dei condebitori ai fini della concreta conformazione del modo di espressione della solidarietà¹⁸⁸. Se essa si manifesta in varie forme strettamente correlate all'influenza esercitata dall'eterogeneo operare degli interessi¹⁸⁹, allora questi ultimi necessariamente integrano un dato effettivo che conferma, rafforza o modifica, l'assetto di interessi (pre-)individuato dal legislatore nel *nomen iuris*.

Il rilievo dimostra che la solidarietà non è un'idea o una categoria deontica ma un'entità sensibile al dato di esperienza¹⁹⁰; il quale qui si sostanzia pienamente nella fase attuativa delle

¹⁸⁷ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 96.

¹⁸⁸ M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 96: «[l']interesse esclusivo del debitore solidale esprime, non già una categoria diversa ed autonoma di obbligazioni solidali, ma uno dei 'modi' della solidarietà».

¹⁸⁹ Deve qui rammemorarsi il rilievo svolto dalla dottrina della equivalenza, la quale argomenta nel senso della inconciliabilità fra titolarità del peso dell'obbligazione e solidarietà. Così M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 92: «[m]a il profilo della titolarità è estraneo alla struttura della solidarietà». Può, però, obiettarsi che, in questo ambito, il ricorso al concetto di "titolarità" del peso del debito non sottende un *quid* incompatibile con l'effetto solidale: la titolarità non è correlata a un diritto ma costituisce la misura dell'interesse (del condebitore) che sottentra nel regolamento negoziale, condizionandone l'effetto. Nella segnata prospettiva, è chiaro che il concetto di titolarità del peso del debito è il problema dell'interesse nella situazione giuridica. Non può dunque declinarsi come titolarità astratta o formale del debito, senz'altro estranea alla struttura della solidarietà.

¹⁹⁰ Sulla correlazione fra essere e realtà, v. F. ORESTANO, *Il nuovo realismo*, Milano, 1939, pp. 137 ss., spec. p. 144, il quale individua nell'esperienza il punto di avvio della propria indagine: «[s]celgo invece un fatto, un dato, che è al tempo stesso il più semplice, il più certo, il più evidente, universalissimo e concretissimo, posizione assoluta insopprimibile e incontrovertibile: l'*esperienza*; e dico: l'*esperienza* è» (corsivo dell'Autore). Pur nell'ambito di una diversa riflessione, paiono significative le osservazioni svolte da C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, cit., p. 42: «[q]uello che (...) ci preme invece di sottolineare è che la dottrina del diritto positivo può in via preliminare riconoscere un solo ed essenziale postulato: la necessità, cioè, di trarre dall'esperienza i dati di conoscenza e di

più obbligazioni tramite il costante riscontro con il piano degli interessi. Nella tracciata prospettiva, essa importa cioè una (ri-)valutazione del fatto¹⁹¹ – che, pur valorizzato oggi in diversi ambiti¹⁹², pare ancora trascurato negli studi sulla solidarietà – da cui l'effetto (solidale) risulta condizionato¹⁹³.

7. Le categorie dell'effetto solidale: *confirmativo, rafforzativo e oppositivo*.

Da siffatta angolazione visuale, più corretto sarebbe asserire che l'art. 1292 c.c., se si vuol ricorrere al dualismo fra essere e dover essere, individui semmai una categoria *ontica* nella misura in cui l'effetto solidale dipende dal complessivo assetto di interessi delle parti, il quale sottentra nello schema legislativo in tre possibili sensi: a) *confirmativo* dell'assetto di interessi (pre-)individuato dal regime del negozio che soggiace all'effetto solidale (es.: fideiussione semplice); b) *rafforzativo* del cennato assetto di interessi (pre-)individuato da quel regime, sì da rendere quest'ultimo inderogabile (es.: fideiussore soggetto debole); c) *oppositivo* se l'assetto di interessi confligge con quello (pre-)individuato dal regime legislativo, sicché questo si modifica in ragione di quello (es.: fideiussione "paritetica", per concorde volontà delle parti se il garante è soggetto interessato; o fideiussione paritetica in virtù del principio di buona fede). Le tre categorie individuate postulano tutte un fatto, in cui rifluisce anche l'elemento della pluralità di debitori o creditori il quale non può dirsi parte dell'effetto¹⁹⁴. Ad esempio, il fatto che il contratto sia stipulato da più soggetti¹⁹⁵ i quali si obblighino a soddisfare il medesimo

qualificazione del suo oggetto. È proprio nel rispetto di questo postulato che il giurista positivo può trovare la giustificazione del principio di effettività: inteso non come astratto criterio di validità della norma ma come espressione dell'esigenza che l'indagine di diritto assuma la norma così come essa si presenta nella realtà dell'esperienza di un determinato tempo e di un determinato luogo».

¹⁹¹ In proposito, cfr. C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, cit., p. 38, secondo cui ciò che «(...) è palesemente mancato alla dottrina privatistica continentale è stato il riconoscimento del fatto come fenomeno normativo» (p. 39).

¹⁹² Di recente, v. M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 1071 ss., spec. pp. 1076 ss.

¹⁹³ Spunti di metodo già in F. ORESTANO, *Il nuovo realismo*, cit., p. 164: «[i]l procedimento tipico ed essenziale va non dal soggetto all'oggetto per il tramite discendente e ascendente dell'esperienza, ma va dall'esperienza, posizione assoluta, tanto verso il soggetto quanto verso l'oggetto» (corsivo dell'Autore).

¹⁹⁴ Così, per contro, M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, cit., p. 70, secondo cui la pluralità di debitori sarebbe parte dell'effetto. Segnatamente, l'Autore reputa che la disposizione dell'art.1292 c.c. (denominativa dell'effetto solidale) «esordisc[a] descrivendo un 'modo del dover essere', una 'categoria deontica': la pluralità di debiti in capo a diversi soggetti».

¹⁹⁵ Tra i varî esempî considerati, proprio il contratto regolarmente concluso è già da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 23, considerato quale fatto o fenomeno condizionante da cui sorge l'obbligo di adempimento.

interesse creditorio determina l'insorgenza dell'effetto solidale. Quest'ultimo dipende, dunque, dal verificarsi di un evento, identificabile in una legge, in un illecito o in un contratto regolarmente concluso, che, in quanto vede la partecipazione di più persone, impone loro l'adempimento di una prestazione sì equivalente ma subordinata alla valutazione dei rispettivi interessi.

Ciò comprova che il modo di operare della solidarietà risulta, in quanto effetto (parte di una norma), modulabile in ragione di una realtà di interessi che si innesta sullo schema legislativo¹⁹⁶.

L'assetto di interessi cristallizzato dal regime ordinario di un negozio – ad esempio, quello fideiussorio, per regola radicato sul concetto dell'obbligazione sussidiaria del garante – può o meno coincidere con il programma di interessi delle parti che ricorrono allo strumento legislativo.

Sul piano concreto, il debitore (che risulta) di grado successivo, al quale il creditore domandi il pagamento in via immediata, può opporre al creditore il beneficio di preventiva attesa, il cui regime impone a quest'ultimo di attendere l'inadempimento del coobbligato primario. Qui l'effetto solidale conferma l'assetto di interessi individuato nel tipo fideiussorio, salvo che le parti espressamente pattuiscano un allineamento delle posizioni debitorie verso l'esterno.

Parimenti, l'esigenza di tutela del soggetto debole, che riflette un dovere di protezione trascendente la dimensione individuale, ben si concilia con l'assetto di interessi individuato dall'ordinario regime sussidiario della fideiussione, spingendosi però oltre: l'essenzialità di una tutela del fideiussore debole, in quanto riflette una esigenza meta-individuale¹⁹⁷ la quale assorbe anche quella delle singole parti contraenti, impone che la sua obbligazione sia non solo secondaria, in aderenza allo schema legislativo, ma immodificabilmente sussidiaria. Si realizza così un rafforzamento dell'effetto solidale sussidiario, che non potrà essere derogato in via pattizia: la necessità di rimediare alla posizione di concreta debolezza collide con una contraria previsione delle parti.

Se vi è difformità fra i due sistemi di interessi – la fideiussione è sussidiaria ma il garante, consapevole dell'impegno assunto, risulta soggetto pienamente interessato all'altrui debito –

¹⁹⁶ C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, cit., p. 42, nota 12: [i]n questo senso la regola giuridica è un'«entità reale» della società: ed è questa entità che l'esperienza coglie e distingue rispetto ad altri fenomeni, come ad es. quello dell'efficacia psicologica della norma o di altri fattori.

¹⁹⁷ P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., pp. 792 ss.

quello concreto prevale su quello tipizzato, salvo che sottentrino ragioni specifiche che lo impediscano. In questo senso, la preminenza della realtà oggettiva, che si sostanzia degli interessi delle parti, determina il modo di operare della solidarietà. Segnatamente, se l'assetto di interessi confligge con la conformazione legislativa del *nomen iuris*, in quanto, esemplificativamente, si accerti una comunanza di interessi fra fideiussore e debitore principale e il primo abbia già contezza delle difficoltà economiche del secondo, il principio di buona fede può giustificare un effetto contrario e opposto rispetto a quello tipizzato: i margini del potere creditorio si espandono sino all'attribuzione al relativo titolare del *ius eligendi*.

BIBLIOGRAFIA

ACHILLE D., *Il rapporto tra creditore e fideiussore*, in CUFFARO V. (diretto da), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, pp. 117 ss.

ACHILLE D., *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione*, in *Ann. del contratto*, Torino, 2017, pp. 129 ss.

ACHILLE D., CHERTI S., *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in RECINTO G., MEZZASOMA L., CHERTI S. (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, pp. 85 ss.

AFFAKI G., STOUFFLET J., *Les nouvelles Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758), Banque et droit*, n°130, 2010, pp. 37 ss.

ALBERTARIO E., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni con particolare riguardo alle obbligazioni alternative generiche indivisibili*, Milano, 1945.

ALBERTARIO E., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948.

ALBERTARIO E., *Efficacia del pactum de non petendo sulla obbligazione solidale romana*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, I, Milano, 1940, pp. 61 ss., ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, pp. 352 ss.

ALCIATI A., *Opera omnia*, Francofurti, 1617, t. II.

ALLARA M., *Delle obbligazioni (corso)*, Torino, 1939.

ALLARA M., *L'eccesso di norme nel diritto vigente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 243 ss.

ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 5^a ed., Torino, s.a., ma 1958.

ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, rist. Milano, 1992.

ALPINI A., *Il principio di solidarietà e le c.dd. obbligazioni solidali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 995 ss.

ALPINI A., *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014.

AMIRA K., *Nordgermanisches Obligationrecht*, vol. I, *Altschwedisches Obligationrecht*, Leipzig, 1882.

AMORTH G., *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 133 ss.

AMORTH G., *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959.

ANDRIOLI V., «*Actio iudicati*» derivante da sentenza di condanna generica, in *Foro it.*, 1949, I, c. 480.

ANGELICI C., *Le garanzie bancarie*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 12, *Obbligazioni e contratti*, t. 4, Torino, 1985.

ANGELONE M., *Solidarietà passiva e sussidiarietà fra coobbligati*, in PERLINGIERI P., POLIDORI S. (a cura di), *Domenico Rubino*, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, pp. 305 ss.

- ANGELONI V., *La cambiale e il vaglia cambiario*, 4^a ed., Milano, 1964.
- APPLETON C., *Étude sur les sponsores fidepromissores et fidejussores*, in *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, VI, 1876, pp. 541 ss.
- APPLETON C., *Les lois romaines sur le cautionnement*, rist. Whitefish, 2010.
- APPLETON C., *Les lois romaines sur le cautionnement*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 26, 1902, pp. 42 ss., e ristampato con il titolo *Les lois romaines sur le cautionnement*, rist. Whitefish, 2010.
- ARCHI G.G., *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1942, pp. 197 ss., ora in ID., *Scritti di diritto romano, I, Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato, 1*, Milano, 1981, pp. 371 ss.
- ARCHI G.G., *Scritti di diritto romano, I, Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato, 1*, Milano, 1981.
- ARCHI G.G., *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell'anno 1939 a ricordo di Guglielmo Castelli*, Milano, 1940, ora in ID., *Scritti di diritto romano, I, Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato, 1*, Milano, 1981, pp. 243 ss.
- ARNOLD S., *Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008.
- ASCOLI A., *Le obbligazioni solidali*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XI, Roma, 1890, pp. 121 ss.
- ASCOLI A., *Sulle obbligazioni solidali. A proposito di uno scritto di F. Eisele*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 1890, pp. 287 ss.
- ASCARELLI T., BONASI-BENUCCI E., voce *Cambiale*, in AZARA A., EULA E. (diretto da), *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, pp. 721 ss.
- ASQUINI A., *Corso di diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*, rist. riv., Padova, 1966.
- ASQUINI A., recensione – FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore* (Milano, 1947), in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, pp. 90 ss.
- ASTONE F., *L'assunzione del debito altrui, tra novazione soggettiva passiva e successione a titolo particolare nel debito*, in LIPARI N. (a cura di), *Rosario Nicolò*, Napoli, 2011, pp. 3 ss.
- ASTUTI G., *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, Torino, 2015.
- AUBRY C., RAU C., *Droit civil français*, 6^a ed., Paris, 1948.
- AUDIBERT A., *L'évolution de la formule des actions Familiae erciscundae et Communi dividundo*, in *Étude d'histoire du droit dédiées M. Charles Appleton à l'occasion de son XXV^e anniversaire de professorat*, Lyon-Paris, 1903, rist. London, 2018, pp. 3 ss.
- AURICCHIO A., *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971.
- AYNÈS L., CROCQ P. (avec le concours d'AYNÈS A.), *Droit des sûretés*, 13^e ed., Issy-les-Moulineaux, 2019.
- BACCAGLINI L., *Il processo sulle obbligazioni solidali «paritarie» e l'azione di regresso*, Padova, 2015.

- BALBUSSO S., *Il regresso nella solidarietà debitoria*, Milano, 2016.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, rist. 2^a ed., Milano, 1963.
- BARBA V., *Disposizioni testamentarie costitutive, modificative ed estintive di rapporto obbligatorio*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, pp. 15 ss.
- BARBA V., *Il legato di fideiussione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, pp. 416 ss., ora in PENNASILICO M. (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, pp. 137 ss.
- BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.
- BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, pp. 308 ss.
- BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 467 ss.
- BARENGHI A., *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, pp. 101 ss.
- BARENGHI A., *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, pp. 202 ss.
- BARGELLI E., *Postcontratto*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Milano, 2018, pp. 1163 ss.
- BARGELLI E., voce *Postcontratto*, in *Enc. dir., Ann.*, X, Milano, 2017, pp. 620 ss.
- BARILLÀ G., *Le Sezioni Unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, pp. 279 ss.
- BARTHEZ A-S, FAMILY R., VIGNERON S., *France*, in COLOMBI CIACCHI A., S. WEATHERILL S. (edited by), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010, pp. 229 ss.
- BATTELLI E., *La fideiussione*, in PIRAINO F., CHERTI S. (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, pp. 349 ss.
- BAUDRY-LACANTINERIE G., WAHL A., *Dei contratti aleatori, del mandato, della fideiussione e della transazione*, con addizioni dei Professori CAMPOGRANDE V., PACCHIONI G., in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, di BAUDRY-LACANTINERIE G., trad. it. sulla III edizione originale, a cura dei Professori BONFANTE P., PACCHIONI G., SRAFFA A., Milano, s.d.
- BAYER W., *Der Vertrag zugunsten Dritter. Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – Dogmatische Strukturen*, Tübingen, 1995.
- BEALE H., *General clauses and specific rules in the principles of European contract law: the 'Good Faith' clause*, in GRUNDMANN S., MAZEAUD D. (edited by), *General clauses and standards in European contract law: comparative law, EC law and contract law codification*, The Hague, 2006, pp. 205 ss.
- BEASLEY W., *Le cautionnement dans l'ancien droit grec*, Paris, 1902, rist. Roma, 1978.

- BEAUCHET L., *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, IV, Paris, 1897.
- BECKER-EBERHARD E., *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld, 1993.
- BENATTI F., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, pp. 171 ss.
- BENATTI F., voce *Garanzia (Contratto autonomo di)*, in *Noviss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, pp. 919 ss.
- BENEDETTI A.M., *Alle fonti della solidarietà: la ragion d'essere dell'art. 1294 c.c.*, in *Contratti*, 2013, pp. 9 ss.
- BENEDETTI A.M., *sub art. 1292*, in CUFFARO V. (a cura di), *Delle obbligazioni*, sez. III, *Delle obbligazioni in solido, artt. 1277-1320*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Comm. cod. civ.*, rist. Torino 2016, pp. 243 ss.
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. anast., 2007.
- BENEDETTI G., *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, pp. 783 ss.
- BERGER A., *Pactum de non petendo*, in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, pp. 615 ss.
- BERTOLINI A., *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, pp. 435 ss.
- BERTOLINI A., *Il postcontratto*, Bologna, 2018.
- BETTI E., *Della differenza fra «expromissio» e «delegatio» con riguardo alla responsabilità del delegante per insolvenza del delegato*, in *Annuario dir. comp.*, 1931, v. VI, p. I, pp. 11 ss.
- BETTI E., *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920.
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I, 2^a ed., Padova, 1942.
- BETTI E., *Risoluzione di affitto solidale per licenza di un solo affittuario*, in *Temi emiliana*, 1924, I, pp. 324 ss.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953.
- BEYERLE F., *Der Ursprung der Bürgschaft. Ein Deutungsversuch vom germanischen Rechte her*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, Bd. 47, 1927, pp. 567 ss.
- BIANCA C.M., *Buona fede e diritto privato europeo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, I, Padova, 2003, pp. 201 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, rist. agg., Milano 2019.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2^a ed., rist. agg., Milano, 2019.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali – la prescrizione*, Milano, 2012.
- BIANCA C.M., *Good Faith Related Duties of Disclosure and a View on Franchising*, in GRUNDMANN S., CAFAGGI F., VETTORI G. (edited by), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, London-New York, 2013, pp. 181 ss.

- BIANCA C.M., *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, Vol. II, Pamplona, 1969, p. 61 ss., ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – Persone e famiglia. Garanzie e diritti reali*, t. 1, Milano, 2002, pp. 35 ss.
- BIANCA C.M., *Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione*, in *Discriminazione razziale e autonomia privata. Atti del Convegno di Napoli del 22 marzo 2006*, Roma, 2006, pp. 64 ss.
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 205 ss., ora in ALPA G., ZATTI G. (a cura di), *Lecture di diritto civile*, Padova, 1990, pp. 509 ss., nonché in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, II, *Obbligazioni e contratti. Responsabilità*, t. I, Milano, 2002, pp. 407 ss.
- BIGIAMI W., *Accollo e contratto a favore di terzo*, in *Foro it.*, 1942, I, c. 917 ss.
- BIGIAMI W., *La delegazione*, Padova, 1940, rist. Napoli, 1981.
- BIGLIAZZI GERI L., *Commento all'art. 1469-bis, comma 1°, c.c.*, in BUSNELLI F.D., BIANCA C.M. (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1997, pp. 801 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 154 ss.
- BINDER J., *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899, rist. Whitefish, 2010.
- BINDER J., *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 77, 1926, pp. 75 ss.
- BIRKS P., *The roman law of obligations*, edited by DESCHEEMAER E., Oxford, 2014.
- BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, 2ª rist. Napoli, 1999.
- BISCONTINI G., *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980.
- BLANDINI A., *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, pp. 572 ss.
- BO G., *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milano, 1934.
- BO G., voce *Fideiussione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig.*, XVII, Torino, 1938, pp. 1123 ss.
- BOLGÀR V., *Abuse of rights in France, Germany and Switzerland: a survey of a recent chapter in Legal doctrine*, 35 *Louisiana Law Rev.*, 1975.
- BONELLI F., *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991.
- BONFANTE P., *I contratti a favore di terzi*, in *Studi per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, pp. 209 ss.
- BONFANTE P., *Il concetto unitario della solidarietà*, in *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni. Comunione e possesso*, rist. Torino, 1926, pp. 209 ss.

- BONFANTE P., SRAFFA A., *Solidarietà o mutua fideiussione*, in *Scritti giuridici varii*, IV, *Studi generali*, Roma, 1925, pp. 568 ss.
- BONILINI G., *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990.
- BORE J., *Le recours entre coobligés in solidum*, in *Juris-Classeur Périodique, La semaine juridique*, 1967, I, pp. 2126 ss.
- BORTOLUCCI G., *La fideiussione nell'Egitto greco-romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1905, pp. 265 ss.
- BOUGEROL L., *La réforme de la solidarité passive : illusions perdues et incertitudes*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 2016, pp. 25 ss..
- BOZZI G., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *La fideiussione*, Milano, 1957, pp. 869 ss.
- BOZZI G., *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990.
- BOZZI G. (a cura di), *La fideiussione*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, fondata da BIGIAMI W., diretta ALPA G., BONILINI G., BRECCIA U., CAGNASSO O., CARINCI F., CONFORTINI M., COTTINO G., JANNARELLI A., SESTA M., Torino, 2013, pp. 281 ss.
- BRACH T., *Die Funktion der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Bruchteilsgemeinschaft*, 2001.
- BRACKENHOEFT T., *Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse*, Göttingen, 1839.
- BRANCA G., *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 150 ss., ora in *Studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento*, I, Milano, 1959, pp. 53 ss.
- BRANCA G., *Unum debitum e plures obligationes*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, III, Milano, 1956, pp. 141 ss.
- BRAUN J.R., *Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pandecten-System*, I, Stuttgart, 1831.
- BRECCIA U., *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, in RIPEPE E. (a cura di), *Interrogativi sul diritto giusto*, Pisa, 2001, pp. 93 ss., ora in *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, pp. 291 ss.
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BRECCIA U., *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, pp. 751 ss.
- BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, pp. 11 ss., ora in ID., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, pp. 227 ss.
- BRECCIA U., *L'«atto dovuto»*, in *Rosario Nicolò*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 2011, pp. 91 ss.
- BRECCIA U., *Relazione (Diritto delle obbligazioni)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, pp. 1479 ss.

- BRIGANTI E., *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981.
- BRIGUGLIO F., *'Fideiussoribus succurri solet'*, Milano, 1999.
- BRIGUGLIO F., *Il plurisecolare conflitto creditore-garante: tra «Face to Face Society» e «Verrechtlichung»*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Milano, 2008, pp. 139 ss.
- BRINKMANN A., *Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander, insbesondere über die Zulässigkeit der einen oder der anderen Klage von Seiten der Theilnehmer einer Communion gegen einander*, Kiel, 1855.
- BRINZ A., *Der Begriff obligatio*, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat-und öffentliches Recht der Gegenwart*, I, 1874, pp. 11 ss.
- BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl., Bd. II/1, Erlangen, 1879.
- BRINZ A., *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 70, 1886, pp. 371 ss.
- BRIOLINI F., *Cambiale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, pp. 418 ss.
- BUCCISANO O., *La surrogazione per pagamento*, I, Milano, 1958.
- BUCKLAND W., *Principal and fideiussor. Consumptio litis*, in *Juridical Review*, 53, 1941, pp. 281 ss.
- BUSCH C., *Implementation of the Consumer Rights Directive Germany*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2014, pp. 119 ss.
- BUSNELLI F.D., *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pp. 393 ss., ora in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, t. 1, Milano, 1978, pp. 413 ss.
- BUSNELLI F.D., *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974.
- BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 556 ss., ora in GAROFALO L. (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, I, Padova, 2003, pp. 225 ss.
- BUSNELLI F.D., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 53 ss.
- BUSNELLI F.D., *Postfazione*, in BRECCIA U., BUSNELLI F.D. (a cura di), *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, Padova, 2015, pp. 181 ss.
- BYDLINSKI P., § 426, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 7. Aufl., München, 2016.
- CALDERAI V., voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. VII, 2014, pp. 447 ss.
- CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989.
- CALVO R., *Complessità personificata o individualità complessa del condomino-consumatore*, in *Giur. it.*, 2020, pp. 1320 ss.
- CAMARDI C., sub art. 1206, in CUFFARO V. (a cura di), *Delle obbligazioni*, I, *Della mora del creditore*, Artt. 1173-1217, in GABRIELLI E. (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Torino, 2012, pp. 761 ss.

- CAMILLERI E., *Appunti sulla struttura dell'espromissione cumulativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 645 ss.
- CAMPOBASSO G.F., *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, rist. 1^a ed. (1974) Napoli, 2013.
- CAMPOBASSO G.F., voce *Regresso (azione di)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, pp. 3 ss.
- CAMPOGRANDE V., *Trattato della fideiussione in diritto odierno*, Torino, 1902.
- CANARIS C.-H., *Gläubigerverzug und Unmöglichkeit*, in *Recht genau: Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag*, München, 2009, pp. 21 ss.
- CANIN P., *Les actions récursoires entre coresponsables*, Paris, 1996.
- CANTARELLA E., *La fideiussione reciproca ("ALLHLEGGH" e "mutua fideiussio")*. *Contributo allo studio delle obbligazioni solidali*, Milano, 1965.
- CARDILLI R., *Garanzie personali e obbligazione*, in PIRO I. (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, I, Tricase, 2016, pp. 543 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Gratuità nei negozi di garanzia*, in *Scritti minori*, I, Napoli, 1986, pp. 82 ss.
- CARNELUTTI F., *I possessori di cambiali non scadute nella procedura di concordato preventivo del girante*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917, pp. 342 ss.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale. Processo di esecuzione*, I, Padova, 1932.
- CARPINO B., *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in GALGANO F. (a cura di), *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.
- CARPINO B., *Espromissione cumulativa e fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, pp. 404 ss.
- CARRELLI O., *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, pp. 80 ss.
- CARUSI D., *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di P. Rescigno*, Napoli, 1998.
- CATTANEO G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.
- CAZZETTA G., *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 559 ss.
- CEOLIN M., *Sul concetto di accessarietà nel diritto privato*, Torino, 2017.
- CERINI D., *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano, 2003.
- CERCHIA R.E., *Uno per tutti, tutti per uno. Itinerari della responsabilità solidale nel diritto comparato*, Milano, 2009.
- CHABAS F., *Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal*, in *Recueil Dalloz*, 1970, pp. 113 ss.
- CHABAS F., *Remarques sur l'obligation in solidum*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pp. 310 ss.

CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e ed., Paris, 2018.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2^a ed., rist. 2^a ed., Napoli, 1960.

CHIZZINI A., *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in BALENA G., CAPONI R., CHIZZINI A., MENCHINI S., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino 2009, pp. 155 ss.

CIAN G., *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, pp. 723 ss.

CICALA R., *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, rist. 1^a ed. (1953), Napoli, 2010.

CICALA R., *Espromissione*, 2^a ed., Napoli, 1995.

CICALA R., *Fideiussione o accollo*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1960, pp. 495 ss.

CICALA R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968.

CICALA R., *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, 3^a ed., Napoli, 2008.

CICALA R., *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, pp. 146 ss.

CICALA R., *Sulla revoca dell'atto fraudolento del debitore solidale ed in genere sulla conservazione delle garanzie nella solidarietà passiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, pp. 389 ss.

CICALA R., voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 289 ss.

COLLINET P., *La garanzia solidale in diritto romano. Memoria presentata alla Classe di Scienze Morali della R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna nella Sessione del 9 marzo 1931*, Bologna, 1931.

COLLINET P., *Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident. Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, 1912.

COLLINS H., *Good Faith in European Contract Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 14, 1994, pp. 229 ss.

COLOMBI CIACCHI A., *Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships*, in *ERPL*, 2005, pp. 285 ss.

COLOMBI CIACCHI A. (edited by), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007.

COLOMBI CIACCHI A., WEATHERILL S. (edited by), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010.

CONIGLIO A., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3^a ed. riv. e agg., Milano, 1949.

CORAPI G., *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010.

CORRIAS P., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006.

- CORRIAS P., *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 348 ss.
- COSTA P., *Pecunia constituta: Ipotesi interpretative*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXVII, 2011, pp. 129 ss.
- COSSIGNANI F., *Periculum in mora e obbligazioni solidali*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 380 ss.
- COUCOUREX J., *Des délits et quasi-délits civils imputables à plusieurs personnes*, Toulouse, 1903.
- CROCQ P., *Les développements récents de l'obligation d'information de la caution*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, 1999, pp. 349 ss.
- CROME C., *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. con note di ASCOLI A., CAMMEO F., Milano, 1908.
- CROME C., *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen und Leipzig, 1902.
- CUCCOVILLO M., *Le nuove norme uniformi della Camera di Commercio Internazionale sulle garanzie a prima domanda (pubblicazione n. 758/2010): prime osservazioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, pp. 211 ss.
- CUJACII J., *Comm. in lib. IV Quest. Pap., ad L. 116, de verb. obl.*, in *Opera omnia IV, Mutinae 1777*.
- CZYHLARZ K., *Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Österreich)*, Bd. 3, 1876, pp. 59 ss.
- D'ADDA A., *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da MENGONI L., continuato da SCHLESINGER P, ROPPO V., ANELLI F., Milano, 2019.
- D'ALESSANDRO E., *L'art. 1306 c.c. e il "lessico" delle corti*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, Padova, 2015, pp. 129 ss.
- D'AMELIO M., voce *Abuso del diritto*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, pp. 49 ss., ora nella voce (pubblicata postuma), *Abuso del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 95 ss.
- DAMIANI E., *Ratio ed ambito di applicazione del divieto di costituire ipoteca per testamento*, in *Domenico Rubino*, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, pp. 555 ss.
- D'AMICO G., *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, pp. 1 ss.
- DE BOOR H.O., *Die Kollision von Forderungsrechten*, Berlin-Wien, 1928.
- DE CRISTOFARO G., *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, pp. 842 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 367 ss.
- DE CRISTOFARO M., *La tutela processuale del consumatore tra volontà di espansione ed opzioni conservative: contrasti in cerca di assestamento nella giurisprudenza della S.C.*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 114 ss.
- DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti, Artt. 2043-2059*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, 1979, pp. 181 ss.

- DE CUPIS A., *L'obbligazione sussidiaria nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, pp. 1 ss.
- DEIANA G., *Attribuzioni indirette e attribuzioni onerose nel contratto di fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, I, pp. 441 ss.
- DE LA FERIA R., VOGENAUER S. (edited by), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Oxford and Portland, 2011.
- DELLACASA M., *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da MENGONI L., continuato da SCHLESINGER P., ROPPO V., ANELLI F., Milano, 2019.
- DELLACASA M., *sub art. 1303*, in *Delle obbligazioni*, sez. III, *Delle obbligazioni in solido*, artt. 1277-1320, a cura di V. CUFFARO, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, rist. Torino 2016.
- DEL PRATO E., *Sulla transazione del debitore in solido*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 53 ss.
- DE MARTINO F., *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, *Diritto privato*, Napoli, 1995.
- DE MARTINO F., *Le garanzie personali dell'obbligazione*, Roma, 1940.
- DE MARTINO F., *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 1940, pp. 134 ss., ora in ID., *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, *Diritto privato*, Napoli, 1995, pp. 417 ss.
- DE MARTINO F., *Studi sulle garanzie personali. II. Intorno alla storia della «sponsio»*, Napoli, 1938, ora in ID., *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, pp. 274 ss.
- DE MARTINO F., voce *Fideiussione (diritto romano)*, in AZARA A., EULA E. (diretto da), *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 271 ss.
- DE MEO R., *L'espromissione*, in JANNARELLI A. (a cura di), *La circolazione del debito*, II, *Delegazione espromissione accollo*, in GAROFALO L. (diretto da) *Trattato delle obbligazioni*, IV, Padova, 2016, pp. 231 ss.
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, rist. Napoli, 2014.
- DENOZZA F., *Le garanzie fideiussorie*, in NIGROE VOLPE PUTZOLU A. (a cura di), *Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, Milano, 1985, pp. 159 ss.
- DERRIDA F., *De la solidarité commerciale*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1953, pp. 329 ss.
- DE SEMO G., *Le obbligazioni in materia di commercio*, Roma, 1916.
- DE SEMO G., *Trattato di diritto cambiario*, 3^a ed. riv., Padova, 1963.
- DE VILLA V., voce *Pactum de non petendo*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, pp. 408 ss.
- DEVINE D.J., *Some comparative aspects of the doctrine of abuse of rights*, in *Acta Juridica*, 1964, pp. 148 ss.
- DIBANGUE G., *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement. Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, Paris, 2017.

- DI MAJO A., *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 797 ss.
- DI MAJO A., *La buona fede oltre il contratto*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 332 ss.
- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- DI MAJO A., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S., II, Milano, 2007.
- DI MAJO A., voce *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 298 ss.
- DI NELLA L., *La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la Mithaftung von Nahbereichspersonen*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 1191 ss., ora in PENNASILICO M. (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, pp. 411 ss.
- DI ROBILANT A., *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, 61 *Hastings Law Journal*, 2010, pp. 687 ss.
- DI SABATO F., *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, pp. 490 ss.
- DISTASO N., *Le obbligazioni in generale*, in BIGIAVI W. (diretta da), *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1970.
- DOLMETTA A.A., *Il fideiussore può anche essere consumatore*, in *dirittobancario.it*, 2014, pp. 1 ss.
- DOLMETTA M.C., *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, pp. 281 ss.
- DONATI A., *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 37 ss.
- DONDERO B., *La présomption de solidarité en matière commerciale: une rigueur à modérer*, in *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 1097 ss.
- DONEAU H., *Commentarii in codicem Iustiniani*, in *Opera omnia I*, Lucae, 1765.
- D'ORAZI FLAVONI M., *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, in GROSSO G., SANTORO-PASSARELLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1961.
- EHMANN H., *Die Gesamtschuld. Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen*, Berlin, 1972.
- EHMANN H., *Gesamtschulden – Abschied von der Einheits-Gesamtschuld?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 211, 2011, pp. 491 ss.
- EISELE F., *Correalität und Solidarität*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 77, 1891, pp. 374 ss.
- ENNECERUS L., LEHMANN H., *Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch*, in *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, begr. ENNECERUS L., KIPP T., WOLF M., Bd. II, 15. Aufl., Tübingen, 1958.
- ESSER J., SCHMIDT E., *Schuldrecht*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000.
- FABER G., *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Colonia Allobrogum, 1626.

- FABIANI M., *Sequestro conservativo ex art. 146 l. fall.*, «periculum in mora» immanente e terzietà del giudice, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3649 ss.
- FADDA C., *Sulla dottrina della novazione. Appunti*, Cagliari, 1880.
- FAGES B., *Droit des obligations*, 9^e ed., Issy-les-Moulineaux, 2019.
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, rist. Napoli 1979.
- FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, rist. 1^a ed (1947) Milano, 2011.
- FALZEA A., *Sistema normativo e analitica della norma*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, I, *teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 5 ss.
- FALZEA A., voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 682 ss., ora in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, *dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 809 ss.
- FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 432 ss., ora in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, *dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 3 ss.
- FEHLBERG B., *The Husband, the Bank, the Wife and her Signature*, in *The Modern Law Review*, 57, 1994, pp. 467 ss.
- FEHLBERG B., *The Husband, the Bank, the Wife and her Signature. The Sequel*, in *The Modern Law Review*, 59, 1996, pp. 675 ss.
- FERRANTE E., *Accollo e responsabilità sussidiaria: a proposito di una sentenza "annunciata"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 255 ss.
- FILOMUSI-GUELFI F., *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1904.
- FIORENTINI F., *Italy*, in A. COLOMBI CIACCHI, S. WEATHERILL (edited by), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010, pp. 353 ss.
- FITTING H., *Die Natur der Correalobligationen*, Erlangen, 1859.
- FLUME W., *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar, 1932.
- FONTAINE M., *The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010*, in *Unif. L. Rev.*, 16, 2011, pp. 549 ss.
- FÖRSTER C., *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010.
- FRAGALI M., *Delle obbligazioni. Fideiussione – mandato di credito, Art. 1936-1959*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1958.
- FRAGALI M., voce *Assicurazione del credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 528 ss.
- FROTZ G., *Dogmatische Fortschritte im Verständnis der Regreßmethoden bei Schuldnermehrheit? Zugleich eine Besprechung von Walter Selb, Schadensbegriff und Regreßmethoden*, in *JZ*, 19. Jahrgang, 1964, pp. 665 ss.

- GABRIELLI E., *I contraenti*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, pp. 113 ss.
- GALDI M., *Trattato della fideiussione in diritto civile, commerciale ed amministrativo*, Napoli, 1901.
- GALGANO F. (a cura di), *Dei titoli di credito, Artt. 1992-2027*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2010.
- GALGANO F., *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2^a ed., Padova, 2010.
- GALLO F., *Sulla asserita sopravvivenza del «pactum de non petendo» nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 129 ss.
- GALLO P., *L'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile*, IV, Torino, 2019.
- GALLO P., *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 984 ss.
- GAMBARO A., *Abuso del diritto*, II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.* I, Roma, 1988, p. 1 ss.
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, VIII, Milano, 1995.
- GAMBINO A., *Fideiussione, fideiussio indemnitas e polizze fideiussorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, pp. 57 ss.
- GAMBINO F., *Le obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2015.
- GANGI C., *Ancora sul concetto dell'obbligazione e sulla distinzione tra debito e responsabilità*, in *Nuov. riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 98 ss.
- GANGI C., *Il concetto dell'obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilità*, in *Nuov. riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 22 ss.
- GANGI C., *Le obbligazioni. Concetto – obbligazioni naturali – solidali – divisibili e indivisibili*, Milano, 1951.
- GANGI C., *Scritti giuridici vari*, I, *Il debito e la responsabilità – Le obbligazioni naturali*, Padova, 1933.
- GAREIS W., *Die Verträge zu Gunsten Dritter: historisch und dogmatisch dargestellt*, Würzburg, 1873.
- GEIB G., *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, 1894.
- GENTILI A., *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 228 ss.
- GENTILI A., *Solidarietà e transazione secondo l'art. 1304 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2009, pp. 315 ss.
- GHINI C., *Ancora sulla cosiddetta solidarietà delle obbligazioni cambiarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, pp. 86 ss.
- GHINI C., *Brevi appunti sui rapporti fra confirmatari in cambiale*, in *Dir. Comm.*, 1916, I, pp. 17 ss.
- GHINI C., *I rapporti fra confirmatari la cambiale*, in *Foro it.*, 1927, I, c. 1190 ss.

- GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, rist. Napoli, 2010.
- GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso oggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, pp. 335 ss., ora in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pp. 77 ss.
- GIAQUINTO A., *Delle obbligazioni in solido*, in D'AMELIO M., FINZI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, I, Firenze, 1948.
- GIERKE O., *Schuld Und Haftung im älteren deutschen Recht. Insbesondere Die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1910.
- GIORGIANNI M., *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1937, pp. 275 ss.
- GIORGIANNI M., *Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse: lineamenti di un sistema*, in *Annali del Seminario Giuridico. Università di Catania*, VI-VII (1951-1953), Milano, 1953, pp. 136 ss.
- GIORGIANNI M., *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Scritti minori*, 1988, pp. 597 ss.
- GIORGIANNI M., voce *Creditore apparente*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1968, pp. 1158 ss.
- GIORGIANNI M., voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 675 ss.
- GIRTANNER W., *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Bd. I/1, *Das römische Recht*, Jena, 1850, pp. 1 ss.; in Bd. I/2, *Dogmengeschichte des Mittelalters und der neuen Zeit*, Jena, 1850, pp. 147 ss.; in Bd. II, *Das geltende gemeine Recht*, Jena, 1851, pp. 315 ss.
- GIUFFRÈ V., *Commerci a distanza e garanzie personali*, in ID., *Divagazioni intorno al diritto romano*, Napoli, 2014, pp. 271 ss.
- GIUFFRÈ V., *Divagazioni intorno al diritto romano*, Napoli, 2014.
- GIUSTI A., *La fideiussione e il mandato di credito*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), MENGONI L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVIII, 3, 1998.
- GNANI A., *La responsabilità solidale, Art. 2055*, in SCHLESINGER P. (fondato da), BUSNELLI F.D. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2005.
- GNANI A., *L'obbligazione soggettivamente complessa nel quadro del diritto privato europeo*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, Padova, 2015, pp. 3 ss.
- GÓMEZ LIGUERRE C., *'Solidary' liability and the Channeling of Liability*, in BORGHETTI J-S., WHITTAKER S. (edited by) *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford, 2019, pp. 263 ss.
- GOUËZEL A., *La subsidiarité en droit privé*, Paris, 2013.
- GRASSO B., *Delegazione, espromissione e acollo*, in SCHLESINGER P. (fondato da), BUSNELLI F.D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2011.
- GRASSO B., *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2001.

- GRONDONA M., recensione – BERTOLINI A., *Il postcontratto* (Bologna, 2018), in *Annuario del contratto 2018*, diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2018, pp. 297 ss.
- GRÜNBERGER M., *Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*, Baden-Baden, 2013.
- GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, trad. it. di Sirena P., in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 365 ss.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, rist. Napoli, 1990.
- GUTTERIDGE H.C., *Abuse of rights*, 5 *Cambridge Law Journal* 22, pp. 1933 ss.
- HABERSACK M., *Der Regreß bei akzessorischer Haftung*, in *AcP*, Bd. 198, 1998, pp. 152 ss.
- HABERSACK M., *Die Akzessorität – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts*, in *JZ*, 52. Jahrgang, 1997, pp. 857 ss.
- HABERSACK M., *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München, 2020, § 774.
- HABERSACK M., ZIMMERMANN R., *Recent developments in German Suretyships Law: Legal Change in a Codified System*, in *Edinburgh Law Review*, 3, 1999, pp. 272 ss.
- HECK P., *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929.
- HEINEMEYER S., in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl., München, 2019, § 421.
- HENKE A., *I limiti soggettivi di efficacia della transazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1029 ss.
- HILLENKAMP U., *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, Hamburg, 1966.
- HOLLEAUX G., *note sous Cass. civ. 4 décembre 1939*, in *Recueil Dalloz critique*, 1941, p. 124 ss.
- HÖNN G., *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München, 1982.
- HONTEBEYRIE A., *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, Paris, 2004.
- HÖRNIG N., *Fortbestand akzessorischer Sicherheiten. Eine gesellschaftsrechtliche Lösung am Beispiel der Bürgschaft bei Wegfall des Hauptschuldners*, Tübingen, 2018.
- HUECK G., *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1958.
- HUECK G., *Die Rechtsprechung zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, in *Bietrieb*, 1956, pp. 352 ss.
- HUET J., *L'obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs*, in *Revue de droit immobilier*, 1983, pp. 11 ss.
- HÜFFER U., *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge*, Berlin, 1976.

HÜTTEMANN L., *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Kreditbürgschaft. Eine Untersuchung und Weiterentwicklung gängiger Klauseln der Bürgschaftsgläubiger unter besonderer Berücksichtigung des Akzessorietäts - und Subsidiaritätsprinzips*, Berlin, 2020.

IRTI N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990.

JHERING R., *Reflexwirkungen oder Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 10, 1871, pp. 245 ss.

JOURDAIN P., *Pour un réexamen du droit des recours en contribution*, in *Responsabilité civile et assurances*, 2009, dossier 3.

KASER M., *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Aufl., München, 1971.

KELLER F.L., *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, rist. 1^a ed., Zürich, 1827.

KERR WYLIE J., *Solidarity and correality*, Edinburgh, 1923, rist. London 2018.

KLINGMÜLLER F., *Unechte Gesamtschuldverhältnisse*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 64, 1914, p. 31 ss.

KNAUS M., *Die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter nach römischem Rechte*, Berlin, 1875.

KOCH C.F., *Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, historisch-dogmatisch dargestellt*, Bd. II, 2. Aufl., Breslau, 1859.

KOHLER J., *Annahme und Annahmeverzug*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 17, 1879, pp. 261 ss.

KOHLER J., *Der Gläubigerverzug*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, Bd. 13, 1897, pp. 149 ss.

KOHLER J., *Die Menschenhülfe im Privatrecht*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 25, 1887, pp. 118 ss.

KOPPFELDS-SPIES K., *Die Cessio Legis*, Tübingen, 2006.

KREBE B., in BECKOGK, GesamtHrsg: GSELL B., KRÜGER W., LORENZ S., REYMANN C., Hrsg. D. LOOSCHELDERS, onl., 2020, § 421 BGB.

KÜBEL F.P. VON, *Vorlage 1878*, Bd. 4, *Gesamtschuldverhältniß*, in W. SCHUBERT, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse* (von Franz Philipp von Kübel u.a.), Bd. III, Berlin, 1980, pp. 1213 ss.

KÜHN A., *Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht. Am Beispiel einer Spaltung des Mehrpersonenverhältnisses zwischen deutschem und englischem Recht*, Tübingen, 2014.

KUNTZE J.E., *Die Obligationen im römischen und heutigen Recht und das jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit*, Leipzig, 1886.

LANDINI S., *Polizze fideiussorie, assicurazione e fideiussione ordinaria nella polisemia del termine garanzia del credito*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, pp. 83 ss.

LANDSBERGER B., *Solidarhaftung von Schuldner in babylonisch-assyrischen Urkunden*, in *Zeitschrift für Assyriologie und Vorderasiatische Archäologie*, n.F. I, Bd. 25, 1911, pp. 22 ss.

- LA PORTA U., *Brevi note sull'espromissione invertita*, in *Riv. not.*, I, 1996, pp. 739 ss., ora in *Studi in memoria di Raffaele Cicala*, II, Napoli, 2003, pp. 783 ss.
- LA PORTA U., *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., continuato da SCHLESINGER P., Milano, 2009.
- LA PORTA U., *Delle obbligazioni in solido*, Artt. 1292-1313, in SCHLESINGER P. (fondato da), BUSNELLI F.D. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2014.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987.
- LARENZ K., *Vertrag und Unrecht*, Teil I, *Vertrag und Vertragsbruch*, Hamburg, 1936.
- LATTES A., *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano, 1899.
- LÉCRIVAIN C., *Le cautionnement dans le droit grec classique*, in *Mémoires de l'Académie des sciences, inscriptions et belles lettres de Toulouse*, 1894, pp. 200 ss.
- LEPORE A., *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012.
- LE TOURNEAU P., JULIEN J., *Solidarité*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, 2004, pp. 24 ss.
- LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, 1912.
- LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, rist. Aalen, 1964.
- LIBERTINI M., *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 1071 ss.
- LIBERTINI M., SANFILIPPO P.M., *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, pp. 501 ss.
- LIEBE F., *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Braunschweig, 1840.
- LIEBS D., *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 86, 1969, pp. 169 ss.
- LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.
- LIPARI N., *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016.
- LIPARI N., *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 138 ss.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
- LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*, in *Giust. civ.*, 2020, pp. 362 ss.
- LUMINOSO A., *Sull'adempimento eccedente l'oggetto della prestazione dovuta*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, pp. 673 ss.
- LUZZATI M.A., *Sulla inapplicabilità all'avallo dell'art. 1957 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 23 ss.

- LUZZATTO R., *La comproprietà nel diritto privato*, Torino, 1909.
- LUZZATTO R., *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950.
- MACARIO F., *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie del credito*, in *questionegiustizia.it*, 29 maggio 2018.
- MACARIO F., *Garanzie personali*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2009.
- MACCARONE S., *Contratto autonomo di garanzia*, in IRTI N. (a cura di), *Dizionario del diritto privato*, Milano, 1981, pp. 379 ss.
- MADAI C.O. VON, *Die Lehre von der Mora. Dargestellt nach Grundsätzen des Römischen Rechts*, Halle, 1837.
- MADAUS S., *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit. Die Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Bürgschaft*, Berlin, 2001.
- MAFFEIS D., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 161 ss.
- MAFFEIS D., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007.
- MAGRI G., *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli, 2019.
- MAIONE L., *Solidarietà passiva e revocatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, pp. 1142 ss.
- MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962.
- MAKOWSY M., *Einwendungen aus fremdem Schuldverhältnis*, Tübingen, 2019.
- MALAURIE P., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK P., *Droit des obligations*, 10^e ed., Paris, 2018.
- MANNINO V., *Fideiussione e accessorietà*, in VACCA L. (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica (Salisburgo, 13-15 settembre 2001)*, Torino, 2003, pp. 55 ss.
- MANNINO V., *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, pp. 616 ss.
- MANTELLO M., *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008.
- MANTELLO M., *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2014, pp. 439 ss.
- MAROIG-VENIER F., *Refonte du code de la consommation par l'ordonnance du 14 mars 2016 : incidence sur le cautionnement*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, n° 3, 2016, pp. 261 ss.
- MARTORANO F., *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, Napoli, 1979.
- MASI A., *Solidarietà (diritto romano)*, in A. AZARA e E. EULA (diretto da) *Noviss. Dig. it.*, XVII, 1970, pp. 830 ss.
- MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, 2^a ed., Torino, 1995.

- MATTEUCCI A., *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1298 ss.
- MATTOUT J.-P., *La révision des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (n° 758)*, in *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 1296 ss.
- MAZEAUD L., *Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, pp. 141 ss.
- MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.
- MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, vol. 20, *Tutela dei diritti*, Torino, 1998.
- MEDICUS D., *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Köln, 1994.
- MEIER S., *Gesamtschulden: Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010.
- MEIER S., *Plurality of parties*, in JANSEN N., ZIMMERMANN R. (edited by), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, pp. 1557 ss.
- MELUCCI P., *La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano*, Torino, 1884.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, in A. PROTO PISANI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, 2^a ed., Torino, 2002.
- MENGGONI L., *Gli acquisti a non domino*, 3^a ed., Milano, 1975, rist. inalt. Milano, 1994.
- MENGGONI L., *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, pp. 156 ss., ora in CASTRONOVO C., ALBANESE A., NICOLUSSI A. (a cura di), *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, pp. 53 ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9^a ed. riv. agg., III, Milano, 1959.
- MESSINETTI D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, pp. 1 ss.
- MEZZANOTTE F., *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, in GRANELLI C. (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2017, pp. 420 ss.
- MEZZANOTTE F., *L'allocatione convenzionale del rischio «da illecito» (con particolare riguardo alle sanzioni amministrative pecuniarie)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 203 ss.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 1, 3^a ed., Torino, 1982.
- MICKLITZ H.-W., *The politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018.
- MIGNOT M., *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Paris, 2002.
- MINNECI U., *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, II, pp. 688 ss.

- MIRAGLIA C., *Pluralità di debitori e solidarietà*, Napoli, 1984.
- MITTEIS L., *Zur Lehre von den passiven Gesamtschuldverhältnissen*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Österreich)*, Bd. 14, 1887, pp. 419 ss.
- MITTEIS L., Rezension – «STEINER A H., *Datio in solutum*, Berlin, München, 1914», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 37, 1916, pp. 361 ss.
- MOMMSEN F., *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, 1855.
- MOLLENHAUER A.-M., *Das gestörte Gesamtschuldverhältnis – Insbesondere die beschränkte Haftung der Eltern nach § 1664 Abs. 1 BGB*, in *Neue Justiz*, 2011, pp. 1 ss.
- MONTANARI A., *Il contratto autonomo di garanzia*, in PIRAINO F., CHERTI S. (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, pp. 389 ss.
- MONTEL A., voce *Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, pp. 599 ss.
- MORACE PINELLI A., *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 663 ss.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in ID. (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002, pp. 23 ss.
- MOSCHELLA I., voce *Pactum de non petendo*, in SCIALOJA V. (fondato da), *Dizionario pratico del diritto privato*, diretto da F. MAROI, e già diretto da DE RUGGIERO R., BONFANTE P., vol. V, p. I, Milano, 1937-1939, pp. 19 ss.
- MOSSA L., *Trattato della cambiale*, 3^a ed., Padova, 1956.
- NAPOLI G.E., *Riflessioni sulla causa della remissione del debito*, in BIANCA C.M. (a cura di), *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, Roma, 2012, pp. 463 ss.
- NAPPI F., *Garanzie personali, espromissione cumulativa e Garantievertrag: appunti per una ricostruzione del sistema*, in PENNASILICO M. (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, pp. 933 ss.
- NAPPI F., *Sull'applicazione per analogia dell'art. 1189 c.c. Invito alla rilettura di una lezione di Michele Giorgianni*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, pp. 205 ss.
- NATOLI U., *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), MENGONI L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1984.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, vol. XVI, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974.
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 ss.
- NAVARRETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 507 ss., ora con il titolo *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, pp. 507 ss.

NAVARRETTA E., *Il contratto autonomo di garanzia*, in GITTI G., MAUGERI M., NOTARI M. (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, pp. 553 ss.

NAVARRETTA E., *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1262 ss.

NAVARRETTA E., *Principio di uguaglianza, principio di discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 547 ss.

NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. Napoli, 1978.

NICOLÒ R., voce *Adempimento*. b) *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 554 ss.

NOCERA G., *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano*, Roma, 1942.

OERTMANN P., *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin, 1901.

OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 841 ss., ora in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, pp. 15 ss., nonché in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, pp. 665 ss.

OPPO G., *Principi*, in BUONOCORE V. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2001.

ORESTANO A., *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da MENGONI L., continuato da SCHLESINGER P., ROPPO V., ANELLI F., Milano, 2019.

ORESTANO F., *Il nuovo realismo*, Milano, 1939.

ORLANDI M., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 447 ss.

ORLANDI M., *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993.

ORLANDI M., *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ. (Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale)*, Padova, 2006, pp. 179 ss.

ORLANDI M., *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000.

ORLANDI M., *Sulla rinuncia alla solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 1099 ss.

O'SULLIVAN R., *Abuse of rights*, 8 *Current Legal problems*, 1955, pp. 61 ss.

OURY-BRULE M., *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, Paris, 2002.

PACCHIONI G., *Degli effetti della litis contestatio sulle obbligazioni solidali passive. Estratto dagli Atti dell'I.R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti degli Agiati in Rovereto*, Serie III, VI, Rovereto, 1900.

PACCHIONI G., *I contratti a favore di terzi. Studi di diritto romano, civile e commerciale*, 3^a ed. riv., Padova, 1933.

PACCHIONI G., *Trattato delle obbligazioni secondo il moderno diritto civile italiano. Introduzione*, Torino, 1927.

- PADOVINI F., *Indebitamento e sovraindebitamento*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi, Atti del IX Convegno nazionale in ricordo di G. Gabrielli*, Napoli, 2015, pp. 417 ss.
- PANZA G., *Buon costume e buona fede*, 1973, rist. Napoli, 2013.
- PARENTI L., «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012.
- PARRY R., *The Position of Family Sureties within the Framework of Protection for Consumer Debtors in European Union Member States*, in *ERPL*, 2005, pp. 357 ss.
- PASETTI G., *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970.
- PASTORI F., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano, 1968-1969.
- PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.
- PATTI F.P., *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, pp. 1062 ss.
- PATTI F.P., *Unfair Terms Control in Business-to-Business Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 2019, pp. 581 ss.
- PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. dir. civ.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 1 ss.
- PATTI S., *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 21 ss., ora in ID., *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012, pp. 135 ss.
- PATTI S., *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. contr.*, 2010, pp. 326 ss.
- PATTI S., *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012.
- PATTI S., *Significati del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in GAROFALO L. (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, III*, Padova, 2003, pp. 59 ss.
- PAVONE LA ROSA A., *La cambiale*, in CICU A., MESSINEO F. (già diretto da), MENGONI L. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982.
- PELLIZZI G.L., *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967.
- PERLINGIERI G., *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, pp. 21 ss., ora in CICERO C., PERLINGIERI G. (a cura di), *Liber Amicorum per Bruno Troisi, I*, Napoli, 2017, pp. 953 ss.
- PERLINGIERI G., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 529 ss.
- PERLINGIERI G., *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.
- PERLINGIERI G., ZARRA G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

- PERLINGIERI P., *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, pp. 506 ss.
- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Artt. 1230-1259*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, rist. 1^a ed. (1975) Napoli, 2019, pp. 73 ss.
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 335, ora in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, pp. 446 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020.
- PERLINGIERI P., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1995.
- PERLINGIERI P., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.
- PEZZELLA F., *L'obbligazione in solido nei riguardi dei creditori*, Milano, 1934.
- PICOD Y., *Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise*, in *Daloz Chronique*, 2002.
- PINNA PARPAGLIA P., *Per una interpretazione della Lex Cornelia de edictis praetorum del 67 A.C.*, Sassari, 1987.
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.
- PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 75 ss.
- PLANCK G., SIBER H., Bd. II, 1, *Schuldverhältnisse Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Berlin, 1914.
- PORTALE G.B., *Fideiussione e «Garantievertrag»*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, pp. 1045 ss.
- PORTALE G.B., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, pp. 169 ss.
- POTHIER R.J., *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. di FORAMITI F., I, Venezia, 1833.
- POTHIER R.J., *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. di FORAMITI F., II, Venezia, 1834.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, V, 2010, pp. 257 ss.
- QUAGLIARIELLO G., *L'espromissione*, Napoli, 1953.
- RAISER L., *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Bd. 111, 1947, pp. 75 ss.
- RAISER L., Rezension – HUECK G., *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht* (München-Berlin, 1958), in *JZ*, 14. Jahrgang, 1959, pp. 421 ss.
- RANIERI F., *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1216 ss., ora in ROTONDI M., *Inchieste di diritto comparato*, VII, *L'abuso di diritto*, Padova, 1979, pp. 363 ss.

- RANOUIL M., *Le recours entre coobligés*, Paris, 2014.
- RAVAZZONI A., *La fideiussione*, Milano, 1957.
- RAYNAUD P., *La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage. Obligation in solidum ou solidarité?*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, 1981, pp. 323 ss.
- RAYNAUD P., *L'obligation in solidum. Cours de droit civil approfondi*, Paris, 1970-1971.
- RECINTO G., *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004.
- RECINTO G., *Obbligazioni solidali e rapporti interni fra i condebitori*, in *Domenico Rubino, I, Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, pp. 349 ss.
- RENTI E., voce *Fideiussione*, in SCIALOJA V., DE RUGGIERO R., BONFANTE P. (diretto da), *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. III, p. I, Milano, 1923, pp. 118 ss.
- REICHEL H., *Der Einforderungsverzicht* ('pactum de non petendo'), in *Jherings Jahrb.*, Bd. 85, 1935, pp. 1 ss.; traduzione critica in lingua italiana di T. DALLA MASSARA, M. D'ONOFRIO (a cura di), con il titolo *Il 'pactum de non petendo'*, Pisa, 2018.
- RENNA M., *Accessorietà ed estinzione della fideiussione*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 336 ss.
- RENNA M., *La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, vol. 1., pp. 337 ss.
- RENNA M., *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1119 ss.
- RENNA M., *Profili tipologici delle garanzie personali*, Roma, 2018.
- RESCIGNO P., *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato; Immunità e privilegio; Riassunzione dei lavoratori licenziati e parità di trattamento; Contribuzioni e sovvenzioni statali e parità di trattamento*, ora tutti in *Persona e comunità*, I, Padova, 1987, parte IV, pp. 335 ss.
- RESCIGNO P., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1515 ss., ora in *Per una biblioteca di diritto privato (la seconda metà del Novecento)*, testi riordinati da CUFFARO V., Napoli, 2003, pp. 13 ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss., ripubblicato in volume, con postfazione: ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.
- RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 133 ss.
- RIBBENTROP G.J., *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, Göttingen, 1831, rist. Orange, 2018.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- RODOTÀ S., voce *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 783 ss.
- ROMANO SALV., *Sulla remissione del debito*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, pp. 1483 ss.

- ROMANO SALV., voce *Abuso del diritto*. C) *Diritto attuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 166 ss.
- ROMANO SALV., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 677 ss.
- ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pp. 599 ss.
- ROSENBERG L., *Der Verzug des Gläubigers. Voraussetzungen und Wirkungen nach dem B.G.B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 43, 1901, pp. 141 ss.
- ROSSETTI G., *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale*, Napoli, 2013.
- ROTONDI G., *Di alcune riforme giustinianee relative al «pactum de non petendo»*, Perugia, 1913, pp. 3 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, pp. 307 ss.
- ROTONDI M., *Inchieste di diritto comparato*, VII, *L'abuso di diritto*, Padova, 1979.
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 ss.
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, "aemulatio", Padova, 1979.
- ROTONDI M., *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, rist. Hildesheim-Zürich-New York, 1990.
- ROTT P., *Germany*, in COLOMBI CIACCHI A., S. WEATHERILL S. (edited by), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010.
- ROUVIÈRE F., *Le caractère subsidiaire du cautionnement*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, 2011, pp. 689 ss.
- RUBINO D., *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili. Art. 1285-1320*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, 2^a ed. riv., Bologna-Roma, 1961.
- RUPERTO S., Art. 2953, in VITUCCI P. (a cura di), *La prescrizione, Artt. 2941-2963*, II, 2^a ed., in RUPERTO S. (a cura di), P. SCHLESINGER (fondato da), BUSNELLI F.D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2014.
- RUSCELLO F., *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un «vecchio» lavoro*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 546 ss.
- RUSCELLO F., "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss.
- RUSSO C., *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997.
- SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.
- SACCO R., *La conclusione dell'accordo*, in SACCO R., G. DE NOVA, *Il contratto, Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 3^a ed., Torino, 2004.
- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 1 ss.

- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 343 ss.
- SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPA G., GRAZIADEI M., GUARNERI A., MATTEI U., MONATERI P.G., SACCO R., *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001.
- SACCO R., *Garanzie e autonomia contrattuale*, in AJANI G., GAMBARO A., GRAZIADEI M., SACCO R., VIGORITI V., WAELBROECK M. (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, pp. 439 ss.
- SACCO R., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, pp. 1 ss.
- SACCO R., voce *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, Torino, 1989, pp. 39 ss.
- SACCO R., voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, pp. 534 ss.
- SACCONI G., *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973.
- SALEMI B., *L'assicurazione del credito. Polizze fideiussorie – cauzioni*, Milano, 1959.
- SALZWEDEL J., *Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung*, in *Festschrift für Hermann Jahrreiss: zu seinem siebzigsten Geburtstag – 19. August 1964*, hrsg. CARSTENS K., PETERS H., Köln, 1964, pp. 348 ss.
- SAMHABER F., *Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht*, Erlangen, 1861.
- SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, 2^a ed., Napoli, 1986.
- SARGENTI M., «Pactum de non petendo» e remissione del debito, in *Foro pad.*, 1959, I, c. 299 ss.
- SAVIGNY F.C. VON, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Bd. I, Berlin, 1851.
- SAVIGNY F.C. VON, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. V, Berlin, 1841.
- SCALISI V., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in NAVARRETTA E., (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Atti del Convegno di Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano 2007, pp. 253 ss.
- SCHILLING F.A., *Lehrbuch des Naturrechts oder der philosophischen Rechtswissenschaft mit vergleichender Berücksichtigung positiver Rechtsbestimmungen*, I, Leipzig, 1859.
- SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1279 ss.
- SCHLINKER S., *Litis Contestatio. Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2008.
- SCHMID A., *Die Grundlehren der Cession, nach römischem Recht dargestellt*, Bd. I, *Die Cessionsform*, Braunschweig, 1863.

- SCHMID C.U., *Private Suretyships as a Socio-Legal Crucible of Modern Civil Law*, in COLOMBI CIACCHI A. (edited by), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, pp. 21 ss.
- SCHMIDT K., in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl., München, 2017.
- SCHMIDT R., *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe, 1953, pp. 102 ss.
- SCHNORR R., *Die Gemeinschaft nach Bruchteilen*, Tübingen, 2004.
- SCHRÖTER A.W.F. VON, *Zu der Lehre von der Correalobligationen*, in *Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, Bd. 6, 1833, pp. 415 ss.
- SCHULZ F., *Classical roman law*, Oxford 1951, rist. Aalen 1992.
- SCHULZ F., *Storia della giurisprudenza romana*, trad. di NOCERA G., Firenze, 1968.
- SCHUPFER F., *Il debito e la responsabilità: studio critico sulla guadia longobarda*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1915, pp. 229 ss.
- SCHUPFER F., *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, Milano-Torino-Roma, 1920.
- SCHÜNEMANN W.B., BETHGE M., „Allgemeine Gleichbehandlung“ von Gesamtschuldern? § 421 BGB im Lichte des AGG und der einschlägigen europäischen Richtlinien, in *JZ*, 64. Jahrgang, 2009.
- SCHÜRNBRAND J., *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät*, Berlin, 2003.
- SCHWIND E., *Schuld und Haftung in geltenden Rechte*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 68, 1919, pp. 1 ss.
- SCIALOJA A., *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 256-258.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968., pp. 692 ss.
- SCUTO C., *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, I, 3^a ed., Napoli, 1950.
- SEGRÈ G., *In materia di garanzie personali*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 42, 1934, pp. 497 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, pp. 477 ss.
- SEGRÈ G., *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952.
- SEGRÈ G., *Sull'efficacia del «pactum de non petendo»*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, pp. 1062 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, pp. 115 ss.
- SÉJEAN M., *La bilatéralisation du cautionnement? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, Paris, 2011.
- SELB W., *Schadensbegriff und Regreßmethoden*, Heidelberg, 1963.
- SESTA M., *Direttive comunitarie, contratto di fideiussione e tutela dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 332 ss.
- SESTA M., *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988.

SICCHIERO G., voce *Regresso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 558 ss.

SICLARI R., *Delle obbligazioni in solido*, in GORASSINI A., SICLARI R. (a cura di), PERLINGIERI P. (diretto da), *Di alcune specie di obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013, pp. 95 ss.

SIEBENHAAR E., *Lehrbuch des sächsischen Privatrechts*, Leipzig, 1872.

SIMLER P., *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5° ed., Paris, 2015.

SIMONETTO E., *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985.

SIRENA P., *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 657 ss.

SIRENA P. (a cura di), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Napoli, 2019.

SIRENA P., *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 2018, pp. 838 ss.

SIRENA P., *Falsa rappresentanza e gestione di affari altrui nel procedimento di costituzione di una società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, pp. 879 ss.

SIRENA P., *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 652 ss.

SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, pp. 415 ss., nonché in AMATO C., PONZANELLI G. (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, pp. 68 ss.

SIRENA P., *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'Arbitro bancario finanziario (ABF)*, in BELLELLI A., MEZZASOMA L., RIZZO F. (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2013, pp. 59 ss.

SIRENA P., *La gestione di affari*, in LIPARI N., RESCIGNO P. (diretto da), ZOPPINI A. (coordinato da), *Diritto civile. Obbligazioni*, III, *Il rapporto obbligatorio*, t. 1, Milano, 2009, pp. 459 ss.

SIRENA P., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999.

SIRENA P., *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 608 ss.

SIRENA P., *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 379 ss., ora con il titolo *Arricchimento senza causa (sussidiarietà)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, pp. 91 ss.

SIRENA P., *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 999 ss.

SIRENA P., *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, pp. 3 ss.

SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 787 ss.

SIRENA P., *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 105 ss.

SIRENA P., *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, pp. 19 ss., ora in AA.VV., 'Liber Amicorum' P. Rescigno in occasione del novantesimo compleanno, II, Napoli, 2018, pp. 19 ss.

SIRENA P., voce *Obbligazione (in generale)* (*Dir. civ.*), in *Enc. giur. Sole 24 Ore*, Milano, 2008, pp. 157 ss.

SIRENA P., ADAR Y., *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 359 ss.

SIRENA P., FARACE D., *I contratti bancari del consumatore*, in CAPOBIANCO E. (a cura di), RESCIGNO P., GABRIELLI E. (diretto da), *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, Torino, 2016, pp. 225 ss.

SOLDATI N., *Responsabilità solidale di amministratori e sindaci ed ammissibilità delle misure cautelari*, in *Società*, 2004, pp. 754 ss.

SPADA P., *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti strutturali e funzionali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 719 ss.

STAMMLER R., *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlin, 1897.

STANZIONE P., voce *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, pp. 577 ss.

STEFINI U., *La solidarietà nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo cumulativi*, in *Contr. impr.*, 2014, pp. 674 ss.

STEFINI U., *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contr. impr.*, 2014, pp. 275 ss.

STEINER A., *Die römischen solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München, 2009.

STELLA G., *Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, pp. 370 ss., ora in GITTI G., DELFINI F., D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, con la collaborazione di DALMARTELLO A., FERRARI C., Milano, 2015, pp. 2861 ss.

STELLA G., *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, Milano, 2010.

TALAMANCA M., «Alia causa» e «durior condicio» come limite all'obbligazione dell'«adpromissor», in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1969, pp. 156 ss.

TALAMANCA M., *L'accessorietà della garanzia fideiussoria. Dall'esperienza romana alle codificazioni moderne*, in VACCA L. (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica (Salisburgo, 13-15 settembre 2001)*, Torino, 2003, pp. 147 ss.

TALAMANCA M., voce *Fideiussione. a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 322 ss.

TARTAGLIA P., *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, in CORRIAS P. (a cura di), *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, II, Milano, 2013, pp. 967 ss.

- TARTAGLIA P., *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999.
- TEDESCHI G.U., voce *Cambiale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, II, Torino, 1987, pp. 389 ss.
- TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y, CHÉNÉDÉ F., *Droit civil. Les obligations*, 12^e ed., Paris, 2018.
- TICOZZI M., *Studio sulle obbligazioni solidali*, Padova, 2012.
- TILOCCA E., *La remissione del debito*, Padova, 1955.
- TITZE H., *Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg, 1948.
- TOSETTO R., voce *Solidarietà*, in *Nuovo dig. it.*, XII, Torino, 1940, pp. 553 ss.
- TRAVAGLINO G., *Natura giuridica della polizza fideiussoria stipulata dall'appaltatore a garanzia delle obbligazioni verso la p.a.*, in *Corr. mer.*, 2010, pp. 516 ss.
- TRIANAPHYLLOPOULOS J., *Lex Apuleia de sponsu*, in *Aegyptus. Rivista italiana di egittologia e di papirologia*, 1969, pp. 129 ss.
- TROCKER N., *Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi*, in *L'opera di Enrico Allorio fra teoria generale e sensibilità storica. Atti del convegno*, raccolti a cura di CONSOLO C., Padova, 2004, pp. 47 ss.
- TROISI B., *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980.
- TUCCI G., *Il principio di eguaglianza nella post modernità*, in AA.VV., 'Liber Amicorum' P. Rescigno in occasione del novantesimo compleanno, II, Napoli, 2018, pp. 195 ss.
- UDA G.M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.
- UNGER J., *Passive correalität und solidarität im römischen und heutigen rechte*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 22, 1884, pp. 207 ss.
- VAN ERP S., *Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, in *ERPL*, 2005, pp. 309 ss.
- VANGEROW K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, III, 6. Aufl., Marburg-Leipzig, 1869.
- VANGEROW K.A., *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, Bd. III, Marburg, 1847.
- VECCHI P.M., *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, ora in GAROFALO L. (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova, 2003, pp. 332 ss.
- VECCHI P.M., *L'azione diretta*, Padova, 1990.
- VETTORI G., *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, pp. 149 ss.
- VINCENT J., *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, pp. 601 ss.

- VITUCCI P., ROSELLI F., Art. 2934, in VITUCCI P. (a cura di), *La prescrizione, Artt. 2934-2940*, I, 2^a ed., a cura di ROSELLI F., in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER P., diretto da BUSNELLI F.D., Milano, 2012, pp. 38 ss.
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, II, *Le cose (merci e titoli di credito compresa la cambiale)*, 5^a ed., Milano, 1924.
- VIZZONI L., *Fideiussione e rapporti economici complessi*, Torino, 2020.
- VOIGT M., *Das Ius Naturale, Aequum Et Bonum Und Ius Gentium Der Romer*, IV, Leipzig 1876, rist. Aalen 1966.
- VOYAME J., COTTIER B., ROCHA B., *Abuse of rights in comparative law*, in *Abuse of rights and equivalent concepts: the principle and its present day application. Proceedings of the nineteenth Colloquy on European Law*, Strasbourg, 1990, pp. 23 ss.
- WACHTER T., *La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne, L'Eurohypothèque*, in *Notarius International*, 1999, pp. 174 ss.
- WEIR T., *Complex liabilities*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chief ed. A. TUNC, XI: *Torts*, Part 2, ch. 12, Tübingen, 1986, pp. 3 ss.
- WELLER M.-P., *Die Vertragstreue*, Tübingen, 2009.
- WENDEHORST C., *Der Rückgriff*, in *Jura*, 2004, pp. 505 ss.
- WERNECKE F., *Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik*, Berlin, 1990.
- WHITTAKER S., *A few observations on the «plurality of debtors», and on the effects of release*, in VAQUER A. (edited by), *La tercera parte de los Principios de derecho contractual Europeo. The Principles of European Contract Law Part III*, Valencia, 2005, pp. 23 ss.
- WHITTAKER S., *Performance of another's obligation: French and English law contrasted*, in JOHNSTON D., ZIMMERMANN R. (edited by), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2002, pp. 444 ss.
- WIEACKER F., *Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Bd. 69, 1952, pp. 302 ss.
- WIENSTEIN G., *Die passive Correalobligation nach Preußischem Rechte*, in *Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis*, 6. Jahrgang, 1862, pp. 475 ss.
- WINDSCHEID B., *Zur Lehre von der Correalobligation*, in *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 6, 1859, pp. 209 ss.
- WINTER H., *Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld. Zur Konzeption der §§ 420 ff. BGB – Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Frankfurt am Maine, 1985.
- WLASSAK M., *Die Litiskontestation Im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doktor-Jubiläum des Geh. Rats Professor Dr. B. Windscheid*, Leipzig, 1889, rist. Delhi 2020, pp. 81 ss.

WOLF M., NIEDENFÜHR W., *Gesamtschuld und andere Schuldnermehrheiten*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, pp. 369 ss.

WOLFHARD KOHTE e WOLFGANG KOHTE, *Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme*, in *JZ*, 45. Jahrgang, 1990, pp. 997 ss.

WÜRDINGEN H., *Theorie der schlichten Interessengemeinschaften*, Stuttgart, 1934.

WÜST G., *Die Interessengemeinschaft. Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1958.

ZIMMERMANN E., Rezension – «HELMOLT T. L. VON, *Die Correal-Obligationen*», in *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*, Bd. 5, 1859, p. 146.

ZIMMERMANN R., *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002.

ZIMMERMANN R., WHITTAKER S. (edited by), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

ZIMMERMANN R., *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, rist. Oxford, 1996.

ZINNO M., *Le obbligazioni solidali e le dinamiche della quota*, Napoli, 2018.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pp. 515 ss.

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Responsabilità solidale e limiti soggettivi del giudicato*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 1563 ss.