

## CAPITOLO PRIMO

### *LIBERA ELECTIO* E SOLIDARIETÀ STRUTTURALE

SOMMARIO: 1. La natura costitutiva della *libera electio*. – 2. *Libera electio* e solidarietà tra fondamento e struttura. – 2.1. *Segue*. Il dato “pluralistico” della disciplina presupposta dalla solidarietà. – 3. *Libera electio* tra solidarietà (quale modalità dell’obbligazione parziaria), *mutua fideiussio* e regresso. – 3.1. *Segue*. *Libera electio* e regresso tra obbligazione *in solidum* e solidarietà risarcitoria. Rinvio. – 4. Dottrina della contitolarità e solidarietà quale modalità attuativa del rapporto. – 5. Correalità e solidarietà: tentativo di sistematizzazione dogmatica tra *actio* ed *electio*. – 6. Osservazioni di sintesi.

#### 1. *La natura costitutiva della libera electio*

Il concetto di solidarietà passiva nell’ambito del diritto delle obbligazioni è per tradizione radicato sul presupposto assiomatico della facoltà in capo al creditore di scegliere liberamente il condebitore cui richiedere l’adempimento<sup>1</sup>. È regola considerata costitutiva della solidarietà e che

---

<sup>1</sup> Si tratta di un postulato a lungo incontrovertito, come testimoniano gli studi giuridici condotti sul tema. V., ad es., L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, rist. 2<sup>a</sup> 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». Parimenti inequivoca è la definizione offerta da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9<sup>a</sup> ed. riv. agg., III, Milano, 1959, pp. 541-543: «[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); sicché «[d]ove il creditore debba seguire un dato ordine nell’escussione dei condebitori (...), ivi non c’è solidarietà passiva» (p. 542). In tal senso è orientato anche il pensiero di C. GANGI, *Le obbligazioni. Concetto – obbligazioni naturali – solidali – divisibili e indivisibili*, Milano, 1951, p. 165 e pp. 204-205, nonché di D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*. Art. 1285-1320, 2<sup>a</sup> ed., nel *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1961, p. 165. Da una diversa prospettiva metodologica, v. più di recente 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 e 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

suole desumersi non tanto dal testo dell'art. 1292 c.c.<sup>2</sup>, il quale nulla dispone espressamente al riguardo, bensì, in via logica, da un principio po-

---

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, e, pertanto, in conformità a tale concetto, il creditore non sarebbe tenuto all'osservanza di alcun ordine nella richiesta di adempimento. Rammemora 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». Muovono dalle medesime premesse H. JÜRGENS, *Teilschuld – Gesamtschuld – Kumulation*, Baden-Baden, 1988, p. 19; K. LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, Teil I, *Vertrag und Vertragsbruch*, Hamburg, 1936, p. 210; J. ESSER e 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 riconoscendo la flessibilità degli effetti giuridici del fenomeno solidale, rammenta più di recente la tradizionale libertà di scelta accordata al creditore 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, *sub* § 421 RdNr. 75, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 3, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil II*, 9. Aufl., München, 2022, p. 1713, 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; nonché F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, 2022, p. 1535: «[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».

<sup>2</sup> In proposito, v. 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 è 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 queste posizioni, v. già 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*, diretto da A. CICU e F. MES-

sto da tale norma<sup>3</sup>. Vi è sottesa una libertà assoluta del creditore, sì che, rispetto a essa, del tutto inconciliabile si rivelerebbe la posizione sussidiaria di alcuni debitori<sup>4</sup>. La regola ha acquisito definitivo vigore in dottrina

---

SINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1998, p. 40, nonché, negli esiti conclusivi della sua riflessione, M. MAGGIOLO, *Obbligazioni sociali, responsabilità dei soci e solidarietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, pp. 37 ss., spec. p. 61. Cfr., per ulteriori dettagli, in questo par., nt. 15.

<sup>3</sup>G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, p. 12: «(...) ove dal semplice tenore letterale si passi a una interpretazione logica più approfondita, sembrerebbe doversi 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*<sup>9</sup>, 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*<sup>2</sup>, 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, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, 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, v. 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.» e, a dimostrazione della particolare rilevanza conferita al *ius eligendi* nella ricostruzione sistematica della complessiva disciplina, si soggiunge: «(...) 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». Per una qualificazione della libera scelta del creditore quale *diritto* a quest'ultimo facente capo, v., ad es., 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».

<sup>4</sup>Così G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, cit., p. 13, descrive l'orientamento al tempo dominante. In quest'opera si riconosce, però, una forma di conciliabilità fra solidarietà e sussidiarietà, quando quest'ultima sia convenzionalmente prevista (pp. 13-14). Un primo riscontro nel diritto positivo – argomenta l'Autore – è già rintracciabile all'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). Per contro, nel senso della piena incompatibilità, v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*<sup>9</sup>, 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». Nella dottrina tedesca cfr., 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

mediante l'argomento analogico tratto dal suo correlato inverso: l'art. 1296 c.c. contempla la c.d. *libera electio* del debitore, che può scegliere il concreditore cui adempiere<sup>5</sup>. I riferimenti normativi parrebbero dunque coerenti con una funzione che connota la solidarietà, relata (anche) al rafforzamento soggettivo della garanzia patrimoniale, almeno rispetto all'ipotesi nella quale il debitore sia unico<sup>6</sup>: l'atto solutorio di un debitore solidale

---

*nehmen kann, so liegt bereits nach den geschriebenen Voraussetzungen von § 421 BGB keine Gesamtschuld vor*». Sui caratteri della scelta discrezionale del creditore, v. M. WOLF e W. NIEDENFÜHR, *Gesamtschuld und andere Schuldnermehrheiten*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, pp. 369 ss., spec. p. 375.

<sup>5</sup>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». In tempi più recenti e proprio sul tema, v. M. ZINNO, *Le obbligazioni solidali e le dinamiche della «quota»*, Napoli, 2018, p. 161: «(...) benché manchi una disposizione corrispondente all'art. 1296 cod. civ., la libertà di *electio* contraddistingue anche l'obbligazione solidale passiva (...)». 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.) risulti opposta rispetto a quella del suo corrispondente passivo: essa è cioè influenzata (anche) da un'esigenza di tutela del debitore diligente, il quale vuole prontamente liberarsi dal vincolo obbligatorio. E infatti v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, rist. agg. (1990) 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 cfr., tra gli altri, R. SICLARI, *Delle obbligazioni in solido*, in A. GORASSINI e R. SICLARI, *Di alcune specie di obbligazioni*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2013, pp. 173-174.

<sup>6</sup>C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *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 implica l'idea che «(...) ciascuna obbligazione solidale sia costituita a causa di garanzia». La funzione di garanzia assoluta dalla solidarietà è riconosciuta anche da S. MEIER, *Plurality of parties*, in *Commentaries on European Contract Laws*, edited by 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 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 moderna configurazione 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, proprio nell'ottica di rintracciare la funzione del fenomeno descritto dall'art. 1292 c.c., è l'osservazione di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*<sup>9</sup>, III, cit., p. 537: «da quest'aspetto, la solidarietà passiva fa

libera gli altri. Le obbligazioni risultano estinte senza la necessità di ricorrere all'apporto cumulativo di tutti<sup>7</sup>. 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 proprie 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 vedrà<sup>8</sup>, la teoria classica fonda la solidarietà sulla ricorrenza di alcuni requisiti che parrebbero indispensabili per la relativa configurazione: pluralità soggettiva, identità della prestazione e unità causale<sup>9</sup>. Quest'ultimo è il presupposto che, più degli altri, ha nel corso del tempo dato luogo a problemi ricostruttivi. Ha indotto taluni a escludere la solidarietà di vincoli debitori che, sebbene qualificati come tali dal legislatore, risultano caratterizzati da cause eterogenee<sup>10</sup>, ovvero prevedono

---

gruppo con le garanzie reali e personali e con i mezzi di rafforzamento del diritto del creditore» (enfasi dell'Autore).

<sup>7</sup> Su questi profili, v. nuovamente S. MEIER, *Plurality of parties*, cit., p. 1568, che 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».

<sup>8</sup> Cfr. Cap. I, par. 2.

<sup>9</sup> 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, pp. 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. Esemplicativa della divergente veduta è l'ipotesi della *fideiussio*: ad avviso dello Eisele, in essa non vi è comunanza di causa, mentre lo Czyhlarz argomenta in senso opposto.

<sup>10</sup> Nella accezione comune l'identità causale, traduzione dell'espressione latina *eadem causa obligandi*, designa l'unità formale dell'atto costitutivo (la causa è intesa quale *Grund* e non come *Zweck*). Sul punto, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 704, nt. 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, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, rist. (2013) Milanofiori Assago, 2016, p. 258. La divergenza causale suole scorgersi, ad esempio, nei vincoli fideiussori e in quelli degli obblighi cambiari verso il portatore: si è spesso rilevato (cfr. D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, cit., pp. 141-142) come qui non possa discorrersi di vera solidarietà.

come tassativa l'osservanza di un ordine nella richiesta di adempimento<sup>11</sup>.

La necessità di quell'elemento conformerebbe la solidarietà, la quale, secondo la teoria più tradizionale, non potrebbe dirsi tale ove, con riguardo all'adempimento, vi sia – non già pari-ordinazione, bensì – graduazione delle obbligazioni verso l'esterno<sup>12</sup>. La solidarietà passiva, per queste ragioni, manterrebbe costantemente immutata la propria operatività<sup>13</sup>. Il creditore mai potrebbe considerarsi onerato di una richiesta preventiva di adempimento verso uno dei coobbligati; tale articolazione paritetica – è l'idea emersa e consolidatasi in tempi più recenti in adesione a una differente impostazione che abbandona, in parte, la veduta strutturale della solidarietà<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> V. in proposito D. RUBINO, *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, cit., pp. 144, 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 ampî riferimenti, cfr. Cap. I, par. 2.

<sup>12</sup> D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, cit., p. 145, rispetto alla prima edizione dell'opera, in cui emergeva l'idea di una radicale 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»; ma «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 teorie rivendicanti forme radicali di inconciliabilità fra solidarietà e sussidiarietà. E, nell'ottica di uno studio sulla tenuta sistematica di queste tesi, è stata con frequenza esaminata la possibilità che la sussidiarietà funga da «deroga convenzionale alla solidarietà»: A. DE CUPIS, *L'obbligazione sussidiaria nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, pp. 1-3, spec. p. 2.

<sup>13</sup> Osserva infatti L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*<sup>2</sup>, 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*<sup>9</sup>, 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 vaglio critico in U. HILLENKAMP, *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, cit., pp. 51 ss., pp. 114 ss.

<sup>14</sup> È utile soggiungere che il riferimento alla locuzione "solidarietà strutturale" identifica qui una concezione ancorata alla rivendicata esigenza di una contestuale ricorrenza dei tre elementi costitutivi (pluralità di debitori, *eadem causa obligandi* e *idem debitum*). Altrove, tuttavia, si discute di struttura della solidarietà in una diversa accezione: si allude

– sarebbe solo attenuabile per il tramite della previsione convenzionale, derogante alla disciplina dispositiva, di un onere di istanza stragiudiziale di adempimento rivolta all’obbligato principale<sup>15</sup>.

La particolare rilevanza storicamente assegnata al dato strutturale dell’obbligazione solidale ha proiettato il vincolo in una dimensione invariante

---

cioè a un determinato modo d’intendere il fenomeno solidale che, prescindendo dalla sussistenza dei cennati elementi, colloca quest’ultimo nella zona dell’effetto giuridico. Il che, in tal senso, legittima l’espressione “struttura dell’effetto solidale”: v. M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, pp. 78-81. Per un più ampio svolgimento dell’indagine, cfr. Cap. II.

<sup>15</sup> Si tratta di una impostazione che trova oggi adesioni diffuse in dottrina: v., ad es., 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». Sul punto, a soluzioni non dissimili giungono anche A. D’ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 88 ss., spec. pp. 92-93; A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, pp. 272 ss., spec. pp. 276-277 (che peraltro reputa la solidarietà conciliabile anche con il *beneficium excussionis*); nonché, muovendo specificamente dallo studio del modello fideiussorio, G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e “decadenza”*, Napoli, 1980, pp. 60 ss., pp. 91 ss.; ID., *Della fideiussione: duplice disciplina nell’unicità della funzione*, in *Scritti in memoria di Ubaldo La Porta*, a cura di B. GRASSO, Napoli, 2023, pp. 77 ss., spec. pp. 80 ss.; ID., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, 2<sup>a</sup> 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 già presente nell’opera di 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’ordinaria 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. BIGIAMI, 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; e su queste posizioni v. anche R. RANUCCI, *I coobbligati nel concordato preventivo*, Napoli, 2021, pp. 41 ss., spec. p. 43, p. 46; nonché F. FIORENTINO, *Il labile confine fra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, pp. 137 ss., spec. p. 146: «[l]a garanzia tipica, infatti, normalmente suppone la non sussidiarietà dell’obbligazione del garante rispetto al debito principale, bensì la sua solidarietà rispetto allo stesso, il che di per sé implica il potere in capo al creditore di agire direttamente e persino unicamente nei confronti del fideiussore». Per un suggestivo raffronto di carattere storico circa l’operatività dei *beneficia excussionis* e *ordinis* in diritto romano, v. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, pp. 205-209.

e, per così dire, fissa<sup>16</sup>. Simile configurazione ha non di rado generato forme di scetticismo verso quella teoria che rivendica la compatibilità del fenomeno solidale con modalità diverse di adempimento, prevedute dall'art. 1293 c.c.: modalità, cioè, che (non) contemplerebbero la facoltà di scegliere discrezionalmente il coobbligato in solido cui rivolgere la richiesta di adempimento. La valorizzazione degli elementi costitutivi dell'obbligazione solidale sovente ha indotto a incentrare il dibattito sulla necessità o meno di una loro contestuale presenza. Una volta che la sussistenza di tali requisiti sia accertata, ne discenderebbe l'operatività della pertinente 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 esclusivo<sup>17</sup>.

La soluzione è generalmente supportata dalla letteratura comparatistica di quei paesi che, in particolare, risentono della tradizione di diritto romano<sup>18</sup>. 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 in proposito da una matrice storica unitaria – le norme codicistiche (§ 421 BGB; art. 1313, *al.* 2, del

---

<sup>16</sup> Sintomi di questa concezione affiorano nell'opera di 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».

<sup>17</sup> V., in tal senso, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 40.

<sup>18</sup> 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». Il riferimento all'influenza del diritto romano sembra avvertirsi anche nella tradizione giuridica di *common law* (in particolare, di quello inglese: v., per un generale raffronto, P. VINOGRADOFF, *Il diritto romano nella Europa medioevale*, tradotto dall'inglese da S. RICCOBONO, Palermo, 1914, pp. 87 ss.), ove non si dubita che il creditore possa rivolgersi a propria discrezione verso uno fra più condebitori solidali. Movendo dal distinguo *fra joint obligations e joint and several obligations*, si rileva come, in presenza di queste ultime (*i.e.*, di obbligazioni solidali), sussista senz'altro la scelta libera del creditore, il quale potrà domandare l'adempimento a un coobbligato in solido o a tutti congiuntamente; se però vi siano più condebitori (ad es., A, B, C), non potrà scegliere di agire (con un'unica azione) soltanto verso alcuni di essi (A e B) senza includere il terzo (C). Così G.L. WILLIAMS, *Joint Obligations*, London, 1949, pp. 60-61: «[i]n a joint and several contract the obligation is said to be either joint or several at the election of the promisee. However this may be, it is clear that the promisee may at his pleasure sue all the promisors in one action or bring separate actions against any one or more of them. He could not, at common law, sue two or more (being fewer than all) in a single action». Più di recente, cfr. su questi temi P.P. MITCHELL, *Joint Obligations*, in *Chitty on Contracts*, I, 34<sup>th</sup> ed., gen. edit. H. BEALE, London, 2021, pp. 1491 ss.



*Code civil*) attribuiscono al creditore la facoltà di scegliere, a propria discrezione, il debitore cui richiedere la prestazione. La scelta 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 prevalso<sup>19</sup>: all'obbligazione solidale, nella quale vi sarebbe “*wechselseitige Solutionskonkurrenz*”, si contrapporrebbe il rapporto connotato da una graduazione degli obblighi verso l'esterno, al cui interno si realizzerebbe invece una “*einseitige Solutionskonkurrenz*”<sup>20</sup>. Permangono tuttavia dubbi, 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. Si tratta della classica configurazione del vincolo tra garante e debitore principale nel *BGB* (§ 771)<sup>21</sup> e nel *Code civil* (art. 2288)<sup>22</sup>. In essi ancora domina, pure a seguito di significativi interventi di riforma, la concezione sussidiaria del tipo fideiussione<sup>23</sup>, che si è affermata nel diritto

<sup>19</sup> E lo attesta, ad esempio, l'opera di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, § 37, I, pp. 632 ss.

<sup>20</sup> Cfr., tra gli altri, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, cit., § 37, III, pp. 642 ss.; W. SELB, *Schadensbegriff und Regreßmethoden*, Heidelberg, 1963, pp. 16 ss.

<sup>21</sup> 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». Si avverte – e ciò non è senza significato – 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». Deve però rammentarsi che, in ambiente tedesco, l'impostazione più consolidata non considera fideiussore e debitore principale obbligati in solido nei confronti del creditore: v., per un riscontro in tal senso, S. HEINEMEYER, *sub* § 421 RdNr. 34, in *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>9</sup>, cit., p. 1697.

<sup>22</sup> Il diritto delle garanzie nel codice civile francese è stato di recente riformato con la *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*, entrata in vigore il 1° gennaio 2022. L'attuale versione dell'art. 2288 (modificata dall'art. 2 della *Ordonnance n° 2021-1192*), sia pure con alcune variazioni rispetto a quella precedentemente in vigore, non ha alterato la natura sussidiaria della fideiussione. Sul tema, v. L. AYNÉS, P. CROCO e A. AYNÉS, *Droit des sûretés*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, 2022, pp. 39 ss., p. 40, spec. pp. 49 ss., pp. 77-84, ove, alla luce del distinguo tra *cautionnement solidaire* e *cautionnement simple* (che si differenziano rispettivamente per presenza e assenza della scelta libera del creditore), si ribadisce che la pari-ordinazione fra debitore principale e fideiussore costituisce l'eccezione. Cfr., già anteriormente all'intervento legislativo, M. RANOUIL, *Le recours entre coobligés*, cit., pp. 72-74, spec. p. 74. V. altresì P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5<sup>e</sup> éd., 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.

<sup>23</sup> Scelta diversa è compiuta dal legislatore del codice civile del 1942, il quale, com'è

giustiniano<sup>24</sup>: nella dinamica del rapporto obbligatorio, v'è in via di principio difformità delle relative posizioni verso l'esterno. Nitida appare la divergente impostazione del modello fideiussorio italiano (art. 1944 c.c.), il quale, non a caso, si discosta dal suo correlato anteriore (art. 1898 c.c. del 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 esclusivo ha indotto a supporre, in quegli ordinamenti, che la disciplina dell'istituto sempre impedisca una rifluenza esterna, in via graduata, delle obbligazioni facenti capo ai soggetti del gruppo di debito. Diversamente dalla norma attributiva del regresso nelle obbligazioni 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 principale<sup>25</sup>. L'architettura normativa delineata parrebbe altresì conciliarsi con il conferimento del diritto di regresso ai cofideiussori, i quali rispondono in solido (§ 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 (art. 2308) – 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 affari<sup>26</sup> – e di surrogarsi nelle ragioni del creditore soddisfatto (art. 2309)<sup>27</sup>.

Nonostante i dati evocati, non può sottacersi la prossimità funzionale fra *Bürgschaft*, *cautionnement* e il modo di operare della solidarietà; circostan-

---

noto, ha abbandonato il modello di fideiussione sussidiaria, sancito dall'art. 1898 del precedente codice del 1865. Sul punto, v. *infra* in questo paragrafo.

<sup>24</sup> Sulla ricostruzione storica dell'istituto, cfr. Cap. II, par. 4.1.

<sup>25</sup> P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, p. 168.

<sup>26</sup> Secondo un'impostazione già tracciata da 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, e successivamente ripresa da 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. Se ne avvertono i riflessi anche nelle più recenti opere della dottrina francese: cfr., ad es., L. AYNÉS, P. CROCO e A. AYNÉS, *Droit des sûretés*<sup>16</sup>, cit., p. 90.

<sup>27</sup> L. AYNÉS, P. CROCO e A. AYNÉS, *Droit des sûretés*<sup>16</sup>, cit., p. 92.

za, questa, che induce a riflettere sulla denunciata impossibilità di accomunare le pertinenti discipline<sup>28</sup>. Tale contiguità di funzione, unitamente alla rivendicata emersione di un profilo di rilevanza dell'unitario interesse creditorio, ha anzi persuaso una parte della dottrina che quella tipologia di garanzia personale sia conciliabile con la solidarietà<sup>29</sup>; sì da ingenerare il dubbio che quest'ultima non scompaia ove vi sia sussidiarietà<sup>30</sup>, riaccostando così il nucleo funzionale dei relativi istituti alla nostra configurazione – solidale – della fideiussione.

---

<sup>28</sup> V. infatti S. MEIER, *Gesamtschulden*, cit., pp. 1232-1239. La richiamata prossimità funzionale indirettamente emerge nelle riflessioni di G. CHANTEPIE e M. LATINA, *sub artt.* 1317-1318-1319, in *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2018, p. 766: «[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 quella 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, cfr. M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébitéur solidaire non intéressé à la dette*, Paris, 2002, pp. 13 ss. In ogni caso, è già il dato comparatistico che sembra porre in discussione l'idea della radicale inconciliabilità – e già in via ordinaria (senza, cioè, che si rendano necessari accordi fra le parti in deroga alla disciplina dispositiva) – tra solidarietà e garanzia fideiussoria, come dimostra l'art. 496, comma 1 (“Fideiussione solidale”) del codice civile svizzero: («[c]hi si obbliga nella qualità di fideiussore, ma con l'aggiunta delle parole «in solido» o di altre espressioni equivalenti, può essere perseguito prima del debitore principale e prima della realizzazione dei pegni immobiliari, purché il debitore principale sia in ritardo nella prestazione e sia stato invano diffidato o la sua insolvenza sia notoria» – trad. uff., ma enfasi aggiunta).

<sup>29</sup> È l'opinione di F. WERNECKE, *Die Gesamtschuld – ihre Befreiung von irrationalen Merkmalen und ihre Rückführung in die Gesetzessystematik*, 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».

<sup>30</sup> 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».

## 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 la vigenza del codice civile del 1865 sulla ricostruzione dogmatica della solidarietà, non pare aver lambito il tema della libera scelta del creditore: che è stata sempre ammessa, sia pure implicitamente, quale tratto ontologico della relativa disciplina, nonostante la nota eterogeneità delle aree di incidenza della solidarietà<sup>31</sup>.

Lo studio dei poteri creditorî è così parso in qualche modo impermeabile alle ricostruzioni fondate sulla necessaria compresenza dei requisiti della solidarietà e agli studi del suo fondamento. Il concreto operare dell'istituto ha messo alla prova la sua concezione strutturale, 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»<sup>32</sup>. La denunciata criticità risiede nel rinvenimento di una soluzione che si attagli adeguatamente a tutte le obbligazioni solidali<sup>33</sup>. L'arduità del tentativo è ancor più accentuata se si considera il significato sotteso all'abbandono della regola stabilita dall'art. 1188 c.c. del 1865 – la solidarietà doveva risultare da previsione espressa<sup>34</sup> – e il contestuale acco-

---

<sup>31</sup> Tendenza, quest'ultima, che trova pacifico riscontro nella prassi applicativa, come testimonia 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: «(...) 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».*

<sup>32</sup> 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».

<sup>33</sup> Lo rammenta già D. RUBINO, *sub* art. 1292, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, cit., p. 148, ad avviso del quale 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».

<sup>34</sup> 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 ga-

glimento della disposizione speciale dell'art. 40 c. comm. del 1882, confluita poi nell'attuale testo dell'art. 1294 c.c.<sup>35</sup>. Il cambiamento fu radicale. Segnò il distacco dal modello del *Code Napoléon*<sup>36</sup>, il cui art. 1310 – reiterando, sia pure con diversa formulazione, il contenuto del previgente art. 1202 che pure aveva ispirato le corrispondenti norme dei nostri codici pre-unitari<sup>37</sup> – 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*)<sup>38</sup> di più soggetti «obbligati

rentia di esso»); ciò costituiva anche il motivo della diversità di tali regole rispetto a quelle governanti la solidarietà attiva.

<sup>35</sup> V. in proposito 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, preveduta dall'art. 1188 c.c. del 1865, rappresenta «un ulteriore segno della commercializzazione dei rapporti privatistici». Ma cfr., per alcuni rilievi critici di natura metodologica, Cap. V, par. 1., 2.

<sup>36</sup> Ribadisce, di recente, 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> I primi cenni di questa categoria compaiono in R. VON 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, la comunità di interesse è definita come una «*schlichte 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, 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.); nonché per G. WÜST, *Die Interessengemeinschaft. Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1958, pp. 45 ss.

per un solo debito»<sup>39</sup>. La norma non è, però, mai stata risolutiva nella individuazione dei tratti organici dell'istituto. La disciplina del fenomeno solidale 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, sospingono l'analisi verso un ripensamento degli scopi perseguiti dal legislatore con la solidarietà. L'indagine circa la sua natura si presenta storicamente congiunta con l'individuazione della relativa struttura. Non è casuale che «il nodo teorico della solidarietà»<sup>40</sup>, avviluppato intorno al dualismo concettuale fra unità e pluralità<sup>41</sup>, verta proprio sul puntuale significato da attribuire ai “requisiti” identificativi del fenomeno<sup>42</sup>.

La tradizionale impostazione, sulla scorta degli studi della dottrina tedesca, esige, per la compiuta configurazione della solidarietà passiva, alcuni requisiti: la pluralità di soggetti, la medesima prestazione e l'identità causale<sup>43</sup>,

---

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> L'espressione è di A.M. BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, cit., p. 243.

<sup>41</sup> Tale dualismo è il riflesso della controversa divaricazione tra correalità e solidarietà. Sul punto, v. P. BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà*, in *Scritti giuridici vari*, III, *Obbligazioni. Comunione e possesso*, rist. Torino, 1926, pp. 209 ss., p. 210, che 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 distinguere la correalità dalla mera solidarietà».

<sup>42</sup> 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 tenterà di illustrare, l'istituto dall'approccio strutturale, proiettandolo in una dimensione funzionale.

<sup>43</sup> La menzione dei tre elementi, intorno ai quali per tradizione si radica la lettura strutturale del fenomeno solidale, è agevolmente rintracciabile nella gran parte degli studi condotti dalla 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, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili*. Art. 1285-1320, 2ª ed. riv., nel *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 del-

sottesa al rapporto di debito<sup>44</sup>. L'essenzialità di simili elementi – rivendicata peraltro da una parte della giurisprudenza<sup>45</sup> – ha talvolta indotto a escludere

---

l'Ottocento, F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, cit., p. 436. In una direzione parzialmente diversa muove, come pure si dirà, la riflessione di F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, pp. 53 ss. Più di recente, v. 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 elemento «forse, sfuggente o in declino, ma (...) rappresenta in verità il primo e più importante fondamento della solidarietà, la sua vera giustificazione». In ambiente tedesco, la *Schuldgrundlehre* deve primariamente ascrivarsi 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.. Su questi profili collegati alla *Schuldgrund*, v., inoltre, H. TITZE, *Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg, 1948, § 38, p. 139.

<sup>44</sup> Come si vedrà 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, IV, 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, in questa prospettiva, non già condizione immancabile del fenomeno solidale, 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).

<sup>45</sup> V., tra molte, Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3255, con note di A. SCARPA, *Titolarità ed attuazione delle obbligazioni di gestione del condominio*; V. TRIPALDI, *Brevi note sui profili processuali della divisibilità degli obblighi del condominio nei confronti dei terzi*; in *Corr. giur.*, 2008, pp. 773 ss., con note di A. DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno*; N. IZZO, *L'attuazione parziaria delle obbligazioni condominiali: la restaurazione ottocentesca del favor debitoris?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 1028 ss., con nota di E. BACCIARDI, *Dalla solidarietà alla parziarietà: il revirement delle sezioni unite sul regime attuativo del condebito condominiale*; in *Riv. not.*, 2009, pp. 403 ss., con nota di L. TECCE, *Sulla natura della responsabilità dei condomini per le obbligazioni assunte nell'interesse comune*; nonché, per una più recente riflessione a partire dai principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite, A. PANICHELLA, *Plurisoggettività e obbligazioni solidali. L'adempimento dei debiti condominiali e consortili*, Napoli, 2022, pp. 150 ss. La decisione, nel porre in luce l'esigenza della contestuale sussistenza di tali requisiti (reputati) necessari per la configurazione della solidarietà, ha assunto particolare significato ai fini della definizione dell'odierna disciplina delle obbligazioni dei condòmini. È stata abbandonata la tesi – sino a quel tempo consolidata – della solidarietà delle obbligazioni condominiali; in questa sede, è prevalso l'orientamento minoritario assoggettante tali obbligazioni 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 carattere strettamente tecnico – ha inteso conferire rilievo all'interesse dei condòmini solvibili a evitare l'anticipo di somme, spesso ingenti, in virtù del (precedente) meccanismo operativo determinato dalla solidarietà. Ma, come si è osservato, la decisione ha sollevato diverse perplessità a causa della specifica raffigurazione che del fenomeno solidale è stata fatta (v., per un esame di talune criticità e a distanza di qualche tempo dall'intervento delle Sezioni Unite, A.C. NAZZARO, *Solidarietà o parziarietà dell'obbligazione condominiale*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1175 ss., spec. pp. 1186 ss.). Con riguardo ai tratti distintivi di quest'ultimo, v., in senso contrario, Cass., 13 luglio 2010, n. 16391, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Obbligazioni in*

la natura solidale di vincoli, i quali pure risultano espressamente qualificati come tali dal legislatore. Nonostante la menzione compiuta dalla legge, è stato a lungo considerato non davvero solidale, per assenza della *eadem causa obligandi*, il vincolo tra fideiubente e debitore<sup>46</sup>, così come quello sussistente tra obbligati cambiari verso il portatore<sup>47</sup>. Allo stesso modo – benché assente una qualificazione legislativa espressa – neppure la solidarietà ricorrerebbe nella delegazione cumulativa di debito, nella quale difetterebbe l'elemento principale del fenomeno, «in quanto il creditore non può rivolgersi indifferentemente al delegante o al delegato, ma deve chiedere il pagamento anzitutto a quest'ultimo»<sup>48</sup>. 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 credito<sup>49</sup>. 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'altro<sup>50</sup>.

---

*genere*, n. 76, secondo cui, ai fini dell'applicazione delle regole alla base della solidarietà, non è indispensabile la fonte (unica) dell'obbligazione, ma risulta invece necessario che più soggetti siano tenuti a eseguire la medesima prestazione, sicché l'adempimento di uno per l'intero libera gli altri.

<sup>46</sup> Così D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, cit., pp. 141-142, che avverte: «si allontana dalla vera e propria solidarietà (passiva) la fideiussione», in quanto «l'obbligazione principale e quella fideiussoria sono due obbligazioni distinte». Sotto la vigenza del codice civile del 1865, il cui testo non qualificava come solidale il vincolo tra fideiussore e debitore principale, v. 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».

<sup>47</sup> Si tratta di un modo d'intendere il fenomeno solidale che è conforme alla veduta strutturale veicolata dalla dottrina più tradizionale: D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, cit., p. 143. V., però, sul tema G.F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, rist. (1974) Napoli, 2013, pp. 87 ss., nonché pp. 145 ss.

<sup>48</sup> D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, 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.

<sup>49</sup> Le ipotesi sono varie nel diritto positivo. Si pensi, ancora in via esemplificativa, all'art. 2356 c.c. («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 fase attuativa: «il pagamento non può essere ad essi domandato se non nel caso in cui la richiesta al possessore dell'azione sia rimasta infruttuosa».

<sup>50</sup> Impostazione che affiora, ad esempio, nell'opera di L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*<sup>2</sup>, cit., p. 217: «il codice cioè riconosce solo un tipo unico di solidarietà».



L'imprescindibilità del medesimo fatto generatore delle obbligazioni dei condebitori ha sollecitato la dottrina a porre un distinguo fra solidarietà piena (o perfetta) e solidarietà spuria (o imperfetta)<sup>51</sup>, ovvero fra solidarietà propria e impropria<sup>52</sup>. 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 difetti<sup>53</sup>.

### 2.1. Segue. Il dato "pluralistico" della disciplina presupposta dalla solidarietà

Alle complessità ricostruttive richiamate si aggiungono quelle generate da un istituto che compendia al suo interno dati a un tempo unitari e pluralistici<sup>54</sup>.

V'è chi ha contrapposto «l'unicità obiettiva della prestazione dedotta» ai «vari rapporti obbligatori»<sup>55</sup>; sì che, per tal via, si giustificerebbe la libera-

<sup>51</sup> Così, ad es., D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, cit., p. 140. Quando «contratta nell'interesse di uno» discorreva invece di «obbligazione disuguale» G. BRANCA, *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., p. 63 (da cui le successive citazioni).

<sup>52</sup> Formulazioni adoperate da A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 82, nonché da D. RUBINO, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*<sup>2</sup>, 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 numerosi studi, fra cui quello rilevantissimo di U. HILLENKAMP, *Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld*, cit., pp. 51 ss., pp. 195 ss., spec. p. 196. In tempi più recenti, v. per qualche spunto critico A. KÜHN, *Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht*, cit., pp. 6 ss.

<sup>53</sup> Come si dirà, in dottrina è discussa anche l'effettiva ricorrenza, in tutti i casi di solidarietà, dell'identità della prestazione (v. già in questo Cap., par. 2.1.). Si pensi, tra le varie, alla figura della *fideiussio indemnitas*. Per una panoramica delle diverse posizioni sul tema, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., pp. 706-708.

<sup>54</sup> In proposito, v. già A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1355-1357, spec. p. 1356.

<sup>55</sup> M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 5<sup>a</sup> ed., Torino, s.d. (ma 1958), pp. 768 ss.; già ID., *Delle obbligazioni (corso)*, Torino, 1939, p. 57. 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.*, diretto da in M. D'AMELIO M. e A. AZARA, 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, secondo cui dovrebbe discorrersi – non già di oggetto, «cioè la cosa», bensì – di pre-

zione 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»<sup>56</sup>. Nota è l'espressione designante le obbligazioni solidali come “fascio di rapporti” confluenti in una prestazione unica: la tesi è l'esito del recepimento degli insegnamenti provenienti dalla dottrina francese del secolo decimonono<sup>57</sup>. Il profondo radicamento di tale impostazione si manifesta ancora oggi tra gli studiosi francesi della solidarietà, i quali ravvisano nella *même dette* e nei *plusieurs débiteurs* i requisiti di struttura su cui l'istituto è imperniato<sup>58</sup>.

La concezione rivendicante la 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 teoria prospettante un medesimo rapporto sostanziale fra più soggetti senza che tutti siano poi parte del rapporto processuale<sup>59</sup>. Il dato coesiste

---

stazione, la quale «è il contenuto dell'obbligazione» che deve essere adempiuta da più debitori.

<sup>56</sup> M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., p. 769.

<sup>57</sup> 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 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<sup>e</sup> éd., Paris, 1948, pp. 40 ss. L'influenza della raffigurazione della solidarietà quale «rapporto di unità oggettiva dell'obbligazione con pluralità dei suoi rapporti soggettivi» si coglie chiaramente nelle opere successive (ad es., cfr. C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. con note di A. ASCOLI e F. CAMMEO, Milano, 1908, pp. 216-217).

<sup>58</sup> V., ad es., P. MALAURIE, L. AYNÉS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, 2022, 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 chose. 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*<sup>13</sup>, cit., p. 1535, p. 1537, ove si afferma che l'*unicité de la dette* costituisce elemento essenziale dell'obbligazione solidale (p. 1535) 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» (p. 1537).

<sup>59</sup> V. infatti F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, nel *Trattato di diritto civile*, II, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2010, p. 21. In giurisprudenza il rilievo non solleva particolari dubbi: cfr., ad es., 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 ha facoltà di agire verso il locatario per l'adempimento delle sue obbligazioni, trovando

con isolate eccezioni previste dalla legislazione speciale. Esse paiono giustificate da una rigorosa interrelazione fra le posizioni dei condebitori<sup>60</sup>. Così nel giudizio promosso dal danneggiato in confronto dell'assicuratore della responsabilità civile – vi è azione diretta dell'uno verso l'altro (artt. 144, 1° comma, e 149, 1° comma, del d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209) – è chiamato anche il responsabile del danno (art. 144, 3° comma)<sup>61</sup>.

Altra norma sintomatica di tale 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 altri condebitori. La previsione, in linea con quanto preveduto dal corrispondente art. 1193 c.c. del 1865, costituisce esito della integrale assimilazione del regime francese delle eccezioni opponibili stabilito dal previgente art. 1208 del *Code Napoléon*<sup>62</sup>, quantunque poi la dottrina italiana tenda oggi a discostarsi dall'idea, elaborata dal Pothier, che la solidarietà esiga l'unità 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 solidarietà<sup>63</sup>; esso parrebbe, invece, non dar conto della asserita unitarietà della prestazione.

---

applicazione la disciplina della solidarietà preveduta dall'art. 1292 c.c., la quale non determina, tuttavia, l'insorgenza di un rapporto unico e inscindibile e non dà luogo, pertanto, a litisconsorzio necessario fra i diversi obbligati o creditori. Ripercorre il dibattito sviluppatosi intorno all'essenza del fenomeno solidale A. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007, pp. 150 ss., spec. pp. 155 ss.

<sup>60</sup> Così Cass., 21 agosto 2018, n. 20860, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Impugnazioni civili*, n. 71.

<sup>61</sup> Se il danneggiante non è citato in giudizio, deve integrarsi il contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. Tale orientamento interpretativo 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., 13 febbraio 2013, n. 3567, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 162.

<sup>62</sup> Il previgente articolo 1208 del codice civile francese trova oggi, a seguito dell'entrata in vigore (1° ottobre 2016) della *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, il proprio corrispondente nella disposizione dell'art. 1315 del *Code civil*. Il richiamato intervento normativo, ai sensi dell'art. 38, al. 2, della Costituzione francese, è stato ratificato, con modificazioni, dalla *Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*.

<sup>63</sup> 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 appena descritta, manifestano efficacia verso gli altri. Ciò – si osserva – «può spiegarsi e anzi si spiega benissimo coll'intimo legame che stringe tra loro le varie obbligazioni, ossia coll'identità del contenuto della prestazione che è oggetto delle singole obbligazioni,

La sua configurazione “unica” contravverrebbe, tuttavia, alla struttura costitutiva del rapporto obbligatorio, il quale, almeno di regola, non può concepirsi senza prestazione propria<sup>64</sup>; emerge così l’inconciliabilità di più obbligazioni aventi tutte a oggetto un solo e unico debito<sup>65</sup>. 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 identiche nel contenuto, sarebbero cioè pari al numero dei soggetti del gruppo di debito<sup>66</sup>. La tesi rinverrebbe conforto normativo in ciò, che la singola obbligazione (solidale) può sorgere separatamente dalle altre o distinguersi per alcune modalità particolari (ad es., 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 recava analoga previsione – della sussistenza di più obbligazioni<sup>67</sup>, 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 diverse<sup>68</sup>. In quest’ottica, il tema può essere già anticipato, si è os-

---

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 quale «rapporto unico fra la posizione debitoria e quella creditoria», v. C. MIRAGLIA, *Pluralità di debitori e solidarietà*, cit., p. 112, che argomenta nel senso dell’improprietà di quella 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, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1950, p. 322; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del codice civile Utet*, IV, t. 1, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1982, pp. 658 ss., e, sia pure in una diversa prospettiva, F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 331.

<sup>64</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L’obbligazione*, cit., p. 706, nt. 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, p. 38.

<sup>65</sup> Dato già colto da E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, cit., p. 25. Prim’ancóra, v. F. FILOMUSI-GUELFI, *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1904, p. 249: «(...) in realtà l’obietto non è unico», ma «c’è equivalenza nella prestazione, che è, come si è visto, l’obietto della obbligazione».

<sup>66</sup> È l’opinione, ad esempio, di L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*<sup>2</sup>, cit., p. 185; nonché di A. MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*, cit. p. 1356.

<sup>67</sup> P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 169.

<sup>68</sup> 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